REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXII
SEGUNDO TRIMESTRE
SEGUNDA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1993

RELATORES: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1993

Presidente
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO
Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Secretaria: Dra. Katerine Karakalpakis Calderón

SECCION SEGUNDA

Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Secretaria: Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Secretaria: Doctora Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Presidente

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

Secretario: Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Presidente

Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA
Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO

Secretario: Dr. Octavo Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. HUMBERTO MORA OSEJO
Presidente

Dr. JAVIER HENAO HIDRON
Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS
Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Secretaria: Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

1a. Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE
2a. Dra. EDNA COHEN DAZA
3a. Dr. JAIME OSSA ARBELAEZ
4a. Dr. JAIRO MAYA BETANCOURTH
5a. Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ
6a. Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO
7a. y 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

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Vehículo Oficial / ACTIVIDAD PELIGROSA / DAÑO ANTIJURIDICO

Si bien es cierto en algunas actividades hay lugar a presumir la falla en el servicio, la que a su vez resulta desvirtuable si se prueba el cuidado y diligencia de la administración en tratándose de aquellos eventos de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, como lo es la conducción de una motocicleta, la parte demandante sólo debe probar el daño sufrido y la relación de causalidad, en tanto que la demandada debe demostrar como causales de exoneración la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima hecho exclusivo de un tercero. Se diferencia esta noción de la tesis de la falla presunta en que en aquélla hay lugar a presumir la responsabilidad de la administración y para desvirtuar tal presunción no le basta al ente público probar cuidado y diligencia en su comportamiento. En aquellos casos en los que la responsabilidad se presume por el ejercicio de actividades peligrosas que en sí mismas representan un enorme riesgo para los demás, como en la conducción de automotores o utilización de armas u objetos peligrosos, quien ejercita la actividad o utiliza tales instrumentos, les impone a los demás una carga excepcional que no tienen por qué soportar y si los afecta debe resarcirlos. En tales eventos perjudiciales se aprecia más el daño antijurídico producido, que la irregularidad o nó de la conducta de la administración.

PREJUDICILIDAD PENAL - Improcedencia

La decisión penal no compromete el criterio del juez administrativo, dado que la responsabilidad penal se maneja bajo parámetros y conceptos diferentes a los que orientan la noción de

responsabilidad administrativa, hasta el punto de que la absolución penal del agente no es suficiente a descartar la responsabilidad administrativa del ente público.

PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS / PERJUICIOS MORALES A MENORES

Con relación a la indemnización por los perjuicios morales inferidos a la actora, cuya cuantía la tasó el a-quo en el equivalente a 1.000 gramos de oro, la Sala respalda su valoración y consideraciones del *a-quo* pues resulta incuestionable que la perturbación funcional de la deambulación de carácter permanente, incidirá necesariamente en social de la lesionada. No arte la Sala, en cambio el criterio del *a-quo* para no indemnizar a los menores por el defecto físico que le quedo del accidente a su progenitora. Los niños sin duda alguna resultaron afectados moralmente con la irregular situación anatómica y de marcha que aqueja a su señora madre, la cual no puede solventarse con el simple criterio de que se van a acostumbrar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7950. Demandado : LA NACION-MINDEFENSA- POLICIA NACIONAL. Actor: PABLO OLIVEROS

Conoce la Sala del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declárase no probada la excepción que por inepta demanda formuló el procurador judicial de la parte opositora.

"2.- Declárase administrativamente responsable a la Nación Ministerio de Defensa- Policía Nacional, por los perjuicios causados a los demandantes con ocurrencia del accidente de tránsito que con la motocicleta Kawasaky 185, siglas 18-005, de dotación oficial propició el agente Clímaco Urieles Navarro en las condiciones referidas en el expediente.

"3.- En consecuencia condénase, en abstracto, a la entidad opositora a pagar a los señores EVELIN MARIA BALLARD DE OLIVEROS y PABLO EMILIO OLIVEROS los perjuicios materiales causados en el desarrollo del accidente referenciado en el expediente. Para la cuantificación de esta condena, conforme a lo indicado en la parte motiva de este fallo, deberá promoverse el trámite incidental de que trata el C. de P. C.en su art. 135 y ss., dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria del mismo, y con observancia de las pautas que se relacionaron.

"4.- Condénase, a la demandada, a pagar, a título de perjuicios morales, a la señora EVELIN BALLARD OLIVEROS la suma equivalente a mil (1.000) gramos oro; y para el señor Pablo Emilio Oliveros Pardo, la suma equivalente a doscientos (200) gramos oro.

"Sumas que deberán cancelarse de acuerdo con el valor que el gramo oro tenga al momento de ejecutoria de esta sentencia previa certificación del Banco de la República.

"5.- La entidad demandada deberá proceder conforme a lo dispuesto por el C.C.A. en sus artículos 176 y 177.

"6.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda".

I. ANTECEDENTES

1o. **La Demanda**

En escrito presentado el 23 de mayo de 1988 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, los señores Pablo Emilio Oliveros Pardo y Evelin María de Oliveros, en sus propios nombres y en representación de sus menores hijos Lorena Paola y Juan Carlos Restrepo Ballard, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, formularon demanda contra Nación -Ministerio de Defensa-Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1o.- Que la Nación Colombiana -Policía Nacional, es administrativamente responsable por los perjuicios materiales y morales causados por las lesiones personales sufridas por la señora EVELIN BALLARD DE OLIVEROS y Sus dos menores hijos JUAN CARLOS RESTREPO BALLARD y LORENA PAOLA OLIVEROS BALLARD, ocurrida el día 24 de mayo de 1986, en la ciudad de Santa Marta como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido el mismo día y en el mismo Municipio.

"2o.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la Nación -Policía Nacional a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales en la cuantía que se determine en el proceso. Señalo en DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000.oo) M/L., de la fecha el valor de los daños materiales causados a la señora EVELIN BALLARD DE OLIVEROS y QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.oo) M/L., en la misma fecha a los causados a cada uno de los otros demandantes PABLO EMILIO OLIVEROS PARDO, LORENA PAOLA OLIVEROS BALLARD y JUAN CARLOS RESTREPO BALLARD, pago que se hará en pesos colombianos de valor constante conforme a la variación del índice de precios al consumidor. Igualmente señalo los perjuicios morales en el equivalente en pesos colombianos en la fecha del fallo en mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno de los demandantes según los artículos 106 del Código Penal, 8o. de la Ley 153 de 1887 y el 86 del Decreto 01 de 1984.

"En caso de no ser posible establecer las bases para realizar el avalúo judicial de los perjuicios materiales los causados a los demandantes serán fijados en la sentencia en el equivalente en pesos colombianos de cuatro mil (4.000) gramos de oro fino para cada uno con observancia de los artículos 107 del Código Penal".

2o. **Los hechos**

Lo sucedido se determina así en la demanda:

"3o.- El dia 24 de mayo de 1986, la señora EVELIN BALLARD DE OLIVEROS, en compañía de sus dos menores hijos transitaba por la calle 6 entre carrera 5a. y 6a. de esta ciudad, para realizar una diligencia donde el padre de su esposo señor PABLO OLIVEROS CARDENAS, al llegar al bordillo salió la motocicleta conducida por el agente de Policía CLIMACO URIELES NAVARRO,a alta velocidad atropellando a la señora EVELIN BALLARD DE OLIVEROS y sus dos hijos menores, la primera sufriendo fracturas en el brazo izquierdo, pierna izquierda y golpes en todas las partes del cuerpo; la niña LORENA PAOLA OLIVEROS BALLARD, sufrió golpes en la cabeza con hematoma en ojo izquierdo; el niño JUAN CARLOS RESTREPO BALLARD, sufrió golpes en la cabeza habiendo necesidad de cogerle siete (7) puntos de sutura.

"4o.- El agente de Policía CLÍMACO URIELES NAVARRO, en el momento de ocurrido el hecho, su obligación como sujeto activo del ilícito era tomar un vehículo y trasladar los heridos al 'Hospital, pero su actitud

fue tomar el arma de dotación oficial, amenazar a los presentes que iban a ayudar a levantar a los lesionados y así prendió su motocicleta emprendiendo la huída, dejando tendidos a sus víctimas".

3o. **Actuación procesal**

El apoderado de la parte demandada atribuye el accidente a la señora Evelin María Ballard de Oliveros por atravesarse intempestivamente en la vía, sin percatarse del tránsito automotor, con mayor razón si iba acompañada de sus menores hijos. Por razón de esa culpa de la víctima deduce la exoneración de responsabilidad de la administración. Formula así mismo, la excepción de inepta demanda porque se pretende instaurar un proceso ordinario para el ejercicio de una acción de reparación directa trámite especial se encuentra señalado en los artículos 217 y siguientes del C.C.A., sin que haya lugar a la corrección oficiosa de la demanda.

En la oportunidad para alegar de bien probado, la parte demandada insiste en plantear como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima y se refiere a la decisión absolutorio de la justicia penal militar al juzgar las lesiones personales causadas por el agente de la Policía con la motocicleta que conducía.

A su vez, la parte actora reitera los planteamientos de la demanda, pues considera probada la falla del servicio y el daño causado, "por lo que se impone la declaratoria de responsabilidad...".

El concepto del Fiscal del Tribunal fué favorable a las pretensiones de la demanda, con respaldo en la falla del servicio resultante del exceso de velocidad con que el agente Urieles Navarro conducía la motocicleta y el transitar por el carril contrario a la vía.

4o. **La sentencia consultada**

Sobre la excepción de inepta demanda el *a-quo* estimó que "corresponde al funcionario dar el trámite debido al proceso escogido por el actor sin que tenga incidencia la insinuación que éste pueda hacerle al respecto" y, por consiguiente, la desestimó.

Manejó el Tribunal, el caso examinado con el régimen de responsabilidad por falla presunta del servicio "que se da cuando los daños han sido causados con ocasión de actividades peligrosas como es la conducción de vehículos automotores pertenecientes a personas públicas". Encontró el fallador *a-quo* debidamente probado el hecho dañoso y el causal con el da ocasionado, sin hallar en el proceso causa alguna de exoneración pues no se probó la culpa

alegada de la víctima y en cuanto a la absolución penal en favor del agente, tal circunstancia no atenúa ni modifica el régimen de su responsabilidad.

Respecto de los perjuicios materiales observó el Tribunal que los ingresos alegados por la demandante Evelin María Ballard de Oliveros en su profesión de modista, equivalentes a $80.000 mensuales no fueron demostrados. En cambio consideró que los perjuicios derivados del "egreso inesperado" podían indemnizarse en abstracto para liquidar los incidentalmente con la prueba de los gastos realizados por hospitalización, intervenciones quirúrgicas, fisioterapias etc. Perjuicios orales solo fueron reconocidos para la víctima Evelin Ballard de Oliveros por un valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino y para su esposo la equivalencia a 200 gramos del mismo metal. Para los hijos, dada su minoría de edad, consideró el *a-quo* que "no alcanzan a afectarse anímicamente por el defecto físico que padece ahora la madre...".

La parte demandada en su alegato de conclusión cuestiona la tasación de 1.000 gramos de oro en favor de la actora e igualmente censura la tramitación incidental para probar un daño que procesalmente no se acreditó.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que el fallo consultado deberá mantenerse en la medida que no encontró probada la excepción de inepta demanda y declaró la responsabilidad administrativa del ente demandado. Por el contrario, se modificará en lo relacionado con los reconocimientos indemnizatorios,desde luego en aquellos aspectos que no hagan más gravosa la situación de la administración.

Con respecto a la declaración de responsabilidad a cargo de la entidad demandada estima la Sala que aquella encuentra dentro del proceso los elementos probatorios indispensables para su configuración. A los folios 74, 89, 93 y 97 reposan las pruebas que acreditan que la motocicleta marca Kawasaky 18-005 era propiedad y estaba al servicio de la Policía Nacional y que su conductor Clímaco Urieles Navarro prestaba sus servicios como agente de esa institución en el Escuadrón Motorizado. Así mismo, de las declaraciones que obran a los folios 44, 46 y 86 se deduce que la motocicleta era conducida a excesiva velocidad. Tal apreciación concuerda además con el criterio que la Policía Nacional tuvo en cuenta para sancionar disciplinariamente al agente Urieles Navarro como infractor del Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional, "puesto que a través de la investigación se estableció que transitaba a exceso de velocidad".

Fundamentó el Tribunal su decisión condenatoria con base en el régimen de la falla presunta, derivada del nexo instrumental causante del daño, dado que no se demostró para desvirtuar la presunción, el cuidado y diligencia de la administración en la conducción de la motocicleta oficial.

De otra parte, a pesar de que la Sala comparte la conclusión del fallador de primera instancia en cuanto a la declaración de responsabilidad a cargo de la Nación -Policía Nacional, estima necesario formular algunas apreciaciones acerca del régimen de responsabilidad en que se fundamentó el fallo recurrido, por cuanto que si bien es cierto en algunas actividades hay lugar a presumir la falla en el servicio, la que a su vez resulta desvirtuable si se prueba el cuidado y diligencia de la administración en tratándose de aquellos eventos de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, como lo es la conducción de una motocicleta, la parte demandante sólo debe probar el daño sufrido y la relación de causalidad, en tanto que la demandada debe demostrar como causales de exoneración la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero. Se diferencia esta noción de la tesis de la falla presunta en que en aquélla hay lugar a presumir la responsabilidad de la administración y para desvirtuar tal presunción no le basta al ente público probar cuidado y diligencia en su comportamiento .

En torno a esta materia la Sala ha puntualizado que en aquellos casos en los que la responsabilidad se presume por el ejercicio de actividades peligrosas que en sí mismas representan un enorme riesgo para los demás, como en la conducción de automotores o utilización de armas u objetos peligrosos, quien ejercita la actividad o utiliza tales instrumentos, les impone a los demás una carga excepcional que no tienen por qué soportar y si los afecta debe resarcirlos. En tales eventos perjudiciales se aprecia más el daño antijurídico producido, que la irregularidad o nó de la conducta de administración. En tal sentido se pronunció la Sala el 24 de agosto de 1992 expediente No. 6754, Actor: Henry Enrique Saltarín Monroy, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

En el anterior orden de ideas y luego de examinar detenidamente el proceso,de la Sala concluye que la entidad demandada no probó que el accidente hubiera ocurrido por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima,o por el hecho exclusivo de un tercero, de donde se deriva a su cargo la responsabilidad por los daños inferidos a los demandantes y la consecuente obligación de resarcirlos.

En cuanto al argumento defensivo de la demandada basado en la sentencia penal absolutorio proferida en favor del agente Urieles, ya la Sala en pluralidad de ocasiones ha tenido la oportunidad de manifestar que en casos como el subjúdice, la decisión penal no compromete el criterio del juez administrativo,

dado que la responsabilidad penal se maneja bajo parámetros y conceptos diferentes a los que orientan la nación de responsabilidad administrativa, hasta el punto de que la absolución penal del agente no es suficiente a descartar la responsabilidad administrativa del ente público.

Con referencia a los perjuicios materiales, el *a-quo* ante la falta de pruebas se los ingresos de la actora no reconoció ninguna indemnización por el lucro cesante que la afectó. En cambio, por "un egreso inesperado" derivado de los gastos de hospitalización, quirúrgicos, drogas, etc., determinó liquidar incidentalmente tales perjuicios.

La Sala estima que el fallo consultado debe mortificarse, en el sentido de reconocer e indemnizar los perjuicios resultantes de 80 días de incapacidad determinada por, Medicina Legal (fl. 218). El monto indemnizatorio se calculará con base en el salario mínimo legal vigente en 1986, o sea, la cantidad de $560.38 diarios, equivalentes a $44.830.40 durante el lapso de incapacidad, valor que actualizado con base en los índices de precios al consumidor corresponde a la suma de $222.434.00. Para la actualización se utiliza la fórmula:

Vp = Vh Indice final/Indice inicial; donde: Vp, es el valor presente; Vh, es el valor histórico; Indice inicial el vigente en mayo de 1986 (57.93) y final vigente en marzo de 1993 (287.43), de acuerdo con la información suministrada por el DANE.

$$Vp = 44.830.40 \frac{287.43}{57.93} = \$222.434.00$$

Valor de la indemnización: $222.434.00.

Con relación a lo decidido por el *a-quo* para indemnizar el perjuicio originado en los gastos de hospitalización, médicos, quirúrgicos, drogas etc.,mediante trámite incidental, tal determinación se revocará por cuanto el incidente de liquidación de perjuicios procede precisamente para cuantificarlos, más nó para probar su existencia como lo pretende el Tribunal en el fallo objeto de consulta, al requerir la documentación sobre gastos cuya comprobación no se realizó dentro del proceso.

Con relación a la indemnización por los perjuicios morales inferidos a la doctora Evelin de Oliveros, cuya cuantía la tasó el *a-quo* en el equivalente a 1.000 gramos de oro, la Sala respalda su valoración y consideraciones del *a-quo* pues resulta incuestionable que la perturbación funcional de la deambulación de carácter permanente, incidirá necesariamente en la personalidad y

comportamiento personal y social de la lesionada. No comparte la Sala, en cambio el criterio del *a-quo* para no indemnizar a los menores por el defecto físico que le quedo del accidente a su progenitora. Los niños sin duda alguna resultaron afectados moralmente con la irregular situación anatómica y de marcha que aqueja a su señora madre, la cual no puede solventarse con el simple criterio de que se van a acostumbrar. Sin embargo, como la parte actora no cuestionó tal aspecto de la sentencia, por tratarse de una consulta no podrá mortificarse en contra de la administración.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMANSE los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 de la sentencia consultada, esto es, la de 31 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

SEGUNDO. Revócase el numeral 3 de la sentencia consultada.

TERCERO. La Nación -Policía Nacional-, pagará a la señora Evelin Ballard de Oliveros, por concepto de perjuicios materiales, la suma de doscientos veintidós mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos ($222.434.oo) moneda legal.

CUARTO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con destino a las partes, con constancia de ejecutoria, haciendo las previsiones del artículo 115 del c.de p.c.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, quince de Abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO / CULPA DE LA VICTIMA

Desde el momento mismo en que el centro de imputación jurídica demandado autorizó que en sus instalaciones se llevará a cabo el partido de microfútbol, estaba obligado a garantizar que las instalaciones deportivas ofrecían una seguridad razonable para los jóvenes que allí se divertían. A lo largo del proceso se demostró que en puridad de verdad ella no se daba. No obstante lo anterior, hubo también culpa del niño, quien contaba, al momento de su muerte con casi catorce años de edad.

PERJUICIOS MORALES A TERCEROS / EQUIDAD

El demandante no hizo el reconocimiento del finado como hijo extramatrimonial, y la legitimación que llevó a cabo no alcanza a beneficiarlo. No obstante esta realidad, la Sala lo considera como un TERCERO, afectado. La abundante prueba testimonial que se recepcionó a lo largo del proceso, permite inferir el trato cordial, amistoso, de verdadero cariño que el presunto padre le daba a la víctima. en más de una ocasión se impone hacer justicia del caso concreto, aplicando la EQUIDAD. Por ello se ha enseñado que históricamente la EQUIDAD debió preceder a la JUSTICIA, o dicho con más precisión, que el modo histórico de ser justo debió consistir en la EQUIDAD, pues en muchos pueblos primitivos la justicia se hacía con base en normas generales, impersonales y abstractas, sino haciendo justicia para EL CASO CONCRETO . Sólo así será posible darle entrada a la JUSTICIA MATERIAL para dejar de lado la simplemente FORMAL.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8057. Demandado: Universidad Pedagógica Nacional. Actor: JAIRO BAQUERO Y OTRA

-I-

Agotada la tramitación procesal de 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 veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva, **DISPUSO**:

> **PRIMERO**.- Declárese administrativamente responsable a la UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL, por la muerte de Sergio Leonardo Baquero Hernández, ocurrida el 22 noviembre de 1986 en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C.
>
> **SEGUNDO**.- Como consecuencia de la declaración anterior condénase a la UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL, a pagar, como indemnización por perjuicios morales subjetivos, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino a JAIRO BAQUERO y MARILU MARGARITA HERNANDEZ DE BAQUERO, para cada uno de ellos; y el valor equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino a ANDREA BAQUERO HERNANDEZ y ROLAND BAQUERO HERNANDEZ, a cada uno de ellos.
>
> El valor del oro se determinará con certificación que al efecto, expedirá el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
>
> **TERCERO.**- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.
>
> **CUARTO**.- Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A." (folios 142 a 143 cuaderno principal)

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:

SECCION TERCERA

"Surtido el trámite procesal correspondiente sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso que, en ejercicio de la acción de reparación directa, iniciaron JAIRO BAQUERO y MARILU MARGARITA HERNANDEZ DE BAQUERO quienes obran en su propio nombre y en representación de sus hijos menores ANDREA y ROLAND BAQUERO HERNANDEZ, con el fin de obtener la declaratoria de responsabilidad de la UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL por la muerte de SERGIO LEONARDO BAQUERO HERNANDEZ ocurrida el 22 de noviembre de 1986 y, como consecuencia, la indemnización de perjuicios respectiva.

"ANTECEDENTES:

"En escrito presentado ante esta Corporación los actores, por intermedio de apoderado formularon las siguientes pretensiones procesales:

"PRIMERA- Declarar a la Universidad Pedagógica Nacional administrativamente responsable de la muerte del niño SERGIO LEONARDO BAQUERO HERNANDEZ, ocurrida en la ciudad de Bogotá el dia 22 de noviembre de 1986.

"SEGUNDA.- Condenar a la Universidad Pedagógica Nacional a pagar a Jairo Baquero la suma de treinta y cinco mil pesos ($35.000.oo) por concepto de gastos de entierro del cadáver de Sergio Leonardo Baquero Hernández, actualizada dicha suma según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 22 de noviembre de 1986 y el que exista cuando se produzca el fallo, más un interés del seis por ciento anual sobre el valor histórico y la aplicación de las fórmulas de matemáticas financieras aceptadas por el Consejo de Estado. La condena se hará en concreto.

"TERCERA.- Condenar a la Universidad Pedagógica Nacional a pagar a favor de Jairo Baquero y Margarita Hernández de Baquero, en forma proporcional, los perjuicios materiales sufridos con motivo de la muerte de su hijo Sergio Leonardo Baquero Hernández, teniendo en cuenta los siguientes factores de liquidación:

"1.-El salario mínimo vigente el 22 de noviembre de 1986, o sea la suma de quinientos sesenta pesos con treinta y ocho centavos ($560.38).

"2.- El cálculo de la vida probable de Jairo Baquero, Margarita Hernández de Baquero y Sergio Leonardo Baquero Hernández, según las tablas de mortalidad de las activos afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

"3.- La actualización del salario mínimo señalado y la variación porcentual del índice de precios al consumidor para empleados y la fórmula de de de matemáticas financieras aceptada por el Consejo de Estado.

"4.- La condena se hará en abstracto si no fuere posible hacerla en concreto.

"CUARTO.- Condenar a la Universidad Pedagógica Nacional a pagar los perjuicios morales sufridos por los demandantes, los cuales hago consistir en el equivalente en pesos colombianos de las siguientes cantidades de oro puro o sino,según su precio internacional certificarlo por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia por el Honorable Consejo de Estado:

"A) Para Jairo Baquero y Marilú Margarita Hernández de Baquero, mil gramos para cada uno.

"B) Para Andrea y Ronald Baquero Hernández, quinientos gramos para cada uno.

"QUINTA.- La Universidad Pedagógica Nacional, dictará dentro del término de treinta días, contados desde el recibo de la comunicación de la sentencia, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas para su cumplimiento y el ente público demandado pagará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorias después de dicho término (folios 2 a 4).

Como hechos, fuente de las pretensiones procesales, narra la demanda los siguientes:

"1.- Sergio Leonardo Baquero Hernández nació el 22 de marzo de 1973 en la ciudad de Bogotá como consecuencia de las relaciones extramatrimoniales de Jairo Baquero y Marilú Margarita Hernández.

"2.- Jairo Baquero y Marilú Margarita Hernández contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica en el municipio de Santa María, departamento de Boyacá, el siete de julio de 1974.

SECCION TERCERA

"3.- En la partida eclesiástica del matrimonio Baquero-Hernández, sentada el día en que contrajeron matrimonio, se dijo: "los contrayentes reconocieron como hijo suyo habido antes del matrimonio y para efectos de la legitimación a Sergio Leonardo Baquero de catorce meses de edad, aún sin bautizar "....."

"10.- Durante el matrimonio, Jairo Baquero y Marilú Hernández han procreado a Andrea, nacida el primero de junio de 1975 y a Roland nacido el 26 de enero de 1977.

"11.- Sergio Leonardo Baquero Hernández, vivía con sus padres y hermanos bajo un mismo techo y guardaba especiales vínculos de cariño y afecto con ellos.

"12.- Sergio Leonardo era un niño normal, sin defectos físicos de ninguna clase y en el año de 1986 cursaba segundo de bachillerato en el colegio Dominga de Garzón.

"13.- Sergio Leonardo Baquero, como muchos niños de su edad, era aficionado a jugar foot-ball.

"14.-Don Pedro Ignacio Rodríguez Rodríguez había organizado a un grupo de muchachos de diferentes barrios, entre ellos del León XIII, donde vive la familia Baquero Hernández, que tenían por costumbre asistir a la Universidad Pedagógica Nacional a jugar en unas canchas de micro-football.

"15.- Fue así como el 22 de noviembre de 1986 Sergio Leonardo Baquero Hernández, en compañía del profesor don Pedro Ignacio Rodríguez Rodríguez y de varios jóvenes, se dirigieron las canchas de la Universidad Pedagógica Nacional.

"16.-Sergio Leonardo Baquero Hernández actuó como portero y su equipo ganó sobre el rival. Al final del partido y con el fin de celebrar el triunfo, Sergio Leonardo Saltó y se agarró del horizontal del marco de la portería, con tan mala suerte que la portería cayó y se le vino encima y lo golpeó mortalmente.

"17.-Sergio Leonardo fue trasladado inmediatamente al hospital San Ignacio donde murió, sin que hubiera oportunidad de abrirle historia clínica.

"18.-La muerte de Sergio Leonardo Baquero Hernández se debió a que el marco de la portería estaba completamente flojo, hecho que demuestra

negligencia, descuido, abandono, por parte de las autoridades de la Universidad Pedagógica, Nacional. No se puede exigir a un niño que no salte de alegría para celebrar un triunfo deportivo y menos que se agarre de uno de los marcos de la portería. Estas son cosas normales de la niñez y la juventud por la que todos pasamos. La anormalidad consistió en no revisar los marcos de la portería para mantener en buen estado y evitar tragedias como la ocurrida en los hechos que narro.

"19.- La muerte de Sergio Leonardo Baquero constituye una falta de la administración pública.

"20.- Según lo prescribe el artículo 16 de la Constitución Política, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas honra y bienes.

"21.- Una de las actividades fundamentales del Estado es fomentar el deporte, hecho que se ejerce a través de numerosas instituciones. Entre ellas se encuentran las universidades que como la Pedagógica Nacional tienen diferentes canchas en sus predios. Pero esas canchas deben estar debidamente instaladas cuidadas y mantenidas para evitar fallas debidas a su mal mantenimiento como ocurrió en el presente.

"22.- Antes del partido nadie previno a los asistentes sobre la peligrosidad de agarrarse de los marcos de la portería ni la Universidad Pedagógica Nacional tenía avisos que previnieran a los deportistas de balancearse o saltar a coger los marcos de la portería.

"23.- Sergio Leonardo Baquero murió como consecuencia de la falta de la demandada. Esa falta ha producido unos daños. El entierro del cadáver costó treinta y cinco mil pesos pagados a la Funeraria Fátima. La víctima tenía la plenitud de sus capacidades físicas y mentales para trabajar. La muerte lo imposibilitó. Si no se hubiera producido la falta, Sergio Leonardo había ayudado, sus padres económicamente hasta el día de su muerte según su vida pro bable. Es de derecho natural y también por consagración legal, prestar alimentos congruos hasta su muerte. Para fijar la base de los daños materiales solicitaré el salario mínimo vigente el día de la muerte de Sergio Leonardo.

"24.- También se han producido unos daños morales. Es humano el sufrir por la muerte de un ser querido y con mayor razón cuando se trata de un hijo o hermano de quien no se esperaba que la muerte se llevara. La jurisprudencia ha dicho que el daño moral es inconmensurable. Sin embargo se han fijado unas pautas para que el juzgador fije los perjuicios morales:

el equivalente en pesos de mil gramos de oro cuando se trata de los seres más allegados como los padres y de quinientos gramos cuando quienes demandan son los hermanos. Esa ha sido la indemnización solicitada por perjuicios morales subjetivos.

"25.- La Universidad Pedagógica Nacional es un establecimiento público creado por el Decreto 3153 de 1968, cuyo artículo 1o. la define y el artículo 5o. dice que el rector será su representante legal.

"26.- La cancha donde ocurrió la falta de la administración se encuentra dentro de los predios de la citada universidad y ella estaba obligada a mantener y vigilar las porterías para que no se presentaran hechos como el narrado en esta demanda.

"27.- Existe una relación de causalidad entre la falta de la administración y los daños causados, que no han sido indemnizados por nadie. (folios 5 a 11).

"....."

"III.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

"Para la Sala existe plena convicción de que hubo falla en la prestación del servicio por parte de la Universidad Pedagógica Nacional.

En efecto, si bien es cierto que la entidad administrativa no organizó el evento deportivo al final del cual perdió la vida el menor Sergio Leonardo Baquero Hernández, también lo es que permitió la realización del mismo dentro de sus dependencias con utilización de canchas y elementos de su propiedad. Dentro de esos elementos se encontraban los arcos móviles cuya defectuosa conformación e inadecuado uso dieron lugar a que cayera sobre el adolescente, cuando éste saltó cogiéndose del paral horizontal, ocasionándole el trauma con laceración del miocardio que le produjo la muerte. Es claro que la conservación y mantenimiento de dicho arco estaba a cargo de la Universidad, la cual ha debido actuar con diligencia y cuidado para evitar que se produjeran accidentes como el que dio origen al presente litigio; medida elemental era acudir a la utilización de algún implemento que permitiera, durante la actividad deportiva, mantenerlo asegurado al piso, de tal suerte que no fuera posible su caída al sostener el peso de algunos de los jugadores, más aún tratándose de menores de edad que, por tal condición, merecen especiales medidas de precaución para protegerlos en su integridad.

Como la conducta de la administración no fue lo suficientemente diligente y cuidadosa, existió irregularidad en la prestación del servicio a que estaba obligada, comprometiendo con ella su responsabilidad.

"Se presenta, entonces, la falla en la prestación del servicio por parte de la demandada, configurándose así el primer elemento de la responsabilidad de los organismos estatales dentro del régimen en que se sustenta la demanda.

"El daño se evidencia por sí mismo. La muerte de su hijo o hermano, origina para quienes la soportan perjuicios del orden moral y material, objeto de resarcimiento por quien los causó, en tanto los últimos sean debidamente demostrados dentro del proceso.

"El nexo causal entre la falla del servicio y el daño causado también se hace notorio. Sin la falla no se hubiera producido la muerte y sin ella no existiría el daño; no existe duda al respecto.

"Concurren, por consiguiente, los elementos estructurales de la responsabilidad de la administración dentro del régimen de la falla en la prestación del servicio. Las autoridades no cumplieron con su obligación fundamental de proteger la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia y se violó, por tanto, el artículo 16 de la Constitución Nacional vigente para la época en que se produjeron los hechos, que corresponde al inciso 2o. del artículo 2o. de la Actual Carta Política". (Folios 125 a 139 del cuaderno principal)

- II -

VISTA FISCAL

A folios 150 y siguientes del Cuaderno No. 1 obra el concepto rendido por la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, Dra. Edne Cohen Daza, en el cual se **OBSERVA:**

"Los varios testigos a quienes se les oyó en declaraciones dentro del proceso concuerdan en la versión que dan sobre la ocurrencia de los hechos. No se desprende de sus testimonios que la Portería o marco de la misma se hubiese partido o aflojado, sino que ésta se cayó al piso y golpeó al muchacho cuando éste se cogió de la parte superior del mismo, es decir, cuando el peso de su propio cuerpo la volteo, circunstancia que demuestra que hubo culpa de la víctima puesto que, de no haber mediado su actuación imprudente, tampoco hubiese tenido ocurrencia el accidente

que le costó la vida. Por la misma razón es dable aseverar que el marco de la portería no se cayó por tan sólo por carecer de algún aditamento o soporte especial que permitiera su fijación al suelo, sino que contribuyó para su caída el contrapeso que el estudiante ejerció sobre el mencionado marco.

"Cabe además, hacer mención de la responsabilidad que hasta cierto punto tenía el profesor que organizó el evento deportivo, puesto que éste, como persona mayor y a cargo del grupo de muchachos integrantes del equipo, ha debido también estar atento a los peligros de cualquier índole que existiesen y en un momento dado pudiesen representar riesgo para sus pupilos, advirtiéndoles las precauciones para evitar precisamente accidentes como el que es materia de estudio.

"Como de lo expuesto se concluye que existieron circunstancias, tanto de parte de la administración como de la víctima, que incidieron en la causación de los hechos; y habiéndose acreditado probatoriamente la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, esta Agencia del Ministerio Público, considera procedente que la responsabilidad sea compartida en la proporción en que la falla o falta se reconozca como causa del daño ocasionado, limitando su tasación conforme al grado de responsabilidad imputable a la propia víctima.

"Por ende, se solicita a la Sala, que de conformidad con lo expuesto, se modifique la sentencia consultada. (Folios 152 a 153 cuaderno principal).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia consultada será confirmada aunque con algunos ajustes, de universo económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-examine* no hay espacio para la duda que impida concluir que se dio la falla del servicio. Desde el momento mismo en que el centro de imputación jurídica demandado autorizó que en sus instalaciones se llevara a cabo el partido de microfútbol, estaba obligado a garantizar que las instalaciones deportivas ofrecían una seguridad razonable para los jóvenes que allí se divertían. A lo largo del proceso se demostró que en puridad de verdad ella no se daba. Así, el declarante Señor Pedro Ignacio Rodríguez Rodríguez, licenciado en educación física, no vacila en ilustrar al sentenciador dentro del siguiente marco:

"Los arcos eran dos arcos de tubo grueso y eran unos arcos portátiles, ya que la Universidad nunca ha contado con dos juegos de arcos y se hace necesario el trazado de un patio a otro o al coliseo, los arcos CONTINUA LA DECLARACION DEL SEÑOR RODRIGUEZ RODRIGUEZ ... para ser transportados necesitan ser volteados y trasladados por varias personas, la dimensión del arco dos metros de alto por tres metros de ancho reglamentario, el tenía las condiciones necesarias pero le faltaba las condiciones de seguridad en la parte posterior como por ejemplo un tambor de seguridad o un gancho fijo al piso. PREGUNTANDO. Ante la ausencia de esos factores de seguridad podía considerarse peligroso la utilización de los mencionados arcos. CONTESTO. Sí, si podía considerarse, peligroso, porque en algunas oportunidades los arqueros tienen la tendencia a tomarse de algunos de los palos. PREGUNTANDO. Diga Ud. quién es la persona que tenía la vigilancia y dirección de los participantes del partido. CONTESTO. Yo estaba a cargo de ellos. PREGUNTANDO. Si Ud. estaba a cargo de los niños y era consiente de la peligrosidad de los arcos explique porqué razones permitió que se realizará el partido. CONTESTO. Desafortunadamente hasta aquél momento no éramos conscientes de la peligrosidad de dichos arcos por cuanto en la Universidad con estos mismos arcos y en estas mismas condiciones se habían jugado muchos campeonatos, por tanto no se habían presentado el primer percance y esto nos hizo tomar conciencia de la peligrosidad del arco justo después del accidente, de otra manera jamás se habría permitido la utilización de los arcos y el juego en sí. PREGUNTANDO. Diga Ud. si tiene conocimiento de que se hayan presentado accidentes similares al descrito en condiciones también similares. CONTESTO. Si he sabido de tres o cuatro eventos en donde desgraciadamente se ha presentado el mismo hecho Uno lo venía mencionando con el Dr. Barreto en donde el arco fue el causante de una tragedia, fue el Dr. Barreto el que me hizo mención a este ejemplo. El otro hecho fue el ocurrido con un arco en donde se desprendió el horizontal y golpeó sobre la cabeza a un niño causándole la muerte, realmente yo lo leí en el periódico hace unos dos años, dos años y medio fue publicado." (Folios 78 y 79 cuaderno principal).

Para la Sala la anterior declaración tiene fuerza de convicción, dadas las calidades profesionales, en el campo deportivo, de quien depuso. La forma clara y desinteresada como él ilustra sobre las circunstancias en que ocurrió la tragedia, permiten concluir que los arcos carecían de las condiciones de seguridad en la parte posterior, realidad fáctica que fue determinante para que se desencadenara el insuceso.

SECCION TERCERA

No obstante lo anterior, el *ad-quem* encuentra de recibo la perspectiva jurídica que presenta la Procuradora Segunda Delegada, cuando después de examinar la realidad fáctica concluye que hubo también culpa del niño; SERGIO LEONARDO BAQUERO HERNANDEZ contaba, al momento de su muerte, con casi catorce años de edad. Estaba en ese momento de la vida en que no necesitan razonar mucho para darle sentido a la existencia, vitalidad e intensidad a las relaciones humanas. Por ello suele reír, cantar, derrochar viveza y repartir esperanza. Todo ello explica que tenga confianza en el mundo que le rodea sin pensar mucho en la posibilidad de que su entorno se rompa de un momento a otro. La ingenuidad que suele embargar esos primeros años de la existencia les impide dudar. En los campos deportivos se desplazan con la libertad que las reglas del juego permite y normalmente son maestros de la ternura. Por ello anhelan estar en el estadio, en la pista, en el coliseo. Quizás por todo ello Gregorio Mateu, afirma.

> "Los niños siguen jugando en las calles y plazas de nuestras ciudades y se muestran como el contrapunto necesario a tanta tecnología agobiante. No quisiera que se apagaran las ilusiones de los niños, ni que dejaran de jugar con una cuerda, un simple palo o una vulgar cometa. Habría muerto el sortilegio de la creatividad" (Brotes de ternura, pág. 73)

La realidad anterior explica muy bien la causa, motivo o razón por la cual Sergio Leonardo Baquero Hernández, saltara cuando vivenció que su equipo había quedado campeón. Le llegaba la alegría, que como lo afirma el escritor en antes citado, es "... un estado interior de armonía que va dando color y sabor a la vida". "Ya viene la alegría..... ábranse en par las puertas de la vida, y se cubran los ríos de gallombos, que doblen las campanas, huyan veneno, espinas y serpientes" (Carlos Cano).

La motivación anterior, que bien podría parecer extraña en una providencia judicial, es sólo la explicación, y muy parcial, de la razón por la cual sólo se hará una reducción de la indemnización en un diez por ciento (10) del monto que más adelante se fije a cargo del centro de imputación jurídica demandado.

B) Por lo que hace relación con la legitimación por activa, la Sala la encuentra debidamente demostrada, pero con una perspectiva jurídica bien distinta de la que defendió el apoderado de la parte actora, a lo largo del proceso.

Para la Sala es verdad que Sergio Leonardo Baquero Hernández fue legitimado cuando ya había fallecido, como se desprende del certificado que obra al folio 19 del Cuaderno No. 1. Como murió sin dejar descendencia, ella no alcanzó a ser aceptada en la forma ordenada por el artículo 244 del Código Civil. Por lo demás, el universo de esta hipótesis normativa indica que ella no

aprovecha sino a la posteridad legítima. Esta verdad jurídica impide que quienes hacen la legitimación se beneficien con ella. En la materia que se estudia no hay vacilaciones en la doctrina. Así el Dr. Gustavo León Jaramillo, enseña:

"4) Efectos de la legitimación

"Un efecto principal se desprende de la legitimación: los hijos que adquieran tal estado se igualan en derechos y obligaciones a los legítimos, en tal forma que ordena la ley que deben ser comprendidas para todos los efectos en la denominación de legítimos, salvas excepciones expresas (artículo 246). ----- Otras consecuencias secundarias si se quiere y obvias por demás, pueden darse, por ejemplo:

- La legitimación no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce (Artículo 245. inc. 2o.). De aquí se siguen efectos de importancia como por ejemplo: saber que para las derivaciones que nacen del estado civil de hijo legítimo, la edad no se computa desde el nacimiento sino desde la legitimación (Casos herenciales por ejemplo) o, como dice Eduardo Rodríguez Piñeres, citado por Roberto Suárez Franco: "el hijo legitimado no puede ser llamado en el concepto de legítimo, a suceder a una persona muerta antes de la celebración del matrimonio de sus padres legitimantes; si puede serlo a la de una persona muerta después de esa celebración pero antes de haber sido aceptada la legitimación".

"El derecho de legitimación aprovecha a la posterioridad legítima o natural de los hijos legitimados (artículo 244 inc. 2o.)" (Derecho de Familia y menores. Editorial Universidad de Antioquia, pág. 282).

A su turno el Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO, destaca:

"a) El legitimado se iguala en derechos y obligaciones al hijo legítimo (C.C., art. 245). Ostensible ha sido la intención del legislador en poner de relieve este efecto, pues en el art. 246 dispone, además, que "la designación de hijos legítimos, aun con la calificación de nacidos de legítimo matrimonio, se entenderá comprender a los legitimados tanto en las Leyes y Decretos como en los actos testamentarios y en los contratos, salvo que se exceptúe señalada y expresamente en la ley".

"En consecuencia, ocurrida la legitimación, el hijo legitimado pasa a ser considerado como legítimo.

"b) Según el art. 244, la legitimación aprovecha a la posteridad legítima de los hijos legitimados.

"c) La legitimación no se retrotrae a fecha distinta de la de celebración del matrimonio, lo cual es obvio, si se tiene en cuenta que este es uno de los elementos que la constituyen. (Art. 245).

"d) El hijo legitimado no puede ser llamado como legítimo a suceder a una persona muerta, antes de la celebración del matrimonio de sus padres legitimantes; si puede serlo a la de una persona muerta después de esa celebración, pero antes de haber sido aceptada la legitimación.

"e) La fecha de la legitimación es en un principio la del matrimonio, pero no necesariamente esta; puede postergarse a él. Tal es el caso previsto por el art. 132 de la Ley 153 le 1887." (Derecho de Familia. Editorial Temis, 1992 pág. 45).

Por último, la Dra. Josefina Amézquita de Almeida, en su obra: Lecciones de Derecho de Familia, destaca:

"Efectos de la Legitimación.

"De conformidad con los art. 245 y 246 del Código Civil, el hijo legitimado está sometido al mismo régimen del hijo legítimo, salvo las excepciones del art. 245, párrafo 2o., del mismo Código, mencionado anteriormente, según el cual el legitimado adquiere el estado civil de hijo legítimo desde la fecha en que se efectuó el matrimonio de sus padres, y no desde la concepción, y la legitimación solo aprovecha a la posterioridad legítima del legitimado". (Obra citada, Editorial Temis 1980, pág. 136). (Sentencia de 1o. de abril de 1.993. Expediente No. 7845. Actor: MARIA ROSAURA GARZON DE JARAMILLO. Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.)

No obstante la realidad jurídica anterior, la Señora MARILU MARGARITA HERNANDEZ aparece suscribiendo el Acta de Registro de Nacimiento, motivo por el cual tiene, ante la ley, el carácter de madre natural. Por lo demás, al contraer matrimonio en julio 7 de 1974, con el Señor Jairo Baquero, tuvo dos hijos legítimos, ANDREA BAQUERO y ROLAND BAQUERO que son hermanos, por parte de madre, con el occiso.

Por lo que hace relación con el demandante, señor JAIRO BAQUERO, este no hizo el reconocimiento del finado como hijo extramatrimonial, y la legitimación que llevó a cabo no alcanza a beneficiarlo, por lo que ya se anotó. No obstante esta realidad, la Sala lo considera como un TERCERO, afectado con la muerte del joven SERGIO LEONARDO BAQUERO. La abundante prueba testimonial que se recepcionó a lo largo del proceso, permite inferir el

trato cordial, amistoso, de verdadero cariño que el presunto padre le daba a la víctima. Por lo demás, desde que se sentó el acta de registro de nacimiento se hizo figurar como su hijo, todo lo cual contribuye a que el sentenciador le despache favorablemente sus pretensiones a tal título. Casos como el presente son los que permiten afirmar que en más de una ocasión se impone hacer justicia del caso concreto, aplicando la EQUIDAD. Por ello se ha enseñado que históricamente la EQUIDAD debió preceder a la JUSTICIA, o dicho con más precisión, que el modo histórico de ser justo debió consistir en LA EQUIDAD, pues en muchos pueblos primitivos la justicia se hacía con base en normas generales, impersonales y abstractas, sino haciendo justicia para EL CASO CONCRETO. Sólo así será posible darle entrada a la JUSTICIA MATERIAL para dejar de lado la simplemente FORMAL.

C) Por todas las razones que se dejan expuestas, el *ad-quem* confirmará la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el tribunal, reduciéndola en un diez por ciento (10%), por las razones ya destacadas.

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

1o.) CONFIRMANSE los numerales primero (1o.), tercero (3o.) y cuarto (4o.) de la sentencia calendada, el día veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro;

2o.) REVOCASE el numeral segundo de la misma sentencia, el cual quedará así:

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaración anterior **CONDENASE** a la UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL a pagar, por concepto de Perjuicios Morales, las cantidades de oro que a continuación se indican y a las personas que se relacionan, así:

A JAIRO BAQUERO y MARILU MARGARITA HERNANDEZ DE BAQUERO, novecientos gramos (900) de oro fino para cada uno;

A ROLAND BAQUERO HERNANDEZ y ANDREA BAQUERO HERNANDEZ, cuatrocientos cincuenta (450) gramos de oro fino para cada uno.

SECCION TERCERA

Las cantidades de oro se deberán pagar con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

3o.) Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo;

4o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERENCION DEL PROCESO - Improcedencia

El numeral 1o. del artículo 10 del Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991, no es aplicable a los procesos contencioso administrativos, pues, en él se hace una clara remisión al artículo 346 del Código de Procedimiento civil, sin tocar para nada el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo, que define en qué casos hay lugar a decretar la perención del proceso en esta Jurisdicción. El alcance de la norma en antes citada parece tener relación más bien con los procesos contemplados en el artículo 2o. del Decreto No. 2651 de 1991, y con las conciliaciones que se lleven a cabo en los Centros De Conciliación regulados en el artículo 3o. del mismo estatuto.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejo Potente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. 8094. Actor: MARCO ANTONIO PEREZ Y OTRO. Demandado: La Nación-Ministerio De Defensa

-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 el auto calendado el día cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en virtud del cual se decretó LA PERENCION DEL PROCESO, por las razones que se precisan en el referido proveído.

SECCION TERCERA

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del citado proveído, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Acorde con el informe de secretaría de 3 de noviembre del presente año, este proceso ha llegado al despacho para surtir el traslado correspondiente.

"Sin embargo el Tribunal se percata que el día 6 de octubre del presente año, debió celebrarse la audiencia de conciliación señala por auto de 26 de septiembre de 1992, audiencia que no se pudo celebrar, no obstante la presencia del Señor Procurador de la Nación 33 en lo judicial administrativo y la apoderada de la Nación, parte demandada doctora Gladys Alvarez Arango, por no haber comparecido el apoderado de la parte demandante doctor Luis A. Jiménez Espitia, a pesar de que el auto que fijó fecha de conciliación le fue notificado oportunamente y además se comunicó telegráficamente el día 24 de septiembre del presente año.

"Para resolver se,

CONSIDERA:

"La ley ha consagrado la diligencia de conciliación a fin de descongestionar los despachos judiciales que las partes, cuando los derechos son susceptibles de transacción, lleguen a un arreglo antes de proferir el fallo correspondiente.

" Si una de las partes injustificadamente por su culpa entorpece este procedimiento debe soportar las consecuencias de que su conducta sanciona la ley.

"El decreto 2651 de 1991, en su art. 10 estipula:

"Con excepción de las audiencias previstas en el trámite de conciliación a que se refiere el artículo segundo y el numeral 3o. del artículo 16 de este decreto, la inasistencia injustificada a alguna de las audiencias de conciliación previstas en este decreto o a la contemplada en el artículo 101 del código de procedimiento civil, tendrá, además de las consecuencias indicadas en el citado artículo, las siguientes:

"1.Si se trata del demandante, se producirán los efectos señalados en el artículo 346 del código de procedimiento civil, los cuales decretará el juez de oficio o a petición de parte.

"2....."

"Acorde con la norma transcrita las consecuencias de la inasistencia a una cualesquiera de las audiencias de conciliación consagradas en el decreto salvo las previstas en el art. 2 e inciso 3o. del artículo 16 de ese decreto, conllevan la consecuencia para el demandante prevista en el numeral 1 del artículo 10.

"El caso contemplado no encaja dentro de las excepciones que contempla el decreto, luego el demandante en este caso se hace acreedor a la consecuencia establecida en el artículo 346 del c. de p. civil.

"Las consecuencias que trae el art. 346 del c. de p.civil, no son otras la declaratoria de perención del proceso, pues dicha norma reglamenta esta forma anormal de terminación del proceso, que impide al demandante que inicie nuevamente durante los dos años siguientes contados a partir de la notificación del auto que la decrete.

"Observa el Tribunal que el mismo decreto 2651 de 1991 en el parágrafo del artículo 10 cuáles son las causales de justificación de la inasistencia, causales que no aparecen acreditadas en el expediente.

"Finalmente es de observar que el mismo artículo 10 expresa que el auto que señale la fecha para la audiencia de conciliación deberá contener la prevención a las partes sobre las consecuencias que acarrea la inasistencia.

" Bien es cierto, que por omisión involuntaria del Tribunal, no se les hizo esta prevención, pero no es menos cierto que esta irregularidad no tiene relievancia alguna en virtud de que dicha prevención está contenida en la ley, razón por la cual se presume de derecho su conocimiento:". (fls. 170-172 Cdno No. 1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 174 y siguientes del Cuaderno No.1, aparece 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, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"Los hechos del proceso los sintetizo así:

"1o. La demanda fue presentada el día 24 de agosto de 1990, se admitió el día 10 de septiembre del mismo año.

"2o.-Se abrió a prueba el 24 de octubre de 1990.

"3o.-Mediante auto del 12 de noviembre de 1991, se decretó la Nulidad de todo lo actuado.

"4o.- Después de haberse desarrollado todo el proceso, por segunda vez el Tribunal decretó la Nulidad de todo lo actuado, mediante auto del día 16 de septiembre de 1992.

"5o.- Se citó para celebrar audiencia de conciliación el día 6 de octubre del presente año.

"6o.- Por razones de encontrarme fuera de la ciudad, precisamente haciendo diligencias propias de mi ejercicio profesional en la ciudad de Bogotá, no pude asistir a la audiencia de conciliación.

"7o. Por no haber asistido en mi condición de Apoderado a la audiencias de conciliación, el Honorable Tribunal decretó la perención del proceso.

"La decisión del Honorable Tribunal se fundamentó en el artículo 10 del Decreto 2651 de 1991, en concordancia con el artículo 346 del C. de P.C. y precisamente con fundamento en las mismas disposiciones, además de lo estatuído en el artículo 1o. y 62 del mismo Decreto Ley 2651 de 1991, sustento el recurso así:

"1o. El decreto 2651 de 1991, no es aplicable en el presente caso por perdida de su vigencia, pues, si observamos detenidamente el artículo 10. *ibídem*, dice expresamente:

"Por el término de cuarenta y dos (42) semanas se adoptan las disposiciones contenidas en el presente decreto,encaminadas a descongestionar los despachos judiciales.".

"Lo anterior significa que si el mencionado decreto empezó a regir el día 10 de enero, según el artículo 62 del mismo decreto, el día en que se

expidió el auto recurrido, ya había transcurrido las 42 semanas y por lo tanto no estaba en vigencia y en consecuencia mal podía aplicarse en el proceso de la referencia no estando vigente.

"2o.- El artículo 346 del C.de P.C. dice textualmente el inciso 6o. "Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los procesos en que sea parte la Nación, una institución Financiera Nacionalizada ....."

"Siendo parte en el proceso que nos ocupa la Nación, entonces no es aplicable lo ordenado en el artículo 346, por dos (2) razones:

"a) El mismo artículo dispone (inciso 6o.) que no se aplica cuando la nación sea parte y precisamente en el proceso que nos ocupa, la nación es parte.

"b) La aplicación del artículo 346 del C. de P.C., es por remisión del artículo 10 del decreto 2651, que no está vigente (Artículo 1o.)".

"3o.- La no asistencia a la cita de la conciliación obedeció a circunstancias de fuerza mayor, por encontrarme en la precisa fecha, en la ciudad de Santa Fé Bogotá, también en diligencias profesionales ante la procuraduría General de la Nación, y para que se admita como excusa anexo el volante de Avianca de ida y vuelta de las fechas 4 y 8 de octubre respectivamente.

"Tiene por objeto este recurso pedir que sea revocada en todas sus partes el acto recurrido por medio del cual se ordenó la perención.".

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La providencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica y fáctica que hizo el tribunal, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho.

En el caso *sub-exámine* están debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que por auto calendario el día dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), el *a-quo* señaló el día seis (6) de octubre de ese mismo año para que tuviera lugar la celebración de la audiencia de conciliación dentro del proceso del rubro, pues se había agotado el período probatorio;

SEGUNDA: Que la anterior providencia se le notificó personalmente al Dr. LUIS A. JIMENEZ ESPITIA el día diecisiete (17) de septiembre de 1992, como aparece en la constancia de secretaria que obra al folio 160, donde aparece estampada la firma del citado profesional del derecho;

TERCERA: Que la audiencia de conciliación no se pudo llevar a cabo porque el apoderado de la parte actora no se hizo presente el día y hora señalado.

B) No obstante la realidad procesal que se deja transcrita, la Sala encuentra que en el caso en comento se impone una interpretación sistemática de toda la normatividad que tiene que ver con la conciliación y también con el fenómeno jurídico de la PERENCION DEL PROCESO, pues sólo asi será posible tomar una decisión que se ajuste no sólo a la justicia legal sino también a la Equidad, criterio auxiliar para la mejor administración de justicia.

Para el *ad-quem* el numeral 1o. del artículo 10 del Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1.991, no es aplicable a los procesos contencioso administrativos, pues, en él se hace una clara remisión al artículo 346 del Código de Procedimiento civil, sin tocar para nada el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo, que define en qué casos hay lugar a decretar la perención del proceso en esta Jurisdicción. El alcance de la norma en antes citada parece tener relación más bien con los procesos contemplados en el artículo 2o. del Decreto No. 2651 de 1991, y con las conciliaciones que se lleven a cabo en los CENTROS DE CONCILIACION regulados en el artículo 3o. del mismo estatuto.

La forma contradictoria, y en muchos casos confusa, como se suele legislar, impone al juez la tarea de entrar en el estudio del lenguaje en el que a través de proposiciones normativas se expresa con el hacedor de la ley, con el fin de no darle entrada a la injusticia. Por ello se enseña que: "a) El lenguaje del legislador "no es necesariamente riguroso; la primera tarea del jurista es hacerlo más riguroso: b) el lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista es completarlo lo más posible; c) el lenguaje del legislador no está necesariamente ordenado: la tercera tarea del jurista es reducirlo a sistema. La primera fase es de purificación, la segunda de integración y la tercera de ordenación del lenguaje jurídico. En el ciclo de estas tres fases se desenvuelve y se agota la labor de estudio del jurista en el sentido tradicional de la palabra, por lo menos en los ordenamiento jurídicos basados en la monopolización del Derecho por parte de la norma legislativa y en donde, por tanto, se distingue claramente la actividad del legislador de la del juez, así como la del jurista que interpreta las leyes de la del juez que las aplica al caso concreto.". (Contribución a la Teoría del Derecho. NORBERTO BOBBIO. pág. 188).

En el caso *sub-exámine* se le rendiría más culto a la justicia formal que a la material, si la balanza de la justicia se inclinara por mantener el auto que decretó la PERENCION DEL PROCESO. Uno de los principios fundamentales que informan el Estado Social de Derecho es el otorgamiento de una amplia tutela jurídica. Por ello se impone que el acceso a la jurisdicción no esté sembrado de trabas y que las estrictamente legales sean interpretadas con criterio restrictivo. Por ello, si los demandantes consideran que la administración les ha inferido daño con su comportamiento, la demanda que presentaron debe seguir su curso, para que al final se defina a quién le asiste la razón, en el presente conflicto de intereses. El debate debe hacerse, entonces, en un Espacio Jurídicamente Libre que no debe ser cerrado con interpretaciones que a la postre sólo producen el efecto dañino de impedir el acceso a la jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCASE el auto calendado el día cinco (5) de Noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar Dispone que no hay lugar a decretar la perención del proceso, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese,

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO - Inexistencia / RELACION DE CAUSALIDAD - Inexistencia

El hecho dañoso imputable a Telecom es la preforación de las vías, en el caso de estudio de la abertura de una zanja pegada a la puerta de la vivienda del difunto, al igual que en el corredor de la misma, sin la debida señalización por el correlativo peligro que acarreaba, lo que trajo como consecuencia la caída de difunto al fondo de la zanja. El daño alegado por los demandantes consiste en la muerte que le produjo un edema pulmonar, tenía, como causa indirecta, la fractura de la rotula de su rodilla izquierda. En conclusión, estiman que la causa indirecta de la muerte era estas última, siendo evidente la relación de casualidad entre el hecho y el daño. Sólo quedó demostrado que el occiso sufría de Hipertensión Arterial hace cinco años, tos seca y escasa espectoración, y según el certificado de defunción ésta era la causa primaria que trajo como consecuencia el edema pulmonar y no la fractura de la rotula de su rodilla derecha. Bajo estos presupuestos no aparece relación de causalidad entre el hecho imputable a la administración y el daño.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciseis(16) de abril de mil novecientos noventa y teres (1993).

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

Referencia: Proceso No. 7124 Actor: CARLOS ANILLO Y OTROS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra la Sentencia proferida por el Tribunal

Administrativo de Córdoba el 9 de Octubre de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

" 1o. Declárase responsable a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM - de la muerte del señor José Damian Anillo Tapia, como consecuencia de la rotura de la rodilla izquierda producida por la caída que sufriera en una zanja elaborada por la entidad contratista de TELECOM para introducir cables telefónicos en la calle 29 de esta Ciudad.

" 2o. Como consecuencia de lo anterior, condenase a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM - a pagar a favor de cada uno de luz actores Carlos Alberto Anillo Banquéz, Ana Rebeca Anillo Banquéz y Roger José Anillo Banquéz la suma de 500 gramos de oro por concepto de perjuicios morales ocasionados por la muerte del señor José Damián Anillo Tapia.

" 3o. Niéganse los perjuicios materiales solicitados en la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

" 4o. 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 resulta 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."

ANTECEDENTES PROCESALES

El 29 de Agosto de 1990 CARLOS ALBERTO, ANA REBECA, VILMA DE ROSARIO y ROGER JOSE ANILLO BANQUEZ, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa presentaron demanda en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, para que se la declarara responsable patrimonialmente por la muerte del señor JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA, en hechos ocurridos el 15 de mayo de 1990 en la ciudad de Montería.

Los hechos de la demanda son los siguientes:

" Como a muchos Monterianos les consta por razones obvias se abrieron muchisimas zanjas a todo lo largo y ancho de Montería por contratistas de Telecom a fin de instalar redes de la nueva planta de teléfonos que operará en la ciudad.

SECCION TERCERA

" Era un hecho notorio que saltaba a la vista del público que el contratista o contratistas no ponían señales para alertar a los ciudadanos de la abertura de estas zanjas, evitando así daños y perjuicios que podían acarrearle a los administrados.

" En tales condiciones uno de los contratistas de Telecom para el fin antes relatado, el Consorcio Singetel Ltda ingeniero residente Roger Navarro Hernández le correspondió abrir en la calle 29 en esta ciudad pasando la zanja pegada a la puerta de la vivienda del señor José Damián Anillo Tapia calle 29 No. 8-47 tanto que para ello tuvieron que romper el corredor de la casa.

" En esta labor los señores de Singetel L.S.C. Ltda no pusieron señalización dé peligro por ninguna parte, ni menos a la entrada y lida (sic) lógicamente de la puerta de la vivienda del señor

José Damian (sic) Anillo victima (sic), ni se tomaron las medidas adecuadas con los residentes que en estas condiciones tenían obligatoriamente que para salir de sus casas a la calle tenían atravesar la zanja saltarla y la Empresa de Telecomunicaciones Telecom (sic) como contratante y que era su deber tampoco tomó cartas en el asunto vigilando estas trampas humanas y hacerlo ver así al contratista, lo que constituye-omisión grave de la Entidad oficial que omitió exigir vallas indicativas de peligro en puntos neurálgicos.

" Como consecuencia de lo anterior el día treinta (30) de abril del presente año 1990, a eso de las diez de la noche José Damián Anillo T, al oír un ruido en la calle abrió la puerta y al pisar el borde de la zanja pegada a su puerta principal y a la alcoba -cedió este (sic) cayendo al fondo de la zanja fracturandose (sic) la rotula de la rodilla izquierda, todo a consecuencia de que la zanja había (sic) sido hecha socavando la parte interna de la tierra contra la zapata de la casa dando la impresión de que el borde era tierra firme y este hecho debió ser puesto en conocimiento por parte del contratista a los habitantes de dicha casa.

" Inmediatamente fue trasladado a la Clínica Monteriá (sic) en donde fue sometido a intervención quirúrgica según certificación del médico Guillermo Lengua H y el día 15 de mayo que salió de la Clínica Montería se agravó en su casa y como en la Clínica no lo quisieron recibir, fue llevado al Hospital San Jerónimo en donde falleció. La Clínica Montería no lo recibió porque la Caja de previsión no le había cancelado su estadía.

" El señor José Damián Anillo T, falleció el día 15 de mayo de 1990 a eso de las siete y media de la noche por Edema Pulmonar Descompensada según certificación del Doctor Androcles Puche, lo cierto que la causa mediata fué la fractura sufrida en la rotula (sic) izquierda al caer en la zanja y consiguiente intervención quirúrgica en una persona anciana pues la victima contaba en la época 69 años."

En el término de fijación en lista, la entidad demandada constituyo apoderado judicial quien solicitó la práctica de pruebas, posteriormente procedió a llamar en garantía a la Compañía de Seguros Caribe S.A. la cual fue negada por ser extemporánea mediante auto de fecha 7 de Marzo de 1991.

Precluida la etapa probatoria, se ordenó correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, la parte demandante insistió en la legalidad de lo pedido, por cuanto aparecen demostrados los elementos de la falla del servicio y en este sentido manifestó:

" El señor Anillo Tapia, fue (sic) inmediatamente llevado a la Clínica Montería en donde fue (sic) sometido a operación quirúrgica y se le dio de alta el 15 de mayo de 1990. Por la noche se agravó y fue llevado al Hospital San Jerónimo de esta ciudad, ya que en la Clínica Montería no lo quisieron recibir. En la noche el señor José Damián Anillo Tapia fallecía como consecuencia de la fractura de la rotula de la pierna derecha y consiguiente operación quirúrgica que para la edad que contaba, al caer en una zanja fracturarse y en un medio húmedo, pues la zanja contenía agua le ocasionó el odoma (sic) pulmonar, pues la caída, la fractura, el medio húmedo de noche fue la causa primaria de su muerte. Si lo anterior no se produce en circunstancias normales el señor Anillo Tapia debía estar vivo, puesto que gozaba de buena salud, de esto da razón, la declaración del Doctor Guillermo (sic) Lengua que aparece en el proceso."

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada solicitó se desestimen las súplicas de la demanda, pues los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado no aparecen configurados, ya que no existe relación de causalidad entre el hecho y el daño, teniendo en cuenta que la causa de la muerte fué una Hipertensión Arterial que la víctima sufría hace cinco años lo cual le produjo el edema pulmonar, y la lesión que en principio sufrió con la caída en la zanja se reduce a una fractura en la rotula izquierda.

Por último el señor Fiscal del Tribunal rindió concepto de fondo en estos términos:

"... es importante recalcar que no hay constancia en ninguna parte del proceso de que, como lo dijimos, la parte contratista se aclara la parte contratante o los contratistas hayan puesto las señales que indicaban el peligro qué se presentaba a los Ciudadanos con ocasión de la hechura de la zanja (sic) referida.

" Tampoco compartimos la apreciación de la apoderada de la demandada, cuando afirma que no existe relación de causalidad entre el accidente y la muerte del señor ANILLO TAPIA, por cuanto si bien es cierto que según se ve murió como consecuencia de un edema pulmonar tuvo como causa primaria y motora el accidente referido, de ahí como con muy buen criterio y acierto del H. magistrado Ponente al dirigir la práctica de la prueba testimonial al Médico GUILLERMO ANTONIO LENGUA HERNANDEZ, quién fue el médico tratante de la fractura sufrida por el occiso, en el sentido de que Indique si existe relación de causalidad entre el daño sufrido por éste y el edema pulmonar por lo que falleció, respondió textualmente: "..... considero que una fractura de miembros inferiores de un paciente de 69 años tiene riesgos impredecibles dentro de los cuales estarian entidades que ocasionen en forma secundaria un edema pulmonar...." folios 58. Y más adelante responde el facultativo ante otra pregunta para ser más precisos sobre la causa de la muerte del Señor ANILLO TAPIA, lo siguiente: ".... una fractura puede ser causa primaria de un edema pulmonar" folio 59."

Por los argumentos anteriores estimó que deben satisfacerse las pretensiones de la demanda.

El Tribunal para adoptar la decisión impugnada reflexionó de esta manera:

" Revisado el expediente a fin de verificar si se cumplen los presupuestos procesales de la acción, de la demanda y del procedimiento, se llegó a la conclusión de que éstos se dan a cabalidad.

" En efecto, existe legitimación por activa, los demandantes son personas naturales y actúan (sic) a través de apoderado; la acción fue (sic) incoada dentro del término legal, los hechos se sucedieron el día 30 de Abril de 1990 y la demanda se presentó el 29 de Agosto del mismo año. Se trata de una acción de Reparación directa por lo tanto no hay lugar al agotamiento de la vía gubernativa ni opera el fenómeno del silencio.

" La Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM- está legitimada en causa pasiva, la demanda se presentó ante el Juez competente,

o sea el Tribunal Administrativo de Córdoba por haber sucedido los hechos en esta localidad, y llena los requisitos establecidos en el articulo 137 del C.C.A.-"

En lo que se refiere a la responsabilidad del ente demandado, agregó:

" Al particular lesionado por esa actividad pública prolongada no lo vincula el acuerdo de las partes contratantes.

" Si lo que pretende la administración es despojarse de la responsabilidad proveniente del contrato, acordando en una cláusula que esta es imputable al contratista y no a ella, se da por no escrita frente a terceros, por ser la responsabilidad del ente público de orden legal.

" Cosa diferente es que el establecimiento público quede con la posibilidad de repetir contra el contratista el valor de los daños causados por haber sido extemporáneo el llamamiento en garantía incoado en este proceso."

"....."

" Todo lo dicho implica que si el actor escogió la decisión de demandar al establecimiento público Telecom y no al contratista procedió en derecho por existir legitimación por pasiva.

" En segundo término debe concretarse si hubo o no culpa de la victima en el insuceso.

"....."

" La apoderada del demandado hace consistir la culpa de la victima, en que no fue (sic) lo suficientemente cuidadosa al tratar de salir de su casa, porque habían vallas y avisos que señalaban el peligro y además la calle 29 entre carrera 8a y 10a. estaba cerrada, y que la zanja no pudo ser clausurada el mismo día en que se abrió; por cuanto "para poder realizar la obra se requiere instalar tramos de cuarenta metros puesto que la tubería a instalarse así lo requiere, razón por la cual no es viable dedicar que Telecom incurrío en falla en el servicio"."

" No obstante haber señalado el demandante en su libelo que la responsabilidad de la administración es por falla en el servicio, haciendo uso el Tribunal del principio Iura Novit Curia aplicable a este tipo de acciones, se separa de este criterio y analiza la responsabilidad aquí planteada bajo

la figura conocida como responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, en la cual se rompe el principio de la igualdad de los ciudadanos antes las cargas públicas, fundamento esencial de la responsabilidad administrativa.

" La apoderada misma del demandado está admitiendo que la excavación constituía un peligro y que existían avisos en ese sentido para precaverlo.

" Estos avisos y la justificación de que la zanja no pudo cerrarse el mismo día en que se abrió no exoneran a la administración de responsabilidad, pues la excavación produce el riesgo, y este riesgo sobrepasa las cargas que el ciudadano debe soportar como contraprestación del servicio público que se deriva de él.

" Cuando el riesgo creado por la administración ocasiona un daño es imperioso concluir, si no existe culpa de la víctima, que se está en presencia de una responsabilidad de la administración así no exista falla en el servicio, que por lo demás puede producirse.

"....."

" Está demostrado en el proceso (fl. 47 y ss, declaraciones de los señores Nairo Guillermo Pedro Causil, Adalgisa Bader Morelo, Wilberto Nicolás Pedro Causil y Julio Mendoza Castel) que la entidad contratista de Telecom hizo unas excavaciones para introducir cables telefónicos en la calle 29 de esta Ciudad, donde se encuentra ubicada la casa del señor José Damián Anillo Tapia, distinguida con el número 8-47 y que en estas excavaciones fue donde cayó el mencionado señor.

" En inspección judicial practicada por este Tribunal que reposa a folio 71, se constató que la zanja pasaba por el corredor mismo de la vivienda del fallecido y que permanecía llena de agua, lo que ocasionaba el ensanchamiento de la zanja, pues el agua reblandecía y derrumbaba la franja de tierra que separaba la puerta de la misma.

" Establecida como está la responsabilidad del demandado frente al accidente ocurrido al señor Anillo Tapia, queda por definir si la lesión ocasionada por la caída a la zanja abierta por la entidad contratista de Telecom, fue o nó la causa primaria de su muerte.

" Argumenta la apoderada del demandado que dicho accidente solo le produjo una fractura en la rótula derecha, y que ésta no fue causa directa ni indirecta de su deceso, "por cuanto ésta obedeció al deficiente estado de salud en que se encontraba el señor José Damián Anillo Tapia dada la

hipertensión arterial, y que el diagnóstico de su muerte lo señalan los médicos como un edema pulmonar".

" El Doctor Guillermo Antonio Lengua Hernández, médico ortopedista que atendió al paciente afirma en su declaración que el señor José Damián Anillo Tapia de 69 años de edad, sufrió una fractura de rodilla derecha; que lo opero el 11 de Mayo de 1990 y que salió de la clínica el 15 de Mayo en buenas condiciones.

" Al preguntársela si el edema pulmonar que le causó la muerte al señor Anillo Tapia pudo tener algún nexo con la operación que le efectuó, respondió: "Considero que una fractura de miembros inferiores en un paciente de 69 años tiene riesgos impredecibles dentro de los cuales estarían entidades que ocasionen en forma secundaria un edema pulmonar".

" Seguidamente la apoderada de Telecom interroga al testigo para que manifieste la razón que tuvo para dar de alta al paciente, contestando: " Las complicaciones que una cirugía pueden aparecer mucho tiempo después de ésta".

" Por último reafirma, al ser interrogado por el abogado de los actores que "una fractura puede ser causa primaria de un edema pulmonar"

" El testimonio del especialista que trató al occiso constituye tal como lo dice el colaborador Fiscal, un indicio determinante del cual debe sujetarse el Tribunal para llegar a la verdad sobre todo cuando es la única prueba aportada al proceso con fundamento científico creíble.

"Si el mencionado médico asegura bajo la gravedad del juramento que la fractura del señor Anillo Tapia pudo ser causa primaria de su muerte, no queda otra alternativa que despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, por no existir probanza alguna que desvirtúe lo afirmado por él, y por la calidad misma de la responsabilidad que aquí se establece."

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia y su inconformidad consiste en:

" En relación a la obligación que estaba en cabeza del contratista de colocar vallas y avisos informativos sobre las obras, el mismo ingeniero manifestó al Tribunal que: "Si se colocaron, a lo largo de toda la obra, señales anunciando el peligro y muchas veces esas vallas por vandalismo se las robaron aquí en Montería". De igual manera manifestó que en el sitio de

los hechos calle 29 con Cra 8a. de Montería, se cerraron las vías de acceso y se colocaron señales.

" Conviene agregar, que la cláusula Décima Quinta del citado contrato de obra pública, se estableció en el literal f) la obligación a cargo del contratista de constituir una garantía de daños a terceros o a Telecom por un monto igual al 2% del valor total del contrato,..."

" En cumplimiento a la obligación anterior, el consorcio contratista, constituyó con la Compañía de Seguros Caribe S.A., la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 07316, mediante la cual se amparaba el siguiente riesgo: Lesiones corporales a una o varias personas en un accidente, y daño a la propiedad por accidente. La vigencia de la citada garantía empezó el 24 de agosto de 1989 y término el 18 de junio de 1990,..."

" Los hechos de la presente litis acaecieron el 30 de abril de 1990, fecha para la cual se encontraba vigente la garantía citada. Es preciso aclarar que telecom en ejercicio de la facultad consagrada en el articulo 57 llamó en garantía a la Compañía de Seguros, mas esta petición fué denegada por el *a quo*.

" De las afirmaciones anotadas se colige que en todo momento la Empresa Nacional de Telecomunicaciones adoptó todas las medidas necesarias para precaver la ocurrencia de accidentes como consecuencia de las obras que se estaban adelantando en virtud del contrato No. C0115-89

"....."

" En el caso en estudio la caída que sufrió el señor Anillo al caer el día 30 de abril de 1990 en la zanja que se ha mencionado, ocasionó simplemente una fractura en la rótula derecha, lesión que no fue causa ni directa ni indirectamente, de su deceso, por los motivos que procedo a explicar:

" A folio 101 a 102 obra la historia clínico No. 10643 en la cual se constata que el señor José Damián Anillo Tapia adolecía de hipertensión arterial crónica desde hace aproximadamente cinco (5) años. De igual manera padecía tos seca con Escasa espectoración, desde hacia dos (2) meses y colesterol alto.

" El señor Anillo estaba tomando un medicamento denominado Visken cuya finalidad es bajar la presión arterial. Previo a la operación se

determina que el ritmo cardíaco era de 620 de grado I a II y la probabilidad de exito sin complicaciones, del 97%.

" Revisando la historia cliníca, se constata que el paciente fue atendido el 1o de mayo de 1990 y que existen reportes de fecha 2, 3, 7, 11, 12, 13 y 14 de mayo de 1990. Causa gran extrañesa el hecho de que durante los días 8, 9 y 10 de mayo de 1990, no aparece ningún reporte médico en la historia clínico, lo cual, habiéndose señalado que el día 8 se practicaría la cirugía quedando por tanto establecerse si se efectuó o nó ese día y cual era el estado del paciente durante lo días en cuyo reporte falta.

" La anterior situación puede llevarnos a pensar que la historia clínica se encuentra incompleta esto aunado a que no existe ningún tipo de radiografía ni examen anexo.

" En el caso concreto del señor Anillo, dada la elevada presión arterial la cual fue catalogada como crónica (170/80) y por consiguiente maligna, la cual padecía hace más de cinco y dada su avanzada edad (69 años), era de esperarse su deceso. Esta afirmación se puede corroborar por cuanto los síntomas de presanidad que fueron anotados en su historia clínica al momento de ser recibido en la Clínica Montería el lo de mayo de 1990, (ver folios 101 a 102), se concretan en una tos seca, con un colesterol alto, dolencias estas que indicaban a todas luces, que el paciente ya estaba presentando edema pulmonar, el cual le ocasionaría el deceso.

" No comparto la apreciación que hizo el a quo en la sentencia del 9 de octubre de 1991, al afirmar que si el médico ortopedista que atendió quirúrgicamente la fractura de la rotula derecha que presentaba el señor Anillo "pudo ser causa primaria de su muerte y que por consiguiente no quedaba otra alternativa que despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, por cuanto una simple fractura de rótula, en ningún momento puede ser causa de un edema pulmonar. Se observa que el a quo no estudió los antecedentes ni la historia clínica del señor Anillo, no profundizó sobre lo que es la hipertensión arterial y sus consecuencias nefastas ni mucho menos sobre los antecedentes médicos de qujos. (sic)."

" Considero importante anotar que dentro del proceso no se estableció claramente qué motivos ocasionaron el edema pulmonar, dado que el médico que atendió al señor Anillo en sus últimos momentos (Dr. Androcles Puche), no compareció al proceso a rendir declaración, a pesar de haber sido citado.

" Es preciso agregar que el Dr. Guillermo Antonio Lengua, a folio 57 manifiesta que una fractura puede ocasionar un edema pulmonar pero sin determinar a qué clase de fractura se refiere, además agrega que "existen muchas causas de un edema pulmonar, podríamos citar algunas: intoxicación, infarto del miocardio, **presión alta**, embolismo pulmonar, etc. De la aclaración (sic) anterior de infiere que no se determinó clinicamente dentro del proceso, cual fué la causa que produjo el edema pulmonar.

" Revisando la historia clínica que obra a folio 101 a 102 y cotejándola con la declaración del Dr. Guillermo Lengua (folio 58), se constató que el señor Anillo Tapia no se le dió la orden de salida de la clínica; y al preguntársela al Dr. Lengua, quien autorizó la orden de salida del citado paciente, afirmó: "No tengo conocimiento". Podríamos entonces pensar que el señor Anillo salió por su propia voluntad o que sus familiares decidieron retirarlo del centro de atención médica, y que además hubo una responsabilidad por parte del médico que lo atendió y del centro hospitalario, trasladándose así la responsabilidad de la muerte del señor Anillo a su propia culpa, o a culpa de la clínica Montería y del Dr. Guillermo A. Lengua.

"....."

" Entre la presunta falta o falla del servicio de Telecom, y el daño sufrido por el occiso señor Anillo Tapia, no existe nexo de causalidad, puesto que su muerte tuvo como causa, la hipertensión arterial, la tos seca, y la avanzada edad, que lo llevaron a presentar edema pulmonar.

" La lesión que sufrió el señor Anillo Tapias al caer a la zanja abierta por el Consorcio Singetel Ltda e I.S.C. Ltda., se reduce a una simple fractura, que con trabajo quirúrgico se superó y que según la misma historia clínica (folio 101 a 102), tuvo buena evolución y se planteó la posibilidad de darle de alta el día 15 de mayo de 1990, hecho este que nunca se configuró.

En el trámite de la segunda instancia el apoderado de la parte demandante presentó su alegato de conclusión y reiteró nuevamente sus peticiones en el sentido que se despachen favorablemente las súplicas de la demanda, así:

" Está demostrada - y sobre ello no existe discusión - la falla del servicio que originó el accidente sufrido por el señor JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA el día 30 de Abril de 1990, en el cual se produjo a simple vista fractura de la rotula derecha. El paciente fue intervenido quirúrgicamente

por el Doctor GUILLERMO A. LENGUA HERNANDEZ el día 11 de mayo de 1990 y falleció cuatro días después por " edema pulmonar I.C. Descompensada", según consta en el acta de defunción (fl.17).

" Teniendo en cuenta que el Doctor LENGUA HERNANDEZ, Médico ortopedista que tuvo a su cargo el tratamiento de la lesión sufrida por el señor ANILLO TAPIA en la rodilla, manifestó en su declaración (fls. 57-59) que el edema pudo sobrevenir por causa de la fractura, considero necesario acudir a los tratadistas en medicina para poder comprender el verdadero sentido de lo manifestado por el cirujano en su declaración ante el Tribunal Administrativo.

" En el tratado de MEDICINA INTERNA de HARRISON, 5a. edición en español, Editorial "LA PRENSA MEXICANA", Tomo I, página 201, describe científicamente el edema pulmonar, el cual en términos profanos no es otra cosa que un aumento muy rápido, casi repentino de liquido linfático en el interior de los alvéolos, causados igualmente por el aumento de la presión intravascular pulmonar, cuyo origen es un embolismo pulmonar, definido como la obstrucción súbita de la arteria pulmonar por un trombo desprendido de una vena sistemática..."

Continuó con las transcripciones del citado texto, en lo que se refiere a las enfermedades y complicaciones del Edema Pulmonar, sobre la incidencia y etiología del embolismo pulmonar (Fundamentos de Medicina, públicado por la Universidad de Antioquía, 'Tomo II, Hernán Vélez A. y o), al respecto se concluye que el Embolismo Pulmonar no es una entidad primaria sino una complicación, originada por fragmentos y desprendimiento de trombos previamente formados en las venas sistemáticas o en las cavidades derechas del corazón; con menor frecuencia es ocasionado por materiales no trombóticos, tales como el fluido amniótico, grasa, aire, médula ósea o células tumorales. El 60 % de embolias pulmonares son complicaciones de pacientes médicos y el 40% de casos quirúrgicos.

Así mismo en lo que se refiere al Embolismo Graso, sus causas y complicaciones transcribe lo siguiente:

" Resulta de la entrada de glóbulos grasos libres a la circulación venosa. La causa más común es la fractura de un hueso largo, generalmente el fémur y la tibia. También puede ocurrir después de otras formas de trauma en la médula ósea, el tejido celular subcutáneo y mediante masaje cardíaco externo. En estudios de necropsia se ha encontrado embolismo graso consecutivo a quemaduras, osteomelitis, intoxicaciones por alcohol, fósforo

(sic), hidróxido de sodio, tetracloruro de carbono y éter; asociado a infecciones por bacilos productores de gas, cetoasidosis diabética y eclanpcia. Desde el punto de vista práctico, interesa el post-traumático, el cual se presenta con mayor frecuencia entre la primera y tercera décadas de la vida, época en la cual hay mayor número de fractura de huesos largos y posteriormente entre la sexta y la séptima decadas debido a las fractura de pélvis (sic) en los ancianos."

" Si se examina la secuencia y naturaleza de los hechos que se encuentran probados en el expediente que antecedieron de manera inmediata al fallecimiento del señor ANILLO TAPIA resulta forzoso concluir como lo hace en su declaración el Doctor LENGUA HERNANDEZ que tal fallecimiento sobrevino como consecuencia del accidente acaecido el día 30 de abril de 1990 y este a su vez se produjo a causa de la grave negligencia de la Empresa demandada y/o de su contratista según hechos que aparecen plenamente probados dentro del proceso.

" El Señor ANILLO TAPIA fue hospitalizado por fractura de la rotula derecha e intervenido quirúrgicamente por el Doctor LENGUA HERNANDEZ el día 11 de mayo, quien el día 14 de mayo inmobilizó con yeso al paciente; el día 15 de mayo fue dado de alta en la Clínico sin autorización del médico tratante, y en la misma fecha falleció por "edema pulmonar", según consta en el acta de defunción. Frente a todas estas evidencias, carece por completo de seriedad o por lo menos de credibilidad la tesis esgrimida en su defensa por la demandada, en el sentido de que el señor ANILLO TAPIA no murió a causa del accidente sino simplemente porque tenia "tos seca"."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los demandantes CARLOS ALBERTO, ANA REBECA, VILMA DEL ROSARIO y ROGER JOSE ANILLO BANQUEZ, demostraron la calidad de hijos legítimos del difunto JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA con los documentos obrantes a folios 12 a 16 y 162, 164 a 167 del expediente, circunstancia que los legitimaba para entablar la demanda.

Sin embargo, la Sala se aparta de la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, por cuanto estima que los elementos que configuran la responsabilidad del Estado no aparecen demostrados y, en ese orden de ideas, la Sentencia apelada se revocará.

La responsabilidad patrimonial del Estado se declarará, siempre que concurran los siguientes elementos; un hecho dañoso imputable a la

administración, un daño sufrido por el actor, que para estos efectos es quien lo alega, y un nexo causal que vincula a éstos; dicha causa es esencial para concluir que el daño es consecuencia directa,del hecho atribuido a la administración.

De las pruebas recaudadas en el proceso queda claro que el 30 de abril de 1990 en horas de la noche JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA cayo al fondo de una zanja, fracturándose la rotula de su rodilla izquierda, en su casa de habitación ubicada en la Calle 29 No. 8-47 de la ciudad de Montería, según se desprende de las declaraciones de los señores N_IRO GUILLERMO PETRO CAUSIL, ADALGIZA DEL CARMEN BADER MORELO, WILBERTO NICOLAS PETRO CAUSIL recibidas.

De la Historia Clínica que obra a folios 100 a 102 del expediente remitida por la Clínica Montería y la declaración rendida por el Médíco Ortopedista (fls. 57), Dr. GUILLERMO ANTONIO LENGUA HERNANDEZ, se advierte que el señor JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA fue internado el lo de Mayo de ese año en la mencionada institución.

De conformidad con el contrato celebrado entre el Consorcio Contratista Ingeniería, Servicio y Construcciones Ltda. y Singetel Ltda, con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM (fls. 80 a 85), el 13 de julio de 1989 y las adiciones suscritas el 12 de marzo de 1990 y el 24 de julio del mismo año, cuyo objeto principal era el suministro de materiales y mano de obra necesarias para la ampliación de la red externa de la ciudad de Montería, por parte del contratista, quien quedaba obligado con la construcción e instalación de dichas redes, previa la entrega de los planos definitivos que hiciera Telecom, se adelantaron las obras respectivas, se perforaron las vías entre las cuales está la Calle 29 con Carrera 8a, sitio en el cual el señor JOSE DAMIAN ANILLO BANQUEZ, al caer en una zanja, se fracturó la rotula de su rodilla izquierda.

Con ocasión de esta dolencia fue intervenido quirúrgicamente el 11 de mayo de 1990, el 15 del mismo mes salió del centro hospitalario y hasta entonces en el período postoperatorio habla evolucionado favorablemente.

Sin embargo, en horas de la noche del 15 de mayo de 1990 regresó a la Clínica de montería por haberse agradado sin que fuese recibido, puesto que aparentemente, la Caja de Previsión no le había cancelado a esta el valor de su estadía, posteriormente lo condujeron al Hospital San Jerónimo donde falleció.

El Registro Civil de Defunción (fl. 17), textualmente certifica:

" Que en el serial 353135 de "DEFUNCIONES" que se llevan en esta notaría a mi cargo aparece inscrita una partida que corresponde JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA de sexo masculino de estado civil casado con Herlinda Banquéz, identificado con CC No.6638482 de Sahagún, quien falleció en el Municipio de Montería, el día 15 de Mayo de 1990 a las 7 1/ 2 p.m., la causa de la muerte fue Edema Pulmonar. I.C. Descompensada.- Hipertensión Arterial que la certificó el doctor Androcles Puche Ruiz.- Hijo de José Anillo y de Ana Maria Tapia.- El Notario Público Primero (fdo) BENJAMIN LENGUA PUCHE.- Hay sello.- DOY FE.-."

De las pruebas relacionadas anteriormente seinfiere, que el hecho dañoso imputable a Telecom es la perforación de las vías, en el caso de estudio la abertura de una zanja pegada a la puerta de la vivienda del difunto, al igual que en el corredor de la misma, sin la debida señalización por el correlativo peligro que acarreaba, lo que trajo como consecuencia la caída del difunto al fondo de la zanja.

El daño alegado por los demandantes consistente en la muerte que le produjo un edema pulmonar al señor ANILLO TAPIA, tenia, como causa indirecta, la fractura de la rotula de su rodilla izquierda. En conclusión, estiman que la causa indirecta de la muerte era esta última, siendo evidente la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Estos mismos razonamientos condujeron al Tribunal a adoptar la decisión impugnada con deficiente apreciación de la prueba, de las circunstancias que rodearon el fallecimiento y de la falta de elementos adecuados para concluir que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM era responsable patrimonialmente de la muerte de JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA, a saber:

En la evaluación prequirúrgica practicada al paciente por medicina interna el 2 de mayo de 1990, un día después de ser internado en la Clínica Montería se evidenciaron los siguientes problemas: fractura "rotula d cha" (sic), Hipertensión Crónica en tratamiento con Pindolol 10 mg/día (Viskén), paciente hipertenso desde hace cinco años, tos seca, con escasa expectoración desde hace dos meses, sufre de colesterol, presenta tensión = 170/80.

El 3 de mayo se lo evaluó nuevamente, presentando una hipertensión estética. T.A 170/80, para estabilizar dicha tensión se le aumentó la droga, con diagnóstico de una probabilidad de exito sin complicaciones del 97% en la correspondiente intervención.

El 7 de mayo fue medida su tensión arterial, la cual había bajado a 120/ 60; por lo tanto se pronosticó "pte. apto para cirugía".

El 11 de mayo a las 7 a.m. fue intervenido quirúrgicamente sin ninguna complicación, a las 7 p.m. de ese día presentaba buena evolución, el 12, 13 y 14 de mayo, reaccionó favorablemente a la operación; en la visita realizada el 14 se expresa "se dará salida mañana".

La controvertida declaración del Doctor GUILLERMO ANTONIO LENGUA HERNANDEZ (fls. 57 a 59), dejó en claro que atendió al señor JOSE DAMIAN ANILLO de 69 años el día lo de mayo por una fractura de rodilla derecha, agregó, que a pesar de que en el certificado se dice que se trata de la rodilla izquierda, una vez revisada la Historia Clínica se determinó que era la derecha, la cual ameritaba tratamiento quirúrgico; también, que interrogado el enfermo; éste manifestó que sufría de presión alta, por lo cual solicitó que fuera examinado por un médico internista (Dr. Luis Buelvas), quien dio el visto bueno el 7 de mayo, para la practica de la cirugía, el 11 se lo intervino, y la respuesta a la operación fue favorable en los días siguientes.

En lo que se refiere a las respuestas posteriores sobre la relación que existía entre el edema pulmonar y la fractura, en ningún momento certifica sobre dicha relación en el caso particular y concreto; simplemente se limita a rendir conceptos médicos y probables para casos generales, a tal punto que cuando fue interrogado, sobre cual de las causas posibles en la producción del edema pulmonar era la que se lo habla causado, respondió que no sabia.

El mismo médico advierte que una fractura puede ser causa primaria de un edema pulmonar; sin embargo, no precisa qué clase de fractura puede desencadenar directamente la causa del fallecimiento o si la fractura acarrea el embolismo graso que posteriormente conduce a un edema pulmonar, circunstancia discutida por el apoderado de la parte actora. Fehacientemente, sólo podrá ser determinado por un dictamen pericial, rendido por los médicos especialistas al caso *sub-examine* o por la junta médica que lo hubiese evaluado en su momento y no mediante presunciones del *a-quo* sobre la materia.

Entonces, solo quedó demostrado según los elementos de juicio con los que se cuenta en el expediente, que el occiso, el señor JOSE DAMIAN ANILLO TAPIA sufría de Hipertensión Arterial hace cinco años, tos seca y escasa espectoración, y según el certificado de defunción ésta era la causa primaria que trajo como consecuencia el edema pulmonar y no la fractura de la rótula de la rodilla derecha.

Bajo estos presupuestos no aparece relación de causalidad entre el hecho imputable a la administración y el daño. En ese orden de ideas, aplicando la lógica al caso sublite, la entidad demandada no es responsable de la muerte

del señor JOSE DAMIAN ANILLO TAPIAS y por lo tanto las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

Si la causa de la muerte fue un Edema Pulmonar, y el enfermo no fue atendido oportunamente, las aseveraciones hechas por la parte actora permiten llegar a la conclusión que la demanda debió dirigirse en contra de la posible entidad responsable.

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,

FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 9 de octubre de 1991, por las razones expuestas en la parte motiva.

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala; *Daniel Suárez Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta,* (salvo voto);

Ruth Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia, que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la sala en sesión de fecha quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / ACCION *IN REM VERSO*

La Sala no comparte con el *a-quo* la tesis de la obligación solidaria deducida de la aplicación del artículo 2344 del C.C., por cuanto la acción de in rem verso no es una acción indemnizatoria o resarcitoria sino compensatoria.

El asunto se refiere a una pretendida obligación cuya única fuente es el enriquecimiento sin causa, vale decir, que en su origen no existe ni el acuerdo de voluntades, ni el acto ilícito, ni el precepto legal; de allí que para su deducción no haya necesidad de indagar si existió una actuación injusta o equivocada o ilegal; es suficiente constatar un fenómeno claramente objetivo, el enriquecimiento de la entidad pública; el empobrecimiento correlativo del actor; y la inexistencia de causa que justifique ese "transvase" patrimonial.

La entidad pública que ordenó la ejecución de los trabajos y recibió, a satisfacción, la Obra, final, y que, por lo mismo, acreció con ella su patrimonio y evitó problemas mayores al servicio público, fué la Nación por intermedio del entonces denominado Ministerio de obras Públicas entidad que, por lo tanto deberá correr con los costos de la condena.

Por lo dicho, el fallo recurrido habrá de ser confirmado en lo esencial por confluir los presupuestos tanto fácticos como jurídicos propios a la naturaleza de la acción incoada, lo mismo que por conllevar a una solución justa y equitativa de los diversos tópicos que son materia de esta controversia.

SECCION TERCERA

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

Santa Fe de Bogotá D.C.,dieciseis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7356. Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte -Fondo Vial Nacional. Actor: HERNANDO CRUZ ROMERO.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, el 21 de febrero de 1992, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"PRIMERO: Niéganse las excepciones propuestas.

"SEGUNDO: Declarar que la Nación Colombiana, Ministerio de Obras Publicas y Transporte, Fondo Vial Nacional, Distrito No 13 de Carreteras, se enriqueció injustamente a costa del patrimonio de HERNANDO CRUZ ROMERO, de conformidad con los hechos narrados en la demanda.

"TERCERO: Como consecuencia de lo anterior se condena solidariamente a la Nación Colombiana, Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Fondo Vial Nacional, Distrito No 13 de Carreteras, a pagar a favor del Ingeniero HERNANDO CRUZ ROMERO, la suma de OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS CON 15/100 ($8'675.830.15) moneda legal.

"CUARTO: Condenar solidariamente a las entidades públicas demandadas a pagar a favor de la parte actora, la suma de dinero indicada en el numeral anterior, teniendo en cuenta la devaluación monetaria comprendida entre el 4 de abril de 1988 y el día en que se efectúe realmente el pago con los intereses comerciales que procedan para el lapso anotado, de acuerdo a la certificación que para el efecto tiene la Superintendencia Bancario.

"QUINTO: Sobre las sumas de dinero que deberán cancelársele al actor por parte de las entidades demandadas, se sujetarán a lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A. condena que se estima en concreto". (fls. 408 y 409 C. Principal).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. **La demanda.**- El 23 de febrero de 1990, obrando a través de apoderado legalmente constituído y en ejercicio de la denominada acción de in rem verso, HERNANDO CRUZ ROMERO formuló demanda en contra de la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte -Fondo Vial Nacional, buscando que se le resolvieran favorablemente las siguientes pretensiones:

"**PRIMERA**.- Declárase que la Nación Colombiana -Ministerio de Obras Públicas y Transporte- Fondo Vial Nacional Distrito de Carreteras No 13- se enriqueció injustamente a costa del patrimonio económico del Ingeniero Hernando Cruz Romero, quien correlativamente se empobreció en la cantidad de $8'675.830.15 moneda legal, sufriendo así desequilibrio económico que deberá serle resarcido.

"**SEGUNDA**.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación directa, condénase a la Nación Colombiana -Ministerio de Obras Públicas y Transporte- Fondo Vial Nacional- Distrito de Carreteras No 13, a pagar a favor del Ingeniero Hernando Cruz Romero la suma de $8.675.830.15 moneda legal.

"**TERCERA.**- Condénase a las entidades públicas demandadas a pagar a favor de la parte actora la suma de dinero anteriormente indicada el reajuste monetario correspondiente a la desvalorización de la moneda y por el lapso comprendido entre el 4 de abril de 1988 y el día en que se efectúe el pago real, junto con los intereses comerciales corrientes que procedan para el lapso anotado, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria.

"**CUARTA O PRIMERA SUBSIDIARIA.**- Que en el evento de que se desestime el pago de intereses comerciales corrientes, se ordene el reconocimiento y pago subsiguiente de los reajustes pactados en el documento firmado por las partes con la denominación de 'Contrato 13013-88'.

"**QUINTA O SEGUNDA SUBSIDIARIA.**- Que en el evento de que se consideren no probadas las sumas de dinero anteriormente precisadas, la condena se profiera en abstracto, para que por los trámites de los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil y mediante incidente de regulación de perjuicios se gradúe el quántum de dicha condena (artículo 172, decreto 01 de 1984).

"**SEXTA.**- Sobre las sumas de dinero que se señalen en la sentencia a favor del actor y a cargo de la parte demandada procederán, una vez en firme, el pago de los intereses de que trata el artículo 177 del Código Contencioso administrativo (Decreto 01 de 1984), en armonía con lo dispuesto por los artículos 176 y 178 *ibídem*". (fls. 19 y 20 C. Principal).

Los hechos de la demanda se resumen así:

1. El Jefe del Distrito 13 de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en consideración a que parte de la estructura del puente construído sobre el río Humadea, localizado en el kilómetro 48-0200 de la carretera nacional que conduce de la ciudad de Villavicencio a los municipios entre otros de Granada y San Juan de Arama, en el Departamento del Meta, amenazaba derrumbarse impidiendo el libre tránsito hacía la parte sur de los llanos orientales o desde ella hacia Villavicencio y a la región Andina del país, ya que se atravesaba por una época de verano, única propicia para adelantar las reparaciones necesarias, y a que no se disponía del tiempo que se requería para adelantar los trámites de ley para su refacción, encomendó su reparación al Ingeniero Hernando Cruz Romero.

2. Los trabajos en cuestión se iniciaron el 28 de febrero y concluyeron el 4 de abril de 1988, en lo que a submuración se refiere; las labores ejecutadas, en palabras tanto del Interventor como de la División de Investigaciones de la Controlaría General de la República, fueron las siguientes:

"Por la naturaleza de la obra a realizar que consistía en submurar o recalzar una pila central del Puente Humadea -previamente- se planteó la estrategia a efectuar **sobre la marcha en razón a que no se había efectuado** (porque no hubo tiempo **estudios previos**). Básicamente la obra consistía en **zonificar perimetralmente la pila en aproximadamente 12 secciones** las cuales se irían trabajando con una secuencia preestablecida. comenzando con **una excavación y retiro de escombros que llega hasta la parte inferior de la misma y posteriormente de acuerdo al extracto de fundación que se observa, se autorizaría o no a profundizar estas excavaciones con el ánimo de hacer una fundición en concreto ciclópeo de 2.500 libras con aditivo SICA al 4% ... de peso'.**

"Ver declaración del citado Ingeniero ante la División de Investigaciones de la Contraloría General de la República, folio 10, de fecha 19 de julio de 1988. (Subrayo). Luégo continúa el mencionado profesional:

"**Yo estimo que la edad de este puente** (el del k. 48 + 200, sobre el río Humadea) **puede estar entre 30 y 40 años**. De acuerdo a mis conocimientos **el puente ha tenido varias reparaciones** es así como en dos ocasiones diferentes por el régimen del río ha habido necesidad de reconstruír la aleta de entrada derecha superior, así mismo y en razón de que **la pila... venía presentando problemas de asentamiento se programaron tal vez en dos o tres ocasiones obras de defensa alrededor de la misma que consistía en la colocación de unos collares perimetrales hechos con exápodos de concreto con el ánimo de disminuir energía y así desacelerar el proceso de socavación y consiguiente asentamiento de la pila. Sin embargo esto último surtió efecto por algún tiempo pero nuevamente la pila sufrió un asentamiento acelerado que conllevó a efectuar la obra de la cual estamos tratando". (fls. 22 y 23 C. Principal)**.

3. El demandante está inscrito como comerciante en la Cámara de Comercio de Villavicencio, con la matrícula 40-013021-1 del 10 de agosto de 1987; también figura en el registro de constructores que lleva el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, según resolución No 012735 del 17 de diciembre de 1987.

4. Para el 18 de mayo de 1988 el actor y el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, representado para el efecto por el citado jefe del distrito 13 de carreteras, facultado para ello en la ley 64 de 1967, el decreto 1173 de 1980 y en la resolución de orden interno No 4183 de 1983, suscribieron el Contrato Administrativo radicado bajo el No 13-013-88, con el cual pretendieron legalizar y hacer viable el pago de los trabajos para entonces totalmente concluídos, por valor de $8'675.830.15; el correspondiente registro presupuestal se hizo con cargo a la delegación No 420, programa 3801, artículo 59.703, proyecto 1, subproyecto 0, ordinal 2.

"13) **Entregadas por mi mandante, cabalmente las obras** que fueron ejecutadas por él, como ya se dijo arriba, en su totalidad, la **Auditoría ante el Distrito 13, objetó los pagos al actor, cuestionando la legalidad del contrato 13-013-88. Fue así como además la Contraloría General de** la Nación abrió investigación fiscal, recepcionó pruebas, y terminó considerando entre otras decisiones que adoptó, que con el contrato 13-013-88 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el ingeniero Hernando Cruz Romero se violaban, presuntamente, los artículos 53 y 299 del Decreto 222 de 1983 y el Artículo 20 de la Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Transporte No 4133 de 1988, puesto que el 'minograma' de autorización estaba fechado

en abril de 1988, es decir '... cuando la obra estaba ya totalmente ejecutada...' Se impidió así que el Contratista recibiera el pago del trabajo contratado y efectuado satisfactoriamente. (Ver parte resolutiva investigación efectuada por la Contraloría General de la República).

"14) Igualmente, la Procuraduría General de la Nación abrió investigación disciplinaria contra el director del Distrito 13 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y contra el Interventor de la obra, la cual culminó con la expedición de la resolución No 000327 del 6 de septiembre de 1989 que sanciona a los funcionarios públicos acusados, con la solicitud de destitución de sus cargos respectivos y que fue apelada por éstos, desconociendo a la fecha el suscrito libelista, la decisión final adoptada en este punto que carece de aplicación práctica para esta demanda.

"15) Es evidente el hecho cierto de que los demandados se encontraron ante una grave circunstancia real consistente en el serio desperfecto o daño sufrido por el puente sobre el Río Humadea del k.48 + 200 sobre la carretera Villavicencio -Granada- San Juan de Arama. (De esto hay inclusive fotografías que serán presentadas al Plenario).

"Por otro aspecto, 'todo el mundo' tanto en el Fondo Vial Nacional como en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y especialmente en el Distrito 13, conocía y tenía sabido que si no se actuaba de urgencia con la celeridad y cuidado que tan serio acontecimiento implicaba, el puente, ineluctablemente se derrumbaría y caería, cerrándose prácticamente en esta vasta zona el tránsito por carretera, de vehículos automotores, semovientes, carga, personas, etc. con los subsiguientes cuantiosos y dilatados perjuicios para la economía de la región.

"Fue así como el Distrito 13 ordenó la obra al Ingeniero demandante y como éste la ejecutó, de buena fe, rápidamente, con sus propios fondos, con lujo de técnica y esfuerzo, dando plena credibilidad al mandato que le impartían los competentes funcionarios de los demandados (**Fondo Vial Nacional,** Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y Distrito 13) y con gala excesiva de buena colaboración cívica. Además fue pública la urgencia. Hubo reuniones previas de las autoridades nacionales y departamentales que contaron incluso con la presencia y presidencia del señor Gobernador del Departamento del Meta y que llevaron además (en hecho mal apreciado se ha elevado casi como censura) al préstamo al contratista de algunos equipos (retroexcavadoras) de obras públicas de propiedad de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento para que pudiera, además, con sus otros equipos adelantar los trabajos urgentes.

"Desde luego, si los aludidos funcionarios públicos hubieran dejado caer el puente por demora en adoptar sus decisiones de reparar o si hubiesen tranquilamente esperado la legalización de los trámites jurídicos hasta cuando ella se produjera dentro de las consabidas tardanzas, no hubieren sido sujetos de investigaciones y/o sanciones fiscales y disciplinarias, que recibieron. Pero a esto es ajeno mi representado. Pero con la consecuencia más que probable, segura, de que el puente habría caído en ruina.

"16) **El Ingeniero Cruz ha agotado todas las posibilidades de arreglo directo con la administración pública demandada**, y habiendo llegado a un punto insoluble como es el de que no se le reconoce, ni se le paga por consiguiente, el valor fijado según se indica arriba, se ve abocado (sic) a la necesidad de demandar para obtener el restablecimiento de su derecho, pues de prosperar las tesis de la Contraloría General de la República y las de la Procuraduría General de la Nación, se produciría un **enriquecimiento sin causa a favor del tesoro público, en detrimento de mi defendido.** A evitar tal fenómeno lesivo del patrimonio economice de mi cliente, se dirige la presente demanda.

"Es lo cierto que la administración (pública) no demanda la nulidad del contrato, ante la jurisdicción competente, pero tampoco lo cumple liquidándolo y pagando las obras ejecutadas por mi mandante que efectivamente las hizo atendiendo los requerimientos de urgencia que se le propusieron antes de legalizarse el contrato. El consiguiente y correlativo empobrecimiento del Ingeniero Cruz es realmente injusto, así resulte cierto, como en efecto lo es, el hecho de que primero se efectuaron los trabajos ordenados y posteriormente se perfeccionó y/o legalizó el contrato correspondiente....." (fls. 23, 24 y 25 C. principal).

Las normas que se estimaron violadas y el concepto de su violación están relacionadas y explicadas de manera amplia y suficiente a los folios 25 a 34.

2. **Trámite de la primera instancia.**- El *a-quo* dió curso a la demanda y notificó el auto admisorio a la parte demandada que la contestó a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, propuso como excepción de fondo la inexistencia de la persona jurídica demandada y solicitó la práctica de pruebas (fls. 40 a 68); éstas, lo mismo que las pedidas por la parte actora, fueron decretadas por auto del 4 de junio de 1980 y se allegaron de manera regular y oportuna al proceso (fls. 69 a 71).

Transcurrido el período probatorio, se dió traslado a las partes lo mismo que al Ministerio Público para los alegatos de conclusión y concepto de fondo,

en su orden (fl. 341); ejercitó su derecho el apoderado de la parte actora, según puede verse en el escrito visible a los folios 344 a 349, en el que, con base a las pruebas agregadas a los autos solicita se profiera sentencia que acceda a las súplicas formuladas en el libelo inicial, en cuanto considera demostrado hasta la saciedad "que se ha producido un enriquecimiento injusto a favor de los entes demandados, que incrementaron su patrimonio y recibieron utilidad o provecho por el concepto de obras ejecutadas en el puente sobre el río Humadea por el Ingeniero Hernando Cruz Romero; igualmente se demostró que a dicho enriquecimiento de los entes públicos no tienen el mismo derecho válido alguno, y que, finalmente, el demandante ha sufrido un daño o perjuicio económico determinado por la ejecución y no, pago de los trabajos comentados".

Por su parte, el apoderado de la Entidad pública presentó el memorial agregado a los folios 350 a 358, en el que reitera la excepción propuesta para que se declare la inexistencia de la parte demandada, ya que en su criterio tal y como fue por el actor, vale decir "La Nación, Ministerio de Obras Públicas y transporte, Fondo Vial Nacional y el Distrito No. 13 de Carreteras o Distrito de Obras Públicas No. 13, no existe dentro de la vida jurídica"; subsidiariamente pide se denieguen las pretensiones y se condene al actor al pago de las costas del juicio en virtud de que la obligación cuyo pago se solicita tuvo su origen en un contrato debidamente perfeccionado, vinculante para las partes, sin que el Ministerio Público hubiese pedido se declarara la nulidad absoluta estando facultado para ello por el artículo 19 del decreto 2304 de 1989; por tanto, continúa, «la acción in rem verso a que da lugar el enriquecimiento sin causa no se abre paso en este proceso". Para terminar enfatiza que "la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada y uniforme que 'la acción proveniente del enriquecimiento injusto no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurran tres requisitos: Que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que éste desplazamiento patrimonial carezca de causa que los justifique desde el punto de vista legal.' C.C. del 9 de junio de 1971, CXXXVIII, 380)".

El Agente del Ministerio público considera que deben prosperar las súplicas de la demanda ya que las obras se iniciaron con base en un contrato, se ejecutaron y evaluaron como satisfactorias por la administración y el hecho de que ésta no cumpliera o hiciera cumplir ciertas formalidades del contrato no constituye óbice para demorar y menos eludir su pago. Por estas razones, dice, "tiene la obligación de pagarle ese trabajo, teniendo en cuenta los intereses de mora, ya que el demandante ha estado insistiendo en el pago de su trabajo, teniendo en cuenta que si se utilizó maquinaria oficial en algún momento, se descuente ese servicio". (fls. 359 a 361).

3. **La sentencia apelada.**- El Tribunal adoptó las decisiones que se copiaron al principio de esta providencia, después de realizar un serio y ponderado análisis tanto de los antecedentes procesales como de los extremos de la controversia desde el punto de vista sustantivo y probatorio.

Declara que la excepción propuesta por la administración no está llamada a prosperar en atención a que la demanda no adolece de defecto; "el actor demanda solidariamente a la Nación Colombiana, Ministerio de Obras Públicas, lo mismo que al Fondo Vial Nacional —Distrito No 13 de Carreteras. Esta figura jurídica es viable al tenor del artículo 2334 del C. Civil que toca precisamente el aspecto de la solidaridad".

Para el tribunal, los elementos que estructuran el enriquecimiento sin causa aducido por el demandante se han acreditado con las pruebas agregadas a los autos, las que, evaluadas bajo el criterio que señala el artículo 187 del C. de P.C., demuestran que el demandante realizó la obra solicitada por la administración, invirtiendo en ella sus propios recursos y observando las condiciones técnicas exigidas para el caso, sin que se le haya pagado por ello de acuerdo a lo previamente pactado, lo cual, impone hacer la condena depreciada en la demanda y en contra de la administración por el enriquecimiento carente de causa con que se benefició, con el detrimento correlativo del patrimonio del actor.

Sobre el convenio suscrito por las partes y la procedencia de la acción, el a-quo hace las siguientes reflexiones:

> "El hecho de que no se hubiere perfeccionado el contrato por culpa exclusiva de la administración, no tiene mayor relevancia para el caso sometido a estudio, pues nos encontramos frente a la acción de in rem verso y no a una de carácter contractual y era la primera, la vía procesal adecuada la que debía tomarse y así se hizo, pues objetivamente lo reitera el tribunal, más que demostrado se halla que el actor sufrió disminución en su patrimonio al mismo tiempo que el estado se enriquecía al no cancelar la obligación que había contraído. Y es que al Estado le corresponde primero y antes que nadie ser lo debidamente cuidadoso y exigente en el cumplimiento de sus obligaciones, contrario a lo que ha acontecido en el caso sub-judice en donde a través de argumentos deleznables como el de afirmar la no suscripción del contrato, se ha pretendido desconocer la cancelación de los dineros que ha debido entregar la administración.
>
> "Este es un caso más del patético desgreño administrativo que acarreará los perjuicios consecuenciales, censurable obviamente desde todo punto de vista pues es al Estado y a sus administradores quienes están más que

nadie obligados a cumplir correctamente sus, tareas, por cuanto manejan dineros públicos que a la postre son los dineros de la ciudadana y que finalmente es ella quien debe cancelar los rigores de una mala administración.

"No pueden argüirse unas simples excepciones como las que se han propuesto, que carecen del mas elemental sustento jurídico para esquilmar a un ciudadano que oportunamente prestó sus servicios y que si no hubiese sido así las consecuencias y perjuicios del derrumbamiento del puente hubieran sido incalculables para El Estado". (fls. 406 y 407 C. Principal).

4. **El recurso y los alegatos en la segunda instancia**. Inconforme con lo resuelto en la sentencia que se dejó extractada, dentro de la oportunidad procesal la parte demandada interpuso y sustentó el recurso de apelación que ahora se decide; en él solicita revocar en su integridad el proveído dictado por el a-quo y en su lugar, negar las pretensiones formuladas con la consiguiente condena al pago de las costas en contra del actor.

En opinión del recurrente, dos son las razones que ameritan el despacho favorable de su pedimento: la primera, en cuanto considera que no se identificó en debida forma a la parte demandada y que la providencia habla de una solidaridad institucional que nunca se mencionó en el libelo introductor del proceso, resultando así probada la excepción que propuso en el escrito de contestación de la demanda; la segunda, en virtud de que el proveído en cuestión desconoce la existencia del contrato suscrito entre las partes y con ello, que la acción viable no es la que finalmente se propuso, sino la de carácter contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.; para fundamentar su punto de vista en ese aspecto discurre de la manera siguiente:

"En el alegato de conclusión al referirse a las consideraciones sobre la acción incoada se demuestra ampliamente la existencia y vigencia de éste vínculo jurídico y a los cuales nuevamente me remito.

"En su salvamento de voto el doctor Alvaro Antonio Iregui Murcia, sí le da la relievancia que en este caso tiene la existencia del contrato 13.013-88 en el cual, como el afirma, este contrato fue la causa para pedir el amparo.

"Si bien es cierto que el Ingeniero Hernando Cruz Romero, construyó la obra con su propio pecunio, le asiste el derecho de reclamar su pago, también es cierto que para esto tiene que dirigirse a la jurisdicción competente e interponer la acción que para este evento contempla el

Código Contencioso Administrativo, como es la relativa a contratos (Artículo 87 CCA) y nó la in rem verso". (fl. 416 C. principal).

En el término para alegar de conclusión en la segunda instancia, la demandada y el Ministerio Público guardaran silencio (fls. 424 a 431); la parte actora hizo llegar el escrito agregado a los fls. 424 a 426, en el que luego de reiterar los planteamientos esgrimidos en todo el curso de la actuación pide confirmar el proveído dictado por el *a-quo*.

LA SALA CONSIDERA

El fallo recurrido será confirmado salvo en algunos de los extremos de la condena que se precisarán más adelante.

La doctrina y la jurisprudencia han precisado bien el campo dentro del cual procede la acción de in rem verso, asunto que ha ocupado a la Sala en múltiples ocasiones de las cuales, a título de ejemplo, se relacionan las siguientes: Sentencia de agosto 6 de 1982 (Exp. 3886, Actor: Conic Ltda.); Sentencia del 3 de julio de 1990 (Exp. 5579, Actor: Proyectos y Construcciones S.A.); Sentencia de 22 de febrero de 1991 (Exp. 5618, Actor: Ingecos Ltda.); Sentencia de 15 de noviembre de 1991 (Exp. 5883, Actor: José Antonio Velasco Pardo), de la que fué ponente el Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 10 de septiembre de 1992 (Exp. 6822, Actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A.), en la que actuó como ponente el Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta; y finalmente, la sentencia del 24 de septiembre de 1992, (Expediente No 6788, actor: Jaime Uscategui Borraez), en la que fue ponente quien elabora la presente ponencia.

Las pruebas aportadas al proceso permiten concluir que están reunidos los elementos indispensables para la procedencia de la acción propuesta así como para la prosperidad de las pretensiones formuladas.

En efecto:

1. Tal y como lo dedujo el Tribunal la demanda estuvo correctamente dirigida contra la Nación - Ministerio de Obras Públicas y en contra del Fondo Vial Nacional, entidades que, para los efectos del proceso, están representadas por un mismo funcionario.

Sin embargo, la Sala no comparte con el a-quo la tesis de la obligación solidaria deducida de la aplicación del artículo 2344 del C.C., por cuanto la acción de in rem verso no es una acción indemnizatoria o resarcitoria sino compensatoria.

SECCION TERCERA

El asunto atinente a esta controversia es bien distinto; se refiere a una pretendida obligación cuya única fuente es el enriquecimiento sin causa, vale decir, que en su origen no existe ni el acuerdo de voluntades, ni el acto ilícito, ni el precepto legal; de allí que para su deducción no haya necesidad de indagar si existió una actuación injusta o equivocada o ilegal; que pueda ser jurídicamente calificada de falla de servicio para la declaración de la responsabilidad patrimonial del ente público; es suficiente constatar un fenómeno claramente objetivo, el enriquecimiento de la entidad pública; el empobrecimiento correlativo del actor; y la inexistencia de causa que justifique ese "transvase" patrimonial.

Esta reflexión hace fácil la conclusión de que el demandante, debe dirigir la demanda en contra de la entidad que resultó enriquecida con su empobrecimiento; es decir, aquella que acreció su patrimonio o evitó una disminución del mismo, sin que exista razón que los justifique; y si considera que son varias las personas que se encuentran en tal situación no existe impedimento alguno para que dirija sus pretensiones en contra de todas ellas, para demandar de cada una hasta el límite de su propio enriquecimiento. Eso fue lo que hizo el actor, por convicción o por previsión, y su conducta no merece tacha pero tampoco hay lugar a deducir de ella una solidaridad inexistente.

De otra parte, el hecho de haber incluído como demandado al Distrito No. 13 de carreteras, dependencia administrativa carente de personalidad jurídica y carente, por tanto, de capacidad para comparecer en proceso, es una equivocación menor y sin consecuencias.

2. La realidad que emerge del proceso demuestra que el actor carecía de acción para reclamar su derecho; no podía incoar la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A. pues el contrato se celebró con posterioridad a la ejecución de los trabajos precisamente con el objeto de pagarlos; en esas condiciones, ningún resultado patrimonial resarcitorio podía obtener con la declaración relativa a la existencia del contrato o a su nulidad, ni resultaba procedente que se ordenara su revisión o se declarara su incumplimiento.

3. De las declaraciones rendidas por LUIS ALBERTO MEDINA, ORLANDO ZUÑIGA, AURELIO BENAVIDES, VICTOR MORENO, HECTOR HIPOLITO BUSTOS, OSCAR VELAZQUEZ, LUIS E ROJAS Y MIGUEL BRAVO (fls. 116 a 122 y 294 a 298), de los antecedentes administrativos que adelantó la parte demandada (fls. 244 a 280), de la inspección judicial practicada y del dictamen rendido en el proceso (fls. 300 a 315), se deduce con caracteres de evidencia que, para la época de ocurrir los hechos debatidos, el puente colocado sobre el río Humadea registraba un significativo proceso de socavón en su base No. 2 con el consecuente asentamiento y presión de la pila determinantes de un desplazamiento de sus placas que lo hacía

inestable; ese fenómeno, de no haber sido corregido oportunamente como lo fué, hubiera traído como consecuencia un colapso de la estructura en el que se habría perdido una buena parte de su longitud. Ese eventual desprendimiento, habría traído consigo serios traumatismos sociales y económicos al interrumpirse el tránsito de vehículos y la solución en la continuidad del transporte.

En esas condiciones es claro que las obras ejecutadas eran a todas luces necesarias para la preservación de la obra pública. Los trabajos que fueron ordenados por el Director del Distrito No.13 de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte; se ejecutaron siguiendo las directrices y bajo la directa supervisión y control de dicho Ministerio y continúan beneficiando y prestando servicio; una vez entregadas y la entidad las recibió a entera satisfacción mediante las actas Nos. 1 de mayo y 2 de junio ambas por valor de $5.404.147,95 y $3.066.075,11, en su orden (fls. 155 y 156).

El daño que afectaba al puente representaba una verdadera emergencia que era necesario superar en tiempo de verano sin que hubiese lugar a posponerla por el fuerte y prolongado invierno que sobrevenía en la región. La totalidad de las labores y los costos que ellas representaron, fueron acometidos con recursos propios del actor, que.por carencia de respaldo,contractual no le pudieron ser reconocidos por el ministerio.

Es claro, entonces, que la entidad pública que ordenó la ejecución de los trabajos y recibió, a satisfacción, la Obra, final; y que, por lo mismo, acreció con ella su patrimonio y evitó problemas mayores al servicio público, fué la Nación por intermedio del entonces denominado Ministerio de obras Públicas entidad que, por lo tanto deberá correr con los costos de la condena que se hará en este fallo.

Por lo dicho, el fallo recurrido habrá de ser confirmado en lo esencial por confluir los presupuestos tanto fácticos como jurídicos propios a la naturaleza de la acción incoada, lo mismo que por conllevar a una solución justa y equitativa de los diversos tópicos que son materia de esta controversia.

De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Sala habrá de modificarse la cuantía de la condena, pues la actualización utilizada resulta incompatible con el pago de los intereses comerciales. En cambio la actualización de la condena es procedente, así como los intereses legales.

LIQUIDACION DE INTERESES.- Comprende desde el 4 de abril de 1988 y hasta la fecha de esta providencia, 15 de abril de 1993, para un total de 1797 dias, luego:

(8.675.830,15 x 1797)/36.000

Total de intereses causados hasta la fecha: $433.069.oo

ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA.- Para la revalorización de la condena, se aplicará la siguiente fórmula:

V.P.= Indice final/Indice inicial,, en donde:

V.P.= Es el valor presente

V.h. = Representa la suma que se pretende actualizar de $8.675.830,15

Indices: Los de precios al consumidor que lleva el DANE, en el cual, el índice será el del 4 de abril de 1988, de 89.12% e índice final, el de la fecha de esta providencia, o sea de 282.43%.

Hecha la conversión, se tiene:

V.P. = 8.675.830,15 282.43/89.12

V.P. = 8.675.830,15 X 3.169097846

V.P. = 27.494.555.oo

En resumen, la condena quedará así:

Valor actualizado de las obras: $ 27.494.555.oo

Liquidación interés técnico: $ 433.069.oo

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, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta el 21 de febrero de 1992.

SEGUNDO: Como consecuencia, la Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte pagará a HERNANDO CRUZ ROMERO la suma de VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL

SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE ($27.927.624.oo).

Las sumas así liquidadas, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego de vencido este término.

TERCERO: Expídanse copias a las partes para su cumplimiento (artículo 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 quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO

El actor sufrió las lesiones como consecuencia de la explosión de la espoleta de la granada que dejo abandonada el Ejército, después de las prácticas o ejercicios militares efectuados en la finca, en donde era administrador el lesionado. El cabo encargado de detonar las granadas que no habían explotado, olvidó la espoleta y ella causó las lesiones al demandante. Un mes después de las labores de destrucción encomendadas al mencionado suboficial el lesionado sufrió el accidente con la espoleta. No existió culpa del lesionado y por lo mismo tampoco procede "el principio de concausalidad" de que habla la apoderada de la demandada, ni concurrencia o compensación de culpas derivadas de la aplicación del artículo 2357 del C.C. No hubo imprudencia porque ésta surgiría de una actuación inmoderada, sin cautela, sensatez o buen juicio, que no puede exigirse a una persona de escasa instrucción y sin conocimiento sobre armas de guerra.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C. dieciseis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No.7528. -Indemnizaciones. -Actor: CARLOS AUGUSTO GARCIA Y OTRA.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 11 de mayo de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio de la cual se dispuso:

"1°.- Declárase administrativamente responsable a LA NACION COLOMBIANA -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional- de las lesiones sufridas por el señor CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH, con la espoleta de una granada el dia dieciséis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) , en la Finca Varsovia, Vereda de Cumaral Alto, del Municipio de Génova, y, por consiguiente, de los daños y perjuicios ocasionados, tanto al lesionado García Betancourth, como a su señora madre María Nohemy Betancourth.

"2°.- Consecuencialmente, se condena a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - a pagar a los demandantes CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH Y MARIA NOHEMY BETANCOURTH, por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades en gramos oro conforme a la certificación que sobre el precio de dicho metal expida el Banco de la República:

"Para CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH, lesionado, quinientos (500) gramos oro.

"Para MARIA NOHEMY BETANCOURTH, madre, doscientos cincuenta (250) gramos oro.

"3°.- Condénase en abstracto a la NACION COLOMBIANA -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - a pagar al señor CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH, los perjuicios materiales autorizados por el artículo 172 del C.C.A. en concordancia con el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, y con base en los criterios señalados en la parte motiva de esta providencia, teniendo en cuenta que de la suma que se concrete en dicho incidente, se descontará la suma de $251.386.oo por concepto de indemnización y gastos hospitalarios realizados por el Ejército Nacional.

"4°.- Las sumas de dinero que se ordena pagar a los demandantes en esta sentencia, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de éste término".

En la demanda presentada el día 18 de marzo de 1991,se narran los siguientes hechos según la síntesis del tribunal:

"1°.- Que el dia 24 de julio de 1988 llegó al municipio de Génova (Quindío) una comisión del ejército colombiano, con el fín de construír el proyecto de vía carreteable denominado GENOVA-VARSOVIA-LAS COLINAS, por convenio hecho con el señor alcalde de dicho municipio.

"2°.- La señora MARIA NOHEMY BETANCOURTH, madre del señor CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH, se encargó de alojar y alimentar el personal asignado para realizar dicha obra, en la Finca Varsovia, situada en la Vereda de Cumaral Alto, del Municipio de Génova (Quindío), personal que comprendía de 4 a 6 operarios de las respectivas maquinarias, civiles en su totalidad.

"3°.- Personal del ejército permanecía esporádicamente en dicha finca, donde hacían entrenamiento de milicia, con polígono y otras actividades propias del entrenamiento militar. Este personal llevaba su menaje y hacían de comer allí mismo, previo permiso que les otorgara La señora María Nohemy Betancourth.

"4°.- El dia jueves 16 de marzo de 1989, a las 3.30 p.m. el señor CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH, encontró en el potrero donde el personal militar había estado haciendo polígono, un dispositivo que le pareció era el repuesto de un fusil. Lo recogió, lo llevó a la casa y cuando iba a colocarlo encima de una mesa le explotó en la mano izquierda, causándole pérdida de los dedos pulgar e índice, e hiriéndolo en un ojo.

"5°. Fué trasladado al Hospital de Génova (Quindío), donde dispusieron su remisión al Hospital de Zona de Armenia, centro hospitalario en el cual le dieron tratamiento médico, permaneciendo allí hasta el dia 21 de marzo de 1989, cuando fué trasladado al dispensario o enfermería del Batallón Cisneros de Armenia, donde estuvo aproximadamente unos quince dias.

"6°.-Agrega el codemandante, señor CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH que su oficio es el de agricultor y administrador de la finca Varsovia, donde ocurrió el accidente. manifiesta además, que en el momento del accidente estaban en la finca su señora madre NOHEMY BETANCOURTH, el soldado CARLOS ALBERTO GARCIA y su hermano GERMAN GARCIA. Que su mamá recogió lo que quedó del artefacto que le había explotado y su hermano Germán, quien había prestado servicio militar, les dijo que era un estopín de una granada".

Surtido el trámite de rigor, el tribunal decidió tal como fué transcrito antes.

De ese fallo, se destacan los siguientes apartes:

"Los demandantes han acreditado su legitimación en la causa para formular las pretensiones contenidas en la demanda contra el ente demandado, con sus respectivos registros civiles de nacimiento y matrimonio, que obran a folios 3 y 4 de este cuaderno.

"Reiteradamente ha sostenido el Honorable Consejo de Estado que para la prosperidad de la pretensión resarcitoria por perjuicios que se reclaman en contra del estado, deben aparecer claramente acreditados en el expediente los siguientes elementos axiológicos:

"1) Un hecho que configure una falla en la prestación del servicio, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo.

"2) Un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado; y

"3) Un nexo causal entre la falla de prestación del servicio a que la administración está obligada, y el daño.

"Estudiaremos a continuación si en el caso de autos se han reunido los requisitos aludidos:

"1) Un hecho que configure una falla en la prestación del servicio. Está demostrado en el expediente que las heridas sufridas por el señor CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH el dia jueves dieciséis (16) de marzo de - 1989, en la finca Varsovia Vereda de Cumaral Alto, del Municipio de Génova, fueron ocasionadas por la explosión de un estopín de granada que dejó olvidada el Ejército Colombiano en el predio de la finca mencionada, donde estuvieron haciendo entrenamiento militar.

A folios 2 del cuaderno número dos (2) el Coronel OSCAR JIMENEZ GONZALEZ, Comandante de la Octava Brigada informa que se tuvo conocimiento que la Compañía "D"del Batallón de Ingenieros No.8 "CISNEROS", al mando del TE. LEONARDO PINTO MORALES, adelantó instrucción y entrenamiento en el área de Varsovia, la cual finalizó el 17 de febrero de 1989, con revista de Inspección por el Capitán José Ernesto Velázquez Galvis. Y que el referido batallón intervino, además, en la construcción del carreteable GENOVA-VARSOVIA, desde el 4 de agosto de 1988 al 15 de diciembre de 1989. Esto es corroborado por el Teniente LEONARDO PINTO MORALES en su informe sobre el accidente rendido al V Comandante del Batallón Cisneros el dia 27 de marzo de 1989 (folio 4) y ratificado el dia 29 de marzo del mismo año (folios 5 y 6). Al efecto veamos lo que manifiesta en los apartes pertinentes:

"La Compañía "D" adelantó Tercera Face de Instrucción de Contraguerrilla Rural en el área de VARSOVIA, para tal efecto la compañía llevó para entrenamiento granadas de mano y fusil de guerra. Se llevaron treinta y seis granadas de cada tipo. Dentro de la programación de la Instrucción

se construyeron pistas de granadas de mano y pistas de granadas de fusil, el gasto de estas granadas fué presenciado y dirigido por el Comandante de la Compañía personalmente.

"..... todas las granadas fueron detonadas a excepción de una granada de mano que no detonó, este hecho sucedió al atardecer del día 17 de febrero de 1989 y en presencia del señor Oficial Inspector.

"Como la Compañía debía regresar a la Unidad y hacer una marcha de aproximación la noche del 17 de febrero de 1989..... se dejó un suboficial encargado de volar la granada de mano que no había explotado .... y la orden fué impartida directamente por el Comandante de la Compañía al Cabo Primero SUAREZ ALVARO que ubicara y destruyera la granada fallida. El dia sábado 18 de febrero del año en curso el Cabo Primero SUAREZ ALVARO se me presentó a la Unidad y me dió la cumplida.

"Pasado un mes de este hecho y encontrándome en una operación fuí informado de un accidente ocurrido en la vereda VARSOVIA en la que resultó lesionado el señor CARLOS ARTURO GARCIA persona que vive en la mencionada vereda.

"Personalmente tomé contacto con el señor CARLOS ARTURO (sic) GARCIA para indagarle sobre el accidente ya que había dicho que el accidente ocurrió con una espoleta y efectivamente se pudo comprobar que fué con la espoleta de una granada de mano.

"Hablé también con el CP. SUAREZ ALVARO sobre la orden que le había impartido y me dijo que el había hecho explotar la granada delante de los moradores de VARSOVIA, lo cual es cierto; pero el CP. SUAREZ ALVARO hizo detonar el cuerpo de la granada y no se percató de buscar la espoleta puesto que como el mismo manifestó sólo encontró el cuerpo de la granada y no la espoleta que fué la que encontró el señor CARLOS ARTURO (sic) GARCIA. (Subrayas del tribunal).

"Es de anotar que las granadas de mano que se utilizaron son PR 8 de fabricación colombiana, en dos oportunidades más durante el entrenamiento se desprendió el cuerpo de la granada de la espoleta ésto se debe a problemas técnicos de la fabricación de la granada".

El Cabo Primero ALVARO SUAREZ, encargado de detonar la granada fallida manifiesta en su declaración rendida el dia 29 de marzo de 1989 ante el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Cisneros:

"El dia que fué mi Capitán VELASQUEZ GALVIS ERNESTO a pasar revista de instrucción de la Compañía "D" en la finca Varsovia en las horas de la tarde sobre el lanzamiento de granadas, siendo aproximadamente las seis y media de la tarde el personal de soldados que estaba presentando la revista hizo el lanzamiento de las mismas, presentándose según mi Capitán VELASQUEZ dos (2) granadas fallidas. En vista que era muy tarde ya, ya era de noche, que era peligroso para localizarlas mi Capitán VELÁZQUEZ le ordenó a mi Teniente PINTO que yo me quedara al otro día para localizar y hacer explotar las granadas fallidas, las cuales fueron localizadas al otro día a las siete de la mañana y posteriormente fueron explotadas..... en presencia de CARLOS ARTURO (sic) GARCIA, hijo de los dueños de la Finca de VARSOVIA y de un señor JESUS que vive por allá en Génova .... PREGUNTADO: Cuantas granadas localizó y destruyó usted en cumplimiento de las órdenes que había impartido el Capitán VELAZQUEZ GALVIS al Teniente PINTO MORALES CONTESTO: Dos granadas ... Había una granada completa, sin seguro y con la cuchara colocada y prensada por el cuerpo contra el suelo y la otra granada estaba sin espoleta .... PREGUNTADO: Usted encontró la espoleta de la granada que no había explotado? CONTESTO: Unicamente encontré la parte superior de la espoleta, como a unos diez metros abajo de la granada...".

"Se encuentra pues demostrado el hecho causado por una falla en el servicio que puede presumirse, por cuanto fué ocasionado con material de guerra como lo fué la espoleta de una granada, de uso privativo de las fuerzas militares, dejada abandonada en la finca VARSOVIA, Vereda de Cumaral Alto del Municipio de Génova, durante una Fase de Instrucción de Contraguerrillas Rural efectuada por la Compañía "D" del batallón de Ingenieros Cisneros de Armenia.

"2) Un daño que configura lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado. El daño o perjuicio se encuentra acreditado con el resumen de la Historia Clínica No.12.01.86 de CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH que obra a folio 1 del cuaderno número dos (2) en donde consta que se le amputó el "pulgar e índice izquierdo en primera falange con reconstrucción de muñones y cierre de heridas de extremidades distales de pulpejos de dedos índice y medio de mano derecha....." además con los documentos que obran a folios 10 a 15 de este cuaderno, en donde consta la atención recibida por parte del Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia y con el dictámen rendido por el Médico Legista Dr. CARLOS HERNAN COLLAZOS G. que obra a folio 24 del mismo cuaderno.

"3) Un nexo causal entre la falla o hecho causante del perjuicio y el daño. La relación entre el hecho y el daño se estableció con el informe rendido por el Teniente Leonardo Pinto Morales el dia 27 de marzo de 1989, al señor Teniente Coronel Comandante del Batallón Cisneros de Armenia, respecto al accidente sufrido por el señor CARLOS AUGUSTO GARCIA BETANCOURTH en la finca Varsovia, Vereda de Cumaral Alto del Municipio de Génova Quindío, al explotarle en la mano izquierda una espoleta de granada dejada abandonada allí por el Ejército Colombiano durante Fase de Instrucción de Contraguerrillas efectuada por la Compañía "D" de dicho Batallón Cisneros que se encontraba a su mando, ratificado el día 29 de marzo del mismo año ante el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Cisneros de Armenia (folios 4 a 6 del cuaderno 2) y la declaración rendida por el Cabo Primero ALVARO SUAREZ el día 29 de marzo del mismo año que obra a folios 7 y 8 del mismo cuaderno...."

.....

"Demostrados los anteriores presupuestos, deberá declararse la existencia de responsabilidad de LA NACION (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional)".

Descontentas las partes con la decisión del *a-quo,* apelaron de dicha decisión, con los siguientes argumentos:

La actora sostiene que su recurso está dirigido contra el numeral 2° de la decisión, pues los 500 y 250 gramos a favor de los demandantes por perjuicios morales no se acomodan a la gravedad del daño; la lesión de Carlos Augusto es de suma gravedad, pues la deformidad física y perturbación orgánica es de carácter permanente y deberá sufrir por quizá 50 años, que es su vida probable. Es de tener en cuenta que siendo agricultor, su oficio es duro y la limitación con que quedó, no sólo le ocasiona menoscabo físico sino sufrimiento moral.

En cuanto hace relación con la madre de Carlos Augusto, considera que como ella ha estado a su lado compartiendo el dolor de su hijo al verse éste casi privado de su mano, y debe aumentarse el reconocimiento.

Que el *a-quo* muy bien expresó: "las angustias o padecimientos de estos dos seres queridos", pero no tuvo en cuenta esto al tasar los perjuicios y los fijó en sumas muy bajas.

Por su parte, la representante de la Nación argumenta de la siguiente manera, al dársele traslado para sustentar el recurso:

Que el *a-quo* ha debido dar aplicación al artículo 2354 del C.C. definido por la apoderada de la demandada como "principio de la concausalidad", por

ocurrencia de culpas o compensación de ellas, al estimar que el lesionado actuó con imprudencia, la cual es producto de "un error de conducta que no había cometido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio", parodiando a los hermanos Mazzeaud.

Concreta este sentir en un párrafo que la sala desea transcribir:

> "No se justifica que un hombre de 27 años de edad, con mediana inteligencia y capacidad de medir los riesgos a que está expuesto y conocedor de que el elemento que recogía era el repuesto de un arma y por ende peligroso, incurra en imprudencia tal de recogerlo y llevarlo a su casa, sin preveer las consecuencias de tal actuación". (Subrayas de la Sala).

Corrido el traslado a las partes y al ministerio público para alegar de conclusión, sólo la demandada presentó sus alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la sustentación; el ministerio público guardó silencio, sin intervención alguna en esta instancia, así como la demandante.

Para la sala la sentencia apelada deberá mantenerse, ya que ella se encuentra ajustada tanto a la realidad probatoria como a la procesal.

En efecto, el acervo probatorio demuestra como el señor Carlos Augusto García Betancourth sufrió las lesiones como consecuencia de la explosión de la espoleta de la granada que dejó abandonada la Compañía "D" del batallón Cisneros, después de las prácticas o ejercicios militares efectuados en la finca Varsovia, en donde era administrador el lesionado; asimismo, se desprende de las declaraciones cuyos apartes pertinentes se dejaron consignados antes, que el cabo Primero Alvaro Suárez. encargado de detonar las granadas que no habían explotado, olvidó la espoleta y ella causó las lesiones al demandante.

Un mes después de las labores de destrucción encomendadas al mencionado suboficial el lesionado sufrió el accidente con la espoleta. Aquí no cabe hablar de culpa de la víctima como lo pretende la parte demandada, pues no puede presumirse "mediana inteligencia y capacidad de medir riesgos" en relación con un joven campesino posiblemente sin instrucción primaria, alejado del conocimiento de armas y del manejo de las mismas.

En otras palabras, no existió culpa del lesionado y por lo mismo tampoco procede "el principio de concausalidad" de que habla la apoderada de la demandada, ni concurrencia o compensación de culpas derivadas de la aplicación del artículo 2357 del C.C. No hubo imprudencia del señor Carlos Augusto García Betancourth porque ésta surgiría de una actuación inmoderada, sin cautela,

sensatez o buen juicio, que no puede exigirse a una persona de escasa instrucción y sin conocimiento sobre armas de guerra.

Pretender lo anterior, sería invertir la carga de la prueba de la exculpación que está en cabeza de la demandada por tratarse de armas de uso exclusivo de las fuerzas armadas (Dec. 1663/79, art.10), las que solamente el Gobierno Nacional puede "introducir, fabricar y poseer".

Así, la falla del servicio se hizo consistir en el hecho de que miembros de la compañía "D" del Batallón Cisneros de Armenia, no se sabe exactamente quién o quienes, dejaron el artefacto explosivo olvidado, el que causó el accidente y por ende, las lesiones. Sobre el tema el profesor García de Enterría, citado en sentencia de 25 de octubre último con ponencia de quien ahora proyecta ésta dice:

> "... para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar el agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse y así ocurre con frecuencia de daños anónimos e impersonales, no atribuíbles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal (culpa in committendo o por acción positiva), como si no ha funcionado (culpa in ommittendo, abstenciones cuando existe un deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta al deber de diligencia funcional, deber con base en el art. 103-1 de la Constitución), ya que todos esos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la ley utiliza (funcionamiento anormal)".

Tampoco son atendibles las argumentaciones de la parte actora, en el sentido de criticar al *a-quo* por haber impuesto una condena disminuída en cuanto a los perjuicios morales, pues en asuntos como el aquí tratado su fijación se hace con fundamento en el prudente arbitrio del juzgador, el que, en principio, no puede desconocerse sin una base real para hacerlo; base o motivo que no resultó acreditado.

Así, entonces, los perjuicios morales determinados por el *a-quo* como condena deberán mantenerse; y frente a los materiales, para efectos de la liquidación, que podrá hacerse en concreto, se tendrán en cuenta estos extremos:

a) La incapacidad permanente parcial equivalente al 22% (folio 24 cdno 2); b) el ingreso base o sea el salario mínimo para el año de 1989; c) el lapso indemnizatorio proyectado hasta el fin de la vida probable del lesionado y comprensivo de dos períodos: uno vencido desde el accidente hasta la fecha de

ejecutoria de ésta sentencia; y otro, futuro desde dicha fecha hasta la culminación de la vida probable d) la aplicación de las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia para dichos períodos, actualizando el porcentaje de incapacidad aplicado al salario mínimo, con los índices correspondientes a los meses de ejecutoria de la sentencia (como final) y al de la fecha del accidente (como inicial).

Con estos supuestos, la liquidación será:

a) Por concepto de indemnización debida al señor García Betancourth la suma de $1'011.148.98; b) Por concepto de indemnización futura la suma de $3'516.241.59.

En total, por concepto de perjuicios materiales, la suma de $4'527.390.57.

A ésta suma ha de descontarse la cantidad que por concepto de indemnización y gastos hospitalarios recibió el lesionado, es decir, la suma de $251.386.oo. Pero así como se actualizan los valores por concepto de indemnización debida y futura, debe dársele el mismo tratamiento al valor antes señalado, por razones de equidad. Así, la compensación será:

$$Vp = 251.386 \times \frac{282.43 \text{ (ind.feb/93)}}{108.72 \text{ (ind. mar/89)}} = 251.386 \times 2.597774098 = 653.044.04$$

En consecuencia, la condena en concreto por perjuicios materiales es por la suma de $4'527.390.57 - 653.044.04 = $3'874.346.53

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:

PRIMERO.- Confírmase la sentencia de 11 de mayo de 1992 proferida por el tribunal administrativo del Quindio, en cuanto a sus ordinales 1°, 2°, 4° y 5°.

SEGUNDO.- Modifícase el ordinal 3° de la sentencia, el cual quedará así:

Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional - a pagar al señor Carlos Augusto García Betancourth por concepto de perjuicios materiales la suma de TRES MILLONES OCHO CIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON

CINCUENTA Y TRES CENTAVOS ($3'874.346.53), por la incapacidad permanente parcial que se le asignó.

TERCERO.- La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia 15 de abril de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / DESAPARECIMIENTO / OBLIGACION DE RESULTADO

El desaparecimiento no pudo cuestionarse por la entidad demandada, la que se defendió con simples evasivas carentes, en buena parte, de seriedad y que resultaron bien contradichas, en especial con la prueba testimonial. La evidencia de la retención y la inexistencia de la prueba de la liberación por parte de las autoridades militares comprometen, la responsabilidad del ente demandado, el cual tampoco pudo demostrar causal alguna de exculpación. Este, al retener a una persona en condiciones normales de salud, adquirió la obligación de devolverlo en las mismas o similares condiciones a las que tenía cuando lo retuvo. Esta obligación legal calificada en derecho privado como de resultado, en el derecho público encuentran su respaldo en el principio constitucional de que las autoridades deben velar por la vida, honra y bienes de los residentes en el territorio nacional.

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

Santa Fe de Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7561. Indemnizaciones. Actor: LUIS CARLOS AMAYA LÓPEZ Y OTROS.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 14 de mayo de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se dispuso:

"1o. Declárase responsable a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - de la desaparición del Sr. Carlos Alirio Amaya Soto, hijo legítimo de Luis Carlos y Zoila Rosa, en hechos ocurridos el 14 de septiembre de 1989 en la vereda La Florida, jurisdicción del Municipio de Belén de Umbría (Rda).

"2o. En consecuencia, condenase a pagar por concepto de perjuicios morales en concreto, el equivalente en pesos colombianos de mil gramos de oro puro, a cada uno de sus padres Luis Carlos Amaya López, identificado con C. C. No. 1.262.025 de Belén de Umbría, y a la Sra. Zoila Rosa Soto Corrales, con C. C. No. 24.541.217 de Belén de Umbría, cuyo valor deberá certificarlo el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3o. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

"4o. A la presente sentencia se dará cumplimiento dentro del término señalado en el articulo 176 del C. C. A., y para su efectividad se enviará copia de la misma al respectivo agente del Ministerio Público (art. 177 del C. C. A.).

"5o. Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado (Art. 184 C.C.A.)".

En la demanda, presentada el 7 de septiembre de 1990, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el 14 de septiembre de 1988 en las horas de la mañana desapareció el Señor Carlos Alirio Amaya Soto,luego del enfrentamiento de miembros del ejército con un grupo de subversivos en la vereda "La Florida" (Belén de Umbría).

2) Que el señor Amaya Soto, persona conocida en la región como agricultor, residió durante más de 21 años en la zona; y que el dia de los acontecimientos llegó a eso de las 7:30 a.m. a la fonda, veredal y fue retenido inmediatamente con otras personas por las autoridades militares, quienes lo separaron del grupo y lo torturaron y golpearon en un cafetal aledaño.

3) Que su retención se produjo en lugar distante al encuentro guerrillero, a un kilometro y medio aproximadamente de distancia.

4) Que una vez terminado el operativo, fueron liberados los demás campesinos, a excepción de Amaya Soto, quien fué visto por última vez en poder de la autoridad y desde entonces nada se sabe de él.

5) Que al momento de los hechos Amaya Soto, persona sin antecedentes, honesta y limitada mentalmente,residía en la región, a unas 20 cuadras del lugar, y estaba desarmado.

6) Que Amaya Soto "estaba dedicado a la agricultura en el predio perteneciente a su padre Luis Carlos del cual derivaba el sustento para él y su familia".

7) Que el señor Luis Carlos L, padre del desaparecido, puso las denuncias correspondientes ante el juzgado 16 de instrucción criminal de Belén de Umbría y ante la Procuraduría Regional; proceso penal que en la actualidad se tramita en Pereira.

Cumplido el trámite de la primera instancia el tribunal fallo en la forma indicada. La entidad demandada guardó silencio, pese a la gravedad de los hechos que se le imputan.

Para resolver, se considera:

La sala confirmará el fallo de primera instancia porque comparte el análisis certero que del acervo probatorio hizo el *a-quo*, quien encontró bien demostrados los supuestos de la responsabilidad.

Además la sala prohija el concepto fiscal de segunda instancia, el que se estima igualmente ajustado a la realidad.

De ese análisis del *a-quo* cabe destacar el estudio de los distintos indicios que lo condujeron a dar por establecida la responsabilidad de la nación por el desaparecimiento del señor Carlos Alirio Amaya Soto; desaparecimiento que no pudo cuestionarse por la entidad demandada, la que se defendió con simples evasivas carentes, en buena parte, de seriedad y que resultaron bien contradichas, en especial con la prueba testimonial. Prueba como lo dijo el *a-quo,* conformada por dos grupos de testimonios, uno de los cuales, el que coincide con los hechos de la demanda, que resultó con mayor fuerza demostrativa, dada la seriedad y coherencia de las narraciones, que con los recepcionados a petición de la demandada y en los que se observa mas el ánimo de buscar una coartada que de exculpar a la nación de los hechos que se le imputan.

SECCION TERCERA

Además de los testimonios, la prueba gana poder de convicción con las conclusiones a que llegó el Tribunal Superior Militar, el cual en su providencia de 5 de junio de 1990 admitió no sólo que el señor Carlos Alirio sí habla sido retenido por los militares, sino que él y los demás retenidos fueron sometidos a maltratos.

La evidencia de la retención del señor Amaya Soto (hecho fuera de toda duda), y la inexistencia de la prueba de su liberación por parte de las autoridades militares comprometen, como lo dijo el tribunal, la responsabilidad del ente demandado, el cual tampoco pudo demostrar causal alguna de exculpación. Este, al retener a una persona en condiciones normales de salud, adquirió la obligación de devolverlo en las mismas o similares condiciones a las que tenía cuando lo retuvo.

Esta obligación legal calificada en derecho privado como de resultado, en el derecho público encuentran su respaldo en el principio constitucional de que las autoridades deben velar por la vida, honra y bienes de los residentes en el territorio nacional.

En este orden de ideas la sala prohija el siguiente aparte del fallo recurrido:

"Existen indicios necesarios y suficientes en este proceso para concluir que el "desaparecimiento" del señor Carlos Alirio Amaya Soto ocurrió en manos de unos agentes de la Policía Nacional, que laboraban para la fecha del suceso en el Municipio de Belén de Umbría.

"En este proceso está demostrado:

"1°.- Que los padres de Carlos Alirio Amaya Soto contrajeron matrimonio (fl. 4).

"2°.- De dicho matrimonio nacieron varios hijos, entre ellos, Carlos Alirio (fl. 14).

"3°.- Que Carlos Alirio fue visto en condiciones normales de salud en horas de la mañana del 14 de septiembre de 1988.

"4°.- Que fue retenido por Unidades de la Policía Nacional que prestaba servicio en el Municipio de Belén de Umbría, desde esa mañana nunca más se volvió a saber nada de él.

"5°.- Que los miembros de la Policía Nacional que participaron en dicha acción niegan haberlo retenido, torturado o amenazado".

"6°.- La policía nunca demostró haberlo entregado a alguna autoridad.

"Cierto es que no existe la prueba directa para afirmar que determinados agentes de la Policía Nacional fueron los responsables del "desaparecimiento" del señor Carlos Alirio, entre otras razones porque se lo llevaron solo y además porque los autores de este delito se cuidaron muy bien de no dejar huellas fáciles de descubrir. La prueba en este caso es indiciaría. El articulo 175 del C. de P. Civil dispone que "sirven como prueba" las allí enumeradas, entre las cuales están los "indicios" y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. A esta prueba es necesario acudir cuando en el proceso no aparece la prueba directa".

Asimismo comparte las siguientes reflexiones:

"El desaparecido Carlos Alirio Amaya era una persona muy conocida en la vereda como trabajador, sin vicios, sin vínculos con movimientos guerrilleros, medio retardado mental, que no era "normal"

"Verdad sabida, pero muchas veces olvidada por algunos oficiales, suboficiales o agentes de la Policía Nacional, es que ellos tienen la obligación constitucional, legal y reglamentaria de velar por la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en el país.

"Las armas se las entrega el Estado para los fines ya anotados y no para emplearlas contra humildes ciudadanos, y mucho más grave como el caso que nos ocupa lesionando un retardado mental por la simple "sospecha" de pertenecer a un movimiento guerrillero. Estas actuaciones demuestran claramente la falta de respeto por el ser humano, ya sabemos que golpearon, lo insultaron, lo reventaron hasta " escupir" o "vomitar sangre", lo cual está establecido testimonialmente. Esa no era la conducta a seguir.

"Queda latente un interrogante, ante la evidencia de la detención de Amaya Soto: por qué razón no fue puesto en libertad como los demás ? La respuesta alcanza a ser: no les convenía a los uniformados, era necesario hacer desaparecer la prueba del cuerpo del delito y así lo hicieron. Tal ciudadano había sido sujeto de torturas de la naturaleza narrada por los testigos".

Lo precedente es suficiente para confirmar el fallo en su aspecto de fondo, no sólo sustantivo sino también procesal. Impresiona, sí, que la autoridad

se hubiera cebado en una persona considerada por todos como un débil mental, inofensivo, que no hacía mal a nadie. Por eso mismo ganan relieve las citas tomadas de la doctrina y de la jurisprudencia hechas por el *a-quo* en torno a la dignidad de la persona humana. Insistencia ya clamorosa de esta jurisdicción, la que con aterradora frecuencia observa como los atropellos y las torturas son cada vez más comunes, ante la impasibilidad de un país anestesiado por el terror e insolidario.

Los perjuicios

La sala comparte parcialmente este punto. Así, confirmará lo relacionado con los perjuicios morales a los padres de la víctima, señores Luis Carlos Amaya López y Zoila Rosa Soto Corrales.

En cambio, deberá revocar el no reconocimiento de perjuicios morales a favor de los hermanos de la víctima, señores John Jairo, María Noelvia, Norelia de Jesús, Blanca Marisel, María Olinda, Dora Marina, María Dalila, Cielo del Socorro y Norberto Antonio Amaya Soto, no sólo porque ya la jurisprudencia de la sala parte de la presunción de afecto entre los hermanos (sentencia de 16 de julio de 1992 proceso 6750 ponente Doctor Daniel Suárez Hernández), sino porque esta relación parental fue debidamente acreditada dentro del proceso.

Siguiendo en esto el prudente arbitrio, la Sala señalará un equivalente de 300 gramos oro para cada uno de los mencionados hermanos.

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 mayo 14 de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en sus ordinales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

Adiciónase el ordinal segundo, así:

Condénase además a la citada entidad a pagar por concepto de perjuicios morales a John Jairo, María Noelvia, Norelia de Jesús, Blanca Marisel, María Olinda, Dora Marina, María Dalila, Cielo del Socorro y Norberto Antonio Amaya Soto, el equivalente en pesos de 300 gramos oro para cada uno.

Copíese, notifíquese y devuélvase

Expídanse las copias para su cumplimiento

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ALCANTARILLADO

Si la vía pública urbana había sido pavimentada, con o sin el concurso de las autoridades municipales, la Sala estima que a estas les correspondía de acuerdo con su propia organización administrativa, atender al mantenimiento, conservación y cuidado de la referida carrera 18A y, en desarrollo y cumplimiento de tales deberes, se imponía en primer término tapar adecuadamente la cámara de alcantarillado o, por lo menos preventivamente, señalizar el peligro que la faltar de cubrimiento del hueco respectivo implicaba para la comunidad. La omisión por parte de la autoridad municipal o del ente municipal a cuyo cargo correspondían tales funciones generan la responsabilidad de la administración.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO/ LEGITIMACION POR PASIVA

Si la propia administración y el Concejo Municipal pretendieron mejorar la prestación de los servicios públicos de Tuluá a través del establecimiento demandado, al cual le asignaron patrimonio propio y autonomía administrativa, debe ser éste el obligado a asumir la responsabilidad administrativa por las fallas que se presenten en el cumplimiento de sus propias funciones, más no el Municipio, el que, se repite, trasladó la prestación de ciertos servicios a EMTULUA y es a dicho establecimiento público al que, por consiguiente, le corresponde asumir las consecuencias jurídicas y pecuniarias de sus deficiencias administrativa.

EXP. -7659

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C., dieciseis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7659. Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA MUNICIPIO DE TULUA - EMPRESAS MUNICIPALES DE TULUA. Actor: MARIA LUISA QUINTERO ARBELAEZ.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 19 de junio de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. Declarar administrativamente responsable al Municipio de Tuluá (Valle) y al Establecimiento Público Empresas Municipales de Tuluá EMTULUA, por la muerte del señor JOSE BERNARDINO MORALES GONZALEZ en hechos ocurridos el 4 de agosto de 1988 en esa localidad.

"SEGUNDO. Consecuencia de lo anterior, condénase en concreto al MUNICIPIO DE TULUA y a las EMPRESAS MUNICIPALES DE TULUA "EMTULUA", a reconocer por partes iguales y por concepto de Perjuicios Morales causados por la muerte del señor José Bernardino Morales González, de a un mil (1.000) gramos oro al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria del presente fallo, para cada una de las siguientes personas: MARIA LUISA QUINTERO ARBELAEZ, MARIA ENOE, RAMIRO, MARIA DORIS, GLORIA AMPARO, LUZ MARINA, ALIRIO DE JESUS, ELIO CESAR, JOSE BERNARDO Y JOSE ARLET MORALES QUINTERO, o a quien éstos represente.

"TERCERO. Esta condena devengará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo, y moratorios después.

"CUARTO. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"QUINTO. De no ser apelada, CONSULTESE.

SECCION TERCERA

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1o. **La demanda:**

Mediante escrito presentado el 2 de agosto de 1990 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, los señores María Luisa Quintero Arbeláez, María Enoe, Ramiro, María Doris, Gloria Amparo, Luz Marina, Alirio de Jesús, Elio César, José Bernardo, y José Arlet Morales Quintero, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra el Departamento del Valle del Cauca, el Municipio de Tuluá y las Empresas Municipales de Tuluá "EMTULUA", para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. El Departamento del Valle del Cauca el municipio de Tuluá (Valle), y las Empresas Municipales de Tuluá "EMTULUA", son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios que se les ha ocasionados a todos los demandantes: María Luisa Quintero Arbeláez, María Enoe, Ramiro, María Doris, Gloria Amparo, Luz Marina, Alirio De Jesús, Elio César, José Bernardo, y José Arlet Morales Quintero, con la muerte de su esposo y padre José Bernardino Morales González, en un accidente ocurrido el día 4 de agosto de 1988, en la calle 18-a- frente al número 30-54, al caer en una alcantarilla destapada, en la ciudad de Tuluá (Valle).

"1.1. Condénese AL DEPARTAMENTE DEL VALLE DEL CAUCA, AL MUNICIPIO DE TULUA (VALLE), Y A LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE TULUA "EMTULUA", a pagar, de modo solidario, a todos y cada uno de los demandantes María Luisa Quintero Arbeláez, María Enoe, Ramiro, María Doris, Gloria Amparo, Luz Marina, Alirio De Jesús, Elio César, José Bernardo, y José Arlet Morales Quintero:

"1.1.1. **Daños Morales,**

"Por el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro fino, mayor valor permitido por el artículo 108 del C. Penal.

"1.1.2. **Daños materiales,**

"A María Luisa Qintero Arbeláez:

"Por el valor representativo de las varias cuotas de ayuda dejadas de recibir a raíz de la muerte de su esposo, debido según el artículo 1815 del

C. Civil, desde la fecha del infortunio, por el monto de las bases que resulten probadas en el curso del proceso y en pesos de valor constante del 4 de agosto de 1988.

"Por el valor de los intereses del Capital debido desde la fecha de su exigibilidad sustancial, 4 de agosto de 1988, y la ejecutoria de la sentencia.

"En Subsidio.

"Y en el evento de que no existan bases suficientes para efectuar la liquidación matemática de los perjuicios materiales que se deben a la demandante, el Tribunal por razones de equidad, la fijará en el equivalente en pesos, de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de cuatro mil gramos de oro fino, dándole aplicación a los artículos 4o. y 8o. de la ley 153 de 1987 y 107 del C. Penal.

"1.2. EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, EL MUNICIPIO DE TULUA (VALLE), Y LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE TULUA "EMTULUA", darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177, y 178, del C.C. Administrativo.

"Todo pago, así lo ordenará expresamente el fallo, se imputará primero a intereses".

2o. **Los hechos;**

Relata en la demanda que al medio día del 4 de agosto de 1988 cuando el señor José Bernardino Morales González cayó en una alcantarilla destapada de Tuluá y falleció por "traumatismo encefalo-craneano". La carrera 18A entre calles 30 y 31 había sido Pavimentada por un contratista particular quien entregó la obra terminada el 31 de diciembre de 1987 incluidas las tapas de las alcantarillas.

Para las elecciones de "mitaca" de 1988, un vehículo del Departamento del Valle del Cauca que movilizaba electores, pasó en varias oportunidades sobre la alcantarilla provocando el daño en la misma, la cual quedó despatada, y, convertida "en una tumba abierta" para los vecinos, quienes sin resultado alguno reclamaron al Municipio de Tuluá y a las Empresas Municipales, para que se tapara la alcantarilla. Sólo después de nueve días del accidente fue atendida la petición.

Como la vía es del Municipio de Tuluá y el servicio de acueducto y alcantarillado le corresponde a las Empresas Municipales de Tuluá, una y otra incurrieron en omisiones, el primero por no señalizar la alcantarilla destapada en la vía pública y, la segunda, por no vigilar el estado de las alcantarillas en el Municipio. De otra parte, el Departamento del Valle del Cauca le atribuye igualmente responsabilidad porque una volqueta de su propiedad fué la que dañó la tapa de la alcantarilla.

3o. **Actuación procesal:**

Al contestar la demanda, las tres entidades expresamente se opusieron a las pretensiones relacionadas en la misma. El Departamento del Valle sostuvo que no se había acreditado la responsabilidad de un funcionario del departamento, ni que se hubiera presentado una falla en el servicio por parte de la administración departamental. A su vez, el Municipio de Tuluá expuso que ninguna responsabilidad le cabe en la muerte de Morales González, por cuanto no encuentra relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño causado, por lo que debe exonerarse al Municipio, dado que la omisión dañosa no fue de la administración municipal, pues a esta no le corresponde el cuidado, mantenimiento y conservación del servicio de acueducto y alcantarillado, a más de que se desconocen las circunstancias en que murió Morales González. Propuso como excepción "la falta de legitimación pasiva en la causa", porque el Municipio no es el responsable de colocar las tapas de las cámaras de inspección del alcantarillado, "ni puede responder por las faltas o fallas en que puedan incurrir funcionarios públicos adscritos a otras entidades, como lo son para el presente, las Empresas Municipales y la Gobernación del Departamento del Valle o terceras personas. El hecho dañoso que se demanda no es imputable al Municipio de Tuluá". Así mismo propuso como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima, por transitar por donde no debía hacerlo el peatón.

Las Empresas Municipales de Tuluá, a la vez que se oponen a las peticiones de la demanda, proponen la ineptitud de la misma por falta del requisito formal de designación de las partes, en razón a que en la demanda no se designó al Ministerio Público como parte. Igualmente alegaron la excepción "de causa jurídica para demandar", por cuanto la obra fue realizada "por un Contratista Pirata" y el hueco era producto de una obra pública ilegalmente desarrollada y técnicamente inepta".

En la oportunidad para alegar de bien probado, la apoderada del Municipio de Tuluá sostuvo que este cumplió con las obligaciones de iluminación, mantenimiento y señalización," pero es ajeno a las circunstancias que rodearon el fallecimiento de JOSE BERNARDINO MORALES GONZALEZ en los términos que expresa la demanda". Alega que debe tomarse en cuenta "la

culpa que pudo tener el fallecido... en el hecho mismo de su muerte", pues era un anciano de 77 años de edad que habitaba frente, al lugar donde se produjo el accidente. Relaciona varias normas del Código Nacional de Tránsito en cuanto se refieren al comportamiento de los peatones por las vías públicas. Luego de transcribir apartes de un fallo de esta Sección sobre la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, concluye que no se dan en este casó los elementos integrantes de la responsabilidad por falla del servicio.

La apoderada del Departamento del Valle del Cauca reitera lo expuesto al contestar la demanda, es decir, que dicho ente ninguna participación activa o pasiva tuvo en la muerte de Morales González, de la cual pudiera derivarse su responsabilidad.

El apoderado de las Empresas Municipales de Tuluá igualmente reiteró los planteamientos expresados al responder la demanda, sostuvo que la pavimentación la realizó un contratista "sancionado en varias oportunidades por las autoridades de Tuluá, por realizar obras sin autorización y supervisión de las Dependencias Oficiales". Además manifiesta que lo sucedido a Bernardino Morales le hubiera podido suceder a otra persona por no dar aviso a las autoridades, o "de manera solidaria y humana" le hubiera colocado alguna señal.

El Fiscal Tercero del Tribunal conceptuó en el sentido de que se declare administrativamente responsable a las Empresas Municipales de Tuluá, por cuanto a este establecimiento le correspondía el cuidado y mantenimiento del alcantarillado en el Municipio. Además solicitó indemnizar los perjuicios morales, no así los materiales, por cuanto el ingreso del occisó provenía de una tienda cuya explotación económica bien pueden proseguir los demandantes.

4o. **La sentencia apelada**

Descartó el *a-quo* la responsabilidad del ente Departamental demandado en vista de que procesalmente no se demostró que un vehículo o un agente del Departamento del Valle del Cauca hubiere destruido la tapa de la recámara del alcantarillado donde sucedió el accidente.

Con respecto al Municipio de Tuluá y las Empresas Municipales del mismo, el Tribunal concretó así los cargos por su responsabilidad administrativa en la muerte de José Bernardino Morales González:

> "Se encuentra probado debidamente entonces, que existió una falla por parte del Municipio y las Empresas Municipales de Tuluá al no proveer lo necesario para la reparación de la recámara de la alcantarilla donde se produjo el accidente, igualmente lo está que la muerte del señor Bernardino

Morales González se produjo como consecuencia de las lesiones recibidas al caer dentro de dicha recámara. Aunque las entidades demandadas en su escrito de contestación alegaron como causales exculpativas tanto el estado de ancianidad del occiso y su presunto alicoramiento, no le sirven de fundamento para que la Sala pueda declarar su aplicabilidad en el presente caso. Respecto de la primera anotada no se ha concebido dentro de la jurisprudencia la ancianidad como causal que pueda, calificarse como culpa de la víctima. Bien es sabido que las personas en dicha etapa de la vida aunque pierden algunos de sus reflejos, no son inválidos y aunque algunos opinan que vuelven a ser como niños no son inhábiles a la luz del derecho. Es importante aquí, tener en cuenta que de todas formas es obligación de las autoridades municipales mantener las vías públicas en estado adecuado para que puedan ser transitadas por los particulares, los animales y los vehículos, de la forma como la misma entidad demandada lo expresa en su contestación de demanda, función que implica la supervisión permanente y oficiosa de las vías para que se puedan establecer las posibles fallas u obstáculos que impidan el tránsito libre de la comunidad. Así pues no sirve de disculpa en este caso para el Municipio de Tuluá lo aseverado en el sentido de que sólo realiza la inspección de las vías, exclusivamente en las áreas que comprende su competencia en materia de mantenimiento, pues es sabido que la Secretaría de Obras Públicas Municipales como dependencia directa de la Alcaldía Municipal aunque no es superior jerárquico de las Empresas Municipales de Tuluá, debe mantener con esta entidad relaciones armónicas de colaboración que implican entre otros aspectos, el control de tutela que debe ejercerse sobre sus actuaciones. No debe olvidarse que el Municipio como entidad territorial descentralizada es uno solo así dentro de su comprensión aparezcan delimitadas y estructuradas entidades de naturaleza jurídica diversa pero que en últimas todas ellas deben propender dentro del campo funcional que se les hubiere asignado por la eficiente satisfacción de las necesidades de la comunidad municipal".

Con relación a los perjuicios materiales, estos fueron negados por cuanto el occiso obtenía sus ingresos de una tienda, la cual subsiste y puede manejarla para su propio sustento la cónyuge *supérstite*, pues no se acreditó que ella no colaborara con su esposo o que se encuentra impedida físicamente para hacerlo.

Los perjuicios morales fueron reconocidos para la esposa y sus hijos en cuantía equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno.

5o. **Razones de la apelación:**

La apoderada del Municipio de Tuluá apeló de la decisión anterior porque considera que "en el caso que nos ocupa no le compete al Municipio cuidar o mantener las redes del alcantarillado municipal...", pues es a las Empresas Municipales de Tuluá a las que les corresponde, según sus estatutos,"la dirección, organización, administración, ensanche, conservación, financiación, prospectación y mantenimiento de bienes y servicios como los del acueducto, alcantarillado, teléfonos y plaza de mercado entre otros". Desplaza, pues, el municipio hacia las Empresas Municipales la responsabilidad reclamada por los demandantes. Así mismo plantea la impugnante la causal exonerativa de culpa de la víctima, dado que esta transitaba contrariando expresas normas del Código Nacional de Tránsito Terrestre sobre la circulación de peatones y el uso de las vías públicas por parte de aquellos.

En cuanto a la tasación que se hizo en la sentencia de los perjuicios morales, la considera excesiva "porque se fijó el tope máximo establecido", desconociendo la situación económica municipal.

6o. **Concepto fiscal:**

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, consideró en su concepto de fondo que debía confirmarse el fallo impugnado, para lo cual, además de la falta de la tapa en la alcantarilla, en la pavimentación de la vía "no tuvo operancia una adecuada interventoría, ni una posterior revisión de la obra, construida como se sabe por el programa de autogestión comunitaria .... En tratándose de esta clase de obras es más urgente y apremiante la revisión y el mantenimiento por parte del Municipio, función esta que no se cumplió en el presente caso".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia impugnada debe modificarse en dos aspectos fundamentales: el primero se relaciona con la responsabilidad atribuida por iguales partes al Municipio de Tuluá y a las Empresas Municipales de esa ciudad, y, el segundo, en cuanto a la negación de perjuicios materiales para la cónyuge sobreviviente de la víctima.

Procesalmente se encuentra acreditado que en la carrera 18A, entre calles 30 y 31, Barrio Pueblo Nuevo de Tuluá, el 4 de agosto de 1988, al caer en una cámara del alcantarillado que se encontraba destapada, falleció el señor José Bernardino Morales González. Así se deduce de los testimonios rendidos en este proceso por Adolfo Jaramillo (fl. 83v- c.4), Juan Efrén Quintero López

(fl. 65v. c.4) y Gonzalo Cortés. (Fl. 63v. c.4), quienes se refieren a la existencia de un hueco en la dirección anotada, dentro del cual cayó y fue sacado con graves lesiones el señor Morales González.

Cabe señalar que la mencionada carrera 18A entre las calles 30 y 31 había sido pavimentada a finales de 1987 por cuenta de los vecinos del sector quienes contrataron con un particular el arreglo y pavimentación de la vía, obviamente bajo un control o interventoría oficial, donde la comunidad proporciona los medios necesarios para la realización de la obra, la cual, desde luego, pasa a poder del municipio y este se encarga de su mantenimiento y cuidado. Pues bien, el contratista Jorge Enrique Valencia Leal al rendir declaración sostuvo que al finalizar la obra "quedó totalmente tapado alcantarillado, resumideros, todo quedó con sus tapas debidamente terminadas ... y a satisfacción de la comunidad, prueba de eso me cancelaron el excedente que me debían..." (fl. 71 C.4), manifestaciones estas que no fueron contradichas, ni cuestionadas en este proceso.

En tales condiciones, si la vía pública urbana había sido pavimentada, con o sin el concurso de las autoridades municipales, la Sala estima que a éstas les correspondía de acuerdo con su propia organización administrativa, atender al mantenimiento, conservación y cuidado de la referida carrera 18A y, en desarrollo y cumplimiento de tales deberes, se imponía en primer término tapar adecuadamente la cámara de alcantarillado o, por lo menos preventivamente, señalizar el peligro que la faltar de cubrimiento del hueco respectivo implicaba para la comunidad. La omisión por parte de la autoridad municipal o del ente municipal a cuyo cargo correspondían tales funciones generan la responsabilidad de la administración.

Ahora bien, censura la apoderada del municipio de Tuluá que se lo hubiera declarado responsable, junto con las Empresas Municipales de dicha localidad. Al respecto advierte la Sala que en el proceso se demostró la existencia del establecimiento público "Empresas Municipales de Tuluá" -EMTULUA-creado mediante el Acuerdo No. 3 de 1965 del Concejo Municipal, entre otras razones, "para la mejor organización administrativa del Municipio, y para poder garantizar la oportuna ampliación de los servicios públicos...".

Pues bien, dicho establecimiento, conforme al artículo 4o. del Decreto Extraordinario de la Alcaldía No. 087 de 1979, "tiene como objeto de su fundación y existencia legal, la dirección, organización, administración, ensanche, conservación, financiación, prospectación y mantenimiento de los siguientes bienes y servicios:

Acueducto, alcantarillado, teléfonos.... Para cumplir con estos objetivos EMTULUA queda dotada de competencia y autonomía".

La anterior disposición permite entender que si la propia administración y el Concejo Municipal pretendieron mejorar la prestación de los servicios públicos de Tuluá a través del establecimiento demandado, al cual le asignaron patrimonio propio y autonomía administrativa, debe ser este el obligado a asumir la responsabilidad administrativa por las fallas que se presenten en el cumplimiento de sus propias funciones, más no el Municipio, el que, se repite, trasladó la prestación de ciertos servicios a EMTULUA y es a dicho establecimiento público al que, por consiguiente, le corresponde asumir las consecuencias jurídicas y pecuniarias de sus deficiencias administrativas.

En este orden de ideas se modificará el fallo impugnado, para radicar la responsabilidad extracontractual únicamente en las Empresas Municipales de Tuluá.

Respecto de los perjuicios morales reconocidos a la esposa e hijos del occiso, en equivalencia en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno, la Sala comparte lo decidido en tal sentido por el *a-quo*, dado que se ajusta a las orientaciones jurisprudenciales impartidas y probatoriamente está probado tanto el estado civil de esposa de la víctima, como la condición de hijos legítimos de los otros demandantes.

En mérito de lo 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 autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMANSE los ordinales Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto, del fallo recurrido, esto es, el de 10 de junio de 1992, proferido por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal Primero de la sentencia apelada, el cual queda así:

Primero. Declárase administrativamente responsable al Establecimiento Público Empresas Municipales de Tuluá -EMTULUA, por la muerte de José Bernardino Morales González, ocurrida el 4 de agosto de 1988 en esa ciudad.

TERCERO. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, primero (1o.) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / PRESUPUESTO MUNICIPAL

El fundamento de la apelación consiste en la subjetiva apreciación del apelante en el sentido de que, transcurridos diez meses de la vigencia fiscal, las rentas ordinarias o ingresos corrientes del municipio de Villamaría eran muy superiores a las señaladas por el acuerdo que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988. Respecto de esta afirmación el recurrente no aportó ninguna prueba. Según el cotejo que hace el mismo Tribunal, se tiene que el presupuesto para 1988, deduciéndole las pertinentes transferencias y recursos de crédito, da un total de $67.902.220; mientras que para la creación de la Contraloría, sobre la base de los cincuenta millones exigidos por la ley y con el incremento porcentual, según el índice de precios al consumidor, se requería un presupuesto mínimo de $74. 988.847.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C. veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres(1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2152. Autoridades municipales. Actor: HERNAN ZULUAGA ARISTIZABAL.

Dentro de la acción de nulidad promovida por el ciudadano de la referencia, se pronuncia el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas mediante sentencia en la que se accede a las peticiones del demandante. Dicha sentencia fué apelada y mediante esta providencia se procede a decidir el recurso.

SECCION TERCERA

LA ACCION.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el demandante impetró la nulidad del Acuerdo No. 007 de noviembre 9 de 1988, expedido por el Concejo de Villamaría (Caldas), por medio del cual se crea la Contraloría Municipal.

Argumenta el actor que el citado Acuerdo es violatorio del artículo 305 del Código de Régimen Municipal -Decreto 1333 de 1986-, así como del artículo 197 de la Constitución de 1886.

EL FALLO APELADO.

En sentencia del 13 de julio de 1992, el Tribunal Administrativo de Caldas se pronunció a favor de la pretensión formulada.

Con fundamento en el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, cuyo texto transcribe, el *a-quó*, entre otras consideraciones, motiva así su decisión:

> "Como el artículo 305 del estatuto político municipal es repetición del mandato 50 de la Ley 11 prementada y éste comenzó a tener vigencia primero que aquél, debe partirse, para los efectos porcentuales previstos en tales normas, desde el mes de enero cuando se publicó el acto legislativo ordinario. Así tenemos:
>
> "Al efectuar el reajuste del índice de precios al consumidor del DANE sobre $50.000.000 del 20.94% correspondiente al año de 1986 (fl. 50) (se repite, la Ley 11/86 empezó a regir en enero del mismo año) se obtienen $10.470.000 para un total de $60.470.000, más el reajuste del 24.01% del año de 1987 valor o monto para el año en que se expidió el acuerdo impugnado (fl. 51) de $14.518.547 para un total de $74.988.547.
>
> "Cotejando la cifra final con el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988 que fue expedido por el Acuerdo 029 de diciembre 10 de 1987 para el Municipio de Villamaría, no sin antes manifestar que esta misma Corporación profirió decisión inhibitoria con respecto al mismo (Proceso 79-20), se estimó en la suma de $159.623.737, que deduciéndole lo concerniente a TRANSFERENCIAS Y RECURSOS DEL CREDITO que equivalen a las sumas de $61.391.344 correspondiente a los artículos 25, 26 y 27 del Capítulo - V del presupuesto de ingresos; $11.167.662 del, artículo 30 del Capítulo VI *ídem*; $19.160.511 del rubro 31 del Capítulo VII *ídem*, y $2.000 de los artículos 33 y 34 del Capítulo VIII del mismo presupuesto de rentas, nos da como resultado neto $67.902.220.

"Por lo anterior, si el ayuntamiento de Villamaría deseaba crear la Contraloría Municipal la municipalidad requería de un presupuesto mínimo descontadas las transferencias y los recursos del crédito, de $74.988.847; y como para el año de 1988 sólo era de $67.902.220 ya con deducciones, no podía instituirla, resultando por tanto ostensible la transgresión al artículo 305 del multicitado Decreto 1333 de 1986".

LA APELACION.

Comienza su alegación el apelante sosteniendo que la demanda no satisface la exigencia del artículo 137-4 del C.C.A.; que de otra parte, "las rentas ordinarias o ingresos corrientes del Municipio a 9 de noviembre de 1988, cuando ya habían transcurrido más de 10 meses de vigencia fiscal, fecha de creación de la Contraloría Municipal, eran muy superiores a las señaladas por el Acuerdo No. 029 de diciembre 10/87, que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988 en el Municipio de Villamaría, ya que en el transcurso del año, según informaciones suministradas por el Alcalde, Tesorero y Auditor de esa época, se efectuaron varias adiciones presupuestales, por exceso en la ejecución de varios rubros del presupuesto de ingresos," y, "con el fin de abundar en elementos de juicio, con los que no se contó en la primera instancia"solicita que se decreten como pruebas de oficio las copias de las providencias de la administración municipal en las que se ordenan traslados o adiciones presupuestales al presupuesto de ingresos correspondiente al año de 1988.

Aduce además el recurrente que; "el artículo 305 del C.R.M., supuestamente vulnerado por el Acuerdo No. 007, vulneración que obro como causal en el cabo de autos, fue modificado por el artículo 21, literal a) de la Ley 3a. de 1991, de enero 15, que incluyó dentro del concepto de ingresos corrientes o rentas ordinarias de los Municipios la transferencia que ellos reciben de la Nación por su participación en el impuesto a las ventas ..."

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Tres son los fundamentos en que se apoya el recurrente para solicitar que se revoque la sentencia apelada y se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda, a saber:

a) La demanda no satisface las exigencias del artículo 137 numeral 4 del Código Contencioso Administrativo.

b) Las rentas ordinarias o ingresos corrientes del Municipio de Villamaría (Caldas), eran, transcurridos diez meses de la vigencia fiscal, muy superiores a

las señaladas por el Acuerdo No. 029 de diciembre 10 de 1987 que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988.

c) El artículo 305 del Código de Régimen Municipal, "supuestamente vulnerado por el Acuerdo No. 007", fue modificado por el artículo 21, literal a) de la Ley 3a. de 1991.

El primero de los argumentos es, a todas luces inoportuno e improcedente. El momento procesal propio para su alegación ocurrió cuando al demandado se le dió traslado de la demanda la que habría podido responder oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones pertinentes. Por el contrario, habiéndosele notificado la demanda a la Alcaldesa, entregándosela el texto de la misma y sus anexos (fl. 19 vto), guardó silencio omitiendo así el cumplimiento de una de sus obligaciones como administradora de la cosa pública. El Municipio de Villamaría no se hizo presente en el proceso a través de sus representantes; ni aún cuando se le dió traslado para presentar alegatos de conclusión como bien lo hace notar el mismo Tribunal en la providencia atacada (fl. 129 *ab initio).*

Es desechable, por lo tanto, el primer argumento del apelante.

El segundo fundamento de la apelación consiste en la subjetiva apreciación del apelante en el sentido de que, transcurridos diez meses de la vigencia fiscal, las rentas ordinarias o ingresos corrientes del municipio de Villamaría eran muy superiores a las señaladas por el acuerdo que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988. Respecto de esta afirmación el recurrente no aportó ninguna prueba.

Según el cotejo que hace el mismo Tribunal, se tiene que el presupuesto para 1988, deduciéndose las pertinentes transferencias y recursos de crédito da un total de $67.902.220; mientras que para la creación de la Contraloría, sobre la base de los cincuenta millones exigidos por la ley y con el incremento porcentual, según el índice de precios al consumidor, se requería un presupuesto mínimo de $74.988.847.

Al respecto el recurrente afirma que las rentas ordinarias del Municipio de Villamaría a 9 de noviembre de 1988, cuando ya habían transcurrido más de 10 meses de la vigencia fiscal, eran superiores a las determinadas en el Acuerdo No. 029 de diciembre 10 de 1987, debido a que por informaciones suministradas por el Alcalde, Tesorero y Auditor, se efectuaron varias adiciones presupuestales. En este punto la Sala solicitó las pruebas que pudieran existir al respecto, habiéndose allegado al expediente copias autenticadas de los Acuerdos 008, 056 y 004 de noviembre 8, junio 18 y septiembre 9 de 1988; además fotocopia

ilegible y sin autenticación de un decreto sin número, en cuya parte resolutiva, se alcanza a descifrar que se adiciona el presupuesto de Villamaría, para la vigencia fiscal, al parecer de 1988, sin que se pueda determinar en qué cantidad.

Sea lo primero anotar que los documentos anteriormente relacionados no pudieron ser tenidos en cuenta por no haber sido aportados por injustificado descuido de la Administración.

Y, tampoco es posible considerarlas en esta etapa del proceso, por las siguientes razones:

a) El Acuerdo número 008 de noviembre 9 de 1988 (f l. 16, segundo cuaderno), no puede ser considerado para efectos de la creación de la Contraloría, puesto que fue expedido con posterioridad al Acuerdo que crea ésta que lleva como número de orden el 007 de la misma fecha.

b) Tampoco puede serlo el Acuerdo número 056 de junio 18 de 1988 (fl. 34, ib.), el cual, fue ejecutado a través del Acuerdo 004 de septiembre 9 del mismo año (fl. 44 *ibídem*), pues los trescientos mil pesos ($300.000.oo) que allí se relacionan, como bien se hace constar en el rubro correspondiente, provienen de participaciones nacionales y departamentales, valores que por expreso mandato del artículo 305 del Decreto 1333, vigente para la fecha, no podían incluírse.

c) La fotocopia del Decreto antes aludido, aportada al proceso, no podrá ser apreciada pues, además de que se trata de un decreto sin número, la copia fotostática es ilegible hasta el punto de no saberse quién lo expidió y de ser. imperceptibles a la vista muchos de los rubros y cifras que aparecen en la primera página. En consecuencia, no aparecen probadas, dentro del proceso, las adiciones presupuestales que, según el apelante, darían fundamento a la expedición del acto demandado.

Por último, arguye el recurrente como razón para que sea revocado el fallo apelado, que el artículo 305 del Código de Régimen Municipal, "supuestamente vulnerado por el Acuerdo No. 007", fue modificado por el artículo 21, literal a) de la Ley 3a. de 1991.

Al exponer el singular planeamiento, no aduce el libelista fundamento jurídico alguno que le dé carta de presentación para ser evaluado en un debate que requiere seriedad en la argumentación. Está comprobado que el acto administrativo demandado sí violó de manera ostensible la norma superior a la que debió estar sujeto y el posterior decaimiento de esa norma no purga la invalidez del acto violatorio.

No ve la Sala, en consecuencia, que el recurso contenga razones legales suficientes para variar la decisión tomada por el primer juzgador.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y sin haber contado con la colaboración de la señora Agente del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el dia veintidos (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

TESTIMONIO

En el *sub-júdice* los testimonios no aseguran la verdad. Ellos no son RESPONSIVOS, EXACTOS ni COMPLETOS. Las respuestas que dieron no son adecuadas. Por lo demás dejan tantos vacíos en sus deposiciones que a la postre resultan vagas. Al testigo no se le acepta que se limite a decir que es cierto el contenido de la misma.

SENTENCIA - Naturaleza

La sentencia, como actividad humana, es la expresión de mayor trascendencia que realiza el juez y reflejo indiscutible de su inteligencia. Ellas deben ser fundadas, y tal acto personal supone y demanda un esfuerzo de concepción y de exposición. La administración de Justicia demanda una verdadera tarea de artesanía. Sólo así será posible incorporar al fallo los principios fundamentales que informan la ciencia jurídica y los valores que llenan la vida. La sentencia no se puede seguir pergeñando como si fuera un silogismo.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidos (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente número 7660 Actor: ROQUE ANGARITA ORTEGA Y OTROS. Demandado: LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

SECCION TERCERA

-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 la apoderada del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia calendada el dia treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que en su parte resolutiva DISPUSO:

> "1. Declárase que la Nación Colombiana Ministerio de Defensa, es administrativamente responsable por falla en el servicio, al reclutar el Ejército Nacional al señor Roque Angarita Sánchez, a pesar de que estaba exento de prestar servicio.
>
> "2. Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa, a pagar por concepto de perjuicios morales la cantidad de mil (1000) gramos oro a cada uno de los siguientes actores: Roque Angarita Ortega, Maribel Rodríguez Pineda, Roque Alexander y Roque Jair Angarita Rodríguez, según el precio que certifique el Banco de la República para la fecha de su pago efectivo.
>
> "3. Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa, a pagar por concepto de perjuicios materiales a Maribel Rodríguez Pineda, Roque Alexander y Roque Jair Angarita Rodríguez, la suma que se determine por el incidente previsto en los artículos 119, 137 y 307 del C.P.C. y 172 del C.C.A. siguiendo las bases dadas en la parte motiva de este fallo.
>
> "4. Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A
>
> "5. Niéganse las demás súplicas de la demanda" (folio 123).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del proveído impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

> "1.1. Roque Angarita Ortega, José Luis Angarita Sánchez, Omaira Angarita Sánchez, Marisol Rodríguez Pineda, Roque Alexander y Roque Jair Angarita Rodríguez, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de separación directa, presentan demanda ante este Tribunal con el fin de obtener las siguientes o semejantes declaraciones y condenas:

"Primera: La Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional- es administrativamente responsable por la muerte violenta del señor ROQUE ANGARITA SANCHEZ, ocurrida el 3 de enero de 1987 en la localidad de Orú -Norte de Santander cuando prestaba su servicio militar obligatorio.

"Segunda: La Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional pagarán a los señores ROQUE ANGARITA ORTEGA, JOSE LUIS ANGARITA SANCHEZ, MARIBEL RODRIGUEZ PINEDA, ROQUE ALEXANDER ANGARITA RODRIGUEZ y ROQUE JAIR ANGARITA RODRIGUEZ la cantidad equivalente a un mil gramos de oro fino a todos y cada uno de mis poderdantes por concepto de perjuicios morales, de acuerdo con el valor que tenga el gramo de oro fino al momento de la ejecutoria de la sentencia.

"Tercera: La Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional pagará a la señora MARIBEL RODRIGUEZ PINEDA y a sus menores hijos ROQUE ALEXANDER Y ROQUE JAIR ANGARITA RODRIGUEZ, los perjuicios materiales causados por la muerte violenta de su cónyuge y padre respectivamente, ROQUE ANGARITA SANCHEZ, en cuantía que se demuestre dentro de la secuela del proceso, o mediante el procedimiento establecido en los artículos 307 del C. de P.C. , o en la suma de 4.000 gramos de oro fino de acuerdo con el art. 107 del C.P.

"Cuarta: La Nación Colombiana -Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Tesorería General de la República- dará cumplimiento a la sentencia en el término y forma indicados en los arts. 176 y 178 del decreto 01 de 1984.

"1.2 El apoderado de la parte actora anuncia los hechos en que fundamenta la demanda afirmando que Roque Angarita Sánchez y Maribel Rodríguez Pineda contrajeron matrimonio el 27 de junio de 1984 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Santiago, Norte de Santander, de dicha unión nacieron Roque Alexander y Roque Jair Angarita Rodríguez. Agrega que estando residiendo en la ciudad de Cúcuta, Angarita Sánchez fué reclutado por el Ejército Nacional a prestar servicio militar obligatorio, no obstante su estado civil de persona casada y hacer vida conyugal con su mujer, y enviado a formar parte del Batallón de Caballería Mecanizado No. 5 Maza. Agrega que comisionado a la región de Orú Norte de Santander, a participar en acciones de combate subversivos, resultó herido de tal gravedad que falleció.

"1.3. El accionante considera infringidos los artículos 16, 17, 30 y 165 de la Constitución Nacional, el literal f del artículo 20 de la ley 1 de 1945 y, el numeral 1 del artículo 28 del Decreto 2200 de 1946, asegurando que al

reclutar al causante el Ejército desprotegió en su vida y en su trabajo, enviándolo al frente de batalla luego de un corto entrenamiento. Concluye que no existió razón legal alguna para su incorporación, cuando la condición de persona casada que hacía vida conyugal con su mujer lo exoneraba de la prestación del servicio, conforme a disposiciones legales expresas". (Folios 119 a 120).

"....."

"3.- **CONSIDERACIONES:**

"Ha sostenido la jurisprudencia contencioso administrativa que para condenar a la administración por falla en el servicio es preciso demostrar: 1.) La existencia del hecho imputable a la administración; 2.) El daño o el perjuicio sufrido por el demandante, y; la relación de causalidad entre los dos extremos, con exclusión de cualquiera de las causales de exoneración, a saber: la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima o la intervención de un elemento extraño o de un tercero.

"Por consiguiente, es preciso establecer si en el caso *sub-exámine* se presentan estos tres elementos para deducir de ahí la responsabilidad extracontractual del Estado, recabada en la demanda:

"**I. EL HECHO**. La muerte de Roque Angarita Sánchez se produjo, según el apoderado de los demandantes, como consecuencia de dos circunstancias atribuibles al Ejército Nacional: El ser enviado a participar en acciones de combate contra subversivos con poca o deficiente preparación militar, al escaso tiempo de su reclutamiento, y; al ser obligado a prestar servicio militar, no obstante su estado civil de persona casada y hacer vida conyugal con su mujer, pese a que, según consta en los testimonios de Rafael Belisario Calderón Gamboa y Luis Abelio Cañas Lizcano, se le informó esta situación al Oficial y a la Oficina de Reclutamiento, que desatendieron la exención legal, incurriendo con ello en la falla del servicio, consistente en poner al causante en un estado singular de riesgo, del cual estaba dispensado, violación que, a la postre, le costó la vida al menospreciado campesino, cabeza de familia.

"Para demostrar este hecho se allegaron al expediente las siguientes pruebas: Partida de Matrimonio Civil del Alcalde Municipal de Santiago (folio 4); Constancia del Jefe de Personal del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 Maza (folio 47); Declaraciones de Rafael Belisario Calderón Gamboa y Luis Abelio Cañas Lizcano y; documentos enviados por el Comandante del Grupo Mecanizado Maza.

"**II. EL DAÑO**. Consistente en la muerte del soldado Roque Angarita Sánchez ocurrida con ocasión del servicio militar, la cual se comprobó en autos con la copia del registro civil (folio 5), el Acta Militar de Defunción (folios 52 y 53) y, el Protocolo de la Necropsia (folios 74 y 75) concluyendo que el deceso se produjo por un paro cardio respiratorio.

"Se sabe, así mismo, que el occiso estaba casado con Maríbel Rodríguez Pineda, unión en que habían procreado a los menores Roque Alexander y Roque Jair Angarita Rodríguez, quienes con la desaparición de su esposo y padre han quedado desamparados y, por consiguiente, son las personas llamadas a reclamar, al igual que el padre Roque Angarita Ortega, y los hermanos José Luis y Omaira Angarita Sánchez.

"**III. LA RELACION CAUSAL.** De las pruebas documentales y de las declaraciones recibidas de los testigos, se puede concluir que Roque Angarita Sánchez estando casado con Maribel Rodríguez Pineda, con quien convivía, fué reclutado por el Ejército Nacional, enviado a la región de Orú en donde fué emboscada la patrulla de la cual hacía parte, por elementos subversivos que le dieron muerte, La actuación irregular del Ejército Nacional al enrolarlo en sus filas, a pesar de su estado civil, configura lo que la jurisprudencia ha llamado Falla del Servicio, que en el presente caso tiene una relación de causalidad con el daño, puesto que si el señor Angarita Sánchez hubiera sido exonerado de prestar el servicio militar obligatorio, conforme lo disponen las normas citadas en la demanda, no se habría producido su muerte. La relación causal entre la conscripción y la muerte violenta en acción de guerra del soldado es obvia, pues de no haberse producido aquélla tampoco ésta hubiera acaecido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar antes relatadas.

"Establecidos los tres elementos axiológicos de la responsabilidad extracontractual del Estado, la acción incoada debe prosperar y, en consecuencia, se procede a continuación a definir las indemnizaciones correspondientes por los perjuicios causados a los demandantes.

"**IV. LOS PERJUICIOS:**

"En la demanda se solicita se paguen, por el demandado, los perjuicios materiales causados a Maribel Rodríguez Pineda y sus hijos Roque Alexander y Roque Jair Angarita Rodríguez en cuantía que se demuestre dentro del proceso. Para efectuar la liquidación de la condena de los perjuicios materiales, se procede así:

SECCION TERCERA

"Se tomará el salario mínimo mensual vigente para la fecha de la muerte, al no probarse que devengaba otro superior. Tal ingreso se actualizará con base en la fórmula conocida de jurisprudencia, pero como se desconocen los índices de precios al consumidor se impone la condena en abstracto, la cual se liquidará en concreto por el trámite incidental previsto mencionado, para determinar el valor de la indemnización debida y futura, teniendo en cuenta para la última la tabla de espectativa del I.S.S. Ha de agregarse que para la fórmula de matemática financiera a que se alude se tendrá en cuenta la tasa de interés legal. Finalmente, al monto de actualización del ingreso se le descontará un veinticinco por ciento (25%), equivalente al monto de gastos personales del occiso.

"Los perjuicios morales se tasan en la cantidad equivalente a un mil (1000) gramos de oro fino al valor que certifique el Banco de la República para la fecha de su pago efectivo a cada uno de los beneficiarios, la cónyuge Maribel Rodríguez Pineda, sus menores hijos Roque Alexander y Roque Jair Angarita Rodríguez y, su padre Roque Angarita Ortega, quienes tienen derecho a la satisfacción moral por el dolor ocasionado por el daño, que se presume por el solo hecho del parentesco de los actores con la persona fallecida, según lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia, entratándose de pretendientes vinculados de esa manera y en dicho grado al causante.

"Igualmente se pide en la demanda se condene al demandado al pago de la cantidad equivalente a mil (1000) gramos de oro a los hermanos del occiso, José Luis y Omaira Angarita Sánchez, por concepto de perjuicios morales, petición que la Sala debe inadmitir de acuerdo con lo que señalan las directrices jurisprudenciales del Consejo de Estado en este sentido y teniendo en cuenta que, según aquéllas lo imponen, deben tenerse como no probados en forma suficiente, los presupuestos fácticos que legitimarían la declaratoria del derecho a la satisfacción pecuniaria del dolor". (Folios 120 a 123).

II- SUSTENTACION DEL RECURSO:

A folios 126 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que la apoderada de la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, hace sus valoraciones de naturaleza Jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"DE LA FALTA O FALLA EN EL SERVICIO:

"La Incorporación y Reclutamiento de soldados en las Fuerzas Militares se efectúa a través de un procedimiento administrativo previo, reglado, que concluye con un acto administrativo por medio del cual la administración castrense vincula al ciudadano a las filas del Estamento Militar como miembro activo suyo y sujeto a un régimen determinado en la ley. Disiento del concepto de la Honorable Sala al considerar que con la incorporación del soldado ANGARITA al Ejército Nacional la administración incurrió en una falla en el servicio como sea que ésta figura o teoría de responsabilidad administrativa se predica de los hechos, omisiones y operaciones administrativas más no de los actos administrativos, los que gozan de las presunciones de legalidad y legitimidad.

"Esta consideración del Tribunal es de especial importancia en la incidencia del fallo por cuanto en ella se erige el fundamento de uno de los presupuestos fácticos indispensables para que la Nación -Ministerio de Defensa Nacional haya sido declarada responsable, como lo analiza la Corporación al estudiar el elemento de la relación causal.

"El ingreso del ciudadano ROQUE ANGARITA SANCHEZ al Ejército Nacional en calidad de soldado obedeció a una obligación de tipo constitucional, con plena observancia de los requisitos y procedimientos legales a través de un proceso administrativo de incorporación efectuado por las autoridades que la misma ley determinó, que culminó con la Orden del Dia de la Unidad Militar que lo dió de alta, acto administrativo contra el cual el interesado no ejerció ningún recurso, consintiendo con ello en forma voluntaria y libre. El hecho de que al momento de su incorporación hubiese estado incurso de una de las previsiones de tipo legal que lo excepcionaba del servicio militar obligatorio como lo era su matrimonio anterior, no constituye fundamento para declarar que existió una falla en el servicio de parte de las Fuerzas Militares como quiera que el particular interesado tenía los medios legales, los recursos y procedimientos para hacerla efectiva dándola a conocer a las autoridades, demostrando su matrimonio y la vida conyugal que hacía con su esposa la señora MARIBEL RODRIGUEZ PINEDA, pues para ser favorecido con la exención legal, se le exigía la prueba mínima de estos aspectos sustanciales.

"Ninguno de los medios probatorios traídos al proceso, ni las afirmaciones de la demanda por si sólos son suficientes para declarar que la administración incurrió en una falla del servicio al incorporar al soldado ANGARITA SANCHEZ, es más ni siquiera puede hablarse de falla en el servicio, por cuanto la ley prevé el ejercicio de otras acciones diferentes a la separación directa para demostrar la ilegalidad de un procedimiento administrativo y del acto administrativo que lo da por terminado, declarando

su nulidad. Las simples aseveraciones de testigos no son prueba de la ilegalidad de un acto administrativo, sin embargo la Corporación se sustenta en ellas para fundamentar el fallo, cuando uno de los testigos expresamente manifiesta que no le consta, que la víctima hubiese expresado la circunstancia del matrimonio (declaración de LUIS A. CAÑAS LIZCANO). En tanto que la sola permanencia del soldado ROQUE ANGARITA SANCHEZ al (sic) Ejército Nacional hacen presumir la legalidad de las actuaciones administrativas que permitieron su ingreso a la Institución Armada.

"Tampoco puede tomarse como hecho probado la afirmación sostenida por el apoderado judicial del actor en el libelo de demanda y que también constituye uno de los considerandos de la providencia recurrida, en el sentido de atribuír como otra causa de la muerte de ANGARITA SANCHEZ, la deficiente preparación militar que le proporcionó el Ejército para ser enviado en tales circunstancias a combatir la subversión. No es un hecho demostrado, ninguno de los medios probatorios que enuncia la providencia como demostrativos del hecho, hace mención a él, por tanto se desecha también como aspecto que pueda tener incidencia en el nexo causal.

"En tanto que la muerte del soldado ANGARITA SANCHEZ ocurrió como lo describe la demanda en combate armado sostenido entre la guerrilla y el Ejército Nacional como lo narra el actor en la demanda y como lo corroboran los documentos que obran en el proceso, que constituyen plena prueba de esta circunstancia, fué en un acto del servicio y no es posible concluír que hubo una falla en el servicio, por cuanto valorada la prueba no se evidencia que la administración haya faltado a sus deberes, ni que hubo defecto de organización del servicio o falla en su funcionamiento. La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha manifestado en reiteradas oportunidades que la actividad de la fuerza pública en zonas y actos de guerra es riesgosa y difícil , y es esta realidad la que explica que es indispensable que ocurra una falta realmente grave para comprometer la responsabilidad de la administración. En sentencia del 12 de febrero 1992 con ponencia del H. Consejero JULIO CESAR URIBE ACOSTA se exige al respecto "una prueba particularmente convincente". No existiendo en el caso subjúdice el anormal funcionamiento del servicio, no existe nexo de causalidad entre este y el daño, como sea que fueron terceros ajenos a la administración los que causaron la muerte del soldado ROQUE ANGARITA SANCHEZ, quien se encontraba cumpliendo una obligación impuesta por la constitución y las leyes de la república en la cual siempre su vida se hallaba en una especial situación de peligro y riesgos". (Folios 126 a 128).

III- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La sentencia impugnada será revocada; pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el tribunal, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho.

En el caso *sub examine* no hay espacio para la duda que impida concluír, como lo hace la impugnante, que la incorporación al servicio militar se hace a través de una actuación administrativa, que culmina con un acto que, de no ajustarse a los preceptos legales, debe ser impugnado, atacado, en la forma dispuesta por la ley. Por ello el sentenciador patrocina la perspectiva jurídica de la apoderada de la Nación cuando al sustentar el recurso destaca:

> "El hecho de que al momento de su incorporación hubiese estado incurso de una de las previsiones de tipo legal que lo excepcionaba del servicio militar obligatorio como lo era su matrimonio anterior, no constituye fundamento para declarar que existió una falla en el servicio de parte de las Fuerzas Militares como quiera que el particular interesado tenía los medios legales, los recursos y procedimientos para hacerla efectiva dándola a conocer a las autoridades, demostrando su matrimonio y la vida conyugal que hacia con su esposa la señora MARIBEL RODRIGUEZ PINEDA, pues para ser favorecido con la exención legal, se le exigía la prueba mínima de estos aspectos sustanciales"(Folio 127).

Dentro del marco anterior se ha debido instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa. Esta verdad jurídica explica la causa. motivo o razón por la cual la demanda es inepta, y, por lo mismo, la decisión debe ser INHIBITORIA.

B) Para darle mayor fuerza de convicción al presente proveído, el sentenciador desea dejar en claro que de haberse instaurado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ella tampoco habría tenido vocación de prosperidad frente a un acervo probatorio tan pobre como el que obra dentro del proceso.

La circunstancia de que el Señor JORGE ROQUE ANGARITA SANCHEZ hubiese sido incorporado para prestar el servicio militar, estando casado, no se demostró. Sólo dos declaraciones se recepcionaron para acreditar el hecho afirmado: la de los Señores BELISARIO CALDERON GAMBOA y LUIS ABILIO CAÑAS LIZCANO, quienes no ilustran al fallador sobre la razón de sus dichos. Así, el primero se limita a decir:

SECCION TERCERA

"PREGUNTADO: Sírvase decir al Despacho si le consta y por qué le consta, que tanto la señora MARIBEL RODRIGUEZ PINEDA y al padre de la víctima ROQUE ANGARITA ORTEGA comunicaron oportunamente a los militares que reclutaron e incorporaron al ciudadano ROQUE ANGARITA SANCHEZ que era un hombre casado y que por tanto no estaba obligado a prestar su servicio militar, y que a esta advertencia los enfargados (sic) declutamiento (sic) hicieron caso omiso? CONTESTO: si me consta." (Folio 34).

El segundo, a su turno, destaca:

"PREGUNTADO: Sírvase decir al Despacho si le consta y por qué le consta, que tanto la señora MARIBEL RODRIGUEZ PINEDA como el señor ROQUE ANGARITA ORTEGA, padre de la víctima comunicaron oportunamente a los militares que reclutaron e incorporaron al ciudadano ROQUE ANGARITA SANCHEZ que era un hombre casado y que por lo tanto no estaba obligado a prestar el servicio militar, y que esta advertencia los encargados del reclutamiento hicieron caso omiso? CONTESTO: Se muy bien que ROQUE ANGARITA SANCHEZ (q.e.p.d.) se presentó en la oficina respectiva a responder por el servicio militar obligatorio y que allí lo notificaron que debía comparecer al examen respectivo o para enrolarlo dentro de las filas del Ejército o abolió libreta militar, y que habiendo salido apto lo llevaron a cumplir con esta obligación, además, también me consta lo demás" (Folio 37).

Del universo de las anteriores declaraciones se desprende que al primer declarante le consta lo que se le insinúa en la pregunta, pero no dice por qué. Su respuesta es seca, cortante, en nada ilustrativa. El segundo también depone frente a una pregunta en que se insinúa la respuesta, sólo que ésta es tan pobre en su universo abuela como la del anterior declarante.

Los testimonios anteriores no aseguran, pues la verdad. Ellos no son RESPONSIVOS, EXACTOS ni COMPLETOS.Las respuestas que dieron no son adecuadas. Por lo demás dejan tantos vacíos en sus deposiciones que a la postre resultan vagas.

Por lo que hace relación con las preguntas que insinúan la repuesta, la Sala recuerda que al testigo no se le acepta que se limite a decir que es cierto el contenido de la misma. En la materia que se estudia profesores de la misma enseñan:

" .... la ley prevé que no se le admite al testigo la respuesta: " es cierto el contenido de esta pregunta"; aún cuando así sea, aún cuando el testigo diga toda la verdad, respondiendo "es cierto lo que me pregunta", es

necesario que repita aquello que cree afirmar ser cierto. Entre otras cosas, porque el modo como se le hace la pregunta, las expresiones de que se vale el preguntante, las afirmaciones que envuelve la misma pregunta, no dan exactamente el sentido de la verdad percibida; el testigo debe usar expresiones suyas".

"Al testigo se le deja, según la ley, que redacte su respuesta y la exprese con su léxico, con su sicología; hasta el mismo lenguaje a veces torpe y desmañado del testigo, sirve para que el Juez al final del juicio aprecie su valor, se dé cuenta del grado de cultura, de la sinceridad de la declaración y de las afirmaciones exactas, dudosas o falsas..." (De la Prueba en Derecho. Ediciones Lerner. Antonio Rocha, pags. 362 y ss.)

C) La Sala desea aprovechar la oportunidad que la sentencia impugnada le brinda, para destacar que ella es muy pobre en valoración probatoria. Casi que puede afirmarse que el tribunal no se ocupó de la materia. Limitarse a relacionar a los declarantes no es apreciar la prueba, pues no se señala en qué parte de la deposición el testimonio tiene fuerza de convicción. La sentencia, como actividad humana, es la expresión de mayor trascendencia que realiza el juez y reflejo indiscutible de su inteligencia. Ellas deben ser fundadas, y tal acto personal supone y demanda un esfuerzo de concepción y de exposición. La administración de justicia demanda una verdadera tarea de artesanía. Sólo así será posible incorporar al fallo los principios fundamentales que informan la ciencia jurídica y los valores que llenan la vida. La sentencia no se puede seguir pergeñando como si fuera un silogismo. Por ello Cesáreo Rodríguez Aguilera, en su obra LA SENTENCIA, enseña:

"El esquema clásico silogístico, según el cual el juez determinará, en primer término, la norma aplicable, y seguidamente los hechos probados, para acabar subsumiendo éstos en aquélla, no responde a la realidad. La operación mental determinante de la sentencia no ha de sujetarse obligatoriamente a un esquema determinado. La complejidad de su naturaleza y la diversidad de los elementos a tener en cuenta en cada proceso, hacen que aquella operación mental pueda ser muy variada y siga un orden peculiar. En un sentido opuesto al esquema clásico indicado, se ha dicho, que, en la génesis de toda interpretación jurídica, se empieza por querer el resultado, para hallar después el principio que lo justifica. Sin embargo, una vez aceptada la construcción, no cabe duda que se presenta bajo el aspecto contrario: el principio aparece como la causa inicial de la que se ha obtenido el resultado.

"En realidad, no es posible señalar un camino único, riguroso e igual para todos los casos de creación de la sentencia. Como afirma Calamandrei, la operación, tal como se desarrolla en la mente de cada juez, no se produce

nunca a través de una sucesión de fases netas y separadas, ya que en el pensamiento vivo, que se revela a toda anatomía, aquéllas se alternan y compenetran de un modo inconsciente o irregular.

"Los dos campos sobre los que ha de girar la actividad mental del juez para decidir el proceso, son los hechos procesales y el Derecho objetivo que se ha de utilizar. Respecto de aquéllos, el juez ha dejado de fijarlos y precisarlos, en una operación valorativa de la mayor trascendencia, a efectos de su decisión. En cuanto al Derecho objetivo, ha de determinar cuál es el aplicable y cuál ha de ser el sentido de su aplicación. Y así precisará en su mandato los límites de los derechos subjetivos de las partes, en relación con sus pretensiones. La operación no obstante, seguirá un proceso mental distinto según la persona del juez, el caso decidido y las circunstancias concurrentes" (pag. 77 a 79).

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:

1o.) **REVOCASE** la sentencia calendada el dia treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar

R E S U E L V E:

INHIBIRSE para decidir en el fondo sobre el alcance de las pretensiones por ineptitud de la demanda.

2o.) Ejecutoriado este fallo, devuélvase al expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACTO SEPARABLE / TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LEGITIMACION POR ACTIVA

Frente a los actos denominados "separables" del contrato, son procedentes, en principio tanto la acción de nulidad, como la de nulidad y restablecimiento del derecho, o de plena jurisdicción, en la terminología de la legislación anterior. Para la procedibilidad de una y otra acción será factor determinante el motivo o la finalidad que impulse al actor a provocar el examen jurisdiccional de la acción administrativa según la construcción jurisprudencial de la corporación que se ha denominado "de los móviles y las finalidades". En el presente caso, interés no existe hacia la consideración de que la firma demandante no formuló propuesta alguna para la segunda licitación.

SELECCION DEL CONTRATISTA / ADJUDICACION DEL CONTRATO / CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Si el IDU adjudicó la licitación (la primera), a una firma que carecía de capacidad para ser beneficiada por dicha medida, razón por la cual debió, posteriormente, crear las condiciones para su revocatoria es indudable que dicha firma no ocupó, pese a la apariencia, el primer lugar en el concurso. Se debió descartar "ab initio" por cuanto su objeto social no tenía correspondencia con el objeto de la licitación, como se debió reconocer a posteriori, su indebida conclusión en el concurso era inocua desde el punto de vista del orden de la clasificación de los demás participantes.En otros términos, sin contradiccion, se puede decir que lo suyo no fue el primer lugar en la competencia por que nunca pudo participar

en ella, y que tal sitio de privilegio corresponde a quien, aparentemente, era el segundo, y realmente el primero.

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

Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 3267. Actor: SOCIEDAD DIAZ GARCIA ASOCIADOS LIMITADA.

Reconstruido el expediente que desapareció cuando se encontraba al Despacho del Consejero Ponente para proyectar el fallo de segunda instancia, en la tragedia ocurrida el 6 y 7 de noviembre de 1985, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 8 de abril de 1981 cuyo texto es el siguiente:

"(.....).

"Por intermedio de abogado debidamente constituido, la sociedad 'DIAZ GARCIA ASOCIADOS LTDA.' presentó ante este Tribunal, demanda tendiente a que por los trámites de un proceso ordinario de que trata el título III, capítulo XV, artículos 124 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, se declare:

" "1°).- La nulidad por ilegal e inconstitucional del acto administrativo que declaró desierta la licitación IDUSC-02-07-76'.

" "2°).- La nulidad por inconstitucional e ilegal del acto administrativo que determinó no admitir el recurso de reposición en contra de la declaratoria de desierta la licitación IDU-SC-02-07-76.'

"3°).- La nulidad por inconstitucional e ilegal del acto administrativo que abrió nueva licitación No. IDU-SC-02-19-76 para la adjudicación de la licitación para la construcción de la Avenida Primero de mayo Sector Avenida Caracas-Autopista Sur.'

" "4°).- Que el IDU, debe indemnizar a la firma DIAZ GARCIA ASOCIADOS LTDA. de todos y cada uno de los perjuicios, sufridos a consecuencia de los hechos descritos, indemnización que comprende de lo emergente y lucro cesante. Dichos perjuicios serán los que se

demuestren en el curso del proceso o que se fijen de acuerdo con los trámites establecidos en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, y la cantidad deberá ser cancelada a los demandantes, en el término señalado en los artículos 121 del Código Contencioso Administrativo.'

" 'PETICION SUBSIDIARIA'

"'En el improbable caso de que el Tribunal no acepte hacer las declaraciones de que trata la petición principal, en subsidio solicito que se declare que la sociedad Diaz García Asociados Ltda. tiene derecho a que se le reconozca y pague los perjuicios (daño emergente y lucro cesante), que le han ocasionado por parte del IDU al no adjudicarle la licitación IDU-SC-02-19-76 la liquidación de estos perjuicios corresponderá a lo que se demuestre dentro del proceso y la que se determine conforme al Procedimiento Civil.'

"Las pretensiones anteriores las apoya el libelista, en síntesis, en los siguientes hechos:

"El Instituto de Desarrollo Urbano IDU, abrió la licitación internacional IDU-SC-02-07-76 para la construcción de la Avenida Primero de Mayo entre la Avenida Caracas y la Autopista del Sur, por el sistema de precios unitarios.

"El Instituto calificó con proponentes elegibles una vez examinados los documentos contenidos en el sobre número uno (1) a cinco (5) firmas, entre ellas la demandante. La licitación fué adjudicada a la firma 'PEDRO GOMEZ & CIA. S.A.' por valor de $41'948.092.20, y un plazo de 15 meses; la razón que adujo el IDU para hacer la adjudicación a la propuesta presentada por la Sociedad PEDRO GOMEZ & CIA.S.A. frente a la de otros proponentes es que, para dicha licitación, su oferta era la de menor valor. Que la junta Directiva revisó la documentación presentada por Pedro Gómez y Cía. S.A. encontrándose que el objeto social de la compañía no le facultaba para realizar obras de ingeniería como las que se habían adjudicado. Por esos motivos, posteriormente la firma favorecida con la adjudicación de la licitación, renunció a ella.

"Que teniendo en cuenta el criterio de la adjudicación la licitación debió ser adjudicada a la sociedad demandante, 'DIAZ GARCIA ASOCIADOS LTDA.', si la Junta Directiva del IDU desde un comienzo, lo mismo que los funcionarios de este instituto hubieran cumplido las normas legales a cabalidad. Que la Junta Directiva del IDU, declaró desierta la licitación, abrió una nueva, hizo la adjudicación, celebrando con la firma favorecida

el respectivo contrato sobre las obras para la construcción de la Avenida Primero de Mayo, sector Caracas, Autopista Sur, las cuales ya se estaban ejecutando'.

"Mediante proveído de mayo 20 de 1977, este Tribunal dispuso la admisión de la demanda, la notificación personal al Señor Agente del Ministerio Público y la fijación en lista por el término legal. Como el Tribunal consideró que el consorcio 'ROJAS CIA. VARGAS LTDA.' y 'REYES CIA. RIVEROS LTDA.', adjudicatario de la licitación debía comparecer al proceso, en cumplimiento del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil se le cito legalmente. Las demás etapas del proceso se cumplieron en forma normal. El señor Agente del Ministerio Público, emitió su concepto de fondo en el que considera que 'de la demanda, de las disposiciones citadas como violadas por los actos acusados y de las pruebas allegadas, no surge en concepto de la Fiscalía Tercera el derecho a la pretensión del actor para ser indemnizado. Por eso el Tribunal debe negar lo demandado.' (fl. 132).

"Llegado el momento de decidir, a ello se procede previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

"En el proceso administrativo para contratar por el sistema de licitación, dice el Consejo de Estado, el acuerdo de voluntades se establece con relación a la oferta o llamamiento a contratar que hace la colectividad pública y que concreta en el pliego de condiciones de la licitación.

"Estas condiciones -sigue diciendo el Consejo de Estado- deben señalar las obligaciones generales de las partes en contrato proyectado. El contrato que se celebre como resultado de la licitación encuentra su fuente en el pliego de cargos como suele llamarse comúnmente, el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades.

"Corresponde a la administración unilateralmente, señalar en el pliego de condiciones y normas de la licitación, pero una vez establecido, y promulgado el reglamento del concurso es ley de las partes y obliga tanto a la administración como a los proponentes. Esto quiere decir que la administración tiene en adelante dentro del proceso del concurso una competencia reglada. Su facultad para contratar se limita al contrato enunciado y no a otro.' (Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta de mayo 16 de 1967, Magistrado Ponente:Dr. Alberto Hernández Mora).

"Y en otra ocasión dijo el mas alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

" 'El pliego de condiciones compromete a la administración por cuanto él contiene las bases de la relación contractual. Por eso se exige que sea claro y completo, y que relacione todos los elementos indispensables, para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni sobre el alcance, número y cantidad de sus posibles omisiones, y menos que pudieran tacharse de capciosas. Los tratadistas franceses suelen llamar muy expresivamente 'Soumission' a la propuesta y 'Soumissionaire' al proponente. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de este y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador; de esa relación jurídica, son elementos esenciales la oferta o propuesta en la integridad de cada una, por lo que los autores de ellas resultan ligados desde el momento en que las hicieron.' (Sección III, Sentencia de enero 16 de 1975, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, expediente No. 1503).

"Ahora bien: de acuerdo con el contenido del libelo demandador, la parte actora fundamenta sus pretensiones, en los pliegos de condiciones elaborados por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU para la licitación internacional SC-07-76 para la construcción de la Avenida Primero de Mayo, sector Avenida Caracas, Autopista del Sur; en la oferta por ella presentada y en el Código Fiscal para el Distrito Especial, alegando que se le ha debido adjudicar la licitación por haber sido su propuesta la más ventajosa, por haber sido la de menor valor, después de la presentada por la Sociedad 'Pedro Gomez & Cía. S.A.'.

"Sin embargo, no aportó al proceso, ni los pliegos de condiciones, ni su oferta, pues la mayoría de la documentación allegada se refiere a la segunda licitación, la numero SC-02-19-76, donde salió favorecido el consorcio 'Rojas y Vargas Ltda.' reyes y Riveros Ltda.'; tampoco allegó el Código Fiscal para el Distrito Especial (art. 188, C.P.C.). Es decir no ha demostrado el actor cuáles eran las condiciones que la administración exigía para contratar por el sistema de licitación y si en verdad, como lo afirma, su propuesta era la más conveniente por contener el menor precio y que por esa razón el Instituto de Desarrollo Urbano estaba en la obligación de adjudicarle la licitación. Como no se allegaron esas pruebas fundamentales, el Tribunal no tiene sobre qué verificar el estudio y comparación de los hechos alegados con las normas que se dicen violadas. Siendo ello así, la parte que tenía interés en probar debe sufrir las consecuencias de su

inactividad; consecuencias que no son otras que la sentencia adversa a sus pretensiones.

"Quiere decir lo anterior, que el demandante no ha desvirtuado en este proceso, la presunción de legalidad que ampara los actos acusados. Como consecuencia, la sentencia con que culmina el presente negocio, será denegatoria. Así se decidirá.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

"Se niegan las súplicas de la demanda" (fls. 6 12 C. 1).

La Fiscal Segundo de la Corporación rindió su concepto en los siguientes términos:

"El Instituto de Desarrollo Urbano IDU abrió el 8 de julio de 1976 Licitación Internacional IDU-SC-02-07-76 para la construcción de la Avenida Primero de Mayo entre la Avenida Caracas y la Autopista del Sur.

"Dicha licitación se cerro el día 23 de agosto de 1976 y por Acta N° 148 de Septiembre 8 de 1976 de la Junta Directiva se acordó adjudicar el contrato a la firma Pedro Gómez y Cía S.A. adjudicación hecha mediante Resolución No 857 de 1976 la cual fue notificada personalmente al proponente favorecido.

"Posteriormente en comunicación de fecha septiembre 22 de 1976 el Presidente de la Sociedad Pedro Gómez y Cía S.A., renunció expresamente a la adjudicación dejando en plena libertad al IDU para proceder a su revocación; lo anterior por cuanto se encontró con posterioridad a la adjudicación de la citada licitación que la firma favorecida con ella, no reunía los requisitos exigidos en el Código Fiscal del Distrito para contratar.

"Como también a la misma firma se le había adjudicado la Licitación Internacional IDU SC-02-06- 76 para la ampliación de la carrera séptima entre la calle 72 y 100, el Presidente de la citada sociedad hizo extensiva su renuncia a esta segunda licitación.

"El IDU teniendo en cuenta el consentimiento expreso del titular del derecho, procedió previa aprobación de la Junta Directiva de la entidad a revocar la adjudicación.

"Mediante Acta No 151 de la Junta Directiva el IDU declaró desiertas las licitaciones IDU-SC-07-76 y SC-02-06-76.

"Como consecuencia de lo anterior y previa consulta con el representante del BID en la ciudad de Bogotá, se procedido a abrir nueva licitación IDU-SC-02-19-76 la cual fué adjudicada a la firma ROJAS Y VARGAS LTDA.

"La Sociedad DIAZ GARCIA ASOCIADOS LTDA. acude ante esta jurisdicción para solicitar se declare la nulidad tanto del acto administrativo que declaró desiertas las licitaciones, como del acto que no admitió el recurso de reposición contra esa determinación anterior y del que abrió nueva licitación; funda sus peticiones en el derecho que alega tener pues considera que una vez el proponente favorecido en la primera licitación renunció a su derecho, automáticamente ha debido adjudicársela el contrato a ellos sin necesidad de abrir nueva licitación, por ser su propuesta la más ventajosa después de la de Pedro Gómez & Cía. S.A.

"El Tribunal de primera instancia resolvió denegar las súplicas de la demanda.

"CONSIDERACIONES.

"El actor funda sus pretensiones en el derecho que afirma tener a la adjudicación, por haber sido el proponente más ventajoso después del favorecido Pedro Gómez & Cía. S.A., cuya renuncia a la adjudicación había sido aceptada por el IDU.

"Estudiando el material probatorio que obra en el expediente no encontramos en el pliego de condiciones ningún aparte que obligue a la administración en caso de renuncia o de ineptitud del proponente favorecido a adjudicar al proponente que haya sido clasificado en segundo lugar; además respecto a la afirmación hecha por el demandante en el sentido de que el único factor determinante para la adjudicación era el menor precio, observamos que en el pliego de condiciones folio 74 cuaderno N° 4 se establece que 'En el estudio para la adjudicación se tendrá en cuenta entre otros los siguientes factores: a. Cumplimiento de las bases y condiciones de la Licitación contenidas en estos pliegos de condiciones. b. Los precios unitarios y el monto de la propuesta. c. El plazo ofrecido para ejecutar las

obras. d. El plan de utilización del anticipo, dándole mayor peso en la aprobación de este, a la ejecución de obra y no a compras de equipo. La licitación se adjudicará a la propuesta mas conveniente de costo razonable evaluado con los criterios anteriormente especificados e indicadas en los presentes Pliegos de Condiciones y a plena satisfacción del Instituto', queda así desvirtuada la afirmación del actor en tal sentido; tampoco se encuentra en el pliego de condiciones ninguna disposición que establezca que en caso de que por alguna circunstancia el proponente favorecidó con la adjudicación no llegue a celebrar el respectivo contrato, se llamará a contratar al proponente que haya ocupado el segundo lugar en la calificación de las propuestas más favorables, razón por la cual no vemos ningún impedimento para que el IDU abriera nueva licitación, máxime cuando tal como, consta en el Acta N° 151 de la Junta Directiva de la entidad demandada que obra a folio 42 del cuaderno No. 1, tanto el señor Contralor como el Personero miembros de esa Junta manifestaron la conveniencia de declarar desiertas esas licitaciones y de abrir nueva licitación, lo cual fué aprobado por dicha Junta.

"En relación con la tercera petición cual es la nulidad del acto administrativo que abrió nueva licitación N° IDU-SC-02-19-76, no se encuentra entre las actas de Junta Directiva del IDU aportadas al proceso, aquella en la cual se ordenó la apertura de esa licitación mencionada, ni se nos indica por parte del demandante qué parte del acta impugnada hace alusión a ello, por lo que opinamos que uno de los actos acusados no está claramente determinado, lo cual nos llevaría a un fallo inhibitorio por falta de demanda en forma o inepta demanda.

"Referente a la petición subsidiaria que trata de la indemnización a que tiene derecho la firma demandante por no habérsele adjudicado la Licitación IDU-SC-02-19-76, no entendemos el fundamento de esta petición por cuanto el Instituto de Desarrollo Urbano no podía en ningún momento adjudicar una licitación a una firma que no aparecía inscrita como proponente, así vemos que dicha licitación se adjudicó por el IDU previo estudio de las propuestas presentadas y entre ellas no figura la firma actora en este proceso" (fls. 59 a 62 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

1. En el expediente aparecen probados estos hechos:

a. Con el objeto de llevar a cabo la construcción de la Avenida Primero de Mayo, sector Avenida Caracas Autopista Sur, el Instituto de Desarrollo Urbano del, entonces, Distrito Especial de Bogotá, abrió la Licitación Pública

Internacional IDU - SC - 02-07-76 que fué adjudicada a la firma Pedro Gómez y Cía. "por cuanto esta firma presentó las propuestas mas bajas". Se deduce lo dicho de los pliegos de condiciones (-anexo 2 del expediente) así como del acta N° 150 de la Junta Directiva del IDU (fls. 108 y 244 del C. Principal).

b. Por solicitud de la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores - Acic-, la entidad licitante hizo una nueva revisión de los documentos presentados por la firma adjudicataria y encontró que su objeto social no la facultaba "para realizar obras de ingeniería civil tales como las adjudicadas" (fls. 109 del C. Principal).

c. El inconveniente se solucionó porque la adjudicataria dejó en libertad al IDU para "prescindir" de las adjudicaciones (la aquí indicada era una de ellas) hechas en su favor.

d. Dicha circunstancia permitió que el IDU revocara la resolución de adjudicación (fls. 114-117 del C. Principal).

e. En seguida, la entidad pública declaró desierta la Licitación (118) y abrió una nueva, codificada como IDU-SC-02-019-76, en la cual no participó la sociedad demandante (fls. 103 - 105).

f. Esta segunda licitación se adjudicó al consorcio constituido por las firmas Rojas y Vargas Ltda. y Reyes Riveros Ltda. por cuanto su propuesta fue la de menor valor (fl. 106).

2. La actora está legitimada para solicitar la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró desierta la licitación pública Internacional IDU-SC-02-07-76 y la correspondiente indemnización de perjuicios, toda vez que aparece demostrada su participación en el concurso, circunstancia que le atribuye interés suficiente para actuar.

3. Carece, en cambio, de legitimación para pedir la nulidad de los actos administrativos producidos en el procedimiento de la segunda licitación, con la consecuente indemnización de perjuicios; en efecto, se ha dicho por la Sala - y se reitera-, que, frente a los actos denominados separables del contrato son procedentes, en principio, tanto la acción de nulidad, como la de nulidad y restablecimiento del derecho, o de plena jurisdicción, en la terminología de la legislación anterior.

Para la procedibilidad de una u otra acción será factor determinante el motivo o la finalidad que impulse al actor a provocar el examen jurisprudencial de la Corporación que se ha denominado "de los móviles y las finalidades".

Empero, si bien la acción de nulidad, cuando resulte procedente, legítima a toda persona, dado su carácter popular, la de nulidad y restablecimiento del derecho reclama la existencia de un interés particular en el actor; en el presente caso dicho interés no existe hecha la consideración de que la firma demandante no formuló propuesta alguna para la segunda licitación.

Por esta razón fracasa la tercera de las pretensiones contenidas en la demanda.

4. Hecha esta advertencia, la lógica de la demandante sería irrefutable si estuvieran demostrados los presupuestos fácticos en que asienta su *Petitum.* En efecto, si el IDU adjudicó la licitación (la primera), a una firma que carecía de capacidad para ser beneficiada dicha medida, razón por la cual debió posteriormente, crear las condiciones para su revocatoria, es indudable que dicha firma no ocupó, pese a la apariencia, el primer lugar en el concurso. Esta conclusión es obvia: Si la propuesta de la firma Pedro Gómez y Cía. se debió descartar "ab initio" por cuanto su objeto social no tenía correspondencia con el objeto de la licitación, como se debió reconocer a posteriori, su indebida inclusión en el concurso era inocua desde el punto de vista del orden de clasificación de los demás participantes. En otros términos, sin contradicción se puede decir que el suyo no fué el primer lugar en la competencia porque nunca pudo participar en ella y que tal sitio de privilegio corresponde a quien, aparentemente, era el segundo y, realmente, el primero.

Con este planteamiento, la necesaria conclusión seria de que, advertido el error inicial tanto por la entidad administrativa como por la adjudicataria, presentada por ésta la renuncia a su beneficio, y revocado el acto de adjudicación, el camino a seguir era el de adjudicar la licitación a quien **realmente** ocupó el primer lugar en la competencia y no el de declarar desierta la licitación, salvo que existiesen razones distintas de las aquí anotadas.

Pese a la racionalidad de esta construcción, en el expediente no obra prueba alguna relativa a que la sociedad Díaz Garcia, Asociados Ltda, ocupase el segundo lugar en el concurso antes de la revocatoria del acto de adjudicación; se sabe que presentó su propuesta, por la segunda consideración de la resolución revocatoria (f l. 114 C. Principal), pero no existe ningún documento o medio de prueba distinto que señale el lugar que ocupó entre los participantes; como tampoco se trajeron al proceso las ofertas que compitieron en la primera licitación (cosa que sí se hizo para la segunda), no es posible hacer el análisis comparativo de los precios dado que este fué el único factor determinante para la adjudicación según lo revelan las actas de la Junta Directiva del IDU.

En esas condiciones, las pretensiones propuestas como principales (1ª 2ª y 4ª) tampoco pueden prosperar.

5. Finalmente en cuanto atañe a la "petición subsidiaria", por medio de la cual se reclaman los perjuicios ocasionados a la demandante "al no adjudicar la licitación IDU-SC-02-19-76", la sociedad actora carece de legitimación por las mismas razones expuestas al comienzo de estas consideraciones.

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:

Por las razones aquí anotadas, CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por sesión de fecha veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala; *Julio César Uribe Acosta, Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila* (Conjuez).

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA - Inexistencia

No desconoce la Sala la exigencia que en anteriores oportunidades ha hecho sobre el uso adecuado, prudente y cuidadoso de las armas de fuego por parte de la fuerza pública. De ninguna manera. Por el contrario reitera la aplicación de tales recomendaciones. Pero puede suceder, como sucedió en este caso, que los delincuentes hicieron caso omiso de las voces y disparos preventivos y prefirieron escapar. Ante esta situación de expresa rebeldía y evidente desacato a la autoridad, en la que los agentes del orden desconocían si aquéllos se encontraban armados y con qué tipo de armas, pero si sabían que habían lesionado a un ciudadano Carlos Mario Cardona Morales y que se llevaban el producto de sus delitos, resulta apenas administrativamente explicable el comportamiento de los uniformados, quienes, no puede olvidarse, cumplían con uno de los deberes a su cargo y de quienes resultaría absurdo que frente a tales situaciones permanezcan pasivos y permitan omisivamente la violación de los derechos ciudadanos cuya protección se les encomendó. Casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, no permiten delimitarlos ni restringirlos en su interpretación, sino que en cada uno deberán apreciarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7530. Demandado: La Nación - Policía Nacional. Actor: MAGOLA PEREZ DE GIRALDO Y OTROS.

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 20 de marzo de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

1o. LA DEMANDA

En escrito presentado el 19 de abril de 1989 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, la señora Magola Pérez de Giraldo en su propio nombre y en representación de los menores Sandra María, Miguel Andrés y Leidy Natalia Giraldo Pérez; Adriana Patricia y William Ubaldo Giraldo Pérez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. La NACION (Policía Nacional), es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que se han ocasionado a los demandantes con la muerte de su hijo y hermano John Harvey Giraldo Pérez, a manos de los agentes de la Policía Nacional Gil Gavilán Jorge Eduardo, Lopera Múnera Demetrio y otros, en un procedimiento realizado por éstos el 2 de mayo de 1987 en el área urbana del Municipio de Envigado (Ant.).

"1.1. Condénese a la Nación, a pagar a cada uno de los demandantes: Magola Perez de Giraldo, Sandra María, Miguel Andrés, Leidy Natalia, Adriana Patricia, William Ubaldo Giraldo Perez:

"1.1.1. **DAÑOS MORALES,**

Por el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro-fino, máximo valor permitido por el artículo 106 del C. Penal.

"1.1.2. **DAÑOS MATERIALES,**

"A: MAGOLA PEREZ DE GIRALDO, SANDRA MARIA, MIGUEL ANDRES, LEIDY NATALIA GIRALDO PEREZ,

"Por el valor del capital representativo de las cuotas de ayuda de que fueron privados a raíz de la muerte de su protector, debido según el artículo 1615 del C. Civil, desde la fecha del infortunio, por el monto que resulte

de las bases probadas en el curso del proceso y en pesos de valor constante del 2 de mayo de 1987.

"Por el valor de los intereses del capital debido desde la fecha de su exigibilidad sustancial, 2 de mayo de 1987 y la ejecutoria de la sentencia.

"EN SUBSIDIO.

"Y en el evento de que no se encuentren bases suficientes en el expediente para efectuar la liquidación matemática de los perjuicios materiales que se deben a la demandante, el Tribunal por razones de equidad, les fijará en el equivalente en pesos, de la fecha de ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos de oro-fino, dándole aplicación a los artículos 4o. y 8o. de la ley 153 de 1887 y 107 del C. Penal.

"1.2. La NACION, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178, del C.C. Administrativo.

"Todo pago, así lo ordenará expresamente el fallo, se imputará primero a intereses".

2o. **FUNDAMENTOS DE HECHO:**

Los relatados en la demanda, se pueden resumir así:

El 2 de mayo de 1987, aproximadamente a las cinco de la tarde, cuando Jhon Harvey Giraldo Pérez, Omar Peláez Vargas y Harley Aguilar pretendían hurtar una bicicleta, fueron perseguidos por agentes de la Policía Nacional Jorge Eduardo Gil Gavilán y Demetrio Antonio Lopera Múnera, quienes uniformados y con armas de dotación dispararon contra los autores del ilícito cuando éstos procuraban huir en un vehículo campero marca Dacia, en jurisdicción del Municipio de Envigado. Como consecuencia de los disparos resultó muerto Jhon Harvey Giraldo Pérez y lesionado José Harley Aguilar Jiménez.

El occiso administraba una tienda de su propiedad que le producía aproximadamente unos $90.000 mensuales, con los que se mantenía él, su progenitora y sus hermanos menores. El padre había muerto.

3o. **ACTUACION PROCESAL**

En la oportunidad para contestar la demanda, el apoderado de la Policía Nacional se limitó a solicitar algunas pruebas para "demostrar en el curso del

proceso la ausencia de falla o falta del servicio y en consecuencia la exoneración de responsabilidad de la Nación, atribuyéndole el hecho en que perdió la vida el ciudadano que en vida respondió al nombre de Jhon Harvey Giraldo Perez, a la propia culpa de la víctima".

En el alegato de conclusión resalta que los policías actuaron para proteger a un ciudadano víctima de un delito contra la propiedad y en desarrollo de tal actividad debieron utilizar sus armas para capturar a los delincuentes. Tal comportamiento no lo considera como falla del servicio, sino como el cumplimiento de un deber, pues no podía permitir que los autores del delito escaparan, con mayor razón si se toma en cuenta la situación de inseguridad de Medellín. Atribuye la muerte de Jhon Harvey Giraldo Pérez a su propia culpa.

Con respecto a la explotación económica de la tienda por parte del occiso, advierte que no se probó que éste obtenía $90.000 y que con ello sostenía a su madre y hermanos, por cuanto aquella y algunos de sus hijos trabajaban.

La parte actora, y el Ministerio Público guardaron silencio.

4o. **LA SENTENCIA APELADA**

Se refirió el *a-quo* a los hechos relacionados por el Juez Tercero Penal Municipal de Envigado, según los cuales el joven Carlos Mario Cardona Morales fue interceptado por tres hombres en un carro Dacia, uno de los cuales armado de cuchillo lo amenazó para que le entregara la bicicleta, lo cual consiguió luego de lesionar al muchacho en el brazo. La bicicleta fué subida por el hoy occiso al carro Dacia y el ofendido emprendió una rápida retirada, encontrándose con una patrulla de la Policía Nacional cuyos integrantes se dieron a la persecución de los delincuentes, a quienes luego de darles voces de alto, al no ser atendidos, procedieron a disparar, a consecuencia de lo cual uno de los fugitivos cayó muerto, otro lesionado y el conductor luego de esconderse en una casa, se entregó. El occiso era Jhon Harvey Gíraldo Pérez y dentro del carro se encontró la bicicleta que habían hurtado y otra más que habían conseguido anteriormente por el mismo ilícito procedimiento. Los dos sujetos detenidos fueron condenados.

El anterior recuento coincide en lo fundamental con lo expresado en sus intervenciones por el joven Carlos Mario Cardona Morales y el informe rendido por la Policía Nacional.

De lo anterior y a manera de conclusión, el Tribunal sostiene:

"Por la forma en que ocurrieron los hechos, no puede hablarse de empleo innecesario, en exceso o irreglamentario de las armas por parte de la Policía Nacional, como se pretende en la demanda. Por el contrario la actuación de los uniformados se ciñó a lo dispuesto en los reglamentos y al cumplimiento del deber impuesto por las normas legales.

"Recuérdese que el occiso no solo cometía un hecho delictivo, sino que además trató de eludir, huyendo, la acción de las fuerzas del orden".

De la anterior decisión, uno de los Magistrados integrantes de la Sala salvó su voto al considerar que "Si la víctima no utilizó armas de fuego para huir o repeler la persecución de la Policía, a pesar de todo lo reprochable que sea su conducta delictiva, existió desproporción evidente por parte de los agentes que intervinieron en el procedimiento".

5o. **RAZONES DE LA APELACION:**

El apoderado de la parte demandante sustenta su inconformidad resaltando que los autores del hurto de la bicicleta no se enfrentaron a los policías, no estaban armados y pretendían huir, por lo que resultaba innecesario el uso de las armas de fuego por parte de los uniformados. Considera el impugnante que la sentencia recurrida contradice la jurisprudencia del Consejo de Estado que siempre ha recomendado prudencia y mesura en el uso de las armas oficiales.

Al alegar de conclusión, la parte demandada encuentra "acertada, justa y concordante con la realidad social de nuestro país, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Argumenta cómo la actuación de la Policía Nacional se encuentra en todo caso sometida a cuestionamientos, bien porque actúa o porque no lo hace. Resalta que en este caso, la Policía "antes de disparar efectuó los procedimientos de rigor para lograr la detención de un **delincuente** pues No Hay Que Olvidar Esta "Cualidad" del señor..." (Subrayado y mayúsculas son del texto). Como conclusión pide la confirmación del fallo apelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que la providencia recurrida debe confirmarse por cuanto la manera como se desarrollaron los hechos impiden imputarle responsabilidad a la entidad demandada y, en consecuencia, se impone la absolución que en su favor en el fallo recurrido se reconoció.

Sin duda alguna el comportamiento de la víctima Jhon Harvey Giraldo Pérez y de sus cómplices, no se podría ubicar en los extremos de una conducta apenas normal en un ciudadano común y corriente. De ninguna manera. Por el contrario, tanto en el proceso penal, como en el administrativo, resulta permisible calificarlos como antisociales, como delincuentes, como enemigos de la propia comunidad, del orden y de la disciplina social.

Pues bien, estos sujetos en forma premeditada y preparados para ello, repiten en el joven Carlos Mario Cardona Morales la misma conducta punible, que habían desarrollado ante José Iván Luján Brand, a quien horas antes habían despojado de la otra bicicleta que se encontró dentro del automotor utilizado por los ladrones. (fl. 62).

No vacilaron los agentes del ilícito en utilizar arma blanca contra su víctima para facilitar el hurto de la bicicleta y seguramente el hecho hubiera quedado impune si en esos precisos instantes no hubiera aparecido la patrulla de la Policía Nacional a quien con pleno derecho solicitó protección la víctima del ilícito. Los agentes de la Policía inmediatamente procedieron a cumplir con su deber constitucional y legal de amparo para el ciudadano que angustiado lo reclamaba.

Los miembros de la institución actuaron de inmediato y los delincuentes cogidos en flagrancia no encontraron otra solución que huir en el vehículo que utilizaban para la ejecución de sus criminales propósitos, actuación elusiva que los policías procuraron evitar, como era su obligación, con órdenes verbales de detenerse y de las cuales los delincuentes hicieron caso omiso, mientras procuraban burlar la acción de la autoridad. Ante el comportamiento del occiso y sus compinches y cuando éstos huían, los agentes hicieron uso de sus armas de dotación, resultando mortalmente lesionado Jhon Harvey Giraldo Pérez.

Lo expuesto corresponde al enfoque que de lo sucedido hizo el juzgado Tercero Penal Municipal de Envigado al conocer de los delitos de hurto calificado agravado y lesiones personales, por los cuales condenó a los compañeros de la víctima. Así mismo, se adecúa a las declaraciones de la víctima de tales delitos, rendidas dentro de la actuación penal y en este proceso. (Fl. 276), donde textualmente manifestó: "Cuando el policía se bajó, se bajó y sacó el revólver el policía **se quedó con él en la mano y no hizo nada hasta después de que les gritó**, les gritó, no me acuerdo qué les decía porque yo estaba en el otro carril de la calle, **les gritó y no le hicieron caso, prendieron el carro y ahí fué cuando el policía les hizo el primer tiro al suelo**; yo vi que el carro arrancó, yo le dije al policía, se van a ir y ahí cuando salíamos corriendo y **el policía al ver que el carro se iba le disparó** al que estaba detrás del

carro... porque como el hombre estaba pegado por detrás del carro, el policía disparaba para esa parte...". (Subrayas de la Sala).

No fué pues una actitud irresponsable o irreflexiva la del agente de la Policía. Por el contrario, previamente los emplazó para que se detuvieran y sólo después de haberlos prevenido verbalmente y cuando prendieron el motor del vehículo, disparó el primer tiro al suelo y apenas cuando ya se iban disparó contra la parte trasera del automotor donde iba precisamente Giraldo Pérez, en procura de burlar la acción de la autoridad, eludir su comparecencia ante el Juez Penal y además llevarse el producido de los delitos ejecutados.

No desconoce la Sala la exigencia que en anteriores oportunidades ha hecho sobre el uso adecuado, prudente y cuidadoso de las armas de fuego por parte de la fuerza pública. De ninguna manera. Por el contrario reitera la aplicación de tales recomendaciones. Pero puede suceder, como sucedió en este caso, que los delincuentes hicieron caso omiso de las voces y disparos preventivos y prefirieron escapar. Ante esta situación de expresa rebeldía y evidente desacato a la autoridad, en la que los agentes del orden desconocían si aquéllos se encontraban armados y con qué tipo de armas, pero si sabían que habían lesionado a un ciudadano Carlos Mario Cardona Morales y que se llevaban el producto de sus delitos, resulta apenas administrativamente explicable el comportamiento de los uniformados, quienes, no puede olvidarse, cumplían con uno de los deberes a su cargo y de quienes resultaría absurdo que frente a tales situaciones permanezcan pasivos y permitan omisivamente la violación de los derechos ciudadanos cuya protección se les encomendó. Casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, no permiten delimitarlos ni restringirlos en su interpretación, sino que en cada uno deberán apreciarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron.

En las anteriores condiciones considera la Sala que no se dió en el presente caso la falla del servicio sobre la cual la parte actora fundamenta su reclamación. Como este mismo criterio orientó al Tribunal para negar las súplicas de la demanda, hay lugar a confirmar la sentencia apelada.

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 apelada, esto es, la de veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Juan de Dios Móntes Hernández, Presidente de la sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta,* (salvo voto).

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / CULPA DE LA VICTIMA
(Salvamento de Voto)

La víctima fue muerta, por la fuerza policiva, sin que las circunstancias ameritaran el disparo de las armas. Reiteradamente ha predicado la Corporación que éstas no deben ser utilizadas sino en casos extremos, que se vinculan con la filosofía de la legítima defensa, pues la fuerza pública se supone bien preparada para hacerle frente a hechos como los que desencadenaron la tragedia. La dignidad de la persona humana demanda.que el sentenciador sea particularmente severo en la valoración de su conducta, con el fin de no dejar espacios libres a la arbitrariedad, a la tortura, a la muerte. Estimo que en el caso *sub-examíne* se habría podido deducir alguna culpa de la víctima, con el fin de hacer la reducción de la indemnización. Transitando por esta vía se habría realizado la justicia que se SIENTE, que en más de una ocasión rebasa a la legal. La circunstancia de que una persona sea DELINCUENTE no autoriza a nadie para privarla de su vida.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fé de Bogotá D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993)

Salvamento de voto del Doctor Julio César Uribe Acosta.

Referencia: Expediente N° 7530., Actor: MAGOLA PEREZ DE GIRALDO Y OTROS., Demandado: La Nación - Policía Nacional.

Con toda consideración por la decisión mayoritaria de la Sala, debo manifestar que no comparto el universo que tiene el fallo, que deniega las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

La Forma como ocurrieron los hechos fue sintetizada, en forma afortunada, por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Envigado, en la providencia calendada el día ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), en virtud de la cual condenó a OMAR PELAEZ VARGAS y a JOSE ARLEY AGUILAR, compañeros del occiso, a las penas que en tal proveído se indican, y por los delitos que en ella se detallan. En lo pertinente de la misma, se destaca:

> "En mayo dos del presente año, a eso de las cinco de la tarde, transitaba el joven Carlos Mario Cardona Morales en su bicicleta, por el sector del Polideportivo de esta localidad, donde fuera interceptado por tres hombres que ocupaban un carro Dacia, blanco, y del cual descendió uno de ellos, y armado de un cuchillo, le instó para que le entregase la bicicleta, lo que efectivamente logró después de lesionar al muchacho con el arma blanca en un brazo; luego de esto, el velocípedo fué subido al carro y el ofendido emprendió veloz y asustada retirada, encontrándose con una patrulla de la policía comento lo sucedido y los agentes se dieron a la persecución de los autores del ilícito, al hallarlos les dieron voces de alto, sin lograr resultado alguno, por lo que hicieron fuego, resultando uno de los hombres muerto el otro herido y el último, el conductor del carro se refugió dentro de una casa de habitación, luego de lo cual y al constatar que no había salida alguna se entregó. Fueron puestos a órdenes del despacho Omar Peláez Vargas y José Arley Aguilar Jiménez, John Jarvey Giraldo Pérez fué quién murió en el enfrentamiento. Dentro del vehículo, fué hallada la bicicleta (sic) de ofendido, y otra mas de quien decían los procesados era su propietario el muerto y la cual a la postre resultó ser objeto de un ilícito semejante al que nos ocupa. Retenidos como se dijo los dos hombres, permanecen recluídos en la cárcel local desde la fecha y a órdenes de este despacho." (Folio 41).

Dentro del marco anterior se tiene que JHON JARVEY GIRALDO PEREZ fué muerto, por la fuerza policiva, sin que las circunstancias ameritaran el disparo de las armas. Reiteradamente ha predicado la Corporación que estas no deben ser utilizadas sino en casos extremos, que se vinculan con la filosofía de la legítima defensa, pues la fuerza pública se supone bien preparada para hacerle frente a hechos como los que desencadenaron la tragedia.

La dignidad de la persona humana demanda que el sentenciador sea particularmente severo en la valoración de su conducta, con el fin de no dejar espacios libres a la arbitrariedad, a la tortura, a la muerte. Por algo enseña **Jacques Maritain** que el hombre es el ser más valioso de todo el universo inanimado.

SECCION TERCERA

Estimo que en el caso *sub-examíne* se habría podido deducir alguna culpa de la víctima, con el fin de hacer la reducción de la indemnización. Transitando por esta vía se habría realizado la justicia que se SIENTE, que en más de una ocasión rebasa a la legal. La circunstancia de que una persona sea DELINCUENTE no autoriza a nadie para privarla de su vida. Si él demuestra con sus actos la INCAPACIDAD PARA EL AMOR, se le debe regenerar, como lo recuerda muy bien **CARNELUTTI**, con el nuestro.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pautas / AIU

El Municipio demandado incumplió el contrato al no pagar el anticipo pactado, en la forma convenida y pese a haber cumplido el contratista con todo lo requerido para ese efecto. La sala no comparte esa salida, por cuanto la garantía de cumplimiento aludida se otorgó en favor de la entidad pública y para el incumplimiento del contratista y no de suyo. Tampoco acepta la sala la indemnización de perjuicios equivalentes a lo que tuvo que gastar el contratista para licitar. Si el demandante pretende que se le indemnice con la utilidad que pensaba obtener con la ejecución del contrato, está partiendo del supuesto de su eficacia y validez (por eso se entiende la pretensión de incumplimiento) y por esa misma razón no puede hacerse el reconocimiento de los gastos que hizo para licitar. En otras palabras, el actor puede pretender el reconocimiento de esa utilidad porque contrató válidamente y para hacerlo tuvo que efectuar ciertos gastos. Los perjuicios deberán ser equivalentes a la utilidad que el contratista pensaba obtener con la ejecución de la obra; y para el efecto el AIU que contiene su propuesta da la pauta. Así del 21.5% el 8% representa la utilidad; el 9.5% los gastos de administración; y el 4% los imprevistos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

SECCION TERCERA

Referencia: Expediente No.7959.- Consulta Sentencia. Actor: OSCAR JOSE ROSALES PADILLA.-

Procede la Sala a conocer en grado de consulta la sentencia dictada por el tribunal administrativo de Bolívar el 22 de septiembre de 1992, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Se declara no probadas las excepciones propuestas.

"SEGUNDO: Declarar al Municipio- Departamento de Valorización responsable del incumplimiento del contrato VAL 03-89 referente a la construcción de obras civiles del Paseo Peatonal de Castillogrande, la etapa- Carrera 7 y 14 celebrado con el ingeniero Oscar Rosales Padilla.

"TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior condénase al Municipio -Departamento de Valorización Municipal al pago de la suma de $3.389.841.89, esta suma será reajustada conforme lo prescribe la parte motiva.

"CUARTO: Reconócese intereses legales a la suma de $3.389.841.89 desde el mes de octubre de 1989 hasta la ejecutoria de esta sentencia.

"QUINTO: Las cantidades reconocidas en esta sentencia devengarán los intereses señalados en el artículo 177 del C.C.A.

"SEXTO. No se accede a las demás peticiones de la demanda."

En la demanda, presentada en julio 12 de 1990, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el Departamento de Valorización de Cartagena de Indias, previo concurso,celebró el contrato VAL-03-89 de 26 de septiembre de 1989 para la construcción del Paseo Peatonal de Castillogrande primera etapa entre las carreras 7a y 14) con el Doctor José Rosales Padilla.

2) Que el contrato se adjudicó una vez la Junta de Valorización calificó la propuesta y se obtuvo la ratificación de la Junta Asesora y de Contratos del municipio de Cartagena.

3) Que el valor del contrato fué de $19'813.432.75, el cual debería pagarse así: el 30% valor del anticipo ($5'944.029.77) a partir de la fecha de legalización y aprobación, para ser manejado en cuenta fiduciaria en el Banco de Colombia, y previa presentación de la cuenta de cobro ante el Departamento de

Valorización; y el 70% restante, mediante cuentas parciales mensuales de obra ejecutada.

4) Que se otorgaron como garantías, las de cumplimiento, manejo de anticipo, pago de salarios; se cancelaron los impuestos nacionales y el valor de la publicación del contrato en la gaceta municipal.

5) Que legalizado el contrato se presentó la cuenta de cobro del anticipo.

El tribunal luego del trámite correspondiente a la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás.

Conformes las partes con lo así decidido se envió el proceso a esta corporación en vía de consulta.

Cumplido el procedimiento propio de este grado de jurisdicción, con el silencio de las partes y del ministerio público, es oportuno decidir.

Para ello, se considera:

La sentencia merece ser confirmada, por cuanto esta sala hace suya la perspéctiva que manejó el *a-quo,* aunque con algunas precisiones en cuanto a la condena impuesta.

Estuvo acertado el tribunal al hacer la evaluación del caudal probatorio. Acervo probatorio que muestra:

a) La existencia del contrato VAL-03-89 (a folios 127 y siguientes). Aunque aparecen en copia simple, sin autenticar, la parte demandada no puso objeción alguna en cuanto a su existencia y contenido.

b) Que dicho contrato fué perfeccionado, con sujeción al ordenamiento municipal vigente y a la cláusula vigésima primera del mismo (ver documentos a folios 110 y siguientes del cuaderno principal).

c) Que la cuenta de cobro del anticipo fué formulada en la forma prevista y que dicho anticipo no fué pagado, sin que la administración adujera razón alguna para su negativa.

Con base en estos supuestos el *a-quo* concluyó que el Municipio demandado incumplió el contrato al no pagar el anticipo pactado, en la forma convenida y pese a haber cumplido el contratista con todo lo requerido para ese efecto.

Además, la entidad demandada hizo una débil defensa (en escrito de presentación deficiente) y cuando fué condenada por el *a-quo* ni siquiera apeló, como tampoco alegó en la segunda instancia.

El asunto, entonces, es bastante claro; la administración incumplió y debe resarcir los perjuicios. Pero también es clara la insólita y no justificada conducta de la administración demandada; ya que todo da a entender que a continuación contrató con otra persona.

Por eso mismo copia de este fallo deberá enviarse a la Procuraduría General para que, si lo estima procedente, haga la investigación disciplinaria de rigor.

Los perjuicios:

Puesto de presente el incumplimiento contractual la entidad deberá indemnizar, como lo dispuso el a-quo, al contratista.

No obstante esto, la sala no comparte el manejo que el *a-quo* le dio a los perjuicios, los cuales fueron tasados con apoyo en la póliza de cumplimiento del contrato por un valor de $2'972.014.89 (ver contrato de seguro # 9174831 de 22 de agosto de 1989).

Y la sala no comparte esa salida, por cuanto la garantía de cumplimiento aludida se otorgó en favor de la entidad pública y para el incumplimiento del contratista y no suyo.

Tampoco acepta la sala la indemnización de perjuicios equivalentes a lo que tuvo que gastar el contratista para licitar. Si el demandante pretende que se le indemnice con la utilidad que pensaba obtener con la ejecución del contrato, está partiendo del supuesto de su eficacia y validez (por eso se entiende la pretensión de incumplimiento) y por esa misma razón no puede hacerse el reconocimiento de los gastos que hizo para licitar. En otras palabras, el actor puede pretender el reconocimiento de esa utilidad porque contrató validamente y para hacerlo tuvo que efectuar ciertos gastos.

En este orden de ideas, los perjuicios deberán ser equivalentes a la utilidad que el contratista pensaba obtener con la ejecución de la obra;y para el efecto el AIU que contiene su propuesta da la pauta. Así del 21.5% el 8% representa la utilidad; el 9.5% los gastos de administración; y el 4% los imprevistos.

Como en el presente asunto no cabe hablar de gastos de administración e imprevistos, porque no los hubo, queda depurado ese 8% ; el que frente al

valor del contrato ($19.813.432.57) asciende a la suma de $1'585.074.61. Suma ésta que será el valor histórico de la indemnización para ser actualizada hasta la fecha de este proveído. En este sentido, los índices (los al por mayor que certifica el Banco de la República y no el Dane, como lo hizo el *a-quo*) correspondientes hacen referencia a los meses de octubre de 1.989 y marzo de 1.993.

Aplicada la fórmula $Vp = vh \frac{ind.f}{ind.i}$ o sea Vp=1'585.074..61

$\frac{12681.29}{6.227.70}$, resulta la suma de $3'227.642.76.

La condena por intereses deberá denegarse, ya que la parte actora no lo solicitó en la demanda. Por lo tanto, el reconocimiento del tribunal se estima extra petita en este punto.

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 septiembre 22 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Bolívar, en sus ordinales primero, quinto y sexto.

Modifícanse los ordinales segundo y tercero, los que quedarán así:

Segundo. Declárase terminado el contrato VAL 03-89 celebrado entre el Municipio de Cartagena -Departamento de Valorización y el Ingeniero Oscar Rosales Padilla, por incumplimiento de la citada entidad pública.

Tercero. Como consecuencia, condénase a la entidad mencionada al pago de la suma, ya reajustada de TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($3'227.642.76).

Revócase el ordinal cuarto.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia

La acción entablada es de naturaleza contractual aunque se presente bajo la apariencia de una de nulidad y restablecimiento del derecho; las dos acciones pertenecen al contencioso que genéricamente, se ha denominado como "de plena jurisdicción", o contencioso subjetivo, marcado por el interés particular que anima al actor; desde este punto de vista se acercan aunque cada una se estructura con elementos específicos que las distingue e impide que se utilicen indistintamente; la presencia del contrato, acto bilateral por excelencia, como principalísimo elemento para la definición de la controversia señala, sin duda, puntos de partida diversos para cada una de las acciones aunque en ambas puedan aparecer involucrados actos administrativos unilaterales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7759 Actor: SOCIEDAD AEROMECANIC LTDA. Y OTRAS.-

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los actores contra el acto del 11 de junio de 1992 preferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el cual se tomaron las siguientes decisiones:

"1o. Inadmítese la demanda por falta de competencia.

"2o. Reconócese personería al abogado Gustavo Humberto Rodríguez, como apoderado de los demandantes, en los términos de los poderes visibles a folios 42, 43, 84, 85, 127, 128, 151, 152, 185, 186, 191, 192, 256, 260, 280, 291, 331, 332, del expediente.

"3o. En firme la presente providencia, devuélvanse al interesado los documentos acompañados con la demanda sin necesidad de desglose y archívese la actuación". (fl. 365 del expediente).

ANTECEDENTES PROCESALES

En la demanda se propusieron las siguientes pretensiones:

"1o.) Que es nula en su totalidad la Resolución 11.249 del 6 de septiembre de 1991, expedida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por medio de la cual se fijaron las tarifas de arrendamiento aeronáuticos y no aeronáuticos para los aeropuertos "Alfonso Bonilla Aragón" de la ciudad de Cali, 'Ernesto Cortissoz' de Barranquilla, 'José María Córdova' de Rionegro y 'Rafael Núñez de Cartagena.

"2o.) Que, a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación-Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil a dar cumplimiento a sus **contratos de arrendamiento aeronáutico y no aeronáutico** a lo dispuesto en el articulo. 2o. del Decreto 3444/85 y por ende, a avaluar los inmuebles que vaya a dar en arrendamiento y a tomar el 1% del avalúo de los mismos como el canon mínimo que puede cobrar a título del arrendamiento.

"3o.) Así mismo, y a título de restablecimiento del derecho, que se declare que el canon **máximo de arrendamiento que la entidad** demanda puede cobrar por dichos inmuebles, no puede ser fijado unilateralmente por ella sino convenido o pactado de común acuerdo, entre ambas partes contratantes, conforme a la ley civil.

"4o.) Igualmente, a título de restablecimiento del derecho, que se condene a la Aeronáutica Civil a **renegociar** el canon de los contratos de arrendamiento y prórrogas que hubiere suscrito con respecto a lo inmuebles aeronáuticos y no aeronáuticos ubicados en los aeropuertos 'Alfonso Bonilla Aragón' de Cali 'Ernesto Cortissoz' de Barranquilla, 'José María Córdova' de Rionegro' y 'Rafael Núñez' de Cartagena, desde la expedición de la Res. 11249 de 1.991 demanda hasta la fecha de la sentencia. Por ende, que los valores que los respectivos arrendatarios hubieren pagado en exceso a la demanda les sean devueltos ó abonados por ésta el pago de futuros cánones de arrendamiento.

"En caso de considerarse que el acto demandado es de carácter particular, que dicha condena se restrinja a los contratos celebrados con los demandantes, dentro del mencionado período" (fls. 18 a 20 C. 1).

En escrito de aclaración y corrección de la demanda (fls.366-369), se agregó la siguiente:

"6o.) Que las anteriores declaraciones y condenas surtan efectos con respecto a **todos los arrendatarios aeronáuticos del Aeropuerto** Eldorado de Santafé de Bogotá, si se considera que los actos demandados son de **carácter general**".

El *a-quo* inadmite la demanda, por las siguientes razones:

"La demanda será inadmitida por cuanto este tribunal carece de competencia para conocer el asunto.

"El *libelo* presenta como petición principal, se declare la nulidad de la resolución No.11849 (sic) de septiembre 6 de 1991 emitida por entidad del orden nacional, Departamento administrativo de Aeronáutica Civil, por medio de la cual se señalaron tarifas de arrendamiento para los aeropuertos de Cali, Barranquilla, Rionegro y Cartagena. A su vez, se acumulan pretensiones de origen contractual por las que reclama el cumplimiento de los contratos de arrendamiento que se encuentran en ejecución.

"En atención al artículo 82 del código de procedimiento Civil sólo se pueden acumular pretensiones siempre que sea competente el mismo Juez. En este caso, no se radica la competencia en cabeza de un funcionario único, pues la norma procesal administrativa atribuye la competencia de la primera pretensión al Honorable Consejo de Estado en única instancia, artículo 128. 1. y las demás pretensiones, al Tribunal Contencioso, artículo 132.8.

"Se concluye entonces que ante la falta de uno de los requisitos indispensables para la viabilidad de la acumulación, se configura una indebida acumulación de pretensiones".

EL RECURSO

La providencia anterior fue impugnada por estos motivos fundamentales:

"1o.) La acción ejercitada en esta demanda es la de restablecimiento del derecho, solicitando la declaratoria de nulidad de la resolución 11.249 de 1991, del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por medio de la cual se

fijaron las tarifas de arrendamiento aeronáuticos y no aeronáuticos de los aeropuertos de Cali, Barranquilla, Rionegro, (Medellín) y Cartagena, y el correspondiente restablecimiento del derecho, consistente en que a tales contratos **se les dé aplicación del artículo 2o. del decreto 3444/85**, y otras peticiones accesorias.

"2o.) **Equivocadamente** en el auto recurrido el Tribunal consideró que se había interpuesto simultáneamente la acción de nulidad y la contractual, por lo cual estimó, omitiendo considerar la denominación de la acción empleada, el sentido y tenor de las pretensiones y el contexto de la demanda, como era su deber, que se había incurrido en indebida acumulación de pretensiones.

"Además consideró que en cuanto a la nulidad correspondía conocer al Consejo de Estado, y en cuanto al restablecimiento del derecho a los Tribunales respectivos (?).

"3o.) Es obvio que no es posible dividir la acción de restablecimiento del derecho, dirigiendo la acción de nulidad a un juzgador, y el restablecimiento propiamente dicho a otro, como si éste restablecimiento pudiera intentarse con omisión de la acción de nulidad, o sea, como si tuviera vida independiente y autónoma. El Tribunal olvidó el texto del artículo 85 del C.C.A.

"4o.) El Tribunal consideró que la pretensión 2a. de la demanda constituía ejercicio de la acción contractual. Esa pretensión es del tenor siguiente:

> "2o.- Que, **a título de restablecimiento del derecho**, se condene a la Nación -Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil a dar cumplimiento **en sus contratos de arrendamiento aeronáutica y no aeronáutico a lo dispuesto en el artículo 2o. del decreto 3444/85**, y por ende, a avaluar los inmuebles **que vaya a dar en arrendamiento** y a tomar el 1% del avalúo de los mismos de los mismos como canon **mínimo** que puede cobrar a título del arrendamiento". (destaco).

"La interpretación que corresponde a esa pretensión, visible y ostensible, sin necesidad de acudir a recursos dialécticos, es la siguiente:

"4.1.- Se trata de una petición que corresponde al restablecimiento del derecho, a cuyo título se hace.

"4.2.- No es una petición para que se dé cumplimiento a los contratos de arrendamiento, sino para que **en los contratos** se cumpla **con lo dispuesto en el artículo 2o. del decreto 3444/85**, o sea que, **a futuro**, en ellos se tenga

en cuenta el 1% del avalúo del inmueble como canon mínimo que puede cobrarse lo cual es distinto.

"Que vaya a dar en arrendamiento", como dice la pretensión textualmente, significa que es una petición a futuro, aplicable a los siguientes contratos y, en ningún caso significa que se está pidiendo cumplimiento de los contratos existentes como erróneamente lo interpretó el Tribunal, que no leyó con detenimiento la pretensión.

"Una cosa es pedir que se cumplan los contratos vigentes, como lo interpretó el Tribunal, y otra muy distinta es la de pedir que **en los contratos futuros** de arrendamiento **se aplique el decreto 3444/85**, como lo dice literalmente la Pretensión. Una cosa es pedir que se cumplan los contratos, **y otra diferente es pedir que a los contratos se aplique la ley.**

"5o.) La petición 3a. hecha también a título de restablecimiento del derecho, es la de que se solicita "**que se declare**" que el canon **máximo** de arrendamiento no puede ser fijado unilateralmente sino de común acuerdo, conforme a la ley civil, por ser contratos de arrendamiento que se rigen por el Derecho Privado.

"No se trata, pues, de una pretensión de condena **sino de una de declaración** de suerte que tampoco consiste en una petición de cumplimiento, de contrato.

"6o.) La petición 4a. también hecha **a título de restablecimiento del derecho**, consiste en solicitar que dada la nulidad del acto acusado, la Aeronáutica devuelva a los arrendatarios los valores cobrados en exceso.

"Es una consecuencia de nulidad, que quedara sin efectos prácticos sin la correspondiente restrinión de valores, lo cual haca imprescindible el ejercicio de la acción de restablecimiento, y no la de simple nulidad.

"Es obvio, claro y ostensible que pedir la devolución de los cánones de arrendamiento cobrados en exceso, jamás puede considerarse como ejercicio de la acción contractual. **Pedir esa devolución no es pedir cumplimiento del contrato**, dado que en los contratos en cuestión no se pactó tal devolución.

"Es más: los contratos de los actores para la fecha de interposición de la demanda estaban celebrados y vigentes con mucha anterioridad a la expedición de la Resolución acusada. Por ello **no podía hablarse, y no se habló, de cumplimiento de contratos.**

"Se concluye, entonces, que las pretensiones no fueron las de cumplimiento de los contratos de los actores.

"7o.) Se sabe que las pretensiones deben guardar correspondencia con las acciones ejercitadas. En este caso se ejercitó la acción de restablecimiento del derecho, que permite solicitar sólo la nulidad respectiva, sino además "**que se le repare el daño**", como preceptúa el artículo 85 del C.C.A.

"Para obtener esa reparación fue que se solicitó la **devolución** de los cánones que se hubieran pagado indebidamente, contra la ley, petición que sólo erróneamente puede interpretarse como ejercicio de la acción contractual. Y para evitar que en el futuro, con nuevos contratos o al revocarse los vigentes, la Aeronáutica insistiera en desconocer la ley, se solicitó que además se declarara que estaba obligada a cumplir y aplicar el decreto 3444/85.

"Eso es pedir **que se repare el daño** o, lo que es lo mismo, que se restablezca el derecho. Por ello es lamentable que se confunda el restablecimiento del derecho con el cumplimiento del contrato.

"8o.) Las pretensiones posibles en la acción contractual están descritas en el artículo 87 del C.C.A., así: a) que se declare su existencia o su nulidad, con las declaraciones consecuenciales; b) que se ordene su revisión; c) que se declare el **incumplimiento** del contrato, con la correspondiente condena de perjuicios y otras declaraciones, si es el caso.

"Como puede apreciarse, y lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, **no existe la acción contractual de cumplimiento del contrato, porque no existe la pretensión de cumplimiento, sino lo que existe es la acción contractual por incumplimiento**, lo cual es bien distinto.

"Es, pues, una absurda consideración jurídica la de entender que la pretensión era la de **cumplimiento** del contrato, pues la ley autoriza es la de **incumplimiento.**

"Por lo mismo, no hubo indebida acumulación de pretensiones -la de nulidad y contractual de cumplimiento del contrato-, pues ésta última no existe en la legislación. La única ejercitada fue la de nulidad con restablecimiento del derecho, y éste consistente en la reparación del daño.

"9o.) Es más Del contexto de la demanda, que al Juzgador debe servirle como instrumento de interpretación, de las pretensiones y por tanto de la acción ejercitada, no se desprende en momento ni en modo alguno, que el actor haya

solicitado el **cumplimiento** de los contratos. Por ello es extraña la decisión recurrida.

"Por lo demás, aún en el supuesto hipotético de que se hubiera ejercido una pretensión de carácter contractual, el Tribunal olvidó que conforme a la disposición del art. 82 del C. P. C., es posible la acumulación de pretensiones **aún cuando no sean conexas**, si se reúnen, como están reunidos en este caso, los requisitos señalados en tal norma. La aplicación de ese artículo 82 está autorizada para los procesos contencioso administrativos en el art. 52 del Decreto 2651 de 1991.

"10o.) De otra parte, la circunstancia de que no se haya interpuesto la demanda ante el Consejo de Estado se explica por un hecho histórico, explicación que damos por cuanto el auto recurrido inadmite la demanda 'por incompetencia':

"a.) Lo primero que se observa, previamente, es que cuando el funcionario no es competente para conocer de una demanda, está obligado, no a inadmitirla, sino a **remitirla al que sea competente** dentro de la misma jurisdicción, **a la mayor brevedad,** como lo **ordena**, el artículo 143 del C.C.A. En este caso ha debido ordenar tal envío al Consejo de Estado.

"(.....)"

"e.) Es claro que se trata de demandas sin cuantía porque las pretensiones sobre restablecimiento del derecho se limitan a solicitar declaraciones". (fls. 375 a 382 C. Principal).

Por último el recurrente solicita que se admita la demanda y se acceda a la petición de Suspensión Provisional formulada con ella.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La naturaleza de la acción contenciosa que ejerce el actor no se puede deducir, sin más, de la invocación que de ella se haga en la demanda; ésta, si bien puede constituir un elemento de juicio que tome en cuenta el juzgador en conjunto con otros que le merezcan atención, por si sola resulta insuficiente; reflexionar en contrario significaría admitir que una acción es de nulidad, o de nulidad y restablecimiento del derecho, o de reparación directa, o contractual, simplemente porque el demandante así lo afirma, dejando de lado los requisitos de fondo que la preceptiva procesal administrativa ha estatuido para cada una de ellas; semejante aserto dejaría en manos del actor y a su libérrima voluntad, el manejo por ejemplo, de los términos de caducidad de algunas de las acciones que, con imperio de orden público, impone la ley procesal.

SECCION TERCERA

Sobre esta premisa inicial, para el caso presente, la Sala encuentra varias circunstancias que contribuyen a esclarecer el asunto, a saber:

1. Los demandantes AEROMECANIC LTDA., ESCUELA DE AVIACION DEL PACIFICO LTDA., LINEAS AEREAS LA PAZ LTDA., OCCIDENTAL DE AVIACION LTDA., HANGAR 4 LTDA., SERVICIOS AEREOS DEL PACIFICO, SERPA LTDA., BARCENA Y VILLARREAL Y CIA. S en C., RICHARA LTDA., EDGARDO BORELLY & CIA. LTDA., así como las personas naturales relacionadas en la demanda son todos "arrendatarios de lotes de terrenos que les fueron arrendados por el Fondo Aeronáutico Nacional y están ubicados en el inmediaciones (sic) del Aeropuerto `Alfonso Bonilla Aragón' de la Ciudad de Santiago de Cali" (hechos 1o. a 6o. de la demanda).

2. Los actores invocan expresamente su condición de arrendatarios, pues, por esa única circunstancia, se sienten afectados con la expedición de la resolución No. 11.249 del 6 de septiembre de 1991, aquí acusada, en virtud de la cual se "resolvió adoptar como unidad de medida para el cobro de los cánones de arrendamiento la del salario mínimo legal diario y señaló unilateralmente las tarifas mínimas de arrendamiento..." (hecho 11 de la demanda -Subraya la Sala).

3. Los demandantes afirman "no estar en condiciones de pagar tan exorbitantes cánones de arrendamiento" (hecho 13) e insisten en que "la entidad demandada pretende hacer aumentos de los cánones de arrendamiento" (hecho 14 parte final - Subraya la Sala).

4. Entre los mecanismos que presentan los actores para el "restablecimiento del derecho" se cuentan éstos:

a. Que se declare que el canon máximo de arrendamiento debe ser "convenido o pactado de común acuerdo, entre ambas partes contratantes" y no "fijado unilateralmente" por la demandada. (Pretensión 3a).

b. Que se condene a la demandada a "renegociar el canon de los contratos de arrendamiento y prórrogas que hubiese suscrito .... " y a la devolución o abono al pago de cánones futuros de cuanto los actores hubiesen pagado en exceso (pretensión 4a).

"En caso de considerarse que el acto demandado es de carácter particular, que dicha condena se restrinja a los contratos celebrados con los demandantes: .... (se subraya).

Surge de esta relación que, tal y como lo dedujo el *a-quo*, la acción entablada es de naturaleza contractual aunque se presente bajo la apariencia de una de nulidad y restablecimiento del derecho; las dos acciones pertenecen al contencioso que genéricamente, se ha denominado como "de plena jurisdicción", o contencioso subjetivo, marcado por el interés particular que anima al actor; desde este punto de vista se acercan aunque cada una se estructura con elementos específicos que las distingue e impide que se utilicen indistintamente; la presencia del contrato, acto bilateral por excelencia, como principalísimo elemento para la definición de la controversia señala, sin duda, puntos de partida diversos para cada una de las acciones aunque en ambas puedan aparecer involucrados actos administrativos unilaterales.

La persistencia de la parte actora en utilizar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho para proteger determinados intereses contractuales, derivados de su condición de arrendatarios de la administración, la condujo a pedir que, por vía general, se le impartiese la orden de la aplicación de la ley, asunto que, por el principio de la separación de las ramas del poder público (artículo 113 de la C.N.), está vedado al juzgador.

El profesor Carlos Betancur Jaramillo, refiriéndose a las palabras "y cumplimiento" que configuraban la redacción del artículo 86 del C.C.A. antes de que fuese reformado por el Decreto Extraordinario Nº 2304 de 1989, señala:

> "Fué oportuna la supresión del extremo `y cumplimiento', se repite, porque con él se pretendió dar entrada en nuestro derecho a la figura `mandamos o prohibimos' del sistema anglosajón, con olvido no sólo de que nuestro sistema es de derecho administrativo y que el principio de la separación de los poderes que nos rige, impide a la jurisdicción inyungir a la administración, o sea imponerle coercitivamente el cumplimiento de cometidos que le competen, ordenándole ejecutar algo que no está haciendo o prohibiéndole lo que está ejecutando.
>
> "Cuando aquí hablamos de la prohibición de inyungir o de expedir `*injontions*', no nos referimos a las condenas impuestas por la jurisdicción como consecuencia de la nulidad de un acto administrativo o de un contrato o de la declaración de ilegalidad de una conducta o hecho omisivo, casos en los cuales, la jurisdicción actila con apoyo en la Carta Constitucional, salvándose así el escollo que implicaría la autonomía de los poderes públicos. No puede olvidarse que nuestro sistema es de derecho administrativo porque juzga los actos y hechos de la administración y en general, toda la actividad administrativa.

"La imposibilidad que tiene el poder jurisdiccional para darle órdenes a la administración no derivadas de los procesos de su competencia, tiene respaldo jurisdiccional de vieja data. Además, en fallo reciente al estudiar una demanda en la que se pretendía que la jurisdicción obligara a la administración a cumplir con el deber u obligación de comunicar a otra entidad pública una determinada cuestión, sostuvo:

"'Ha dicho la jurisprudencia de la Sala que la jurisdicción no puede sino en casos excepcionales imponer coercitivamente a las personas públicas que conforman la administración obligaciones de hacer, porque esto mostraría a la jurisdicción inmiscuida o extraviada en el campo propio de aquélla, con desconocimiento del principio de la separación de los poderes públicos'.

"Se observa que la nueva constitución en su artículo 87 crea una acción pública a favor de cualquier persona, que le permitirá a ésta acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. Con esto se quiebra el principio rígido de la no inyucción de la jurisdicción para con la administración, vigente en la constitución anterior. Pero esa quiebra se produce con una acción popular, sin contenido patrimonial, en principio, no asimilable en forma alguna a la acción de reparación directa aquí estudiada. Aunque puede pensarse que la acción deberá también ser del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa, habrá que esperar el desarrollo legal; como también habrá que esperar éste para saber si tendrá o no contenido indemnizatorio". (Derecho Procesal administrativo 3o. ed. págs. 41 a 4).

De otra parte, no hay duda respecto del carácter general que reviste el acto administrativo cuya nulidad se solicita, pese a que el actor ensayó pretensiones distintas para el evento en que se estimase que era de carácter particular; a lo anterior hay que añadir que nada, salvo las pretensiones, indica que hayan actos de aplicación para cada uno de los contratos de arrendamiento que fundan las reclamaciones. Estas consideraciones conducen a concluir que, frente al acto cuestionado, eran otras las acciones posibles para obtener respuesta a las pretensiones que aquí escogieron un camino equivocado.

Por consiguiente en el presente caso existe una indebida utilización de la acción contenciosa, circunstancia que impone la confirmación del auto apelado; no hay lugar a ordenar la corrección de la demanda pues dicho procedimiento es viable únicamente cuando los defectos de que adolezca sean aquellos que la ley estima como "simplemente formales", que no es el caso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Por las razones señaladas en la parte motiva SE CONFIRMA **el auto apelado.**

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

PLIEGO DE CONDICIONES - Interpretación / PLIEGO DE CONDICIONES - Requisitos.

El pliego de condiciones, en razón de las normas de Derecho que contiene, reguladores del proceso licitatorio, es objeto de interpretación -como cualquier otra norma jurídica-, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever, con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en el desarrollo del concurso. Para tal labor, el interprete estará bien guiado sí acude con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de ser de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada. En el presente caso, la necesidad de aportar las dos constancias previstas en los pliegos de condiciones no pueden tener finalidad distinta de asegurar que la licitación y el contrato se adjudiquen a una persona con la suficiente experiencia en el ramo de que se trate. Si la proponente que resultó favorecida había sido conocida con anterioridad, y de modo directo, por la entidad licitante la cual, por lo mismo, estaba en capacidad de certificar su seriedad e idoneidad, no se ve obstáculo alguno para que utilizara ese conocimiento en la evaluación de las ofertas sin que por ese solo hecho se pueda apreciar quebranto o infracción al principio de igualdad de los licitadores.

EXP. - 5906

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 5906. Demandado: Empresas Municipales de Cali - Emcali -. Actor: AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra del fallo que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el 5 de abril de 1989, por medio del cual decidió "negar las peticiones de la demanda".

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. Mediante apoderado judicial, la firma "AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA" compareció, el 29 de octubre de 1982, a demandar al establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI- entidad frente a la cual esgrimió estas pretensiones:

"PRIMERA: Es nulo el Contrato GT-041-82, celebrado entre el Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali -EMCALI- y la Sociedad ERICSSON DE COLOMBIA S.A. sobre Transmisión de Alarmas, por encontrarse vicios de procedimiento en su adjudicación.

"SEGUNDA: Es nula la Resolución No. 072 de 1982 (junio 30) en la que se basa el contrato No. GT-01-82 (sic) a que se refiere el punto anterior, expedida por la Junta Directiva de EMCALI, "Por la cual se adjudica a la Compañía Ericsson de Colombia S.A., el diseño, fabricación, suministro, instalación y puesta en servicio de un Equipo de Transmisión de Alarmas, para 512 abonados, con los respectivos repuestos, equipo de prueba y materiales de instalación", por haber sido expedida en forma irregular.

"TERCERA.- Es nula la descalificación hecha a la firma AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA en la Licitación Pública Internacional No. GPD.001-82, abierta por EMCALI.

"CUARTA.- En consecuencia de las declaraciones anteriores, de acuerdo con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, declárase que dentro de la Licitación Pública Internacional GPD-001-82 abierta por EMCALI, la firma adjudicatario es AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA, con la cual Emcali deberá celebrar el contrato

correspondiente. Con todo, si por alguna circunstancia como la de haberse iniciado o concluído el objeto de la Licitación en virtud de contrato celebrado, no fuere posible ya celebrar el contrato con AUTOPHON, EMCALI deberá pagar a AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA todos los perjuicios que se le hubieran causado por su eliminación en la Licitación Pública Internacional No. GPD-001-82, contadas aquí las utilidades comerciales que hubiere percibido, de haberse celebrado con dicha firma el contrato, en el valor presente de la moneda al liquidarse por medio de peritos la obligación, además, los gastos en que incurrió la firma para haber podido participar en la Licitación.

"QUINTA.- En consecuencia de las declaraciones anteriores, y conforme al Artículo 328 de la Ley 4o.de 1913, EMCALI tiene derecho a repetir contra los funcionarios y miembros de su Junta Directiva que participaron en la adjudicación de la Licitación Pública Internacional No GPD-001-82 y en la celebración del Contrato No. GT-04-82, así:

"Dr. José Cardona Hoyos
Dr. Libardo Lozano Guerrero
Dr. Germán Romero Terreros
Dr. Alvaro Vélez Victoria
Dr. Terry Adamo Rojas
Dr. Aurelio Arboleda Duque
Dr. Diego Restrepo Gómez
Dr. Francisco Villegas Tascón
Dr. Alfonso Caicedo Herrera
Dr. Manuel Guillermo Londoño C.
Dr. Reinaldo Carvajal Bejarano
Dr. Carlos Arturo Campo Rengifo
Dr. José Vicente Montoya Quintero".(fls. 919 y 920 C.1 B).

2. Los hechos que expuso la demandante para sustentar sus pretensiones, son, en síntesis, los siguientes (fls. 901 - 911 C.1 B):

A. Autophon Limitada resultó eliminada de la licitación pública internacional GPD-002-81, en la sesión ordinaria de la Junta Directiva de Emcali, recogida por el acta No. 004, punto 3 del orden del día, porque " .... aunque.... en una parte de la propuesta acepta lo estipulado en los pliegos, al final incluye un anexo con unas condiciones diferentes que (los) contradicen ... ".

B. Según el informe del Gerente, la firma proponente había manifestado que dicho anexo no se debía tener en cuenta.

C. La Resolución No. 011 de enero 25 de 1982, declaró desierta la licitación.

D. Por la licitación pública Internacional No. GPD-001-82, Emcali mostró su interés en recibir ofertas "para el diseño, fabricación, suministro e instalación, interconexión, prueba y puesta en servicio de un Sistema de Transmisión de Alarmas, adecuado para su integración en la red telefónica de la ciudad de Cali, ...". (fl. 903).

E. La Junta Directiva, en sesión cumplida el 30 de junio de 1982 y recogida en el acta No. 019, decidió, por unanimidad adjudicar la licitación a la compañía Ericsson de Colombia S.A.; esa decisión se concretó por medio de la resolución No. 072 de junio 30 de 1982.

F. En el proceso de adjudicación se cometieron estas irregularidades:

"1o. Conforme al punto 1.142 del Pliego de Condiciones las Propuestas DEBIAN INCLUIR en cada uno de los ejemplares de la Propuesta, entre otros documentos, "Dos (2) constancias expedidas por otras ADMINISTRACIONES DE TELECOMUNICACIONES sobre adquisición y experiencia obtenidas por ellas con equipos iguales o similares a los ofrecidos en la Propuesta". Es más: se previó en el mismo punto que tales documentos eran TAMBIEN INDISPENSABLES "para considerar y evaluar la Propuesta" (folio 48 y 49) (Mayúsculas mías).

"Sin embargo, la firma ERICSSON DE COLOMBIA S.A, no cumplió la condición anotada. Presentó, sí, constancias, al parecer de una compañía de Seguros (Skandia) (folio 406); de un cuerpo de bomberos (Gothenburo fire defence) (folio 397); de una entidad aeronáutica (Luftfartsverket) (folio 39) en idiomas diferentes al español, aunque ésta era otra de las exigencias del Pliego de Condiciones, según el Punto 1.12 del mismo: "La Propuesta con todas las informaciones solicitadas (Subrayo) en las Secciones I a VI del Pliego de Condiciones deberá ser presentada en idioma español". De manera que las mencionadas referencias (folio 47 del expediente).

"a) No se presentaron en idioma español; luego no se ajustaron al punto 1.12 del pliego: b) no fueron expedidas por Administraciones de Telecomunicaciones; luego no se ajustaron al punto 1.14.2.1. del pliego. (folio 49 expediente).

"Constancia en español, y ésta sí en relación con la Administración de Telecomunicaciones de Holanda es la que se observa a folio 393; pero no

fue referencia, así se quiera interpretar con la mayor voluntad. Es la simple manifestación de un tercero de que "gustosamente enviarán carta de referencia directamente a Emcali, si lo solicita" (folio 393). La constancia anterior tampoco se ajustó al Punto 1.14.2.1 del Pliego de Condiciones. (folio 49 del Exp.). No se puede tomar como referencia la nota igualmente en español que aparece a folio 412 a la aparente manifestación de la Administración Central de Telecomunicaciones de Suecia, en el sentido de que ha decidido adquirir un equipo o Sistema de fabricación L.M.Ericsson Tipo HAL-102- pues, aunque se encuentra en español, no cumple las especificaciones exigidas en el Punto 1.14.2.1 del Pliego.

"2o. El punto 1.2 del Pliego de Condiciones determinó que los equipos "deberán funcionar perfectamente en las condiciones geográficas y metereológicas de Cali, según detalles suministrados en dicho punto, (folio 39), por ejemplo, Temperatura Máxima: 40°C. En referencia a este punto Ericsson indicó que "El Sistema requiere de las siguientes condiciones ambientales en el sitio de operación" y determinó entre otras la temperatura ambiente en la Central principal de + 15°C a + 27°C (folios 343, 558 y 560). Es decir, que su equipo no funciona a más de 27°C, cuando lo requerido por Emcali es de 40°C. Luego tales equipos no cumplen la condición especifica de "FUNCIONAR PERFECTAMENTE EN LAS CONDICIONES GEOGRAFICAS Y METEREOLOGICAS DE CALI" exigidas en el Punto 1.2. Tan cierto es ello que para que puedan funcionar es necesario la utilización adicional de aire acondicionado según el propio análisis de EMCALI y del Ministerio de Comunicaciones, como se verá en las pruebas.

"Es más: a folio 561 la misma ERICSSON presenta otras condiciones, que, no solo confirma, la disfuncionalidad del equipo, sino que hace, confusa la propuesta por la contradicción en este aspecto, pues no se entiende cuál es, en verdad, la temperatura a que ellos se refieren.

"Al efecto, sobre la "Temperatura Nominal de trabajo del Equipo" señala en el Punto 4.9.2.

"-Transmisión (suscriptor)	: 25°C
-Concentrador	: 25°C
-Central Principal	: 21°C
-Centro de Presentación	: 21°C

"De acuerdo con el Punto 1.23.2 del Pliego, por ello había lugar a la eliminación de la propuesta como lo dice la parte final del mismo: " ....

porque la propuesta haya sido incompleta o haya sido preparada en forma confusa que no se pueda entender" (subrayo) (folio 60).

"3o. Según el Punto 4.5.2 del Pliego de Condiciones: "Las transmisiones de alarma (equipo de abonado) se conectarán a los concentradores de líneas de abonado respectivos, en lo posible a través de la línea del teléfono normal y DEBERAN PERMITIR la operación simultánea del mismo" (folio 132). ERICSSON S.A., a folio 543, aceptó que "los transmisores (suscriptores) se conectan con los Concentradores a través de la Línea de Abonado Telefónico". Pero no ajusta su propuesta a la exigencia perentoria de que DEBERAN PERMITIR operación simultánea, ya que sólo admitió que "Puesto que se utilizan filtros (AFTI) en cada lado de la línea ES POSIBLE tener simultáneamente la conversación telefónica y la transmisión de alarma" (Mayúsculas mías).

No es necesario mayor esfuerzo mental para concluir que la posibilidad no equivale a la seguridad, y que la solicitud de EMCALI no admitía posibilidad. La conversación telefónica y la transmisión de alarma DEBEN operar en forma simultánea, SIN DUDAS.

"4o. Acorde con lo anterior, el principal requisito dentro de las Especificaciones Técnicas, según el Punto 4.6., "es el de proporcionar un sistema de transmisión de alarmas fiable, seguro y rápido utilizando en lo posible el par del abonado por aplicación del principio de superposición FUERA DE LA BANDA DE CONVERSACION" (3003400 HZ) (folio 133) (mayúsculas mías). (folio 135 del expediente).

"Pues bien: la propuesta de ERICSSON indica, según se vé a folio 548, que "la frecuencia usada para la señalización fuera de banda es de 4300 Hz"; pero de acuerdo con la descripción del equipo en el Catálogo que se anexó al efecto en la misma propuesta "la forma de transmisión de la señal de alarma del transmisor del abonado hacia el concentrador se efectúa en las frecuencias de 1600 - 2.100 Hz (folio 593). De manera que, si bien la Primera información se ajusta al Pliego, la Segunda demuestra discrepancia entre lo solicitado y lo ofrecido y demuestra también contradicción entre lo que indica el folleto (folio 593) y lo que se dice en la propuesta (folio 548), circunstancia que la hace confusa, por cuya razón debió eliminarse, como se estableció en el Punto 1.23.2 del Pliego. Por menos fue eliminada AUTOPHON de la Licitación Pública No. GPD-002-81, por la misma EMCALI, según se probará en su oportunidad (folio 60 del expediente).

"Es más, en este punto (4.7.1), se habla en la propuesta de ERICSSON de unos filtros (AFTI) que tienen un desarrollo pero no los documenta, y la verdad es que si ellos forman parte del equipo, también Debió incluirse en relación con ellos los "catálogos técnicos y memorias explicativas que contengan la información completa para el estudio y conocimiento de los equipos ofrecidos", como se determinó en el punto 1.14.2.4. (fl. 548 y 549). Este o estos documentos eran TAMBIÉN INDISPENSABLES "para considerar y evaluar la propuesta", en los términos del punto 1.14.2 (folio 48)." (fls. 906 a 909 C.1 B).

G. Posteriormente, el 3 de septiembre de 1982 se suscribió el contrato GT-041-82.

H. La firma demandante fué descalificada por la Junta Directiva (acta No. 019) porque " .... presenta paz y salvo expedido por la Contraloría General de la República y lo exigido es el paz y salvo expedido por la Administración de Impuestos Nacionales".

3. En cuanto a los fundamentos de derecho, la demandante consideró los siguientes aspectos (fls. 912 - 918 del C. 1 B):

a. Violación de los artículos 274 y 360 del Código Fiscal del Municipio de Cali, en cuanto se adjudicó la licitación a una firma que no cumplía con los requisitos de los pliegos de condiciones.

b) Violación del ordinal 1.14.1.4 del pliego de condiciones que exigía anexar a la propuesta el "certificado de Paz y Salvo con el Tesoro Nacional por concepto de impuestos sobre la renta y patrimonio y certificado de paz y salvo con Emcali y con el Municipio de Cali por todo concepto, vigentes en la fecha de cierre de la licitación". (fl. 915), en cuanto la actora agregó y no fue aceptado, el certificado expedido por la Contraloría General de la República, pese a que en el pliego no se especificó la autoridad que debía expedir el aludido paz y salvo.

c. Violación del artículo 2o. de la ley 1a. de 1981, en cuanto "exige presentación de paz y salvo a quien tiene derecho a contratar; no a quien se encuentra en expectativa de llegar a contratar; es decir, a quien se le adjudicó un contrato, no a quien es postulante a la adjudicación".

d. Violación del artículo 256 del Código Fiscal de Cali, que exige el paz y salvo para contratar y no para licitar.

4. Notificada la entidad demandada del auto admisorio de la demanda, mediante apoderada especial se vinculó al proceso (fls. 1014 a 1038 del C.1 B) y pidió pruebas (fls. 1039-1043); el Tribunal las decretó en conjunto con las que había pedido la parte actora y señaló un término de 30 dias para practicarlas; vencido, se trasladó el negocio a las partes para que alegaran de conclusión.

La entidad demandada, en un detallado estudio, sostiene (fls. 1106 - 1140):

a. Que en el acta 004 de 25 de enero de 1982, la Junta Directiva de Emcali no descalificó a la demandante; solo contempló la posibilidad de hacerlo; la decisión fué la de declarar desierta la licitación con apoyo legal suficiente; subraya, sin embargo, las contradicciones en que incurrió la propuesta de la actora.

b. No existe irregularidad alguna en la adjudicación de la licitación GPD-82; la firma adjudicataria era conocida de Emcali por las relaciones que habían existido entre ellas antes de la licitación; de otra parte, las referencias aportadas por la Ericsson, si bien no siempre provienen de Empresas de telecomunicaciones, "se entiende que la operación de un sistema de alarmas incluye una empresa telefónica del sector"; luego de transcribir la exigencia 1.12 de los pliegos, señala:

> "Como se deduce de la lectura de lo transcrito, EMCALI solicitó que los documentos e informaciones (excepto catálogos técnicos) que se acompañaran estuvieren en español. **Pero no previó EMCALI que si alguna información de la propuesta estuviere expedida en otro idioma distinto al español, se acompañara su traducción oficial.**
>
> "De tal manera que ante esa omisión el Pliego de Condiciones necesariamente había que considerar y evaluar documentos con la traducción simple que de ellos se acompañara, sin exigir mas requisitos.
>
> "(.....)
>
> "La Junta Directiva de EMCALI admitió, por tanto, referencias expedidas en otros idiomas presentadas con traducción oficial, teniendo en cuenta que no se había solicitado". (fls. 1113 - 1114 C.1 B).

En relación con la exigencia del ordinal 1.2. de los pliegos de condiciones, anota:

> "El proponente ERICSSON DE COLOMBIA S.A. fué muy claro y expreso al poner en conocimiento de EMCALI las condiciones geográficas

y Metereológicas de los equipos que ofrecía, las que presentaban algunas variaciones a las enunciadas en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública Internacional GPD-001-82.

"La demanda dá cuenta de tales variaciones, **pero omite advertir que EMCALI se reservó el derecho de considerar ofertas que presentaran especificaciones técnicas diferentes a las indicadas en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública Internacional GPD-001-82.**

"Efectivamente, expresa el numeral 1.16 del referido Pliego de Condiciones:

"1.16 **Desviación del Pliego de Condiciones y Especificaciones.**

"El Licitante deberá indicar claramente en su propuesta con cuáles especificaciones técnicas del pliego de cargos no cumple la propuesta presentada por él. Además deberá explicar las razones para no cumplir con estas especificaciones del pliego de condiciones. EMCALI se reservará el derecho de considerarlas. (subrayo).

"Como se puede deducir de la transcripción de la oferta de ERICSSON DE COLOMBIA S.A., en lo que respecta a las condiciones ambientales, ésta firma licitante cumplió con todas las exigencias que marcó el numeral 1.15 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública Internacional GPD-001-82 para presentar ofertas con especificaciones técnicas diferentes.

"Según el Pliego de Condiciones numeral 1.16, el licitante debería indicar claramente en su propuesta con cuáles especificaciones técnicas no cumplía su oferta. Así lo hizo ERICSSON DE COLOMBIA S.A., pues expresó: "El sistema requiere de las siguientes condiciones ambientales en el sitio de operación..... (detalla todas las condiciones especiales distintas a las relacionadas en el pliego)".

También exigió el Pliego de Condiciones que el licitante explicara las razones para no cumplir con las especificaciones descritas en tales pliegos. Así lo hizo ERICSSON DE COLOMBIA S.A., pues en su oferta expuso: "Estas condiciones se necesitan normalmente en centrales telefónicas y computadores, para tener óptima operación, mayor confiabilidad y larga vida de los equipos".

"Ante esto, EMCALI al aceptar la oferta de ERICSSON DE COLOMBIA S.A., actuó en ejercicio de un derecho que la entidad se

había reservado en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública Internacional GPD-001-82: el derecho de considerar y, finalmente, aceptar una oferta que tuviera especificaciones técnicas distintas a las enunciadas en el Pliego de Condiciones. (Derecho establecido en el numeral 1.15 del Pliego de Condiciones de la referida licitación).

"Y es que ni la Administración de EMCALI, ni la Junta Directiva de esta entidad ignoraron la desviación de la oferta de ERICSSON, en lo que a temperatura de los equipos se refiere.

"El grupo técnico de EMCALI que preparó el documento: "Análisis General y Técnico de las Ofertas - Licitación GPD-001-82" expresamente consigno en dicho documento (que fue aportado al proceso como prueba, relacionada en mi escrito de impugnación en el punto I, PRUEBAS, Documentos, numeral 1) **que algunos de los elementos del equipo de transmisión de alarmas ofrecidos por ERICSSON DE COLOMBIA S.A. a EMCALI con motivo de la Licitación Pública Internacional GPD-001-82 requerían, para su óptimo funcionamiento, de aire acondicionado.**

"Ese grupo técnico de EMCALI, al elaborar los cuadros que como ANEXO No. 3. CARACTERISTICAS TECNICAS, hacen parte del "Análisis General y Técnico de las Ofertas - Licitación GPD-001-82", señaló con asterisco (*) cada uno de los elementos del equipo de transmisión de alarmas ofrecido por ERICSSON que requerían operar con aire acondicionado para su óptimo funcionamiento y mayor vida útil del equipo.

"En efecto. En el cuadro correspondiente a la ESTACION PRINCIPAL de los equipos (ANEXO 3 del documento "Análisis General y Técnico de las Ofertas - Licitación GPD-001-82"), aparece un asterisco (*) cuando se señala la temperatura de la ESTACION PRINCIPAL del equipo de ERICSSON, así:

"..... 15°C ——27°C * "

"Luego al final del cuadro se consignó:

" Requiere aire acondicionado."

"De igual manera se dejó constancia en el cuadro correspondiente a CENTRO DE PRESENTACION (ANEXO No. 3 del "Análisis General y Técnico de las Ofertas - Licitación GPD-001-82"). En el renglón

correspondiente a Temperatura del Centro de Presentación, en lo que a los equipos de ERICSSON se refiere, el grupo técnico determinó lo que sobre esto había expuesto ese licitante en su oferta. Esto es:

"'..... 15° C — 27° C*...'

"Después, al final del cuadro, el grupo técnico de EMCALI desarrolla el asterisco así:

"Requiere aire acondicionado'." (fls- 1118 a 1121 C.1 B).

Sobre el mayor valor que significa la propuesta de Ericsson, sostiene:

"El Ingeniero Trujillo al ser interrogado para que hiciera un estimativo del valor requerido para adquirir un sistema de aire acondicionado destinado a la instalación del sistema de transmisión de alarmas vendido por la ERICSSON DE COLOMBIA S.A. a EMCALI, particularmente para los dos elementos del sistema que lo requieren (Central Principal y centros de Presentación), consideró que el costo sería aproximadamente la suma de $300.000.00, y allí en esa cantidad consideró la compra e instalación de equipo de aire acondicionado de reserva.

"Sin embargo seamos mas drásticos y consideremos que se inviertan $500.000.00. **Evidentemente es poca esa suma comparada con la diferencia de costos que hubiera tenido que pagar EMCALI de haber adquirido el sistema de transmisión de alarmas ofrecido por AUTOPHON LIMITADA".** (fl. 1124 C.1 B).

Analizó comparativamente los precios propuestos por las firmas demandante y adjudicataria con ocasión de las dos licitaciones y encontró:

"Se puede observar que los precios ofrecidos por ERICSSON por el sistema de transmisión de alarmas, para junio de 1982 ($76.437.805), fueron mas bajos que los ofrecidos por esa firma con respecto al mismo equipo seis (6) meses antes ($82.314.246). ERICSSON hizo una rebaja pasados seis (6) meses de $5.876.441.00.

"Por su parte, AUTOPHON reajustó el precio de los equipos, entre Enero y Junio de 1982, de $81.529.347 a $99.101.063, esto es en seis meses subieron $17.571.716.00.

"Y no sólo eso. Comparemos los precios de ERICSSON y AUTOPHON LIMITADA para la Licitación Pública Internacional GPD-001-82:

ERICSSON ofreció el sistema de alarmas por $76.437.805.00 y AUTOPHON ofreció el sistema de alarmas por $99.101.063.00.

"EMCALI decidió adquirir el equipo de ERICSSON DE COLOMBIA S.A., lo que le equivale a (sic) haberse ahorrado $22.663.258.00 por no haber adquirido el equipo de alarmas ofrecido por AUTOPHON. Es una diferencia de precios considerable". (fl. 1127 C.1 B).

Sobre el mismo Punto, resaltó el siguiente aparte del informe que rindió el grupo técnico que evaluó las ofertas:

"'Los equipos de Autophon, Ericsson y CEAG-SP e ISC son aptos desde el punto de vista técnico para ser instalados en la infraestructura existente en la red telefónica de Cali.

"No se presentan diferencias técnicas notorias que coloque alguno de los sistemas en franca ventaja sobre los demás; todos pueden alcanzar la capacidad final de 4.000 abonados que exige el pliego...'".

"Luego, en igualdad de condiciones se prefirió el Mejor precio: el ofrecido por ERICSSON DE COLOMBIA S.A." (fl. 1129 C.1 B).

De la discusión relativa al paz y salvo dijo:

"Pero lo que si es un hecho es que AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA en lugar de acompañar el paz y salvo Nacional solicitado, aportó una circular de la Contraloría General de la República, Juicios Fiscales Fianzas y Finiquitos, y de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1651 de 1961 "el certificado de paz y salvo por concepto del impuesto sobre la renta, sus complementarios, recargos, sanciones e impuestos especiales que se liquidan con base en las declaraciones de renta y patrimonio <u>será expedido por los Administradores o Recaudadores de Impuestos Nacionales</u>". (subrayo).

"Esto implica que AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA no cumplió con las exigencias del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública Internacional No. GPD-001-82". (fl. 1136 C.1 B).

El alegato de la demandante aparece a folios 1141 a 1158 del Cuaderno 1B; dijo estar probado:

- Que la firma Ericsson no acompañó las "dos constancias expedidas por otras ADMINISTRACIONES DE TELECOMUNICACIONES sobre

adquisición y experiencia, obtenidas por ellos con equipos iguales o similares a los ofrecidos en la propuesta".- Este requisito fué considerado fundamental en el caso de la firma Micrón y no en el de la adjudicataria.

- Que el equipo ofrecido por la firma Ericsson "no funciona perfectamente en las condiciones geográficas y metereológicas de Cali", lo cual "constituye una desviación del pliego"; "la condición de aire acondicionado no estaba en el pliego. Lo viola."

- Que se descalificó a la actora por no haber aportado un documento (paz y salvo), que no era legalmente exigible y que sí aportó.

El Fiscal del Tribunal comparte las apreciaciones de la demandada expuestas en los alegatos de conclusión y, de consiguiente, solicita "despachar desfavorablemente las peticiones de la demanda" (fls. 1161 1171 del C. 1 B).

5. El Tribunal adoptó la decisión que es objeto de recurso, luego de reflexionar con esta lógica:

a) "El Tribunal no se pronuncia sobre el Capítulo I, título I de la demanda, porque se trata de una licitación antecedente a la que es objeto del presente litigio, y sí entra a analizar las peticiones propiamente dichas de la misma". (fl. 1177 C. 1 B).

b) Respecto del requisito enlistado en el ordinal 1.14.2 del pliego de condiciones y que la demandante estima infringido, expresó:

"Para dar cumplimiento a este requisito, la Ericsson presentó:

"A) Constancia expedida por Luftfartsverket- Trafikavdelningen Teletek niska sektionen (DIRECCION GENERAL DE AVIACION CIVIL DE SUECIA - Departamento de Tráfico-Sección de Teletécnicas).

"B) Constancia expedida por el Cuerpo de Defensa contra incendios de Gothenburg (GOTHENBURG FIRE DEFENCE).

"C) Copia de la solicitud de compra formulada por la Compañía de Seguros Skandia de Suecia, a Ericsson, respecto de equipos Alarcom.

"D) Constancia de la organización de defensa contra el fuego, de Suecia, con la cual se acredita que dicha organización decidió actualizar su equipo de alarmas a través del contrato que desde hace varios años tiene suscrito con la firma Ericsson.

"E) Constancia expedida por la Oficina de propiedad del Municipio de Södertälje (Suecia), entidad ésta que adquirió un equipo Ericsson tipo Hal-102 para ser interconectado a la red de la administración central de telecomunicaciones de Suecia.

"Además presentó copia auténtica de varios contratos suscritos entre la Ericsson y Emcali, entre ellos el contrato No. 105539 celebrado entre Empresas Municipales de Cali y la firma Ericsson de Colombia S.A. (Licitación Pública No. GT-001-78).

"Copia auténtica del contrato celebrado entre EMCALI y la ERICSSON DE COLOMBIA S.A., suscrito el 10 de abril de 1981, en desarrollo de la opción establecida en el contrato anteriormente citado.

"Con las pruebas anteriormente citadas, se establece que Emcali, ha venido contratando de tiempo atrás con la Ericsson S.A.; que en consecuencia es una firma ampliamente conocida por EMCALI en forma directa y personal y que esa experiencia personal da mayor credibilidad que cualquier referencia de Terceras personas sobre la Ericsson S.A.

"Considera el Tribunal que la exigencia del pliego de condiciones en el punto 1.14.2 al exigir dos constancias exigidas por otras administraciones de Telecomunicaciones sobre adquisición y experiencia obtenidas por ellas en equipos iguales o similares ofrecidos en la propuesta, está más que satisfecha en el presente caso, porque además de la experiencia y conocimiento directo de Emcali, de dicha empresa, acompañó certificaciones que si bien no provienen de Empresas de Telecomunicaciones similares, si complementan y acreditan la calidad del trabajo que realiza la Ericsson, en este campo, que es en realidad la exigencia del pliego de condiciones en el Item 1.14.2. No puede el Tribunal desconocer que las referencias aportadas establecen y satisfacen la exigencia del pliego de condiciones porque demuestran la buena calidad de los equipos de la Ericsson. Por ejemplo, la expedida por el Municipio de Södertälje (Suecia) que da cuenta del cambio del sistema de alarmas que realizó dicho Municipio, entidad de derecho público utilizando líneas de la administración central de Telecomunicaciones de Suecia". (fls. 1178 a 1180 C. 1 B).

c) En relación con el "idioma de La propuesta sostuvo:

"El pliego de condiciones no explicó o previó que en caso de que alguna información estuviere expedida en otro idioma, distinto al español, se acompañara su traducción oficial. Sería absurdo pretender que lo que

estaba diciendo el pliego de condiciones era por ejemplo que la referencia de adquisición de un equipo por parte del Pakistán o Argelia se expida en Español.

"Ante este silencio en el pliego de condiciones, obvio era aceptar y evaluar los documentos con la traducción que de ellos acompañara sin más requisito. Tomando literalmente lo expresado en el numeral 1.12 del pliego tantas veces citado, EMCALI, no previó siquiera la posibilidad que se acompañara algún documento o información (salvo la excepción prevista de los catálogos) que se expidiere en otro idioma que no fuera el Español. Según el pliego todas las informaciones y documentos de la oferta debieron presentarse expedidos directamente en Español, lo que no daba lugar siquiera a utilizar la traducción de los mismos. No puede ser esa la interpretación de éste Item y tanto es así que la junta directiva de Emcali, admitió referencias expedidas en otros idiomas presentadas con traducción al Español, sin exigir, obviamente, traducción oficial, teniendo en cuenta que no se había solicitado ni en esta ni en forma especial alguna.

"La junta directiva de Emcali, y en su oportunidad la comisión técnica de Emcali, aceptaron tanto la oferta de ERICSSON DE COLOMBIA S.A. como de AUTOPHON LTDA. en lo que a certificaciones sobre referencia de otras entidades con respectivos equipos de transmisión de alarmas, teniendo en cuenta el poco rigorismo del pliego de condiciones, en este aspecto, no desestimaron los documentos aportados.

"ERICSSON DE COLOMBIA S.A., cumplió con hacer la traducción de las referencias al idioma español. Por lo tanto está satisfecho dicho requisito." (fls. 1180 a 1181 C.1 B).

d) Sobre la "desviación de los pliegos" que la demanda encara a la propuesta favorecida, en cuanto los equipos ofrecidos no funcionan en las condiciones geográficas y metereológicas de Cali, el Tribunal hace este discernimiento:

"ERICSSON DE COLOMBIA S.A., cumplió exactamente con estos numerales, y con exigencia también, del Item 1.15 del pliego de condiciones de la licitación que nos venimos refiriendo. Fue muy claro al poner en conocimiento de Emcali las condiciones geográficas y metereológicas de sus equipos, las que presentaban algunas variaciones a las enunciadas en el pliego de condiciones, pero, como Emcali, de acuerdo también con el pliego de condiciones tenía el derecho - porque se lo había reservado - de considerarlas, así lo hizo y se ajustó en consecuencia a los dictámenes del pliego de condiciones. En síntesis, las especificaciones técnicas, para el

óptimo funcionamiento de algunos dichos equipos requerían de "aire acondicionado". Así lo expresaron también los técnicos de Emcali, y fue conocido y aceptado ampliamente por la Junta Directiva de Emcali, todo de conformidad con el Item 1.16. O sea que de los cuatro elementos que integran el sistema de transmisión de alarmas, sólo dos de esos elementos requieren aire acondicionado, como se explica en el cuadro del anexo No. 3 así:

"EQUIPO
TEMPERATURA

CENTRAL PRINCIPAL	15°C - 27°C	requiere aire acondicionado
EQUIPO DE ABONADO	0°C-+50°C	no requiere aire acondicionado
EQUIPO CONCENTRADOR	5°C - 45°C	no requiere aire acondicionado.
CENTROS DE PRESENTACION	15°C - 27°C	requiere aire acondicionado.

"Es más, el Ingeniero de mantenimiento electromecánico y de la interventoría de equipos de aire acondicionado, manifestó ante el Tribunal que el costo de dichos aires acondicionados sería de $300.000.oo cada uno. Suma que en realidad de verdad es poca comparada con el costo que hubiera que tenido que pagar Emcali, de haber adquirido el equipo que ofrecía Autophon Ltda.

"EMCALI hizo un cuadro comparativo de las distintas ofertas y dió el resultado siguiente:

ERICSSON DE COLOMBIA S.A.	$76.437.805.oo
CONSORCIO CEAG- SP- ISC Ltda.	$79.338.859.oo
AUTOPHON LIMITADA	$99.101.063.oo

"Es decir, había una diferencia en precio de $22.663.258.oo que en igualdad de condiciones técnicas, como bien lo determinó el grupo técnico, que avaluó las ofertas, bien valía la pena de tenerlo en la cuenta para hacer la adjudicación. Además, no tenía EMCALI, de acuerdo con las constancias procesales (contrato GT-018-81, la Sociedad Termoaires Ltda. se comprometió a instalar sistemas de aire acondicionado en todas las

Centrales Telefónicas de Emcali, incluyendo la planta telefónica de Colón (AOM) en la que se va a instalar la Central Principal y es la que requiere aire acondicionado.

"El pliego en su numeral 1.25 establece:

".....en igualdad de calidad y de condiciones se preferirá la propuesta que ofrezca el mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globales consideradas; y en igualdad de calidad, de condiciones y de precios, se tendrá en cuenta la experiencia alcanzada por los equipos del licitante y su organización en el país".

"También alega el demandante, que los equipos de Ericsson S.A. no garantizan que produzcan simultáneamente la transmisión de alarma y la conversación telefónica, ya que admitió que "como se utilizan filtros (AFTI) en cada lado de la línea es Posible tener simultáneamente la conversación telefónica y la transmisión de alarma....."

"Sobre esto entiende el Tribunal que es clara la manifestación de la Ericsson, en el sentido de afirmar que dicha compañía tenía la capacidad de producir la simultaneidad de la transmisión de alarma y conversación telefónica sin ninguna interferencia, cuando afirma que "es posible tener simultáneamente...." En otras palabras, que con los filtros utilizados si es posible realizar la operación simultánea, sin ninguna interferencia entre ellas, pues dicho filtro - al decir de los técnicos en sus declaraciones ante el Tribunal (Cdno. #3) impide que la alarma se difunda por el canal correspondiente a la frecuencia utilizada para la conversación telefónica y viceversa.

"Cuestiona el actor la adjudicación hecha diciendo que la propuesta de ERICSSON DE COLOMBIA S.A. fue confusa porque a pesar de haber mencionado en la oferta que sus equipos verificaban la transmisión de la alarma utilizando la frecuencia requerida en el pliego de condiciones, acompañó en uno de sus catálogos una información diferente.

"El Tribunal acepta y comparte sobre este punto lo analizado por EMCALI, en su alegato de conclusión que a la letra dice:

"ERICSSON DE COLOMBIA S.A. posee varios catálogos de sistemas de transmisión de alarma que ofrece, y como cualquiera puede entender no se trata de un modelo exclusivo y único. Esa diversidad de características que se pueden lograr sin recurrir a complicadas

transformaciones técnicas, son las que se encuentran explicadas en los catálogos que hacen parte de la oferta del licitante ERICSSON DE COLOMBIA S.A.

"De ello quiere asirse el actor para cuestionar el cumplimiento de los equipos de ERICSSON con respecto al pliego de condiciones, y para obtener ello se basa en el catálogo más general que acompaño ERICSSON en su oferta.

"Y omite el actor poner en conocimiento del H. Tribunal el conjunto de manuales denominados PRELIMINARY TECHNICAL DESCRIPTION, donde se compendian los desarrollos técnicos del sistema de transmisión de alarma, en sus variadas modalidades, de las cuales EMCALI adquirió de la ERICSSON un equipo de transmisión de alarmas que utiliza para la operación una frecuencia localizada fuera de la banda de conversación".

"Del análisis cuidadoso de todos los documentos y aspectos de este proceso, el Tribunal considera que no pueden prosperar las peticiones de la demanda como también lo pide el señor Fiscal 2o. de la Corporación. Emcali obró conforme a derecho sujetándose a las normas sobre contratación administrativa y especialmente ciñéndose al pliego de condiciones en la licitación de que es objeto esta demanda.

"El H. Consejo de Estado reiteradamente ha dicho que debe tomarse en cuenta entre otros factores los siguientes: El precio, el plazo, la calidad, seriedad, cumplimiento de contratos anteriores, solvencia económica, capacidad, técnica, experiencia, organización y equipo de ofertas. En igualdad de condiciones debe preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igual de precios la de mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios.

"Esto fue lo que hizo EMCALI en el caso que nos ocupa, de acuerdo, también, con las declaraciones rendidas por Terry Adamo Rojas, Libardo Lozano Guerrero, José Vicente Montoya y otros dentro del proceso y que obran en el cuaderno No. 3." (fls. 1181 a 1184 C.1 B).

e) Con estos soportes, concluye:

"De todo el acervo probatorio, se considera que EMCALI, obró legalmente al haberle adjudicado a la ERICSSON DE COLOMBIA S.A., la licitación pública No. GPD-001-82, no solo porque es conocida y demostrada su

calidad, sino además porque presentó la mejor propuesta, ofreció el equipo adecuado y por cumplir con el pliego de condiciones, además su precio era el más favorable, menor en $22.663.258.oo que el ofrecido por el demandante". (fl. 1185 C.1 B).

6. La inconformidad de la apelante se sustentó con estos argumentos:

a. En lo concerniente a las dos constancias exigidas en el numeral 1.14.2 de los pliegos, transcribe la parte pertinente del fallo y afirma:

"....Resulta de todo lo anterior que, según la apreciación del Tribunal del Valle, el oferente en una licitación pública puede apartarse del Pliego de Condiciones y que la Administración puede aceptar o no las desviaciones de la oferta. Esto, naturalmente, produciría dos consecuencias: UNA, que se rompe la igualdad entre las partes y DOS, que el Pliego de condiciones deja de ser "ley del contrato"; esto, a su turno, conduce a que las normas del Código Fiscal de Cali son inocuas y no resultaron violadas:

"Artículo 360.- "**No podrán ser consideradas las ofertas que no se ciñan esencialmente** a la solicitud de cotización o **al pliego de condiciones.....**" (folio 221 vto. del cuaderno 1, folio 912 del libelo).

"Artículo 274. "**La adjudicación deberá hacerse** previos los estudios del caso hecho el análisis comparativo, **al licitante cuya oferta** se estimó más favorable y **esté ajustada al pliego de condiciones**". (Folio 216 vto. del cuaderno 1, folio 913 del libelo).

"Pero la Sentencia hace otra consideración, según la cual:

"Además presentó copia auténtica de varios contratos suscritos entre Ericsson y Emcali, entre ellos el contrato No. 105539 celebrado entre Empresas Municipales de Cali y la firma Ericsson de Colombia S.A. (Licitación Pública No. GT-001-78)".

"Copia auténtica del contrato celebrado entre EMCALI y LA ERICSSON DE COLOMBIA S.A. suscrito el 10 de abril de 1981, en desarrollo de la opción establecida en el contrato anteriormente citado".

"Con las pruebas anteriormente citadas, se establece que Emcali, ha venido contratando de tiempo atrás con la Ericsson S.A.; que en consecuencia es una firma ampliamente conocida por EMCALI en forma directa y personal y que esa experiencia personal da mayor credibilidad que cualquier referencia de Terceras personas sobre la Ericsson S.A." (folio 7 de la

Sentencia, párrafos 3, 4 y 5).
"Es decir que, según el Tribunal del Valle, la experiencia personal de contratos anteriores suple una oferta incompleta o sanea las desviaciones que se presenten en ella.

"Pero otra cosa había sucedido en este caso, En el folio 660 del Cuaderno 2 aparece un documento en que el Coordinador de la Unidad de Teléfonos de EMCALI, consulta al Departamento Jurídico sobre que la Industria MICRON LTDA.: 1.14.2 no se presentan las dos constancias expedidas por otras administraciones en Telecomunicaciones y a folios 661 del Cuaderno 2 el Departamento Jurídico responde: "Es de anotar que si en algunas situaciones se puede obviar el incumplimiento de algún requisito exigido en una Licitación es en consideración a que el punto no debe ser fundamentalmente necesario para el cumplimiento de la propuesta; pero es evidente que en este caso concreto no fue tenido en cuenta por el oferente o mejor dicho no puede ser cumplido por él, presentar los requisitos indispensables Plasmados en los puntos 1.14.2.....

"Por faltarle el item 1.14.2 del Pliego de Condiciones, sobre constancias de dos ADMINISTRACIONES DE TELECOMUNICACIONES y ofrecer en idioma español, fué descartada la empresa MICRON, pero si le fue adjudicado el contrato a ERICSSON. El Tribunal no apreció las pruebas y, en cambio, avaluó la irregularidad...." (fls. 1191 a 1192 C.1 B).

b. Del "idioma de la propuesta", dice "que, para el Tribunal, vale lo que la Junta Directiva admita, aunque esté fuera del Pliego de Condiciones, cuando precisamente por eso se inició la demanda". (fl. 1194 C.1 B).

c. En lo relativo a la temperatura en que podían funcionar los equipos ofrecidos por la Ericsson, criticó el fallo porque "... según las apreciaciones del Tribunal, no importa que una propuesta sea incompleta, sino que importa sólo que sea más barata aunque no se ajuste al pliego de Condiciones.

"Pero, además como se probó el costo de una planta completa de aire acondicionado?. Bastó sólo con que el Ingeniero expresara que el costo "sería de $300.000.oo cada uno' Cuántos? Tampoco se probó. Y con esta base, el Tribunal falló, contra todas las exigencias del Código Fiscal de Cali que exige sujeción rigurosa a los Pliegos de Condiciones, según los Artículos 360 y 274 transcritos anteriormente.

"En el Alegato de Conclusión, folios 12, 13, 14, 15 y 16, aparece el análisis total de la prueba, que no fue apreciada". (fl.1195 C.1 B).

d. "La sentencia impugnada.... tampoco tocó para nada el segundo extremo de la demanda..... (que)..... se refiere a la ilegalidad de la descalificación de Autophon" (fls. 1189-1198 del C.1 B).

7. En la oportunidad para alegar de conclusión en la Segunda instancia, la apoderada judicial de la actora, en escrito definitivamente descomedido, acusó al Tribunal de haberse constituido "en defensor oficioso de una firma privada", y detectó "al menos tres irregularidades en la Sentencia:

"1- No tuvo en cuenta que si una firma se descartó por una irregularidad, la otra también debió ser descartada; o a la inversa;

"2- Afirma que hubo "poco rigorismo" en el pliego de condiciones "en este aspecto", siendo que precisamente en el punto 1.14.2 se previó que los documentos exigidos en ese punto eran **también indispensables** 'para considerar y evaluar la propuesta' (folios 48 y 49 del Cuaderno 1). De dónde sacó el Tribunal ese "poco rigorismo"?.

"3- En el párrafo de la Sentencia que comento involucro, como sin querer, AUTOPHON, como dando a entender que éste incumplió también el Pliego. Si el Tribunal no hubiera hecho esto último, tal vez el párrafo no fuera apreciable; pero cuando encierra un sofisma evidente, la cuestión adquiere otros alcances, que pido al Honorable Consejo de Estado medir.

"EN SEGUNDO LUGAR, debo insistir sobre la descalificación ilegal de AUTOPHON. Cuando el Actor presentó un Paz y Salvo Pleno con fundamento en todos los paz y salvos de todas las Administraciones Regionales de Impuestos Nacionales, se le respondió: " .... la firma AUTOPHON presenta paz y salvo expedido por la Contraloría General de la República **y lo exigido** es el Paz y Salvo de la Administración de Impuestos Nacionales .....". En ninguna parte del Pliego se expresó quién debería expedir el Paz y Salvo Nacional; La Regional de Impuestos Nacionales de Cali, en donde tiene sede EMCALI?, la del Distrito Especial de Bogotá, donde tiene sede AUTOPHON?, la de Cundinamarca cuya capital es Bogotá?. Con seguridad que en el ánimo de descalificar a AUTOPHON, EMCALI habría alegado aquí cualquier cosa; y si hubiera presentado dos o tres paz y salvos se le habría respondido que se pedía sólo uno. Presentó todos los Paz y Salvos de la República y Emcali se los desconoció." (fls. 1206 - 1207 C. 1 B).

"(.....)

"El Tribunal del Valle no se pronunció sobre este extremo del *petitum*.

salvo la enunciación de los HECHOS (Capitulo V de la Demanda) que hace en el párrafo final de la Hoja 4 de la Sentencia, el Tribunal incumplió su deber de decidir todos los puntos de la demanda, tanto más en este caso que es la esencia misma de la Petición de Restablecimiento del Derecho conculcado. El Tribunal guardó silencio total, según dije, a pesar de que en los folios 915, 916, 917 y 918 de la demanda el Actor hace un análisis serio, no sólo en cuanto a la validez del Paz y Salvo presentado por Autophon, sino en cuanto a la ilegalidad de su exigencia en esa época, en que la Ley 1a. de 1981 disponía que ese documento "..... sólo podrá ser exigido....." en los casos concretos que ella señalaba". (fls. 1207 - 1208 C.1 B).

8. El concepto rendido en la Segunda instancia solicita la confirmación de la sentencia apelada.

Sus reflexiones son estas:

"Sea lo primero anotar, que cuando en la demanda se solicita la nulidad "de la descalificación hecha a la firma AUTOPHON SOCIEDAD LTDA en la Licitación Pública Internacional No. GPD-001-82, abierta por EMCALI no se está individualizando e identificando el acto administrativo en la forma que la ley lo exige; pues no se dice en qué Acta está consignada esa decisión como en estricto rigor ha debido hacerse.

"Revisando las pruebas allegadas, se observa que en el Acta No. 019 de fecha 30 de junio de 1982 de la Junta Directiva de EMCALI, visible al folio 185 del C-1 Parte A se consignó:

"En el análisis de los documentos del pliego comenta que la firma Autophon presenta Paz y Salvo expedido por la Contraloría General de la República y lo exigido es el Paz y Salvo expedido por la Administración de impuestos Nacionales. Sobre la firma Micrón, no presenta los documentos que la acreditan como representante legal de la Compañía fabricante de los equipos, no responde punto a punto del pliego de condiciones, su información técnica es incompleta y no responden los puntos que establecen las garantías del contrato.

"La Junta Directiva considera que con esas desviaciones del pliego, no pueden considerarse como aptas para el estudio final.... "

"En la misma reunión se convino hacer la adjudicación del contrato a la firma ERICSSON DE COLOMBIA S.A. La anterior decisión fué formalizada en la Resolución No. 072 de 30 de junio de 1982.

"De lo anterior se deduce, que lo resuelto en el Acta No. 019 respecto. al estudio y análisis de las propuestas no tiene el carácter de acto administrativo, sino de simple acto de trámite, pues la decisión definitiva consistente en adjudicar el mencionado contrato quedó consignada en la Resolución 072. El Acta de reunión, no era pues un acto administrativo demandable.

"Concretándonos a los cargos formulados al sustentar el recurso de apelación, tenemos lo siguiente:

"Según la Actora, la Sociedad Ericsson no adjuntó las dos constancias expedidas por otras Administraciones de Telecomunicaciones, sobre adquisición y experiencia con equipos iguales o similares a los solicitados en la licitación de EMCALI.

"Este cargo inicialmente propuesto en la demanda fué estudiado suficientemente en la sentencia y los argumentos expuestos por el fallador son razonables por lo que este despacho los comparte plenamente. La Sociedad ERICSSON sí cumplió con este requisito del pliego de condiciones, lo hizo adjuntando la certificación de un municipio Sueco en la cual se indica la adquisición de sistema de alarma utilizando precisamente la administración central de telecomunicaciones. La sentencia del Tribunal destacó, y con buen criterio, la experiencia que de manera directa tiene la propia empresa EMCALI, quien ha firmado con la ERICSSON DE COLOMBIA otros contratos. Como el requisito que exige el pliego de condiciones, tiene como propósito conocer la experiencia y antecedentes de los licitantes, es lógico pensar, que no se puede despreciar, sino por el contrario deberá tenerse muy en cuenta, la experiencia que en forma directa tenga la administración respecto a los proponentes. En el caso de la ERICSSON DE COLOMBIA S.A., existen en el expediente varios contratos celebrados entre esta Sociedad y las Empresas Municipales de Cali -EMCALI- que sin lugar a dudas le permitían a EMCALI conocer mejor y de manera directa una serie de factores. Esta circunstancia, en este caso fué favorable para la ERICSSON, pero el hecho de haber sido Contratista de la administración no le impedía a la ERICSSON ser licitante.

"En relación con el idioma de la propuesta, se observa que el cargo no tiene la fuerza suficiente como para que prospere. También en este caso, las razones que dió la sentencia para desecharlo, se ajustan a la interpretación de las normas y al análisis de las pruebas existentes.

"Otro de los cargos consiste en afirmar, que el pliego de condiciones

expresó que los equipos debían funcionar perfectamente en las condiciones geográficas y metereológicas de Cali, señalando una temperatura máxima de 40°C. La ERICSSON propuso un equipo que funciona de 15° C a 27° C.

"El pliego de condiciones expuso las condiciones, señalando a manera de información cuál era la temperatura máxima de Cali; la Sociedad ERICSSON, por su parte señaló la temperatura mínima y máxima a la cual funcionaban los equipos que ofrecía. Lo anterior bien ha podido ser un obstáculo para las Empresas, pero no lo fué, pues en el lugar donde funcionarían los equipos existía un sistema central de aire acondicionado.

"Lo anterior no implica, como lo interpreta la Sociedad Actora, que la propuesta de la ERICSSON no se ajustó al pliego de licitación; simplemente la propuesta presentada por la ERICSSON señaló un margen de temperatura en la cual funcionaba el equipo, lo que fué aceptado por la administración.

"Para el recurrente, la descalificación de su propuesta fué ilegal. Considera que el certificado de paz y salvo por concepto de impuestos sobre renta y patrimonio presentado con su propuesta no ha debido ser rechazado en la forma que se hizo en la reunión de 30 de junio de 1982, de la Junta Directiva de EMCALI.

"Por otra parte alega, que el mencionado certificado lo exige la ley para contratar con la administración, mas no para formular propuesta. Sobre este punto es necesario referirse a lo expuesto por la contraparte en su alegato de conclusión, acogido y transcrito en el concepto del Fiscal del Tribunal, cuando dice: "Autophon no cumplió con este requisito. Acompañó si una circular de la Contraloría General de la República, pero está definido por el Decreto 1651 de 1961, artículo 111, que las autoridades competentes para expedir paz y salvo por concepto de Impuestos sobre la renta y complementario, recargos, sanciones e impuestos especiales son los Administradores o recaudadores de impuestos Nacionales, y nó la Contraloría General de La República.

"Y este no es un criterio exclusivo de la Junta Directiva de Emcali, o simplemente una apreciación personal mía o del Departamento Jurídico de dicho Establecimiento Público, encargado de conceptuar sobre este particular antes de verificarse la adjudicación.

"El H. Consejo de Estado, en sentencia de julio 27 de 1972, Sección 4a. de la cual fue ponente el doctor Juan Hernández Sáenz, definió el problema

así:

"Al respecto, aparece que el artículo 111 del Decreto Ley 1651 de 1961 les atribuye directa y exclusivamente a los administradores o recaudadores de impuestos nacionales la potestad de expedir certificados de paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta, sus complementarios, adicionales, recargos y sanciones. Pero el contribuyente no puede solicitar caprichosamente en cualquiera de tales oficinas la expedición directa del certificado sino que debe hacerlo ante el Administrador o Recaudador que corresponde a su domicilio fiscal, según lo enseña el ordinal 1o. del mismo artículo 111. Ello significa que es a dicho funcionario en concreto a quien le corresponde en forma privativa expedir, autorizar o negar la expedición de aquel documento al contribuyente que lo pida..... " "Y no es posible justificar el incumplimiento de Autophon Sociedad Limitada a la exigencia del pliego de condiciones de la Licitación Pública internacional GPD-001-82 numeral 1.14.1.4 tratando de argumentar que el paz y salvo ordinario por concepto de impuestos sobre las ventas, rentas y complementarios solo puede exigirse en la celebración de contratos por entidades públicas.

"Es evidente que la contratación administrativa es un proceso complejo que no puede circunscribirse a la etapa de suscripción de un contrato con una entidad de derecho público.

"Además, fué precisamente para la celebración de un contrato administrativo para lo cual EMCALI exigió a Autophon Sociedad Limitada y a todos los virtuales oferentes, la presentación del paz y salvo nacional mencionado...."

"Es cierto, que según lo consignado en el Acta de reunión de la Junta Directiva de EMCALI, celebrada el día 30 de junio de 1982, la propuesta presentada por Autophon fué descalificada por la anterior circunstancia que hizo la administración de las diferentes propuestas, y que la sentencia transcribió, se puede apreciar una considerable diferencia en el precio, estando la Sociedad Actora en un tercer lugar en dicho cuadro, con una diferencia de veintidós millones de pesos por encima de la propuesta que resultó favorecida.

"De todo lo anterior se deduce, que en el proceso de adjudicación que se analiza, no existió ninguna ilegalidad que permita anular el contrato como lo pretende la parte demandante. Los cargos formulados contra la resolución que adjudicó, y en general contra el proceso de selección de la mejor propuesta, no prosperan." (fls. 1215 a 1220 C.1 B).

LA SALA CONSIDERA

Las pretensiones resarcitorias (Cuarta y Quinta), se sostienen en dos pretensiones que les sirven de necesario sustento: la nulidad de la descalificación de la demandante (pretensión Tercera), y la nulidad de la adjudicación y del contrato (pretensiones Primera y Segunda). De modo que, para guardar la lógica, el examen de la Sala abordará primero las pretensiones de nulidad, en el orden indicado, dependiendo de su prosperidad el posterior estudio de las relativas al restablecimiento o a la indemnización de perjuicios.

I. LA NULIDAD DE LA DESCALIFICACION DE AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA, EN LA LICITACION PUBLICA No. GPD-001-82 DE EMCALI.

La recurrente reclama que la sentencia apelada no se ocupó del asunto, lo cual es cierto.

Aunque la demandante no lo señala, circunstancia que podría ser constitutiva de inepta demanda como lo sugirió el concepto Fiscal, el acto cuestionado parece constar en el acta No. 019 correspondiente a la sesión de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali, cumplida el 30 de junio de 1982, en la cual se lee:

> "En el análisis de los documentos del pliego comenta que la firma Autophon presenta paz y salvo expedido por la Contraloría General de la República y lo exigido es el paz y salvo expedido por la Administración de Impuestos Nacionales. Sobre la firma Micrón, no presenta los documentos que la acreditan como representante legal de la Compañía fabricante de los equipos, no responde punto a punto el pliego de Condiciones, su información técnica es incompleta y no responden los puntos que establecen la garantía del contrato.
>
> "La Junta Directiva considera que con esas desviaciones del Pliego, no pueden considerarse como aptas para el estudio final" (fl. 189).

Sin embargo existen otros medios de prueba que demuestran cómo la propuesta de la firma demandante, pese al error anotado, participó efectivamente en el concurso, fué sometida al análisis comparativo con las ofertas restantes, salvo la de Micrón, en los aspectos técnico y financiero, y, finalmente fué derrotada frente a los precios ofrecidos por quien resultó adjudicataria.

Así, dentro del análisis general de las ofertas "elaborado por la Gerencia de Planeación y Desarrollo, Unidad de teléfonos, de la entidad licitante (fls. 629

y ss. del C.2), se encuentra la comparación de precios para la oferta básica de 512 abonados entre las firmas Ericsson de Colombia S.A., Consorcio CEAG-SP. ISC Ltda. y Autophon Ltda. (fls. 637 y 640); luego, en el "resumen de la evaluación de las ofertas" (fls. 647), si bien se expresó la irregularidad del paz y salvo que afectaba la oferta de la actora (ordinal 1.2), más adelante se dijo:

"Se considera que los equipos de Autophon, Ericsson y CEAG-SP, son aptos desde el punto de vista técnico para ser instalados en la infraestructura existente en la red telefónica de Cali....

Después, luego de señalar algunas particularidades propias de cada una de las tres propuestas, concluye:

"Analizados los puntos anteriores, puede decirse que no se presentan diferencias técnicas notorias que coloquen alguno de los sistemas en franca ventaja sobre los demás; todos pueden alcanzar la capacidad final de 4.000 abonados que exige el pliego de condiciones; ninguno de ellos interfiere el sistema telefónico existente y las diferencias mecánicas tampoco son importantes". (fl. 649).

Finalmente, en relación con los precios, manifiesta:

"Comparando los precios totales de las ofertas ajustadas se observa que las ofertas están clasificadas así":

	US$	Col$
"ERICSSON.....	100%.	100%
CEAG-SP.....	111%	128%
AUTOPHON.....	131%	147%"

(fl. 650).

Más adelante, en el anexo 1 del informe, se hace un estudio pormenorizado de los sistemas "Alarcom" ofrecido por Ericsson, "Tus", ofrecido por Autophon y "Sincrotel-02" ofrecido por el Consorcio Ceag-spisc Ltda. (fls. 673 - 683).

Todo esto indica la participación efectiva de la demandante en el concurso, dentro del cual se estudió la documentación presentada y, detectado un error en el paz y salvo, no fue obstáculo para que se tuviese en cuenta su oferta, en conjunto con dos licitadores más, para ser evaluada desde los ángulos técnico y financiero; en otros términos, la oferta de Autophon, no fué descalificada por los defectos del paz y salvo como se pretende, sino que fue vencida luego de participar, en igualdad de condiciones, en la competencia correspondiente.

Para esclarecer más el asunto vale la pena señalar que la propuesta de Micrón sí fué objeto de descalificación o de rechazo, si por tal se entiende la imposibilidad de participar en el concurso al no ser sometida a los estudios, análisis y evaluaciones previos a la adjudicación (fls. 647 y 650 del cuaderno indicado).

Así, pues, no existe duda de la carencia de razón en las críticas que formula la demanda.

II. LA NULIDAD DE LA ADJUDICACION DE LA LICITACION PUBLICA No. GPD-001-82 DE EMCALI

a. **Violación del ordinal 1.14.2.1. del pliego de condiciones.**- Dispone dicho acto en el aparte indicado.

> ".... la propuesta **deberá** incluir.... copias de cada uno de los siguientes documentos .... indispensables para considerar y evaluar la propuesta:
>
> "1.14.2.1. Dos (2) constancias expedidas por otras Administraciones de Telecomunicaciones sobre la adquisición y experiencia obtenidas por ellas con equipos iguales o similares a los ofrecidos en la propuesta". (fl. 49 del primer cuaderno parte A.).

La demandante sostiene que la firma ERICSSON de Colombia S.A., no cumplió con este requisito, el cual, según ella, fué considerado esencial en el caso de la propuesta de Micrón.

La Sala estima que el pliego de condiciones, en razón de las normas de Derecho que contiene, reguladores del proceso licitatorio, es objeto de interpretación -como cualquier otra norma jurídica-, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever, con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en el desarrollo del concurso. Para tal labor, el interprete estará bien guiado si acude. con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de ser de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos, asunto del cual se ha ocupado la Sala en otras oportunidades, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada.

En el presente caso, la necesidad de aportar las dos constancias previstas en el ordinal 1.14.2.1. de los pliegos de condiciones no pueden tener finalidad

distinta de asegurar que la licitación y el contrato se adjudiquen a una persona con la suficiente experiencia en el ramo de que se trate, con el propósito de no malgastar dineros pertenecientes al tesoro público y evitar traumatismos innecesarios en la prestación del servicio.

Con las anteriores consideraciones, si la proponente que resultó favorecida había sido conocida con anterioridad, y de modo directo, por la entidad licitante la cual, por lo mismo, estaba en capacidad de certificar su seriedad e idoneidad, no se ve obstáculo alguno para que utilizara ese conocimiento en la evaluación de las ofertas sin que por ese solo hecho se pueda apreciar quebranto o infracción al principio de igualdad de los licitadores.

A folio 461 y ss. del C.2, figura el contrato No.GT-001-78, suscrito el 10 de abril de 1981, por medio del cual, ERICSSON DE COLOMBIA S.A. se obliga a "fabricar, suministrar, instalar, probar, poner en funcionamiento, vender y entregar en propiedad a EMCALI", ... "el equipo telefónico para cincuenta mil (50.000) líneas y para la ampliación de las centrales Tandem y del equipo para el centro de operación y mantenimiento y las mesas para información, conforme al Anexo No. 1".

A folios 514 y ss. del mismo cuaderno, consta el contrato No. 105539, firmado el 23 de noviembre de 1979, por cuya virtud, Ericsson de Colombia S.A., se obliga para con Emcali "a fabricar, suministrar, instalar, probar, poner en funcionamiento, vender y entregar .... ", el equipo telefónico para 25.000 líneas y para las Centrales Tandem, el equipo para el Centro de Operación y mantenimiento, el equipo para informaciones audibles y las mesas de información.

De la misma clase, obra otro contrato entre las indicadas partes, a folios 578 y siguientes del cuaderno 2.

Es claro, por consiguiente, que Emcali conocía de las cualidades de la oferente; y es obvio que dicho conocimiento directo suple con creces el conocimiento ajeno, para los objetivos perseguidos por la disposición transcrita de los pliegos.

Mejor aún si, como ocurrió en este caso, se aportaron las referencias de otras entidades, tales como la Dirección General de Aviación Civil de Suecia, el Municipio de Sodertalje, en el mismo País, el Gothernburg Fire Defence .... etc.

Bajo esta óptica, es indudable que la entidad administrativa se sujetó estrictamente al precepto contenido en el artículo 360 del Código Fiscal del Municipio de Santiago de Cali que ordena el rechazo de las ofertas "que no se ciñan esencialmente .... al pliego de condiciones" (se subraya); precisamente

la labor de interpretación, para este evento consiste en desentrañar la esencia, tarea que ha asumido la Sala teniendo como mira la finalidad de la norma.

En conclusión, el cargo estuvo correctamente resuelto por el Tribunal.

Es conveniente advertir, además, que la exclusión de la propuesta presentada por Micrón fué el resultado de una serie de irregularidades que se precisan en el "resumen de la evaluación de las ofertas", así:

"1.1. La Oferta de la Firma Micrón presenta los siguientes incumplimientos:

-No contesta punto a punto el pliego de condiciones.
-No presenta documentación que acredite a la firma Micrón como representante legal del fabricante de los equipos.
-No hacen comentarios a los puntos 1.20.1 a 1.20.7 del pliego de condiciones,los cuales definen las garantías del contrato.
-Los incumplimientos anteriores de la Firma Micrón, se consideraron de gravedad y darían lugar a eliminación si se tiene en cuenta los numerales 1.23.1 y 1.23.5 del Pliego de Condiciones. Lo anterior está detallado en el estudio anexo." (fls. 647 y 648 C.2).

Si se añade a lo anterior que no existe prueba de que la entidad licitante tuviese conocimiento directo de la firma proponente, se tendrá - al contrario de cuanto afirma la actora -, un cuadro completamente distinto de aquél que enmarcaba a la Sociedad adjudicataria.

b. El numeral 1.12 de los pliegos, señala:

"La propuesta con todas las informaciones solicitadas en las secciones I a V del Pliego de Condiciones deberá ser presentada en idioma español. Si alguno de los informes adicionales que presente el licitante en el tomo IV son publicaciones técnicas que normalmente no se editen en español, éstas podrán ser presentadas en inglés." (fl. 47 C.1 A).

La demanda expresa que también se incumplió esta exigencia.

El razonamiento del literal anterior conduce también a despachar desfavorablemente este cargo; en efecto, sí la propuesta cuestionada presentó, en idioma español, la prueba para demostrar las razones por las cuales la entidad licitante había adquirido un conocimiento directo e inmediato de su actuación comercial, a la cual añadió las referencias de otras entidades extranjeras con la traducción no oficial de su texto (requisito no exigido, como lo destacó el *a-*

quo), no se encuentra la irregularidad que con tanto esfuerzo ha tratado de mostrar la demandante.

c. El numeral 1.2. de los pliegos de condiciones, establece:

"1.2. Condiciones Geográficas y Metereológicas de Cali

"Todos los equipos del Sistema de Transmisión de Alarmas solicitados en la presente licitación, deberán funcionar perfectamente en las siguientes condiciones geográficas y metereológicas tropicales de la ciudad de Cali:

Altura sobre el nivel del mar:		976 mts.
Temperatura máxima	:	40 °C
Temperatura mínima	:	13 °C
Temperatura promedio	:	23.3 ° C
Humedad relativa máxima	:	100%
Humedad relativa mínima	:	30%
Humedad relativa media	:	75 % (fl. 39 C. 1. A)

Ericsson de Colombia S.A., ofreció en su propuesta:

"1.2. **Condiciones geográficas y Meteorológicas de Cali**

"Hemos tomado nota de las condiciones geográficas y meteorológicas de la ciudad de Cali.

"El sistema, requiere de las siguientes condiciones ambientales en el sitio de operación:

"A. Concentradores y equipo de abonado
Temperatura ambiente + 5° C a + 45° C
Humedad relativa (max): 80% a + 30° C
55% a + 45° C

"B. Central Principal.
Temperatura ambiente + 15° C a + 27° C
Humedad relativa 20% a 80 %

"El equipo de la central principal requiere para óptima operación de especiales condiciones debido al procesador. Estas condiciones se necesitan normalmente en centrales telefónicas y computadores, para tener

óptima operación, mayor confiabilidad y larga vida de los equipos.» (fl. 343 C.1 A

Luego, a folios 558 del C. 1 A, aparece que la Central Principal a términos de la misma Oferta, requiere un "rango de temperatura de operación: + 15° C - + 27° C.

En la letra b) del numeral 4.9.2 de la propuesta se hace la siguiente descripción:

"b) Temperatura Nominal de trabajo del Equipo:

- Transmisor (suscriptor) : 25°C
- Concentrador : 25°C
- Central Principal : 21°C
- Centro de Presentación : 21°C" (fl. 561 *ibídem*).

A juicio de la actora, de la comparación entre los pedimentos del pliego y los ofrecimientos de la adjudicataria se desprende una desviación de los primeros y una confusión en los segundos, dos circunstancias que impedían que tal propuesta resultase beneficiada en la licitación.

En cuanto a la contradicción que detecta la demanda el testigo JOSE FRANCISCO BETANCOURT LOPEZ, ingeniero electrónico al servicio de Emcali, manifiesta:

"..... PREGUNTADO: Conbse en estos conocimientos técnicos que manifiesta tuvo respecto de los equipos ofrecidos por los distintos participantes en las licitaciones públicas anteriormente descritas, sírvase usted manifestar a este despacho si existe alguna contradicción cuando el proponente Ericsson de Colombia S.A., refiriéndose a un mismo equipo manifestó que la temperatura ambiente requerida es de + 15 grados centígrados y su temperatura nominal de trabajo es de 21 grados centígrados: CONTESTO: Odio existe contradicción alguna. 1 15 grados centígrados a + 27 -grados centígrados es el rango de temperatura ambiente, en el cual pueden funcionar los equipos ofrecidos por "ERICSSON" y la temperatura nominal de 21 grados centígrados está incluida dentro de ese rango, se podría decir que la temperatura nominal es la temperatura promedio dentro de ese rango". (fl. 13 C. 3).

En el mismo sentido declara OSCAR VASQUEZ QUINTERO, ingeniero electrónico, gerente regional de la firma adjudicataria en la ciudad de Cali:

"..... No hay contradicción. El valor nominal de 21 grados centígrados es el valor promedio del rango es decir, quince + 27 dividido por dos igual 21 grados centígrados." (fl. 22 C.3).

ALFONSO FERNANDEZ CORREA, ingeniero electrónico de Emcali, expone:

"..... En los conceptos manejados en ingeniería no existe la medida exacta por lo tanto se acostumbra a dar rango de operación como se hace en este caso con la temperatura, la temperatura nominal específica la temperatura media y está acompañada con el rango en el cual puede variar para que el equipo siga trabajando en condiciones favorables .... ". (fl. 32 C.3).

La demandante no tachó los testigos ni realizó crítica alguna de estos testimonios"; tampoco existe en el proceso ningún medio de prueba que los contradiga; por estas circunstancias, sus versiones coincidentes merecen plena credibilidad y demuestran que la confusión de la propuesta es aparente, pues, técnicamente está es perfectamente lógica.

En cuanto a la llamada "desviación del pliego de condiciones".. relativa a la temperatura en la cual tenía aptitud de operación el equipo ofrecido, la demandada tiene razón cuando apoya su conducta en la facultad que se reservó en el ordinal 1.15 de los pliegos, cuyo texto expresa:

"El licitante deberá indicar claramente en su propuesta con cuáles especificaciones técnicas del pliego de cargos no cumple la propuesta presentada por él. Además deberá explicar la razones para no cumplir con estas especificaciones del pliego de condiciones. EMCALI se reservará el derecho a considerarlas". (fl. 50 C.1 A).

Por lo tanto, si la firma adjudicataria indicó la "desviación" en su propuesta como se encargó de demostrarlo ampliamente la propia demandante, la entidad pública, sin error, podía hacer uso de su facultad de considerar tal "desviación". Así lo hizo y su actuación no merece reproche.

d. Establece el ordinal 4.5.2 de los pliegos:

"Los transmisores de alarma (equipo abonado) se conectarán a los concentradores de líneas de abonado respectivos, en lo posible a través de la línea del teléfono normal y deberán permitir la operación simultánea del mismo." (fl. 132 C.1 A).

Y el 4.6:

"Requisitos básicos del sistema

"El requisito principal es el de proporcionar un sistema de transmisión de alarmas fiable, seguro y rápido, utilizando en lo posible el par telefónico del abonado por aplicación del principio de superposición fuera de la banda de conversación." (fl. 133 C.1 A).

La oferta favorecida dijo:

"4.5.2. **Se cumple**

"Los trasmisores (suscriptores) se conectan con los Concentradores a través de la Línea de Abonado telefónico. Puesto que se utilizan filtros (AFTI) en cada lado de la línea es posible tener simultáneamente la conversación telefónica y la transmisión de alarma." (fl. 543 C.1 A).

La actora encontró contradicción porque "la posibilidad no equivale a seguridad". Hay que hilar muy fino para detectar una oposición inexistente; la demandante no se percató que el pliego de condiciones, en los numerales transcritos, también utilizó la expresión "en lo posible", lo cual desvirtuaría, utilizando su propia lógica, el sentido de precepto. de otro lado, los testimonios de Augusto Oscar Trujillo Bravo, Oscar Vásquez, Carlos Castro Ortiz y Alfonso Fernández Correa (C.3), todos ingenieros electrónicos al servicio de la Unidad de Teléfonos de la entidad demandada, unos, y de la firma adjudicataria, otro, explican ampliamente esta situación y dejan sin piso la conclusión de la demanda.

e. Ninguno de los cargos formulados por la demandante en contra del acto de adjudicación tiene vocación para prosperar; por el contrario, el análisis que se ha hecho en esta providencia que comparte, en lo fundamental, los argumentos del *a-quo*, demuestra que las tres firmas oferentes que participaron efectivamente en el concurso se situaron en planos equivalentes en cuanto a las condiciones técnicas de los equipos se refiere; y que el único factor determinante para favorecer la propuesta de la Ericsson fué el precio menor de los mismos.

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 apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la sala en sesión de fecha seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres(1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MÈDICO

Está acreditado que el actor se encontraba hospitalizado en el seguro social, para un tratamiento de una lesión de la columna cervical, cuando sufrió una crisis convulsiva que ocasionó su caída del lecho de enfermo al suelo, a cuya consecuencia recibió una "luxofractura cerrada a nivel del hombro derecho", generadora de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante. La lesión padecida por el actor, si bien no fue probada directamente en su ocurrencia, es factible deducirla de las distintas informaciones procesales. Hubo pues, una falla en el servicio por parte de las entidad demandada, al permitir por descuido y negligencia que el paciente cayera de su cama y se lesionara su hombro derecho. El usuario ingresó al servicio sin la fractura y al salir lo hizo disminuido físicamente por razón de la lesión de su hombro, sin que en su causación se hubiera presentado alguna causal eximente de responsabilidad.

PERJUICIOS MATERIALES

Si bien el ingreso laboral del demandante no fue disminuido, lo cierto es que el daño si se dió, y que el mismo se tradujo en una incapacidad permanente parcial del 20% lo cual se debe indemnizar, pues así prosiga su actividad y devengue el mismo salario, su incapacidad laboral parcial no ha desaparecido, la limitación de movimiento y los dolores que debe soportar lo acompañarán hasta su muerte.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION TERCERA

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7715. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Actor: JAIME MONCADA MARIN.

Conoce la Sala del recurso de apelación que la parte actora y el Procurador Judicial interpusieron contra la sentencia de 13 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se dispuso:

"1o. El Instituto de los Seguros Sociales (ISS) es administrativamente responsable de las lesiones y consecuencias sufridas por Jaime Moncada Marín, identificado con la C.C. No. 7.441.642 de Barranquilla, con ocasión de los hechos referidos en la parte motiva.

"2o. Como consecuencia de lo anterior, el Instituto de los Seguros Sociales pagará, como indemnización por perjuicios morales, seiscientos (600) gramos de oro al señor Jaime Moncada Marín. Dicha suma se cubrirá de acuerdo con el valor que certifique el Banco de la República el día en que quede ejecutoriada esta sentencia.

"3o. Se niegan las demás súplicas de la demanda.

"4o. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C. Administrativo. Para su efectividad se enviará copia de la misma al respectivo agente del Ministerio Público, en obedecimiento a lo ordenado en el artículo 177 de la misma obra. La suma aquí determinada devengará intereses durante los seis (6) meses siguientes contados a partir de la ejecutoria del presente fallo y después de este término devengará intereses moratorias".

I. ANTECEDENTES:

1o. **La demanda.**

Mediante escrito presentado el 25 de abril de 1991 ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, el señor Jaime Moncada Marín, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) es administrativamente responsable de las lesiones y consecuencias sufridas por JAIME MONCADA MARIN, descritas en la parte motiva de esta providencia.

"2. Como consecuencia de la responsabilidad administrativa declarada, condénase al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) a pagar a JAIME MONCADA MARIN los perjuicios materiales y morales, así:

"PERJUICIOS MATERIALES (daño emergente y lucro cesante). Fundamentados en la disminución de la capacidad laboral del actor, por las lesiones y consecuencias sufridas y por los perjuicios derivados de ellas, tales como los tratamientos de cura y rehabilitación que se necesitaren, y por los gastos en que el actor incurriere por razón de los tratamientos. Se liquidarán con las bases y en la cuantía que resulte del aporte probatorio demostrado en el proceso, incluyendo los intereses compensatorios que se originen entre la fecha de causación y la de fijación de la indemnización. Su pago se hará en moneda corriente colombiana. De no ser posible su estimación concreta serán señalados por el juzgador, a su arbitrio, hasta en la suma de 4.000 gramos de oro (art. 107 C.P.).

"PERJUICIOS MORALES. Derivados del dolor o aflicción sufrida por el actor como consecuencia de las lesiones y consecuencias sufridas. Se solicitan 1.000 gramos de oro, liquidados al precio de dicho metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

"INTERESES. Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria y transcurridos seis (6) meses, los de mora.

"3. EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) dará cumplimiento estricto a los arts. 176 y 177 del C.C.A".

2o. **Los hechos:**

Aparecen ampliamente relacionados en la demanda. (Fls. 19 a 27). La Sala los resume así:

Jaime Moncada Marín es afiliado al Instituto de los Seguros Sociales y por cuenta de esta entidad le fue ordenada una mielografía cervical que se practicó en Diagnosticar, centro médico particular. Realizado el examen, regresó a la Clínica Pío XII del I.S.S., donde continuo hospitalizado para proseguir el tratamiento de su columna cervical.

El mismo dia, es decir, el 25 de septiembre de 1990, luego del examen, el paciente presentó una crisis convulsiva, con estado de inconciencia. Al parecer en dicho estado se cayó de la cama y sufrió una "luxofractura cerrada a nivel del hombro derecho", para la cual fue intervenido el 28 de septiembre de 1990.

Al paciente, no obstante la crisis convulsiva, no se le prescribieron medidas especiales de seguridad, o si se las prescribieron no fueron cumplidas. Lo cierto es que se cayó de la cama en el mismo día, se observan sus manifestaciones de dolor en el hombro derecho y el edema o golpe, que el ortopedista tratante concreta así:

> "Paciente quien el 25 de septiembre/90, fué llevado para practicarle una mielografía cervical, por sospechas de radiculopatía C.5-.C.6. Estando en el servicio presentó crisis convulsiva con pérdida del conocimiento y caída haciéndose una luxofractura cerrada a nivel del hombro derecho".

Como consecuencia de la lesión, afirma el mismo médico que "Evidentemente ha quedado un defecto anatómico notable que ocasionará limitación de todos los movimientos de la articulación del hombro". El demandante cuenta con 45 años de edad y ha sufrido perjuicios de orden material y moral derivados de una falla del servicio médico de los Seguros Sociales, entidad a la que corresponde responder e indemnizar el daño inferido al actor.

3o. **Relación procesal**

En la contestación de la demanda, el apoderado del ente demandado se opone a las pretensiones del actor, a quien, afirma, "el ISS le ha ofrecido... toda la atención y tratamiento complementario para lograr la rehabilitación posible...". Con relación a los hechos de los cuales se deriva la responsabilidad del ISS exige su comprobación.

Al emitir concepto de fondo el Fiscal Primero del Tribunal descarta la presencia de una falla del servicio y, por el contrario, anota que "el Seguro Social ha sido responsable y solícito para atender la emergencia del Actor". Descarta perjuicios materiales por cuanto no sufrió disminución laboral, ni sufragó de su bolsillo dinero alguno para su recuperación. En cuanto a los perjuicios morales, con fundamento en el dictamen del sicólogo forense, según el cual, el demandante "no presenta perturbación psíquica por las lesiones sufridas", el Ministerio Público consideró que debían negarse.

La parte actora en su alegato de conclusión, cuestiona las razones expuestas por la entidad demandada y reitera en cambio las argumentaciones expresadas en su libelo inicial, para deducir con base en las pruebas recaudadas

y con apoyo en antecedentes jurisprudenciales de la Sala, que en el actuar del I.S.S. si se presentó una falla en el servicio, al descuidar al paciente cuando éste presentó la crisis convulsiva que ocasionó su caída de la cama y la consecuente lesión en su hombro derecho. Así mismo, con fundamento en la incapacidad laboral permanente parcial (20%) establecida por Medicina Laboral, exige la indemnización correspondiente, así como la resultante de la afectación moral que el accidente le ocasionó.

4o. **La sentencia apelada**

Con fundamento en el análisis de las distintas pruebas aportadas, en especial de los testimonios rendidos por los diferentes profesionales que atendieron al actor, el *a-quo* concluyó "que respecto del afiliado Moncada Marín se presentó, por parte de la demandada una falta o falla en el servicio: bien porque no le prodigaron la atención requerida y su cuerpo cayó al piso, desde su lecho de enfermo, o porque no le prestaron la asistencia oportuna, ante su crisis, para evitar la lesión". Descartó además la existencia de fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima como causales de exculpación administrativa.

Con relación a los perjuicios materiales, el Tribunal no los reconoció, de una parte, porque "los tratamientos derivados de la lesión producida a consecuencia de la falencia administrativa, han sido cubiertas por la entidad de previsión demandada", y de otra, por cuanto la disminución en un 20% de su capacidad laboral "no ha incidido en los ingresos del mismo...sin que se haya alegado y menos probado que ello acarreó disminución salarial o de otra índole pero patrimonial...". Precisa que para indemnizar el daño "se requiere que el mismo efectivamente haya sucedido, quiere decir que sea real, debe ser cierto, no eventual. Además, directo, no se acepta el indirecto".

Respecto de los perjuicios morales manifestó el Tribunal que "no le queda duda del padecimiento, la aflicción y la angustia derivada de aparecer el demandante siendo sujeto de intervención quirúrgica, para recuperarlo de la lesión accidental ya evaluada, y de las posteriores operaciones y tratamientos derivados del mismo hecho. Además, de soportar, en su momento,lo que le acompañará por siempre... su deformidad física de carácter permanente de miembro debido a la cicatriz y atrofia muscular del hombro relatada y perturbación funcional relatada en el hombro derecho...".Reconoció el *a-quo* como indemnización, una suma equivalente a 600 gramos de oro.

SECCION TERCERA

5o. Razones de la apelación

El Procurador Judicial en Asuntos Administrativos recurrió la sentencia proferida en razón a que "no hubo negligencia ni descuido por parte del personal médico ni de enfermería de la Clínica Pío XII.. "De otra parte, estima que "el estado convulsivo del señor Moncada Marín era imposible predecirlo y además fue repentino". Para el funcionario recurrente, la responsabilidad del ISS desapareció porque "se le prestó toda la atención médica y le siguió prestando los servicios de terapia y otros hasta lograr su recuperación sin haber quedado con alguna secuela del orden laboral, psicológico etc.".Solicita que se revoque el fallo impugnado.

La parte actora al sustentar su apelación solicita reajustar la indemnización por perjuicios morales, en una suma equivalente a 1.000 gramos de oro. Con respecto a los perjuicios materiales, estima que el daño es real, cierto, directo, no es de carácter eventual, así sea futuro. La disminución laboral, dice el recurrente, no es una conjetura, fue diagnosticada por el forense y el actor quedará disminuido laboralmente hasta su muerte. Por consiguiente, pide la revocatoria de lo desfavorable de la sentencia impugnada, para que en su lugar, se acceda a todas las peticiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala comparte el criterio expuesto en la sentencia apelada, en cuanto a la declaración de responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales por la lesión del demandante Jaime Moncada Marín y la indemnización por perjuicios morales en cuantía equivalente en pesos a 600 gramos de oro fino.Estos dos aspectos del fallo impugnado se confirmarán. Con referencia a la denegación indemnizatoria por perjuicios materiales, se modificará en tal sentido la sentencia, para reconocerlos conforme a la liquidación que en esta misma providencia se hará.

En el proceso se encuentra suficientemente acreditado que el actor Jaime Moncada Marín, se encontraba hospitalizado en el Seguro Social (Clínica Pío XII) de Pereira,para tratamiento de una lesión de la columna cervical, cuando sufrió una crisis convulsiva que ocasionó su caída del lecho de enfermo al suelo, a cuya consecuencia recibió una "luxofractura cerrada a nivel del hombro derecho", generadora de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante.

Para la Sala la lesión **padecida** por el actor, si bien no fué probada directamente en su ocurrencia, es factible deducirla de las distintas informaciones Procesales, especialmente de la historia clínica, en donde el ortopedista y cirujano

tratante consignó que "Estando en el servicio presentó crisis convulsiva con pérdida del conocimiento y caída haciéndose una luxofractura a nivel del hombro derecho...", así mismo los Jefes del área de Salud Ocupacional y de la División de Salud, aluden a que el Actor "... presentó crisis convulsiva, con pérdida del conocimiento y caída".

Adicionalmente se hallan en el proceso distintas referencias médico-testimoniales que permiten afirmar, como lo hizo el *a-quo*, que la crisis convulsiva no era de tan extraña ocurrencia en el departamento de neurología, como para no prever la situación de Moncada Marín y prestarle oportunamente los mecanismos de prevención, adecuados, tales como la vigilancia constante y la colocación de barandas laterales.

Hubo, pues, una falla en el servicio por parte de la entidad demandada al permitir por descuido y negligencia que el paciente Moncada Marín cayera de su cama y se lesionara su hombro derecho. El usuario ingresó al servicio sin la fractura y al salir lo hizo disminuido físicamente por razón de la lesión de su hombro, sin que en su causación se hubiera presentado alguna causal eximente de responsabilidad. En tales condiciones la falla del servicio es incuestionable, como lo es el daño sufrido y el nexo causal entre éste y aquélla, de donde resulta configurada la responsabilidad extracontractual de la administración.

Con relación a la indemnización por los perjuicios morales cuyo valor lo tasó el Tribunal en suma equivalente en pesos a 600 gramos de oro, estima la Sala que dada la naturaleza de la lesión y la incidencia de la misma en el demandante, a más de la razonable discrecionalidad del juzgador en la valoración de este tipo de perjuicios, lo decidido en el fallo impugnado es acertado y por consiguiente debe confirmarse.

Con respecto a los perjuicios de índole material cuya indemnización negó el Tribunal porque el perjuicio económico no se probó, considera la Sala que tal apreciación es equivocada. En efecto, si bien el ingreso laboral del demandante no fue disminuido, lo cierto es que el daño sí se dió, y que el mismo se tradujo en una incapacidad permanente parcial del 20%, la cual se debe indemnizar, pues así el señor Moncada Marín prosiga su actividad y devengue el mismo salario, su incapacidad laboral parcial no ha desaparecido, la limitación de movimiento y los dolores que debe soportar lo acompañarán hasta su muerte.-

Vienen a propósito para el *sub-júdice*, las puntualizaciones jurisprudenciales de la Sala, al decidir situaciones similares, no idénticas, en los procesos de Rosa Nelly Londoño Martínez, expediente No. 6572, del 12 de septiembre de 1991, con ponencia del señor Consejero Dr. Julio Cesar Uribe Acosta y en el de Hugo Gil Pinzón, expediente No. 4374, del 13 de noviembre

de 1992, del cual fué ponente el señor Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en donde se reiteran los siguientes conceptos plasmados en el primero de los fallos citados, así:

> "..... ocurre a menudo que la víctima, a pesar de su incapacidad fisiológica, puede seguir desempeñando su trabajo habitual y, por consiguiente, sus ingresos no sufren ningún menoscabo.
>
> **"Como sería absurdo negar indemnización argumentando que la víctima no ha sufrido pérdida patrimonial alguna, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en tales circunstancias 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 consideración a que él esté recibiendo su salario habitual".
>
> "En la materia que se estudia es incuestionable que las distintas 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 dejó de producir. Por el contrario, si se 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 que es libre para deliberar, para tomar decisiones y para escoger entre varias alternativas. 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 indemnice, en todo su universo, el daño causado, cuando ese mundo de la libertad queda total o parcialmente agotado".

En las anteriores condiciones, considera la Sala que el reconocimiento indemnizatorio debe hacerse de acuerdo con el valor de los ingresos de la víctima, y por el término de supervivencia de ésta, conforme a los procedimientos y fórmulas de matemáticas financieras utilizadas por la Corporación.

La edad del actor a la fecha del hecho dañoso era de 42 años, 3 meses, 20 dias, y el término de supervivencia conforme a la Tabla de mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria es de 32.60 años o 391.2 meses. El ingreso mensual de la víctima como empleado del Banco Popular no fué acreditado y por esta razón se calculará con base en el salario mínimo legal vigente en 1.990 fijado mediante Decreto 3.000 de 1989 en la suma de $41.025 mensuales. Se liquidarán dos períodos de indemnización: el debido, que va desde la ocurrencia del hecho (25 de septiembre de 1990), hasta la sentencia (29 de abril de 1993), o sea un lapso de 31.1 meses; el futuro, que abarca la fecha de la sentencia, hasta el vencimiento del término probable de supervivencia que corresponde a 360.1 meses (391.2 31.1). No hay lugar a la actualización de la renta por cuanto el actor no la solicitó en su demanda.

Indemnización debida:

Se utiliza la fórmula: $S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i}$, donde: S, es la suma que se busca; R, es la renta mensual; i, es el interés técnico mensual (0.004867) y, n, corresponde al número de meses que se van a indemnizar.

Teniendo en cuenta que la disminución de la capacidad laboral fue señalada en un 20%, este porcentaje se tomará del ingreso mensual laboral ($41.025). Queda entonces como renta para calcular la indemnización la suma de $ 8.205.

$$S = 8.205 \frac{(1 + 0.004867)^{31.1} - 1}{0.004867} = \$\ 274.780.07$$

Indemnización debida: $ 274.780.07.

Indemnización futura

Se utiliza la fórmula: $S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$; cuyos componentes ya se explicaron.

$$S = 8.205 \frac{(1+0.004867)^{360.1} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{360.1}} = \$\ 1.392.405.64$$

Indemnización futura: $ 1.392.405.64

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. CONFIRMANSE los ordinales 1o, 2o y 4o de la sentencia apelada, esto es, la de 13 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal 3o de la sentencia apelada, el cual queda así:

3o. Como consecuencia de la declaración de responsabilidad, el Instituto de los Seguros Sociales pagará, como indemnización por los perjuicios de orden material (lucro cesante), al señor Jaime Moncada Marín, la suma de un millón seiscientos sesenta y siete mil ciento ochenta y cinco pesos con 71/100 ($ 1.667.185.71) moneda legal.

TERCERO. NIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

CUARTO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth StellaCorrea Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma Oficial

Resulta censurable e inaceptable, desde todo punto da vista, que la fuerza pública haga uso de las armas en casos como el presente, esto es, porque un ciudadano, al percatarse de la presencia de la misma, huye, sin que este comportamiento tenga en el momento en que se registra, una connotación grave y probada. El simple desobedecimiento de una orden militar no autoriza a la autoridad para lograr la captura de las personas disparando contra la humanidad. La fuerza pública se supone especialmente preparada para hacerle frente a situaciones de policía como la que dió origen a la tragedia que ahora se lamenta. La circunstancia de que el día de los hechos hubiese sido hostigada la Base Militar, acantonada en el Municipio de San Alberto, no es causal eximente de responsabilidad, ni ese hecho puede vincularse con la huída de la víctima para concluir que esta fue muerta por culpa exclusiva suya. Por lo demás, no se demostró que el finado hubiese tenido algo que ver con el citado hostigamiento.

PERJUICIOS MORALES A PADRES - Improcedencia

Resulta muy difícil para el fallador, por no decir imposible, presumir afecto en el padre cuando es capaz de abandonar a sus hijos en vida, para que estos todavía menores de edad, tengan que proporcionarse directamente el pan de cuerpo, obligación civil, y también moral, que debía satisfacer el ascendiente. Realidades como la que se deja descrita llevan a predicar que las leyes humanas aseguran la justicia, pero solo una ley superior produce el amor. Ningún código ha llevado a persuadir a un padre para que muestre afecto hacia sus hijos, ni ninguna sentencia judicial ha producido

el milagro de hacer brotar, a posteriori, la comunión espiritual que nunca se dio en vida entre padre e hijo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7951. Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Ejército Nacional. Actor: MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO.

-I-

Agotada la tramitación procesal de 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 dia siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que en su parte resolutiva

DISPUSO:

"PRIMERO. Declarar responsable a la Nación-Ministerio de Defensa por la falla presunta del servicio en la que de manos de sus agentes resultó muerto el señor EDGAR RIAÑO ROJAS, el día ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa (1990), en las circunstancias analizadas en la parte motiva de este proveído.

"SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación-Ministerio de Defensa a pagar por perjuicios morales, el equivalente a mil (1000) gramos oro, a la señora MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO y a cada uno de sus hermanos EDILIA RIAÑO ROJAS, ALBEIRO RIAÑO ROJAS, JAVIER RIAÑO ROJAS y ANDREA RIAÑO ROJAS el equivalente a quinientos (500) gramos oro.

"TERCERO: Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa a pagar a la señora MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO y a los hermanos EDILIA RIAÑO ROJAS, ALBEIRO RIAÑO ROJAS, JAVIER RIAÑO ROJAS y ANDREA RIAÑO ROJAS por concepto de perjuicios materiales, la suma que se determine por el procedimiento previsto en los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a las pautas dadas en la parte motiva de este fallo.

"CUARTO. Niéganse las demás súplicas de la demanda,

"QUINTO. Esta condena se cumplirá en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A." (fl. 267-268, C. 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo consultado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Los señores CIRO ANTONIO RIAÑO TORRES, MARÍA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO, quien actúa en su propio nombre y en representación de los menores JAVIER y ANDREA RIAÑO ROJAS y el señor ALBEIRO RIAÑO ROJAS y EDILIA RIAÑO ROJAS, por conducto de apoderado judicial y legítimamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa, presenta demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional (Ejército Nacional) para que esta Corporación hiciera las siguientes,

"**Declaraciones y Condenas:**

"PRIMERA. Se declare que la Nación-Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), es administrativamente responsable por la muerte del joven Edgar Riaño Rojas ocurrida en San Alberto el dia 8 de septiembre de 1990.

"SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación-Ministerio de Defensa) a pagar a los actores el daño emergente en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso.

"TERCERA. Que se condene a la Nación-Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), a pagar a los demandantes, el lucro cesante en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso.

"CUARTA. Que se condene a la Nación-Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), a pagar a los padres del occiso a razón de mil (1.000) gramos oro y para cada uno de los hermanos quinientos (500) gramos oro, de conformidad con el precio que cualifique el Banco de la República para el día en que quede ejecutoriado el fallo.

"QUINTA. El monto se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y el interés puro o técnico, de acuerdo

con las fórmulas matemáticas financieras adoptadas por el Consejo de Estado.

"SEXTA. La Nación-Ejército Nacional, dará cumplimiento a las sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"Las anteriores peticiones de la demanda se encuentran fundamentadas en los siguientes,

"HECHOS:

"El joven EDGAR RIAÑO ROJAS, nació en un humilde hogar, formado por los esposos CIRO ANTONIO RIAÑO TORRES Y MARÍA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO y cuatro hermanos; debido a la carencia de recursos económicos el joven RIAÑO ROJAS debió abandonar sus estudios para dedicarse a aprender los oficios de latonería y pintura y poder ayudar a sus padres y hermanos.

"Se aduce en la demanda que el mencionado EDGAR inició sus labores en el taller denominado "FRIO CESAR", ubicado en el perímetro urbano de San Alberto, en donde devengaba un salario mensual de $150.000.oo pesos por ser socio del propietario.

"Se afirma en la demanda que parte de los ingresos devengados por RIAÑO ROJAS eran destinados a auxiliar a sus progenitores y hermanos, ya que era soltero y convivía con ellos bajo un mismo techo; era pues un hijo ejemplar y excelente ciudadano, sin antecedentes judiciales ni de policía de ninguna índole.

"El dia sábado 8 de octubre (sic) de 1990, según se aduce en el *libelo*, el joven EDGAR RIAÑO ROJAS, como era su costumbre, luego de laborar hasta el medio día, se dirigió en compañía de algunos amigos a un establecimiento con el fin de divertirse, ubicado en el perímetro urbano de San Alberto, denominado "Noches de Rumba", cuando estando allí, se hizo presente un pelotón de soldados adscritos a la base militar acantonada en dicho municipio con el fin de practicar una requisa.

"El joven EDGAR RIAÑO ROJAS, una vez se percató de la presencia de los militares dentro del establecimiento, abandonó el mismo montado en su bicicleta, con tan mala suerte que a la cuadra y media fue abatido inmisericordemente por las balas disparadas por uno de los soldados.

"Según manifestación de los demandantes, la causa de la muerte del joven EDGAR RIAÑO ROJAS quien apenas tenía 19 años de edad, se produjo: "POR PARO CARDIO RESPIRATORIO POR LESION DE TALLO CEREBRAL PRODUCIDA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO".

"Finalmente los actores, luego de efectuar una pormenorizada crítica de la actuación del ejército, concluye que el fallecimiento de su hijo y hermano les produjo grandes perjuicios materiales y morales." (fl. 248-251, C. 1).

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"Para la Sala se encuentra debidamente probados los siguientes hechos,

"1. Que EDGAR, JAVIER, ANDREA, EDILIA, ALBEIRO RIAÑO ROJAS, son producto de la unión formada por CIRO ANTONIO RIAÑO TORRES Y MARÍA DE LA CRUZ ROJAS RUIZ, (según consta en los registros civiles de nacimiento a folios 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y el registro civil del matrimonio a folio 5 del expediente, documentos expedidos por el Registrador Municipal del Estado Civil de San Alberto.

"2. Que EDGAR RIAÑO ROJAS falleció en San Alberto, el dia 8 de septiembre de 1990 (según consta en el certificado de defunción, expedido por el Registrador Municipal del Estado Civil de San Alberto.

"3. Que su muerte se produjo por paro cardio respiratorio por lesión de tallo cerebral producida por proyectil de arma de fuego. (v. fl. 37-38).

"Respecto a la forma como sucedieron los acontecimientos en que se produjo la muerte de Edgar Riaño Rojas, encontramos los siguientes testimonios:

"EDGAR CHAVES AVENDAÑO, quien al preguntársele sobre los hechos materia de esta investigación, CONTESTO: "Un sábado 8 de septiembre de 1990, a eso de las 9 a 10 de la noche fué (sic) a mi lugar de residencia cuando en ese entonces era en el 1o. de mayo, el señor OBED ORREGO, a informarme que fuera hacer un levantamiento que por los lados de matecaña el ejército había matado a un muchacho que trabajaba con él enseguida procedí a trasladarme al lugar de los hechos y en sector donde había ocurrido el hecho estaba acordado por el ejército no dejaban pasar a nadie y me le identifiqué a un soldado que era yo el ispector (sic) de policía y que iba a hacer dicho levantamiento, el soldado tomó el carnet y se fué para donde estaba quien los estaba dirigiendo cuando eso al rato

como a los cinco minutos regresó el soldado y dijo que el teniente quería que se hiciera presente la juez para que practicara el levantamiento enseguida le dije al soldado que le dijera al Teniente que por ser sábado en la noche posiblemente la juez no estuviera en San Alberto, el soldado volvió y fue allá donde estaba el teniente y regresó diciéndome que esperara un momento, entonces la gente que estaba amontonada al otro extremo de los soldados que hacían el cerco gritaban que dejara pasar al inspector para que hiciera el levantamiento, el teniente dió la orden a que se hiciera el levantamiento pasado ya como unos veinte o treinta minutos de haber llegado a practicar la diligencia, cuando llegué al sitio donde se encontraba el cadáver el joven se encontraba tirado en una esquina y en la oscuridad al lado de un cicla, entonces yo les dije que me consiguieran una linterna y que si la policía no se había echo (sic) presente y el teniente me contestó que no era necesario yo le dije que quería que la policía estuviera presente porque la gente decía que el ejército lo había matado (el subrayado es de la Sala), entonces el teniente le dijo a unos pelados que nos fuéramos hasta la estación de policía para que se hiciera presente después regresamos con ellos, aclaro que antes de ir a la policía cuando revisé al muchacho que me le acerqué tenía en la cintura un metro de color verde y marca Nícholson y un revólver de cacha blanca cuando yo vi eso fué cuando le dije al teniente que quería que estuviera la policía, porque la gente decía que lo había matado el ejército, o sea la gente que estaba parada al otro extremo del cerque que tenía el ejército, yo observé que de donde estaba la gente parada mirando porque no los dejaba pasar a donde estaba el muchacho muerto había una distancia como de unos sesenta a cincuenta metros era de noche y estaba oscuro, cuando llegamos con la policía procedí a practicar las diligencias y empezamos a revisarle los bolsillos para ver si tenía documentos de identificación y se le encontró la cartera, y se le encontró la cédula de nombre EDGAR RIAÑO, también portaba en la cartera una factura que lo acreditaba como propietario de la cicla que él portaba ese dia, no me acuerdo muy bien donde tenía los tiros pues uno es estos trabajos ve muchos muertos cadáveres pero tenía un tiro de una pierna no me acuerdo en cual era, también tenía en el cuerpo pero no me acuerdo en que parte, de ahí en esos momentos yo le dije al teniente que necesitaba que hubiera algún familiar presente o por lo menos dos testigos por la gravedad de los hechos y me preguntó que si había algún familiar en la multitud de gente que estaba observando yo le dije que si se encontraba y unimente dieron orden para que pasara solamente el hermano y estuviera presente entonces al acercarse el muchacho lleno de rabia se agachó y le sacó el revólver y lo tiro aproximadamente como a unos tres metros y dijo que no fueran tan puercos que por qué le habían colocado ese revólver que tras de que lo había matado después iban a salir con el cuento que era guerrillero entonces yo le dije al muchacho que se controlara

y dejara hacer la diligencia y los soldados se pusieron a buscar el revólver ya que había caído en un monte, el revólver era de calibre 32 largo niquelado en perfecto estado..."

"EFREN MAZO QUINCHIA patrono del occiso al preguntársele sobre cuándo fue la última vez que vio a EDGAR RIAÑO ROJAS? CONTESTO: "El día sábado 8 de septiembre de 1990 ese dia estaba trabajando normalmente el llegaba a las siete y media de la mañana almorzaba y llegaba otra vez se iba a las seis de la tarde pero ese día sábado no se fue a las seis sino que se quedó conmigo y el vecino del taller que tiene una venta de cerveza ahí nos tomamos una cerveza de ahí salimos para la calle y entramos al negocio de enseguida donde venden pollo no se como se llama pues eso de cada rato cambia de nombre y de dueño, ahí nos tuvimos un rato y salimos para la zona de tolerancia ahí nos demoramos un rato compartiendo una cerveza ahí estuvimos como hasta las 8 y media que se presentó el ejército hacer una requisa y creo que el muchacho no llevaba papeles el muchacho Edgar andaba en una cicla, él había entrado la cicla al negocio la tenía bien al fondo entonces el se paró cogió la cicla y se paró en la mitad del negocio con la cicla en la mano como en ese momento nos tenían contra la pared con las manos en alto, cuando yo miré luego ya no lo vi mas ahí y yo apenas terminó me vine para la casa ya me estaba acostando cuando me vinieron a avisar que habían matado al muchacho que trabajaba conmigo entonces yo les dije a los que me dijeron no no puede ser él estaba conmigo... "Al interrogársele posteriormente si Edgar llevaba consigo arma de fuego o alguna otra arma CONTESTO: "No, no el llevaba era un metro de trabajo que el cargaba en la pretina o correa del pantalón". Al preguntársele si durante la requisa por parte del ejército oyó disparos en la zona? CONTESTO: Sí escuché 5 0 6 disparos aproximadamente, pero yo no se quien los hizo porque yo estaba dentro de la cantina y ya cuando yo voltié ya Edgar no estaba ahí, bueno ya con la cuestión de los disparos el ejército bloqueó la salida de la cantina como por unos diez minutos aproximadamente y luego si me vine a dormir porque yo no me puse a esperar a ver a quien mataron y llegué a la casa y cuando me estaba desvistiendo fue que me tocaron la puerta para avisarme de la muerte de EDGAR RIAÑO..."

"OBED DE JESUS ORREGO al preguntársele cuándo fue la última vez que vio a EDGAR RIAÑO ROJAS? CONTESTO: "El dia que lo mataron más o menos como a las seis o seis y media de la noche, él andaba con otros compañeros de trabajo con EMILIO TORRES que tiene un taller de refrigeración, estuvimos hablando yo le dije que tuviera cuidado porque iban a hacer batida el ejército para prestar el servicio militar, yo le dije eso porque yo era sabedor que él no tenía libreta militar y tocamos tema para

él conseguir la libreta militar, el finado le tenía mucho pavor y temor a prestar el servicio militar, el me decía que si se iba a prestar (sic) el servicio militar quien veía por su casa, su mamá y sus hermanos yo le decía que demostrara que el era el hijo que veía por su mamá y sus hermanos menores que de pronto así podía conseguir su libreta militar. PREGUNTADO: Corrijo después salimos cada uno por su parte o sea nos abrimos, me fui a mi casa y a eso de las nueve y media mas o menos me llamaron que habían matado al ayudante (sic). mío yo me paré ofuscado y salí a verificar me encuentro (sic) con las calles que conducen a donde estaba (sic) el occiso o finado cercadas por el ejército no permitían entrar a reconocer el cadáver por más que uno les tratara de aclarar que era un amigo muy allegado o que alguien manifestó que el cadáver era, de la familia, total no dejaban acercar a nadie a ninguna persona ni siquiera a veinte metros de distancia (sic) donde quedó el cadáver cosa tan extraña no, al rato mucha gente que había a lo lejos del cadáver gritaba corra usted que es su hermano a ALBEIRO hermano menor de EDGAR, que le van a poner un arma la gente lamentaba la muerte del muchacho y a ALBEIRO no lo dejaban entrar sin embargo el logró penetrar si y la gente volvía y decía corra corra que le van a colocar un arma cuando él iba llegando al cadáver me comentó ALBEIRO a mi si, después del levantamiento me dijo OBED el militar que estaba al lado de mi hermano o sea el muerto le colocó un arma en la cintura a mi hermano yo alcancé a ver en el momento en que el militar llegaba al cadáver de su hermano después de esa acción procedieron a la diligencia de levantamiento, yo le dije nosotros desde la calle también alcanzamos a ver cuando un militar se agachó al cadáver así en esta forma en este momento el declarante hace el ademán de agacharse al suelo, señalando la cintura como si estuviese el cadáver y rápidamente se retira como la distancia siempre era larga si, no puedo decir con certeza que era un arma de fuego que le estaban colocando en ese momento al cadáver, por que había oscuridad un poco, pero que se acercó al cadáver se acercó a plena conciencia puedo declarar que el occiso EDGAR RIAÑO ROJAS, siempre lo conocí como un muchacho totalmente sano y trabajador nunca le conocí un arma de fuego a él o corto punzante, tampoco ohí (sic) decir nunca que el tuviera relación con algún grupo subversivo como manifestó el comandante de la base en esa época ante vanguardia liberal de Bucaramanga para que posteriormente publicaran que se había dado de baja a un guerrillero en la población de San Alberto, en un hostigamiento militar que habían hecho a la misma base, mal se explica que se le haya dado de baja en el hostigamiento militar a la base donde EDGAR RIAÑO ROJAS, lo mataron fué en el centro de san alberto, como se puede explicar esta versión del comandante de la base militar donde ellos mismos se contradicen; el finado EDGAR RIAÑO huía en su bicicleta en el momento en que la patrulla llegó pidiendo

libreta militar y ellos procedieron a seguirlo hasta que lo mataron...Finalmente agrega que hay personas que se dieron cuenta bien del hecho pero que no vienen a declarar por miedo..."

"El señor RODRIGO RODRIGUEZ GALAN al preguntársele si tenía conocimiento de que el señor EDGAR RIAÑO ROJAS había fallecido? CONTESTO: "Sí, porque estando yo en el municipio de San Alberto el 8 de octubre (sic) de 1990 a él le disparó el Ejército Nacional, cuando se disponía a montar en una cicla en una de las calles de San Alberto....Finalmente agrega "para mí ese muchacho, lo masacró una patrulla del ejército Nacional miserablemente, ya que era un gran ciudadano a carta cabal, no tenía ninguna clase de vicios y era un gran hijo...".

"Ninguno de ellos fue testigo presencial de la forma como se produjo la muerte de EDGAR RIAÑO ROJAS, no obstante sindican al ejército nacional como autores del hecho; y quienes además señalan al occiso como una persona responsable, sana, dedicado a su oficio de latonería y pintura, sin antecedentes de ninguna clase.

"Testimonios que se constituyen en indicio sobre la responsabilidad del Ejército Nacional, aunado al informe rendido por el Comandante Batallón Santander visible a folio 125 (el cual nos permitimos transcribir para una mayor comprensión del asunto):

"... En atención a lo requerido en su Oficio # 181, calendado 3 de los cursantes, me permito informarle que por los hechos en que perdió la vida el particular EDGAR RIAÑO ROJAS, rindió el respectivo informe el Teniente GERMÁN PABA MARTÍNEZ, en su condición de Comandante de la patrulla militar, documento éste que fue enviado a la Doctora JUEZ 26 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR, para que iniciara por competencia la correspondiente investigación penal....El precitado juzgado adelantó el Sumario # 2.083 contra el Soldado OSCAR BARRERO MONTESINO por el punible de "HOMICIDIO", habiendo remitido dicho proceso a la Auditoría Auxiliar 12 de Guerra por término de Instrucción para el respectivo asesoramiento a éste Juzgado de Primera Instancia, Despacho donde reposa actualmente dicho proceso... En consecuencia le sugiero dirigirse a la mencionada Auditoría 12 de Guerra, ubicada en las instalaciones del Batallón "GARCIA ROVIRA" con sede en Pamplona (NS), donde le expedirán lo solicitado por esa Dependencia..."

"Y a la manifestación expresa del apoderado del Ministerio de Defensa, cuando al momento de la contestación de la demanda nos dice:

SECCION TERCERA

"...el dia 8 de septiembre de 1990, la base militar a acantonada en San Alberto-Cesar fue hostigada por un grupo de subversivos pertenecientes al grupo guerrillero ELN. Como consecuencia de lo anterior, el Comandante de dicha base ordenó un registro en las zonas aledañas a la guarnición y en dicho operativo se encontró al occiso señor RIAÑO ROJAS, quien al ver a los uniformados inmediatamente emprendió la huída portando un arma de fuego..... Así las cosas los militares en cumplimiento de la finalidad impuesta por la constitución Nacional, impidieron que el infractor se fugara, ya que debía responder por los ataques perpetrados contra la mencionada base militar, puesto que él fue uno de los actores del mismo y si no por qué pretendió huir del lugar?, de allí que en este caso se puede aplicar ese viejo refrán de "El que la debe la teme"....Lo expresado se encuentra corroborado por la decisión del Juzgado 26 de I.P.M. con sede en Ocaña, al observar al sindicado por considerar que éste obró en cumplimiento de un deber, providencia que es de gran valor probatorio en este proceso..."

Nos lleva a la inequívoca conclusión de que Ejército Nacional fué el autor de la muerte de EDGAR RIAÑO ROJAS.

"Compartimos plenamente la afirmación del referido profesional de que la sentencia absolutoria "es de gran valor probatorio en el proceso", así como las recaudadas en el proceso penal, adelantado por el Juzgado 26 de I.P.M., que llevaron al juzgador a tomar tal determinación.

"Infortunadamente no se allegó al proceso seguido ante esta jurisdicción, la mencionada providencia, como tampoco copia del proceso, no obstante haber sido solicitado en múltiples oportunidades ante los diferentes comandos del ejército nacional, tal y como se puede constatar en los folios 82, 84, 230, 231, 234 y 235 del expediente.

"No entiende el Tribunal en qué consiste la omisión de la justicia penal Militar en no querer remitir las diligencias a que hemos venido haciendo referencia en renglones anteriores.

"No obstante lo anterior, es lógico que el autor de la muerte de EDGAR RIAÑO ROJAS, fue un soldado perteneciente al Ejército Nacional, en atención al contenido del informe suministrado por el Comandante del Batallón "Santander", y en donde se dice que por los hechos acaecidos en el Municipio de San Alberto, donde perdió la vida él particular EDGAR RIAÑO ROJAS, se le inició un proceso penal por el punible de homicidio al soldado OSCAR BARRETO MONTESINO; el cual transcribimos anteriormente y obra a folio 125 del expediente. Por lo que sin lugar a dudas nos encontramos frente a la denominada falla presunta del servicio.

"Esta es una de las figuras dentro de los diferentes regímenes de responsabilidad desarrollados por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado.

"Y que en virtud del principio *iura novit* curia permite al juzgador determinar cuál de las diferentes responsabilidades pueden ser aplicables al caso en concreto; a pesar de no haber sido invocado por la parte actora.

"Para que se configure la falla del servicio presunta, el actor solamente debió demostrar el perjuicio, el cual deberá guardar relación de causalidad con la utilización del arma de dotación oficial.

"Como causales de exoneración de responsabilidad, a la administración le corresponde demostrar que no hubo falla del servicio, o que el hecho se debió a culpa de la víctima, o el hecho de un tercero o fuerza mayor.

"En el caso de estudio, quiere el Ejército Nacional justificar el hecho, aduciendo que en razón del hostigamiento que fue objeto la base militar, el Comandante Militar ordenó un registro en las zonas aledañas a la guarnición y en dicho operativo se encontró al occiso señor RIAÑO ROJAS, quien la verdad a los uniformados emprendió la fuga portando arma de fuego y por tal razón los militares impidieron al infractor se fugara, para que respondiera por los ataques perpetrados contra la referida base militar, por ser él uno de los actores y si no por qué pretendió huir del lugar?

"No comparte el Tribunal las apreciaciones del apoderado de la Nación, ya que si EDGAR RIAÑO ROJAS, emprendió la fuga cuando se percató de la presencia de los militares, en manera alguna se justifica la actuación de los militares, pues ellos solamente pueden hacer uso de sus armas de dotación oficial, en el evento de existir grave peligro de que la tropa o el soldado van a ser atacados; a las fuerzas militares les está encomendada la protección de la vida de los ciudadanos de la República y deben ser sumamente cautelosos y prudentes cuando al uso de las armas se refiere, por ello existe una serie de normas que reglamenten su utilización y en caso de ser inobservadas serán duramente sancionados.

"Lo cierto es que no hubo agresión por parte de Edgar hacia el ejército nacional, y el hecho de emprender la fuga al percatarse de la presencia de los militares, en modo alguno los colocaba en peligro; es corriente en nuestro medio que los jóvenes que no tienen definida su situación militar emprenden rápidamente la fuga para no prestar el servicio militar.

"Y aunque el Tribunal rechaza la actitud de RIAÑO ROJAS, pues todo ciudadano debe colaborar con la patria prestando el loable servicio militar, de todas maneras no justifica en modo alguno la conducta realizada por los soldados el día 8 de septiembre de 1990.

"Según el testimonio rendido por el señor OBED DE JESÚS ORREGO el cual transcribimos anteriormente había prevenido al occiso sobre la batida que iba a realizar el ejército.

"Dentro del proceso no existe constancia procesal alguna del hostigamiento a que hace alusión el apoderado de la parte demandada y a pesar de manifestar que EDGAR RIAÑO ROJAS fue detenido en sitios aledaños; el declarante OBED DE JESÚS ORREGO señala que el sitio donde resultó muerto RIAÑO ROJAS era bastante distante de la base militar.

"Ahora, el hecho de que el occiso portare un arma al momento en que se produjo el hecho, tampoco amerita en modo alguno la actitud asumida por los militares, pues no existe constancia procesal de que el occiso la hubiese utilizado al momento de la fuga, al contrario existe constancia procesal de que ella fue encontrada en la cintura del occiso (aunque este hecho es rechazado por su hermano Albeiro al momento de rendir su declaración), por lo que en manera alguna Edgar tenía intención de utilizarla, sino que su deseo era de retirarse lo mas lejos posible del lugar donde se encontraban los militares.

"Es cierto que la zona donde se desarrollaron los acontecimientos, es catalogada como roja, por la influencia de grupos guerrilleros y delincuencia común, así como las actividades desarrolladas por los militares implican riesgos para sus vidas, pero ello no justifica su proceder como el efectuado en el caso de estudio, porque precisamente esta es una de las funciones constitucionales que deben cumplir y además es un riesgo que ellos convenientemente corren por ser inherentes al ejercicio de las funciones que desempeñan, pero en el uso de las armas siempre deben tener presente la prudencia y moderación.

"No existe duda entonces que la muerte de EDGAR RIAÑO ROJAS fué causada con arma de dotación oficial, como se desprende de los diferentes testimonios recaudados en el proceso (v. fs. 153, 165 a 167, 176, 224 a 225) y a los cuales el Tribunal les otorga toda la credibilidad pues la manera espontánea en que ellos fueron rendidos, y por el informe suscrito por el Comandante del Batallón Santander a folio 125 del expediente y del que hemos hecho referencia a lo largo de esta providencia.

"Procedemos en consecuencia a decidir sobre la solicitud de condenas de perjuicios morales y materiales, los cuales entraremos a desatar en forma separada cada uno de ellos así.:

"1. PERJUICIOS MORALES:

"El honorable Consejo de Estado en forma reiterada ha sostenido que la reparación compensatorio de perjuicios morales ocasionados con la muerte del hijo, se realiza mediante el reconocimiento del equivalente del valor de mil (1.000) gramos oro, para los padres de la víctima, con la sola demostración del parentesco, estando este debidamente acreditado con los registros civiles de nacimiento a folios 2 y 5 del expediente; se condenará en consecuencia a pagar el equivalente a mil (1.000) gramos oro a los padres del occiso señores CIRO ANTONIO RIAÑO TORRES y MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO; igualmente se condenará a pagar a favor de ANDREA, EDILIA, ALBEIRO y JAVIER, el equivalente a quinientos (500) gramos oro, en su condición de hermanos del occiso, porque además de estar demostrado el parentesco de hermanos con los registros civiles de nacimiento a folios 10, 11, 12, y 13 del expediente, se encuentra plenamente demostrada la integración fraternal y afectiva que se daba entre los hermanos y la víctima, según se desprende de los testimonios rendidos por los señores OBED DE JESUS ORREGO, SEVERIANO JULIO ZURIQUE Y LUCILA OLARTE DE GUTIERREZ

"2. PERJUICIOS MATERIALES:

"Por perjuicios materiales solicita el actor en su libelo de demanda, que se condene a la suma que resulte probada en el proceso o subsidiariamente en base al salario mínimo legal vigente en el país, para la época en que sucedieron los hechos.

"De los testimonios rendidos por los señores EFREN MAZO QUINCHIA, LUCILA OLARTE DE GUTIERREZ, OBED DE JESUS ORREGO y RODRIGO RODRIGUEZ GALAN a folios 165, 171, 176 y 224 del expediente, se tiene conocimiento de cuál era la actividad realizada por el occiso; sin embargo no existe prueba sobre los ingresos reales de la víctima, por lo que se efectuará una condena en abstracto al pago de los perjuicios materiales, para que se liquide por el procedimiento previsto en los artículos 135 y siguientes del C.P.C. en consideración a las siguientes bases:

"1. Se establecerá el monto de los ingresos mensuales de EDGAR RIAÑO ROJAS, para la época de su fallecimiento, para lo cual se debe tener en

cuenta la declaración de renta no extemporáneo rendida por el occiso, los comprobantes de pago, anexos contables, recibos, relación de ingresos; en caso de no demostrarse el nivel de los ingresos relacionados anteriormente, se calculará el perjuicio con base en el salario mínimo legal vigente para la época del deceso septiembre de 1990, descontando un 50% que se presume dedicaba a su propia subsistencia, por ser hombre soltero y contar con una edad de 19 años.

"Así mismo se establecerá la supervivencia probable de la vida de EDGAR RIAÑO ROJAS Y MARÍA DE LA CRUZ ROJAS, según las tablas de mortalidad que utiliza la Superintendencia Bancaria, para sus cálculos actuales.

"Todos los ingresos así establecidos, se actualizarán mediante la fórmula Ingreso Histórico $\frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$ igual valor actual, conforme al índice de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos, que lleva el DANE, en donde el índice inicial será el de la fecha del daño, o sea la de la muerte de EDGAR RIAÑO ROJAS y el índice final el de la ejecutoria de este fallo.

"Para fijar el valor de la indemnización debida o consolidada se aplicará la fórmula: ID = R por $\frac{((1 + i)-1)}{i}$ y para la indemnización o anticipada la fórmula:

$$IF = R \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$ en donde:

ID = Indemnización debida
R = Renta actualizada
n = Número de meses debidos
i = Tasa de interés legal

"La fecha que determina los períodos de indemnización es la de ejecutoria de este fallo.

"Las cantidades así concretadas devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorias después de este término.

"Es de anotar, que no se accederá a la solicitud de perjuicios materiales respecto al padre de la víctima, señor CIRO ANTONIO RIAÑO TORRES, ya que según los testimonios rendidos por los señores MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO Y OBED DE JESÚS ORREGO a

folios 159 y 176 del expediente, éste no hacia parte del núcleo familiar, pues quien ayudaba en el mantenimiento de los gastos de la casa era la víctima y como se desprende de la declaración rendida por la señora Lilia Carvajal Arroyo a folio 174 del expediente". (fl. 253-267. C.1)

-II-

VISTA FISCAL

El procurador Décimo Delegado del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, **EXPONE**:

"Efectivamente, la muerte del señor Edgar Riaño Rojas, se acredita dentro del proceso con el certificado de defunción expedido por el Registrador Municipal del Estado Civil de San Alberto.

"Igualmente consta en el proceso que la muerte del señor Rojas se produjo por paro cardio respiratorio por lesión de tallo cerebral producida por proyectil de arma de fuego (fl. 37-38).

"De las declaraciones obrantes en el proceso y rendidas por los señores EFREN MAZO QUINCHIA, OBED DE JESUS ORREGO y RODRIGO RODRIGUEZ GALAN, las cuales aparecen transcritas a folios 9 y ss del fallo proferido por el *a-quo*, y a las cuales este despacho se remite, se concluye que la muerte del joven Riaño Rojas se produjo cuando procedió a abandonar el establecimiento público de diversión donde se encontraba montado en su bicicleta, situación ante la cual uno o varios soldados dispararon sus armas de fuego, haciendo blanco en su humanidad y causándole la muerte.

"A lo anterior se suma el informe rendido por el Comandante del Batallón Santander, en el cual se lee:

" ...En atención a lo requerido en su oficio # 181, calendario 3 de los cursantes, me permito informarle que por los hechos en que perdió la vida el particular Edgar Riaño Rojas rindió el respectivo informe el teniente Germán Paba Martínez, en su condición de comandante de la patrulla militar, documento éste que fue enviado a la Doctora Juez 26 de Instrucción Penal Militar, para que iniciara por competencia la correspondiente investigación penal." (fl. 125).

"Así las cosas, en el caso que ocupa la atención de la H. Sala, se está frente a una falla del servicio, en su modalidad de presunta, en el

entendimiento de que el uso de las armas de fuego se considera como una actividad peligrosa. Cuando con ella se ocasiona un perjuicio surge para el Estado la obligación de indemnizar a quienes han sufrido el daño. La entidad demandada, presuntamente responsable, se exonera de responsabilidad demostrando la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

"En el presente caso, no se puede hablar de culpa de la víctima, por cuanto ésta no representaba ningún peligro para la tropa y fuera de eso, se alejaba del lugar en el cual se encontraban los uniformados, montando en su bicicleta.

"Surge así la obligación de declarar la responsabilidad del ente demandando y condenarlo, en consecuencia, a pagar los perjuicios ocasionados a los actores, razón por la cual se solicita respetuosamente a la Honorable Sala la confirmación del fallo consultado." (fl. 283-285, C. 1).

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia consultada será confirmada, aunque con algunos ajustes de universo económico que alcanzan a tener incidencia en la aclaración que del fallo hizo el *a-quo* en providencia calendada el día veintiuno (21) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), en virtud de la cual se incluyó al señor Ciro Antonio Riaño Torres (padre) como beneficiario de la condena por perjuicios morales, por un mil (1000) gramos de oro fino.

En el caso *sub-examine* no hay espacio para la duda que impida concluir que se dió la falla del servicio. El joven EDGARD RIAÑO ROJAS fue muerto por el ejército nacional dentro del marco de circunstancias que el sentenciador de instancia valoró muy bien, por la vía indiciaria, y que hace suya la sala. Si algo hiciera falta para darle mayor fuerza de convicción a la decisión, bastaría recordar lo expuesto por el Dr. MARIO JOSÉ ALARIO MONTERO, apoderado de la Nación, en la audiencia de conciliación que tuvo lugar el dia trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), en el despacho del señor Fiscal Primero del Tribunal. En el acta que se levantó con tal motivo, se lee:

"El día ocho (8) de septiembre de 1990, la Base Militar acantonada en el Municipio de San Alberto (Cesar), había sido hostigada dos o tres horas antes de que ocurriera la muerte del señor EDGAR RIAÑO ROJAS; como consecuencia de ese hostigamiento el Comandante de dicha Base

ordenó un registro en las zonas aledañas a la misma. En cumplimiento de la orden impartida, salió una patrulla y llegó al sitio llamado "Noches de Rumba" en el que se encontraba entre otros el señor EDGAR RIAÑO ROJAS quien al percatarse de la presencia de los uniformados salió huyendo montado en una bicicleta pero el soldado Barreto Montesino Oscar, que se encontraba afuera del establecimiento le solicitó se detuviera pero la víctima siguió y aumentó la velocidad burlando los militares. Por consiguiente el citado soldado hizo unos disparos al aire y otros a la bicicleta para tratar de detenerlos con el resultado lamentable que ya conocemos; de lo anterior se deduce que el lamentable suceso obedeció a la culpa exclusiva de la víctima puesto que la conducta del soldado fue legítima amparada en el cumplimiento de una orden legal, además debemos tener en cuenta que entre las finalidades primordiales de las Fuerzas Militares se encuentra precisamente la de establecer el orden constitucional. Es de anotar también que al efectuar el correspondiente levantamiento del cadáver le fue encontrado un revólver calibre 38 largo sin salvoconducto. Por lo anterior, la posición adoptada por mi representada en el presente caso es la no conciliar,....." (fl 66. C. 1).

Para la Corporación resulta censurable e inaceptable, desde todo punto da vista, que la fuerza pública haga uso de las armas en casos como el presente, esto es, porque un ciudadano, al percatarse de la presencia de la misma, huye, sin que este comportamiento tenga en el momento en que se registra, una connotación grave y probada. El simple desobedecimiento de una orden militar no autoriza a la autoridad para lograr la captura de las personas disparando contra la humanidad. Reiteradamente ha predicado la Sala que la fuerza pública se supone especialmente preparada para hacerle frente a situaciones de policía como la que origen a la tragedia que ahora se lamenta. La circunstancia de que el día de los hechos hubiese sido hostigada la Base Militar, acantonada en el Municipio de San Alberto, no es causal eximente de responsabilidad, ni ese hecho puede vincularse con la huida de la víctima para concluir que esta fue muerta por culpa exclusiva suya. Por lo demás, no se demostró que el finado hubiese tenido algo ver con el citado hostigamiento.

En la interpretación de la conducta humana, que en mas de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, el *ad-quem* destaca que el occiso era persona de buen comportamiento ciudadano y buen hijo de familia. Así lo testimonia el médico Severiano Julio Enrique, quien al rendir declaración, dentro del presente proceso, afirma: "...durante el tiempo que lo conocí era un muchacho honrado y trabajador y él era el que ayudaba al sustento de sus padres en la alimentación...". La misma nota que la comunidad de San Alberto dirigió al señor Procurador Regional, el día trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa (1990), solicitando la investigación de los hechos, resulta

bien significativa, pues no es normal que la comunidad se conmueva con la muerte de un verdadero delincuente. Finalmente, de la certificación que obra a folio 100 del cuaderno No. 1, expedida por el Jefe Grupo Identificación del Departamento Administrativo de Seguridad "Das", se vivencia que el finado no registraba antecedentes de ninguna naturaleza.

Invita a reflexionar lo expuesto por el señor EDGAR CHAVES AVENDAÑO, Inspector de Policía que intervino en la diligencia de levantamiento del cadáver, quien relata que le dijo "...al teniente que necesitaba que hubiera algún familiar presente o por lo menos dos testigos por la gravedad de los hechos y me preguntó que si había algún familiar en la multitud de gente que estaba observando yo le dije que si se encontraba y únicamente dieron orden para que pasara solamente el hermano y estuviera presente entonces al acercarse el muchacho lleno de rabia se agachó y le sacó el revólver y lo tiró aproximadamente como a unos tres metro y dijo que no fueran tan puercos que por qué le había colocado revólver que tras de que lo habían matado después iban a salir con el cuento que él era guerrillero entonces yo le dije al muchacho que se controlara y dejara hacer la diligencia y los soldados se pusieron a buscar el revólver ya que había caído en un monte, el revólver era de calibre 32 largo niquelado en perfecto estado" (C.l, fol 154) (Subrayas de Sala).

El declarante EFREN MAZO QUINCHIA (C 1, fol 156), quien acompañaba al occiso en el sitio de diversión en que se iniciaron los hechos afirma que EDGAR RIAÑO ROJAS no portaba arma sino un metro

" ....de trabajo que él cargaba en la pretina o correa del pantalón...".

A su turno, OBED DE JESÚS ORREGO NARANJO, quien presenció la diligencia de levantamiento del cadáver, destaca:

"....me fuí a mi casa y a eso de las nueve y media mas o menos me llamaron que habían matado al ayudante mío yo me paré ofuscado y salí a verificar me encuentro con las calles que conducen a donde estaba el occiso o finado cercadas por el ejército no permitían entrar a reconocer el cadáver por mas que uno les tratara de aclarar que era un amigo muy allegado o que alguien manifestó que el cadáver era de la familia, total no dejaban acercar a nadie a ninguna persona ni siquiera a veinte metros de distancia donde quedó el cadáver cosa tan extraña no, al rato mucha gente que había a los lejos del cadáver gritaban corra corra usted que es su hermano ALBEIRO hermano menor de EDGAR, que le van a poner un arma la gente lamentaba la muerte del muchacho y a ALBEIRO no lo dejaban entrar sin embargo el logró penetrar si la gente volvía y decía corra corra que le van a colocar un arma cuando él iba llegando al cadáver

me comentó ALBEIRO a mi si, después del levantamiento me dijo OBED el militar que estaba al lado de mi hermano o sea el muerto le colocó un arma en la cintura a mi hermano y yo alcancé a ver en el momento en que el militar llegaba al cadáver de su hermano después de esa acción procedieron a la diligencia de levantamiento, yo le dije nosotros desde la calle también alcanzamos a ver cuando el militar se agachó al cadáver así en esta forma en este momento el declarante hace el ademán de agacharse al suelo, señalando la cintura como si estuviese el cadáver, y rápidamente se retira como la distancia siempre era larga si, no puedo decir con certeza que era un arma de fuego que le estaban colocando en ese momento al cadáver, porque había oscuridad un poco, pero que se acercó al cadáver se acercó a plena conciencia puedo declarar que el occiso EDGAR RIAÑO ROJAS, siempre lo conocí como un muchacho totalmente sano y trabajador nunca nunca le conocí un arma de fuego a él o corto punzante, tampoco oí decir nunca que el tuviera relación con algún grupo subversivo como manifestó el comandante de la base en esa época ante vanguardia liberal de bucaramanga para que posteriormente publicaran que se había dado de baja a un guerrillero en la población de San Alberto, en un hostigamiento militar que había hecho a la misma base, mal se explica que se le haya dado de baja en el hostigamiento militar a la base donde EDGAR RIAÑO ROJAS, lo mataron fue en el centro de san alberto, como se puede explicar esta versión del comandante de la base militar donde ellos mismos se contradicen; el finado EDGAR RIAÑO huía en su bicicleta en el momento en que la patrulla llegó pidiendo libreta militar y ellos procedieron a seguirlo hasta que lo mataron..."(fl. 177-178, C. 1)

Es una lástima que el apoderado de LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA no haya intervenido en la práctica de los anteriores testimonios, oportunidad que se presentaba propicia para contrainterrogar a los declarantes. Igualmente lamentable que el citado profesional del derecho no se hubiese preocupado por demostrar que el occiso sí portaba el citado revólver, con lo cual se habría disipado el panorama de sospecha y duda que queda flotando en el expediente en contra de la fuerza pública, como simuladora de hechos. Como infortunadamente la experiencia judicial demuestra que casos con el universo del relatado sí se han presentado, queda en el sentenciador una real preocupación por la posible repetición de conductas censurables. La primera de todas las fuerzas que dirigen el mundo, recuerda JEAN FRANCOIS REVEL, en su obra el Conocimiento Inútil, es LA MENTIRA. Ella lleva al público, agrega, a considerar "...la mala fe casi como una segunda naturaleza en la mayoría de los individuos cuya misión es informar, dirigir, pensar, hablar.... La información en la democracia es tan libre, tan sagrada, por haberse hecho cargo de la función de contrarrestar todo lo que oscurece el juicio de los ciudadanos, últimos

decisores y jueces del interés general. Pero qué sucede si es la misma información la que se las ingenia para OSCURECER EL JUICIO DE LOS JUECES?" (Obra citada, pag. 12) (Subrayas de la Sala).

Los integrantes de la fuerza pública deben ser educados también en la filosofía que enseña que se debe dar testimonio de la verdad. Sólo así será posible castigar a los responsables y absolver a los inocentes. Por lo demás, el reino de ella permite afirmar que se ha pensado bien. Por ello Balmes enseña: "Ciertos hombres tienen el talento de ver mucho en todo; pero les cabe la desgracia de ver todo lo que no hay, y nada de lo que hay" (El Criterio).

B) La legitimación por activa quedó bien demostrada. Por lo que hacer relación con el daño, la Sala confirmará la condena que al pago de PERJUICIOS MORALES hizo el sentenciador de instancia en favor de MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO (madre) y de EDILIA, ALBEIRO, JAVIER, y ANDRES RIAÑO ROJAS (hermanos), por encontrarla ajustada a la lógica de lo razonable. Revocará, en cambio, la que se ordenó en favor del señor CIRO ANTONIO RIAÑO ROJAS (padre), pues como lo recuerda bien el declarante señor EFREN MAZO CHINCHIA, él había abandonado a su esposa e hijos. Esta realidad lo lleva a ilustrar al fallador dentro del siguiente marco:

> "...el muchacho EDGAR y otro hermano menor de él eran los que veían por su mamá y demás hermanos, el llevaba la comida a su casa y todo lo que necesitaba junto con el otro hermano NO VE QUE EL PAPA LOS HABIA DEJADO SOLOS VIVIA POR ALLA..." C. 1, fol. 166)

Así las cosas, resulta muy difícil para el fallador, por no decir imposible, presumir afecto en el padre cuando es capaz de abandonar a sus hijos en vida, para que éstos todavía menores de edad, tengan que proporcionarse directamente el pan de cuerpo, obligación civil, y también moral, que debía satisfacer el ascendiente. Realidades como la que se deja descrita llevan a predicar que las leyes humanas aseguran la justicia, pero solo una ley superior produce el amor. Ningún código ha llevado a persuadir a un padre para que muestre afecto hacia sus hijos, ni ninguna sentencia judicial ha producido el milagro de hacer brotar, a posteriori, la comunión espiritual que nunca se dio en vida entre padre e hijo.

> "Con lo que se deja esto la Sala no pretende cuestionar la separación de los esposos. Estos, al definir de hecho o de derecho su problemática matrimonial, deben continuar atendiendo a sus deberes jurídicos. Si así no ocurre, no están autorizados para impetrar el pago de perjuicios morales por la muerte del ser con el cual no fue posible, en vida, una verdadera comunión de amor.

"La Sala ha dicho, y lo reitera ahora, que muerto el hijo se presume el afecto hacia él de los padres demandantes. Pero esta presunción es de hecho y no de derecho. Esta verdad jurídica explica que cuando el sentenciador se encuentre frente a circunstancias como las que se dejan estudiadas, no esté obligado a hacer condena alguna por concepto de perjuicios morales, pues ésta, como lo enseñan los hermanos Mazeaud, no se orienta a borrar lo que es imborrable, sino a "...procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido". Así las cosas, si desde en vida todo estaba acabado, ninguna compensación monetaria se explica. Por algo enseñaba Kierkegaar que: "Si dos seres no son capaces de amarse eternamente, su amor no merece que se hable de él, mucho menos que se lo cante". (Extractos de jurisprudencia 3er. semestre 1991).

Se confirmará la condena que por PERJUICIOS MATERIALES hizo el tribunal en favor de la señora MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO (madre) y de los hermanos menores de la víctima JAVIER y ANDREA RIAÑO ROJAS, pero ella se hace en concreto, y siguiendo las pautas que mas adelante se enlistarán.

Se revocará la condena que por perjuicios materiales se hizo en favor de EDILIA y ALBEIRO RIAÑO, pues éstos ya habían cumplido los dieciocho años (18) de edad en el momento en que murió EDGAR RIAÑO ROJAS.

La liquidación se ha hecho con sujeción a las siguientes pautas:

PRIMERA. Se ha tomado en consideración el salario mínimo vigente para el año de mil novecientos noventa (1990);

SEGUNDA. Del anterior ingreso mensual se ha descontado un cincuenta por ciento (50%), como lo ordenó el tribunal, que es la suma que se estima que el de cuyus destinaba para atender a su congrua subsistencia;

TERCERA. El cincuenta por ciento (50%) restante se ha dividido en dos partes iguales: la mitad para la madre, señora María de la Cruz Rojas Riaño y se liquida hasta el momento en que el occiso habría cumplido los veinticinco años (25), edad en que se presume que habría formado su propio hogar; la otra mitad se distribuye por parte iguales entre los hermanos JAVIER y ANDREA RIAÑO ROJAS y va también hasta el momento en que EDGAR RIAÑO ROJAS habría cumplido los 25 años de edad.

CUARTA. Se ha actualizado la condena, siguiendo para ello las pautas fijadas por la Corporación. El primer período va desde el 8 de septiembre de

1990 hasta el 31 de marzo de 1993; el segundo desde el primero (1o) de abril de 1993, hasta la fecha en que el finado cumpliría los veinticinco años.

Dentro del marco anterior, la condena se concreta así:

Salario mínimo: $41.025.oo

Menos el 50%: $20.512..50

Se actualiza mediante la fórmula

$$Ra = \frac{\text{índice final (marzo 93)}}{\text{índice inicial (Sep/90)}}$$

$$Ra = \$20.512.50 \frac{287.74}{156.34}$$

Ra = $37.752.76

Se calculan dos períodos:

a) Vencido, causado o consolidado:

Para obtener la indemnización correspondiente a este período se aplica la fórmula:

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

$$S = \$37.752.76 \frac{(1 + 0.004867)^{18.76} - 1}{0.004867}$$

S = $739.699.72

S = Para María de la Cruz Rojas de Riaño $369.849.86

S = Para cada hijo $184.924.93

B) Futuro o anticipado

1. Para María de la Cruz Rojas de Riaño:

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

$$S = \$18.876.38 \frac{(1 + 0.004867)^{35.86} - 1)}{0.004867 (1+0.004867)^{35.86}}$$

$$S = \$18.876.38 \frac{0.1901833233}{0.005792621}$$

S = $619.748.98

2. Para Javier y Andrea Rojas Niño:

S = $9.438.19 x 32.83198284

S = $309.874.49 (para cada uno)

De conformidad con la anterior liquidación, la condena quedará así:

Para María de la Cruz Rojas de Riaño	$989.598.84
Para Andrea Rojas Niño	$494.799.42
Para Javier Rojas Niño	$494.799.42

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:

1o) CONFIRMANSE los numerales primero (1o), cuarto (4o) y quinto (5o) de la sentencia calendada el día siete (7) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, dentro del proceso del rubro;

2o) REVOCANSE los numerales segundo (2o) y tercero (3o) de la misma sentencia, los cuales quedarán así:

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, condenase a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES, las cantidades de oro que a continuación se indican y a las personas que se relacionan:

SECCION TERCERA

A MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO (madre), un mil gramos (1.000) de oro fino;

A EDILIA, ALBEIRO, JAVIER, y ANDREA RIAÑO ROJAS (hermanos), la cantidad de quinientos gramos (500) de oro para cada uno.

El pago se hará tomando en cuenta el precio del oro en el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República;

TERCERO. CONDENASE, igualmente, a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, las sumas que a continuación se determinan y a las personas que se relacionan:

A MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO la suma de NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS MCTE. ($989.598.84);

A JAVIER RIAÑO ROJAS, la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS ($494.799.42);

A ANDREA RIAÑO ROJAS, la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS ($494.799.42);

Si contra la presente sentencia se interpusiere el recurso extraordinario de súplica, se deberán actualizar los anteriores montos con los índices de precios al consumidor, certificado por el Dane por el período comprendido entre la fecha de este fallo y el de la ejecutoria de la sentencia. Para ello bastará acompañar a la cuenta de cobro los referidos índices.

3o) Expídanse las copias de la sentencia con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

4o) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

EXP. - 7951

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CLAUSULA DE CADUCIDAD - Improcedencia

Un contrato de arrendamiento el cual tenía por objeto las áreas destinadas a aparcadero, vallas y avisos de publicidad, ubicadas en el Aeropuerto Olaya Herrera. Resulta inexplicable que tal acto jurídico no se hubiese hecho constar por escrito, como lo disponía el artículo 18 del Decreto 150 de 1976, ley del contrato. La ausencia de la anterior solemnidad eliminó la posibilidad, de que se pactara la cláusula de caducidad que, por lo demás, sólo era de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento . Así las cosas, la administración no podía hacer uso de una cláusula exorbitante que ni se entendía incorporada al acto jurídico, ni se pactó, por la realidad fáctica en antes destacada.

LEY EN EL TIEMPO / LEY DEL CONTRATO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Régimen Aplicable / RESTROSPETIVIDAD DE LA LEY

Los contratos se rigen por la ley vigente en el momento de su celebración y, por lo mismo, si al surgir a la vida jurídica son de naturaleza civil, una ley posterior no los puede tornar, con retroactividad, administrativos. Ese principio sólo admite dos excepciones, a saber: a) Las que se vinculan con el orden público, y b) El de las leyes interpretativas, que al formar una unidad con la ley interpretada, como lo manda el artículo 14 del Código Civil, permiten concluír que el alcance de la ley es, abinitio, el que se precisa en la ley que hace la interpretación. Es verdad que el numeral 2°. del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 exceptúa de la ley del contrato las disposiciones "que señalan penas para - el

caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido", pero éste precepto demanda que en el pasado la pena estuviese consagrada. Es el universo mismo que ella tenga, a la luz de la nueva normatividad, el que es de aplicación con arreglo a la, nueva ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente número 7031. Actor: SOCIEDAD "ALBERTO VASQUEZ Y ASOCIADOS Y CIA LTDA". Demandado: LA NACION - FONDO AERONAUTICO NACIONAL.

- 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 apoderado del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia calendada el día veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991). proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva, **DISPUSO:**

"**Declárase la nulidad de las resoluciones 1641 y 2581** de 11 de marzo y 24 de abril, ambas de 1985, por las cuales el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil declaró la terminación del contrato de arrendamiento verbal de algunas áreas del aeropuerto Olaya Herrera, celebrado con la sociedad ALBERTO VASQUEZ Y ASOCIADOS Y COMPAÑIA LIMITADA." (Folio 151)

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"La sociedad ALBERTO VASQUEZ Y ASOCIADOS Y COMPAÑIA LIMITADA, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de las Resoluciones 1641 y 2581 de 11 de marzo y 24 de abril de 1985 por lo cual el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil dió por terminado un contrato de arrendamiento que tenían celebrado sobre unas áreas del

Aeropuerto OLAYA HERRERA de la ciudad de Medellín. Considera suficiente como restablecimiento del derecho, la nulidad de los actos acusados.

"La providencia de 10 de julio de 1985, se remitió por competencia el negocio a ésta Corporación, donde ha surtido todo su trámite legal, encontrándose para ser decidido, a lo cual se procederá mediante la siguiente providencia.

"Como hechos fundamento de la acción menciona los siguientes:

"1°. El Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional, dictó la Resolución número 1641 de 11 de marzo de 1985. " por la cual se da por terminado un contrato de arrendamiento", que dice fué celebrado verbalmente el 5 de abril de 1982 con la firma ALBERTO VASQUEZ OSORIO Y ASOCIADOS Y CIA. LTDA..." por áreas destinadas a aparcadero, vallas y avisos de publicidad ", áreas ubicadas en el aeropuerto Olaya Herrera de la ciudad de Medellín. cuya localización y linderos describe en el tercer considerando de dicha Resolución.

"2°. En el considerando 10 expresa que el representante legal de la sociedad mencionada "reconoció la celebración del contrato de arrendamiento con el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el canon o precio de $700.000.oo" en interrogatorio de parte ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín.

"3°. En los considerados 11 y 12 afirma que " el arrendatario incumplió con lo pactado causando graves perjuicios de interés económico para la entidad, lo que hace inconveniente la continuación del contrato" y que "es obligación del Departamento proceder a dar por terminado el contrato verbal de arrendamiento".

"4o. En virtud de lo anterior resuelve "dar por terminado el contrato verbal de arrendamiento" indicado, fijar un plazo de 30 dias para la entrega de las áreas arrendadas y proceder a la liquidación del contrato.

"5°. Interpuesto el recurso de reposición contra la providencia reseñada, el Jefe del Departamento lo negó, mediante la Resolución 2581 de 24 de Abril de 1985 con lo cual quedó agotada la vía gubernativa.

"6°. Aún cuando no es materia de este proceso, debo manifestar que el incumplimiento atribuído a mi patrocinada es inexacto. Fué del

Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil el que lo incumplió al reducir arbitrariamente las áreas que aquel venía disfrutando.

"7°. El Representante Legal de ALBERTO VASQUEZ OSORIO Y ASOCIADOS Y CIA. LTDA. me ha otorgado poder para demandar las resoluciones acusadas.

"Admitida la demanda, de ella se notificó el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (F.l. 28 a 31 y 56) quien designó apoderado (F.l. 57) habiendo contestado la demanda (F.l. 59 a 63) y pidiendo pruebas. Evacuada la etapa probatoria, se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión sosteniendo la actora sus puntos de vista sobre la nulidad impetrada y alegando la demandada que los actos expedidos debían mantenerse por encontrarse ajustados al ordenamiento legal.

"El Ministerio Público representado por el Fiscal Once de la Corporación descorre su traslado de rigor con concepto favorable a las súplicas de la demanda, señalando como normas aplicables al caso los artículos 48, 49, 50, 51 y 53 del Decreto Ley 150 de 1976 y no las del Decreto Ley 222 de 1983.

"Para decidir la controversia se

CONSIDERA:

"I. Se reduce el caso aquí planteado a establecer si los actos acusados son nulos por cuanto violan en criterio del demandante normas de carácter superior, al declarar la caducidad de un contrato de arrendamiento verbal existente entre las partes.

"Para la Sala sea lo primero dejar en claro que evidentemente los actos demandados declaran la caducidad del contrato verbal de arrendamiento, cuya existencia, dicho sea de paso, reconocen. En efecto, al observar la motivación de las resoluciones 1641 y 2581 de 1985, en ellas el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil reconoce haber arrendado en forma verbal el día 5 de abril de 1982 a la sociedad demandante las áreas de Parqueadero Nacional No. 1 y No. 2, las de vallas y avisos de publicidad y las de baños públicos del aeropuerto Olaya Herrera de la ciudad de Medellín. Ahora bien, no obstante que los actos acusados dan por terminado el contrato verbal de arrendamiento, ellos equivalen a una caducidad del mismo, por cuanto como lo afirman en la motivación y concretamente en el numeral 11, el incumplimiento del

arrendatario le ha causado graves perjuicios que hacen inconveniente la continuación del contrato.

"II. Del capítulo sobre normas violadas y concepto de violación, la Sala analizará el cargo vinculado a la violación de los artículos 47, 48, 49, 5O, 51 y 53 del Decreto Ley 150 de 1976, por considerar que tal cargo prospera, lo que hace innecesario el estudio del otro cargo planteado.

"Sostiene la actora que las normas violadas, las que son aplicables al caso por cuanto eran las vigentes para la época en que se celebró el contrato, 5 de abril de 1982, fecha que señala la resolución 1641 de 11 de marzo de 1985 en su numeral 2 (F.l. 4), establecían la obligatoriedad de la cláusula de caducidad en todos aquellos contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento. Al ser el contrato de arrendamiento verbal y así aceptarlo los actos demandados, no solamente no podía pactarse tal cláusula, sino que tampoco podía entenderse pactada por no ser obligatoria para tal clase de contrato, habiendo sido en consecuencia "aplicados indebidamente los preceptos citados" y presentándose"una desviación de la atribución del Jefe de la entidad contratante.

"Para la Sala evidentemente los actos acusados reconocen la existencia de un contrato de arrendamiento entre la actora y la demandada. Basta leer la motivación de la resolución No. 1641 de 11 de marzo de 1985 en la que la administración acepta haber celebrado un contrato de arrendamiento verbal el día 5 de abril de 1982, con la firma ALBERTO VASQUEZ OSORIO Y ASOCIADOS Y CIA. LTDA.

"Ahora bien, a tal contrato de arrendamiento no sólo no le éra obligatoria la cláusula de caducidad, conforme a lo normado en el artículo 48 del Decreto Ley 150 de 1976, sino que no era posible pactarla dado que como lo reconoce la administración el contrato de arrendamiento éra VERBAl. Así las cosas, al expedir el acto administrativo declarando la caducidad del contrato, ejerció la administración una facultad que no tenía atribuída en éste, habiendo en consecuencia actuado sin competencia atribuída para el efecto, lo que genera la nulidad de los actos acusados". (Folios 148 a 151).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO:

A folios 158 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que la apoderada del demandado hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"El alcance del recurso de apelación está encaminado a que se revoque en su totalidad la sentencia impugnada por ser violatoria de las disposiciones legales que se citarán en la sustentación de la alzada, y especialmente porque:

"1.-) Este proceso debía haber concluído con fallo inhibitorio, en razón a que el demandante erró de bulto al demandar a la Nación, representada por el Jefe Del Fondo Aeronáutico Nacional. EL FONDO AERONAUTICO NACIONAL, es un establecimiento público del orden nacional, con personaría jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, según la ley 3 de 1977 que lo creó. Y fué el FONDO AERONAUTICO NACIONAl el ente que celebró el contrato y el que profirió las resoluciones acusadas, a través de su representante legal.

"2.-) El fallo de mérito que se ha proferido, y que impugno, es también violatorio de las reglas contenidas en el decreto ley o extraordinario 222 de 1983, en cuanto que dicha legislación, por ser de orden público, es de aplicación inmediata, y conforme lo expresa su último artículo derogó expresamente el decreto 150 de 1976.

"3.-) La sentencia impugnada en error evidente y protuberante declara la nulidad de las resoluciones 1641 del 11 de marzo de 1985 y del 24 de abril de 1985. por las cuales el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil declaró la terminación de un contrato verbal de arrendamiento, cuando en la realidad jurídica dichos actos fueron proferidos **por el FONDO AERONAUTICO NACIONAL, cuyo representante legal es el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil,** persona jurídica totalmente distinta a la NACION, que demandó la actora" (Folios 158 y 159).

SECCION TERCERA

-III-

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda del Consejo de Estado, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, **OBSERVA:**

"Sea lo primero referirnos a lo expresado por la recurrente.

"En realidad la señalización del ente demandado que hizo el actor es correcta, pues como lo reconoce la misma parte opositora, el ente con quien supuestamente se trabó la relación fué el Fondo Aeronáutico Nacional; y el acto administrativo acusado, en su encabezamiento indica que el jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil que profiere la Resolución, lo hace en su condición de representante legal del mencionado Fondo. No aparece pues ningún error en la denominación de la parte llamada a responder, como lo dice la recurrente.

"En relación con la norma que debe aplicarse al caso, aunque sólo se hace la afirmación pero sin expresar las razones, tampoco tiene razón, pues considerando el enfoque dado a la demanda y teniendo en cuenta que el sentenciador de instancia admite la existencia del contrato de arrendamiento celebrado en abril de 1982, la norma que aplica es la vigente en esa época como lo señala el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

"En relación con las razones que tuvo el Tribunal para declarar la nulidad de los actos acusados, éste despacho observa que tanto en la demanda, como en la sentencia, se parte de una ficción al suponer que en el presente caso existió un contrato administrativo de arrendamiento, cuando lo cierto es que éste no se realizó.

"El Decreto 150 de 1976, estatuto que regía en el momento de los hechos, establece de manera expresa en su artículo 134 que el contrato de arrendamiento "siempre constará por escrito".

"Así pues que era obligación para las partes la celebración de un contrato escrito.

"También existe una ficción cuando se afirma que se aplicó indebidamente la cláusula de caducidad, pues para esa época la ley exigía la inclusión expresa y escrita de esta cláusula exorbitante; es decir, la ley no admitía, como ahora, la posibilidad de darla por pactada tácitamente allí donde es obligatoria.

"Por otra parte, el art. 48 del Decreto 150 de 1976 establecía que la cláusula de caducidad no era de forzosa estipulación en los contratos de arrendamiento. Así pues si las partes convenían en pactarla, se imponía la necesidad de incluirla expresamente en el contrato y obviamente no existiendo contrato escrito no puede suponerse tampoco la existencia de esta cláusula.

"Siendo el contrato administrativo inexistente, no podía la administración haciendo uso de otra ficción dictar un acto administrativo para darlo por terminado; carecía de competencia precisamente por no existir contrato escrito y además con cláusula de caducidad que le permitiera hacer uso de su potestad de ente público.

"La situación de hecho que se dió en el presente caso, necesariamente tuvo que quedar sometida al régimen de derecho común. Correspondía pues a los jueces de la justicia ordinaria decidir el problema de la existencia y prueba del contrato, de su terminación y de la entrega del inmueble, así como del pago de lo que la Sociedad adeudaba a la administración.

"Por lo expuesto, resulta anómalo, que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil haya decidido terminar con el contrato o con la relación existente mediante Resolución, pues su competencia, se repite, solamente podría haber nacido de un contrato administrativo en donde de modo expreso se hubiera pactado la facultad para darlo por terminado unilateralmente.

"Como el contrato administrativo de arrendamiento a que alude el acto acusado, es inexistente, la administración carecía de facultad para dictar esa Resolución: en consecuencia debe ser anulada.

"Aunque por razones un tanto diferentes, esta Agencia del Ministerio Público coincide con la decisión final de la sentencia apelada, en consecuencia se permite solicitar a la Sala su confirmación." (Folios 177 a 180).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, pues ella se ajusta, en todo su universo, a la ley y al derecho.

SECCION TERCERA

Del texto de la Resolución No 1641 de 11 de marzo de 1985, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, se sabe que ésta entidad celebró, el dia cinco (5) de abril de 1982, un contrato de arrendamiento con la firma ALBERTO VASQUEZ OSORIO & ASOCIADOS Y CIA LTDA, el cual tenía por objeto las áreas destinadas a aparcadero, vallas y avisos de publicidad, ubicadas en el Aeropuerto Olaya Herrera de la ciudad de Medellín, localizadas y alindadas como se precisa en el referido acto administrativo.

Para la Sala resulta inexplicable que tal acto jurídico no se hubiese hecho constar por escrito, como lo disponía el artículo 18 del Decreto. 150 de 1976, ley del contrato, pues del texto de la resolución acusada se desprende que el precio mensual del arrendamiento montaba SEISCIENTOS MIL PESOS ($600.000.oo). La norma en comento preceptuaba:

"Artículo 18. De los contratos que deben constar por escrito.

"Salvo lo dispuesto en este decreto deberán constar por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de cincuenta mil pesos ($50.000.oo)"

La ausencia de la anterior solemnidad eliminó la posibilidad de que se pactara la cláusula de caducidad que, por lo demás, sólo era de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento (Artículo 48 Decreto 150 de 1976). Así las cosas, la administración no podía hacer uso de una cláusula exorbitante que ni se entendía incorporada al acto jurídico, ni se pacto, por la realidad fáctica en antes destacada.

Dentro del anterior marco jurídico, la Sala hace suya la perspectiva jurídica que manejó el sentenciador de instancia cuando en el proveído impugnado concluye: "... al expedir el acto administrativo declarando la caducidad del contrato, ejerció la administración una facultad que no tenía atribuída en éste, habiendo en consecuencia actuado sin competencia atribuída para el efecto, lo que genera la nulidad de los actos acusados".

B) La Sala no patrocina la filosofía jurídica que se recoge en el salvamento de voto de la Magistrada Myriam Guerrero de Escobar, cuando considera que era aplicable, para el caso, el nuevo Estatuto de Contratación Nacional (Decreto ley 222 de 1983), que dispone que en los contratos de arrendamiento es de obligatoria inclusión la cláusula de caducidad. Y no la hace suya, porque los contratos se rigen por la ley vigente en el momento de su celebración y, por lo mismo, si al surgir a la vida jurídica son de naturaleza civil, una ley posterior no los puede tornar, con retroactividad, administrativos. Ese principio sólo admite

dos excepciones, a saber: **a)** Las que se vinculan con el orden público, situación que no se registra en el caso *sub-examine,* y **b)** El de las leyes interpretativas, que al formar una unidad con la ley interpretada, como lo manda el artículo 14 del Código Civil, permiten conclír que el alcance de la ley es, *ab initio,* el que se precisa en la ley que hace la interpretación. Es verdad que el numeral 2°. del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 exceptúa de la ley del contrato las disposiciones "que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido", pero éste precepto demanda que en el pasado la pena estuviese consagrada. Es el universo mismo que ella tenga, a la luz de la nueva normatividad, el que es de aplicación con arreglo a la nueva ley.

C) La Corporación no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, cuando al sustentar el, recurso predica que este proceso ha debido concluir con fallo inhibitorio,en razón de que el demandante erró de bulto al demandar a la Nación, representada por el Jefe del Fondo Aeronáutico Nacional. Y no la comparte, porque desde un principio el tribunal entendió que la acción se dirigía contra el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a quien ordenó notificarle la demanda. Esta verdad explica que el Jefe del mismo dictara la Resolución No 3456 de 7 de abril de 1986 por medio de la cual se confirió poder a un profesional del derecho para que representara a la citada entidad, dentro del presente conflicto de intereses. Por lo demás, fué el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional, el que profirió los actos acusados. Así las cosas, no hay duda alguna respecto de la legitimación por pasiva. El universo de sutilezas procedimentales que maneja el apoderado del demandado debe dar paso a lo SUSTANCIAL para que el derecho no quede sacrificado en la FORMA.

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

FALLA:

1o.) CONFIRMASE la sentencia calendada el dia veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro.

2o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento / CONTRATO DE OBRA PUBLICA / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Improcedencia.

Si bien se dio un incumplimiento por parte de la sociedad, tal incumplimiento se originó por culpa del Fondo Nacional de Caminos Vecinales al hacer entrega de los planos fundamentales para la construcción del puente sobre la quebrada La Sabandija, sólo hasta el 16 de octubre de 1986, es decir, dos meses después de iniciadas las obras contractuales. Sin duda ese retardo trasladó los trabajos a la época invernal y en esa circunstancia climática le fué imposible a la contratista sacar avante su programación de obra y financiera. Los efectos críticos de esa situación no lograron superarse, los costos aumentaron y los esfuerzos económicos realizados en la época de invierno, así como las consecuencias de las variaciones contractuales unilateralmente impuestas por el Fondo contratante, concluyeron en el estado de iliquidez e inoperancia de la firma contratista, para la cual resultaban ya ineficaces los requerimientos de última hora que por incumplimiento le formuló el Fondo, y mucho menos procedente, la declaración de caducidad que por un incumplimiento originado en la propia administración, vino a declarar a última hora, precisamente en la fecha en que concluía normalmente el término contractual, cuando ya no podía finalizar anticipadamente el contrato porque ese era el día acordado por las partes para que naturalmente terminara el contrato, adicionada tal decisión con una notificación surtida luego de una semana de declarada la caducidad. La declaración de caducidad sólo surte efectos legales a partir de la notificación que en debida forma se haga a la parte contratista del acto administrativo que la declare.

SECCION TERCERA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7455., Actor: SOCIEDAD CONSTRUCTORA "CONSTRUCAR LTDA", DEMANDADO: FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES.

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 6 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso: "NEGAR las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora".

I. ANTECEDENTES:

1o. **La demanda:**

Mediante escrito presentado el 13 de noviembre de 1987 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, por conducto de apoderado la Sociedad CONSTRUCAR LTDA., formuló demanda contra el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 01854 del 18 de mayo de 1987 y la de su confirmatoria No. 002771 del 29 de julio del mismo año, la primera en cuanto declaró la caducidad administrativa del contrato No. 170-086 fechado el junio 25 de 1986 y la segunda en cuanto confirma esa determinación, contrato suscrito entre EL FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES y la Sociedad CONSTRUCAR LTDA., relativo a la rehabilitación del camino: CAMBAO-MENDEZ-HONDA, entre las abscisas KO-000, obra localizada en los municipios de Armero y Honda, Depto. del Tolima y sus adicionales números 1741-1-86 y 174-2-87 del 30 de diciembre de 1986 y abril 14 de 1987, respectivamente.

"2. Que como consecuencia de esta declaratoria de nulidad y para obtener el restablecimiento del derecho, ordene al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES la liquidación del contrato y en ésta se incluya la suma de $10.100.000.oo suma que debió invertir mi representado por los mayores costos a que lo condujo la conducta y procedimientos utilizados por el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES durante la ejecución del contrato.

"3. Que igualmente como consecuencia de esta misma declaratoria de nulidad, y para lograr el restablecimiento del derecho conculcado, se declare que el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES no podía ni legal ni contractualmente declarar la caducidad del contrato ni ordenar que se hicieran efectivas la cláusula penal y el valor de las pólizas Nos. 28963 y 28966 y sus certificados de modificación expedidos por Seguros Alfa S.A.

"4. Que se condene al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES a pagarle a mi poderdante los perjuicios materiales y morales que resulten probados a través de este proceso, en virtud de la forma como puso fin al contrato.

"5. Que al momento de hacer las condenas a que se refieren las pretensiones 2a y 4a de esta demanda, el Honorable Tribunal ordene su actualización conforme a los índices del costo de vida y certificación del DANE.

2o. **Los hechos:**

Se relatan así en la demanda:

"1. EL FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES suscribió con el señor LUIS GABRIEL AYALA R. el contrato No. 174-0-86, rehabilitación del camino Cambao-Méndez-Honda, entre las abscisas KO+OOO- K1O+OOO, obra localizada en los Municipios de Armero y Honda, Departamento del Tolima.

"2. Mediante la Resolución No. 0386 de Febrero 6 de 1986, se ordenó la apertura de la licitación pública Nal. No. 03-86, la que originó este contrato.

"3. Este contrato quedó perfeccionado el dia 17 de julio de 1986.

"4. EL FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES licitó y celebró el contrato a que se refiere el hecho 1o. sin haber elaborado los planos del puente sobre el Río Sabandija y así se inició su ejecución.

"5. Solamente el dia 16 de octubre de 1986 y mediante el oficio No. TL A-418, le entregaron al contratista los planos del puente a que se refiere el hecho 4o.

"6. La entidad demandada de modo unilateral e inconsulto cambió el programa de trabajo y de este modo redujo a sesenta (60) alcantarillas las

CIENTO CINCUENTA (150) que se habían prógramado rompiendo así el equilibrio financiero del contrato.

"7. Es un hecho cierto que el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES ordenó a la firma demandante la construcción de dos pontones y cuatro alcantarillas fuera del kilómetro 10, o sea más allá del límite del abscisado, lo que quiere decir que sobrepasó el objeto del contrato.

"8. EL FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES ordenó a mi mandante la construcción de dos pontones y cuatro alcantarillas fuera del kilómetro 10, limite del abscisado en el objeto del contrato y violó así lo ordenado en el literal a) del Artículo 20 del Decreto 222 de 1983.

"9. Es un hecho cierto que el costo de los materiales se incremento en un 200% como causa del cambio de abscisado en la iniciación de la obra, porque por determinación del FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES la obra no se comenzó por el kilómetro KO-OOO como se había dispuesto en visita y programa de trabajo sino que se le ordenó a partir del K20+000.

"10. Como consecuencia de todos estos hechos violatorios de la ley contractual y del contrato mismo por parte del FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES y de la fuerza mayor, se produjeron en contra de la firma CONSTRUCAR LTDA., mayores costos en la ejecución de las obras por inversiones reales y demostrables que puntualizo así:

"- Dagrado río Sabandija y excavaciones en cuatro (4) oportunidades.....	$ 3.800.000.00
- Destrucción siete muros de apoyo o muertos, dentro del río.....	$ 2.450.000.00
- Perdida total de la obra falsa.....	$ 850.000.00
- Disponibilidad del equipo.....	$ 2.200.000.00
- Disponibilidad de personal.....	$ 800.000.00
Total.....	$10.100.000.00

"11. En el estricto cumplimiento de sus obligaciones la firma CONSTRUCAR LTDA. tuvo dos ingenieros residentes al frente de la obra, los Doctores ANIBAL BENITEZ y LUIS CARLOS LOPEZ HIDALGO y además como Supervisor el ingeniero CARLOS BETANCOURT, con dos ausencias: La primera porque el interventor del FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES exigió el cambio

del ingeniero BENITEZ y la segunda, por incapacidad laboral originada en enfermedad del ingeniero LOPEZ HIDALGO.

"12. Las actas de recibo de obras demuestran plenamente que el estudio de suelos y planos, solamente fueron entregados el 16 de octubre de 1986, pleno invierno, cuando la obra se había iniciado el 15 de agosto del mismo año, época de verano apta para trabajar.

"13. Durante la vida del contrato el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, no aplicó ninguna sanción al contratista consiente de sus propios incumplimientos.

"14. La declaratoria de caducidad decretada por el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES es ilegal, y doctrinariamente fué extemporánea".

Señala la parte actora como motivos que impidieron el cumplimiento del contrato, los siguientes:

a) Entre los trabajos a realizar estaba la construcción de un puente sobre el río Sabandija. Sin embargo se licitó y se celebró el contrato sin que el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, hubiera entregado los planos de dicho puente, contrariando así el artículo 84 del Decreto 222 de 1983. Esta demora y extemporaneidad en los planos llevó a la firma contratista a trabajar en plena época de invierno con las consecuentes dificultades y pérdidas de obra y capital.

b) Unilateralmente el Fondo contratante modificó el programa de trabajo y ordenó al contratista construir sólo 60 alcantarillas, cuando lo convenido eran 150. Se rompió así el equilibrio financiero y se violó el artículo 20 del Decreto 222 de 1983, norma que también vulneró la entidad contratante al ordenar la construcción de 2 pontones y 4 alcantarillas por fuera del kilómetro 10, límite del abscisado pactado en el contrato.

c) Unilateralmente el Fondo demandado hizo modificar el abscisado para que iniciara la obra del K20+000 y nó del KO+OOO, con los costos suplementarios e imprevistos que tal modificación implicó para el contratista.

d) El fuerte invierno que azotó la región constituyó fuerza mayor suficiente para eximir de responsabilidad a la firma contratista en cuanto respecta a las obligaciones pactadas.

e) El Fondo al producir los actos acusados, violó los artículos 1602 y 1609 del Código Civil. Además no podía declarar la caducidad del contrato el mismo día en que el término del mismo vencía, porque en ese momento ya era inoportuno.

4o. **Actuación Procesal**

Al contestar la demanda, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales sostiene que el contratista había recibido los planos del puente el 22 de mayo de 1986 y conocía sus especificaciones y ubicación. Al hacerle esa entrega debía hacer los estudios de mezclas y resistencias, después de las cuales se le entregaron nuevamente en septiembre 23 de 1986, cuando también se le entregaron los estudios de diseño y suelos. Aduce que el Fondo podía aumentar, disminuir o suprimir las cantidades de obra y que no hubo rompimiento del equilibrio financiero, dado que se había convenido el 12% de reajustes. Recuerda que el pliego y el contrato prevén la posibilidad de obras adicionales y afirma que la modificación en el sitio de iniciación del trabajo no altera el contrato, ni el costo de su ejecución. Acerca de las obras malogradas sostiene que se debieron a falta de técnica, equipo, personal, permanencia del Ingeniero residente y en mínima parte, por el invierno.

Propuso las siguientes excepciones:

a) Incompetencia por cuanto los actos acusados fueron expedidos en Bogotá y la demanda no se ajusta a los requisitos de los artículos 140 y 143 del C.C.A.

b) Indebida representación del actor por no haber otorgado poder para este proceso al Gerente Técnico de Construcar Ltda.

c) Falta de litis consorcio necesario, al no pedir la citación de la Compañía Seguros Alfa S.A. y de los interventores, quienes podrían resultar afectados por la decisión que en este proceso se tome.

d) Caducidad porque la acción es de restablecimiento del derecho y ésta caduca a los 4 meses de la expedición del acto.

e) Inepta demanda porque no se relacionaron las normas violadas y el concepto de su violación, no se expresó el fundamento de derecho y no se probó que hubiera pagado la multa, cláusula penal y devolución del anticipo. No debió admitirse de acuerdo con el artículo 143 del C.C.A.

f) Inexistencia de causases que originen la nulidad de los actos acusados.

g) Culpa del actor por el incumplimiento del programa de trabajo e inversión, falta de amortizacíon del anticipo; no entrega mensual de obras de enero a marzo de 1987; no dedicación permanente del ingeniero residente, falta de materiales, personal y equipos; retardo en la obra, pésima ejecución de la misma y no instalación de valla.

h) Presunción de legalidad de las resoluciones impugnadas.

i) Compensación con el valor de la multa o cláusula penal y el valor del anticipo no invertido, ante una eventual condena de la entidad.

j) Carencia de motivo jurídico, por cuanto el contrato se rige por el sistema de precios unitarios y por lo mismo el contratista era el único responsable de materiales, vinculación de personal, equipo, obras no entregadas, sobrecostos etc., sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos", según el artículo 89 del Decreto 222 de 1983.

k) La acción no podía iniciarse porque no se había liquidado el contrato. Consecuencialmente debe producirse un fallo inhibitorio.

i) Indebida acumulación de pretensiones, dado que las acciones de nulidad, restablecimiento del derecho y la contractual, son diferentes entre sí, y las dos primeras incompatibles con la de contrato.

Agotado el período probatorio, se dispuso el traslado de rigor para que las partes alegaran de conclusión y el Ministerio Público rindiera su concepto de fondo. La demandante se refirió a las excepciones propuestas y rechazó las que se basaron en el hecho de que se ejercitó la acción contractual bajo la forma de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Considera que la declaratoria de caducidad es un acto del contrato "solo susceptible de control jurisdiccional a través de una acción que revista la forma de acción de nulidad y restablecimiento del derecho sin dejar de ser contractual".

Con relación a las excepciones que trasladan al contratista el incumplimiento, la parte actora reitera lo expresado en la demanda, sobre las fechas de perfeccionamiento del contrato, cambio en las abscisas, entrega tardía de los planos, reducción del número de alcantarillas, cambio de interventor y la época invernal.

Con respecto a la declaración de caducidad del contrato, advierte la parte demandante que no podía hacerse precisamente el día en que se vencía el

término contractual, a más de que fué notificado dias después y por tanto el acto administrativo no podía producir efectos jurídicos sin efectuar su notificación.

El fiscal del Tribunal consideró que el contratista sí conocía las especificaciones del puente y su ubicación, según lo deduce de las manifestaciones previas a la celebración del contrato, tales como el pliego de condiciones,la propuesta y el mismo contrato. Así mismo entendió que la declaratoria de caducidad del contrato había sido oportuna y que las condiciones y cantidades de obra podían variarse, disminuirse o suprimiese. Con respecto a la temporada de invierno sostuvo que como fuerza mayor tal circunstancia también favorece al ente demandado y que la reconstrucción de las obras afectadas con la ola invernal le fué pagada al contratista. Para concluir, el Fiscal solicita un pronunciamiento adverso a las peticiones de la demanda.

Al momento de proyectar el fallo de primera instancia, dispuso el Magistrado Sustanciador que se citara a Seguros Alfa S.A., para que "una vez fijado en lista nuevamente el negocio por el término de cinco (5) días pueda intervenir de conformidad con la ley...". Notificado el representante legal de la Aseguradora, por conducto de apoderado compareció al proceso para coadyuvar las pretensiones de la parte actora, el pago de los perjuicios sufridos y para que se "declare la Nulidad del Acta de Liquidación del Contrato 174-0-86 y sus adicionales...". Elaborado inicialmente un proyecto de fallo, se produjo empate sobre la decisión a tomar, por lo que se hizo necesario la designación de un Conjuez.

5o. **La sentencia apelada**

Se pronunció el Tribunal sobre las excepciones propuestas así:

La de incompetencia la desestimó en razón a que los numerales 8 de los artículos 131 y 132 del C.C.A., establecen que en las acciones referentes a contratos administrativos, la competencia se fija por el factor territorial, es decir por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato.

De otra parte, deduce que si en los hechos y las pretensiones se habla del incumplimiento de la entidad contratante al entregar tardíamente los planos del puente, de la modificación de las cláusulas contractuales, se buscan resarcimientos no solo por el incumplimiento, sino por la irregular expedición del acto de caducidad, se estaba ejercitando así la acción contractual, aún cuando también hiciera referencia a la de restablecimiento del derecho.

Acerca de la ineptitud de la demanda consideró el *a-quo* que el actor sí dió cumplimiento a todas las exigencias del artículo 137 del C.C.A., y por esa

razón su demanda se le cursó. Sobre la caducidad advirtió el *a-quo*, cómo en la acción contractual el término respectivo es de dos años para accionar validamente. Al referirse a la indebida acumulación de pretensiones, determinó el Tribunal que aún de configurarse tal excepción, de todos modos podría pronunciarse una decisión de mérito sobre el aspecto que le brinde competencia, a más de que por la vía contractual se pueden desatar las controversias relacionadas con el contrato respecto de su terminación, incumplimiento, indemnizaciones, etc.

En cuanto a la falta de integración del litis consorcio necesario, señala que la compañía aseguradora Seguros Alfa S.A., fué vinculada al proceso y así se saneó la posible irregularidad. Sobre la indebida representación de la parte actora, se aclara que quien otorgó el poder como gerente general, era la persona indicada para designar el apoderado judicial, conforme a los estatutos sociales. Por último, con respecto a que la acción no podía iniciarse, manifestó el Tribunal que por tratarse de una acción contractual tal excepción era inoperante.

Al referirse al aspecto sustancial de la controversia, el Tribunal estimó que la resolución declaratoria de la caducidad del contrato si bien se produjo el día en que aquél se vencía, la entidad contratante puede hacerlo durante el término de ejecución sin que interese que para esto falten dias u horas y más censurable quizás hubiese sido que ante una evidente desatención de las obligaciones derivadas del acuerdo la Administración Pública se haya (sic) abstenido de hacerlo cuando, como vamos a ver más adelante, fué reiterado el incumplimiento por parte de la sociedad constructora.

Se considera en el fallo apelado que en las resoluciones cuestionadas se relacionan todos los incumplimientos de la firma contratista y que, como aquéllas están amparadas por la presunción de legalidad y de veracidad, le corresponde entonces a la demandante acreditar plenamente hecho o hechos que desvirtúen esas presunciones, es decir, que el acto adolece de un vicio que afecta su legalidad o que no se ajusta a la realidad fáctica. En tales condiciones encuentra el *a-quo* que no se tocaron muchos de los fundamentos que contiene la decisión administrativa, cuando con uno solo de ellos que quede vigente es suficiente para mantener la decisión. En forma expresa se menciona en la sentencia apelada, como situaciones que concurrieron a la caducidad y no fueron debatidas por la parte actora, lo relacionado con el programa de trabajo e inversión, amortizacíon del anticipo, entregas parciales de obra en enero, febrero y marzo, la no dedicación permanente del ingeniero residente o su reemplazo y la falta de material, equipos y personal, aspectos éstos que nada tienen que ver con la entrega inoportuna de los planos, la reducción del número de alcantarillas o la modificación del abscisado. En estas condiciones, afirma el Tribunal, uno puede sostenerse que el Fondo haya obrado ilegalmente o se haya salido de hechos no

asistidos de veracidad porque con estos que se han mencionado son suficientes para que se mantenga la resolución.

Descarta también el *a-quo* la incidencia de la época invernal "porque la obra se suspendió temporalmente por esa razón el 27 de octubre de 1986 y se reanudó el 18 de noviembre siguiente, lo que significa que el invierno solamente vino a paralizar las obras por unos dias y ello tampoco era eximente de responsabilidad del contratista...". De otra parte, resalta el Tribunal que la ampliación del plazo se originó en el notable atraso de las obras, problemas en la consecución de la cimbra del puente postensado y mano de obra para la construcción de las obras de drenaje, "pero ni aquí ni en el documento de ampliación firmado el 14 de abril de 1987, se dan como motivos para el retardo el que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales se haya demorado en la entrega de los planos.

Por último, se señala en el fallo impugnado que no es cierto "que sólo hasta el 6 de octubre de 1986 esos documentos (planos) hayan sido entregados por el Fondo, porque en oficio del 22 de mayo de este año suscrito por el Ingeniero Interventor y Revisado por el Director Regional del Fondo dirigido al señor Luis Gabriel Ayala se le envían los planos...". Deduce el Tribunal que con anterioridad se le habían entregado esos documentos.. desde antes la sociedad constructora había incurrido en motivos de incumplimiento que fueron reiterados luego de donde concluye con el pronunciamiento adverso a las súplicas de la demanda.

Del fallo apelado, uno de los Magistrados salvó su voto porque consideró que el contrato lo incumplieron recíprocamente las partes, pues era básico y esencial la existencia del plano para la construcción del puente..., y al devolver los planos en octubre de 1986, se indujo al contratista a laborar en época de invierno. Agrega el Magistrado disidente que hay lugar a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* por haber estado las partes contratantes en mora de cumplir lo pactado, por lo que procede la aplicación del artículo 1609 del Código Civil, que le impedía al Fondo demandado terminar anticipadamente el contrato por caducidad, lo cual implica la nulidad de los actos demandados.

6o. **Razones de la apelación**

La parte actora radica su inconformidad con el fallo de primera instancia en que en este se dedica a resolver en forma simplista acerca de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, arguyendo que el acto impugnado está amparado por la presunción de legalidad y ello implica, en cuanto al aspecto probatorio, que el actor debe desvirtuarla. Se dejó de lado, por completo, la

consideración de que se trató de un contrato, bilateral, sinalagmático, respecto del cual existen tutelas doctrinarias y legislativas, tales como el derecho al equilibrio financiero y las derivadas de considerarse al contratista como un colaborador de la administración para la prestación de un servicio público..". Faltó establecer además "cuál fué la causa de la causa de la caducidad".

Al alegar de conclusión, sostiene que el *a-quo* "se dejó impresionar por la ladina manifestación de eficiencia y rigor de los burócratas que en el término de dos meses (12 de febrero al 14 de abril de 1987) llenaron de requerimientos a mi representado por un supuesto incumplimiento del programa de trabajo y del contrato, cuando sabían de sobra que la obra estaba paralizada, abandonada... porque el contratista había ido inexorablemente a la ruina como consecuencia de la negligencia de esa misma burocracia". Reitera el recurrente los argumentos de la demanda sobre la entrega demorada de los planos del puente, el trabajo en época invernal y los cambios en las abscisas de la construcción y otros aspectos de la misma, para explicar el incumplimiento del contratista, y para mostrar la falsa motivación, "por carencia de motivos y por no corresponder a la realidad los invocados, de la declaratoria de caducidad...", circunstancia que justifica su anulación.

De otra parte, con fundamento en el testimonio del ingeniero Carlos Arturo Betancur y otras pruebas recaudadas, invoca la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus.

7o. **El concepto fiscal.**

El señor Procurador Décimo Delegado para esta Corporación, en su concepto de fondo considera que el pronunciamiento de la administración se produjo dentro del término legal, es decir, en vigencia del contrato. Sostiene que "la negligencia y la inoperancia del contratista en el incumplimiento de sus obligaciones negociales, precipitaron la terminación del contrato". Descarta el incumplimiento recíproco de las partes porque desde la iniciación de las obras no se vislumbró en el Actor voluntad de cumplir lo pactado.

Advierte también el Procurador Delegado que no se podía solicitar la nulidad del acto administrativo y consecuencialmente la liquidación del contrato y el pago de mayores costos. Su concepto es para que se confirme la sentencia recurrida.

SECCION TERCERA

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sociedad Construcar Limitada formuló demanda contra el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, con miras a obtener la nulidad de las Resoluciones números 01854 del 18 de mayo de 1987 y 002771 del 29 de julio del mismo año, emanadas del Fondo referido, la primera de las cuales declaró "la caducidad administrativa del contrato No. 174-0-86 ... y sus adicionales ..." celebrado entre el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y la Sociedad demandante; ordenó hacer efectiva a la firma actora la multa de $4.315.826.50 por el incumplimiento y los perjuicios causados a la entidad; dispuso el reintegro del monto del anticipo no amortizado, cuyos valores determinó deducirlos de los pagos pendientes al contratista y los saldos que llegaran a quedar, hacerlos efectivos de las pólizas de garantía expedidas por Seguros Alfa S.A.. Así mismo ordenó la liquidación final del contrato. La segunda de las resoluciones nombradas confirmó en su totalidad la anterior, contra la cual se había interpuesto recurso de reposición. Aspira igualmente la firma demandante, como consecuencia de la anulación de las resoluciones referidas se ordene al Fondo demandado la liquidación del contrato y en la misma se incluya la suma de $10.100.000 correspondiente a los mayores costos a que lo condujo el Fondo demandado durante la ejecución del contrato, que también se declare que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales no podía decretar la caducidad del contrato, ni hacer efectiva la cláusula penal, ni el valor de las pólizas y que se condene al ente demandado a pagar los perjuicios materiales y morales causados a la demandante.

En principio radica la controversia en determinar si la declaración de caducidad del contrato 174-0-86 y sus adicionales efectuada por el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, se ajustó a las cláusulas contractuales, a la realidad fáctica de desarrollo de las obras realizadas y a la normatividad que regula la materia del contrato y el ejercicio del poder exorbitante por parte de la administración.

En tal sentido observa la Sala que los actos impugnados mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato referido, se fundamentaron en el incumplimiento de la Sociedad contratista "con sus obligaciones contractuales, especialmente las relativas al programa de trabajo e inversión; amortizacíon del anticipo; entregas parciales de obra, concretamente de los meses de enero, febrero y marzo del presente año, la no dedicación permanente del Ingeniero residente o su reemplazo y la falta de material, personal y equipos suficientes, que forzosamente inducen al retardo sistemático de la obra...".

Por su parte la firma contratista sostiene que fué el Fondo el causante de su demora e incumplimiento en el desarrollo del contrato, al haberle entregado

los planos del puente que se construiría sobre la quebrada Sabandija hasta el 16 de octubre de 1986, es decir, con posterioridad a la iniciación de los trabajos, entrega tardía que obligó a la contratista a trabajar en temporada invernal ocasionándole significativas pérdidas económicas en materiales, mano de obra y destrucción de trabajos realizados.

Aduce así mismo la sociedad actora que el ente contratante unilateralmente modificó el programa de trabajo convenido y de 150 alcantarillas inicialmente contratadas determinó que sólo se hicieran 60, a más de disponer la construcción de dos pontones y cuatro alcantarillas por fuera del kilómetro 10, o límite del abscisado. De otra parte, también unilateralmente el Fondo cambió el abscisado en la iniciación de la obra, haciendo que comenzara del K20+000 y nó del KO+OOO con el consecuente perjuicio que tal modificación le significa.

Como respaldo de los planteamientos formulados por la parte actora, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Que el contrato se perfeccionó el 17 de julio de 1986 para cumplirlo inicialmente en un plazo de 6 meses.

- Que el Acta de Iniciación fué firmada el 1o. de agosto de 1986.

- Que mediante oficio TLA-376 del 23 de septiembre de 1986, el Ingeniero Interventor le adjunta a la firma contratista los siguientes planos:

"a - De localización en planta y perfil.
b - De estribas, vigas postensadas y placas".

- Que mediante oficio de 23 de septiembre de 1986, la interventoría hizo entrega "del Estudio de Suelos y Diseño de la Infraestructura del Puente sobre el Río Sabandija,...".

- Que mediante oficio TLa-418 del 16 de octubre de 1986 la interventoría adjuntó el plano corregido de la infraestructura del puente sobre el Río Sabandija.

- Que de acuerdo con la Certificación No. C-7.2.1-039189 expedida por el HIMAT, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1986, en las regiones correspondientes a los municipios de Honda y Ambalema, la precipitación porcentual de aguas fue excesiva, es decir, que en estos meses el sector donde se ejecutaba la obra se vió afectada por una fuerte temporada de lluvias.

SECCION TERCERA

- Que por Acta de suspensión temporal de fecha 27 de octubre de 1986 y en vista de que por el invierno el Río Magdalena aumentó su caudal en forma considerable, que las obras faltantes son pontones y en especial el puente postensado de 40.0 mts. de luz sobre el Río Sabandija cuyas aguas desembocan en el Magdalena, lo cual represa las aguas del Río Sabandija, y que "lo anterior imposibilita la normal ejecución y rendimiento de las obras a ejecutar", las partes acordaron "suspender el plazo del contrato No. 174-0-86 a partir del 1o. de noviembre de 1986...".

- Que por Acta de reiniciación del plazo de fecha 18 de noviembre de 1986, las partes acordaron reiniciar la ejecución del contrato, dado que los motivos que originaron dicha suspensión han desaparecido...".

- Que de acuerdo con el testimonio del Ingeniero Carlos Arturo Betancourt Gómez quien se desempeñó como Supervisor de la obra"... los trabajos del puente sobre el Río Sabandija no se pudieron iniciar de acuerdo al programa de trabajo por nosotros presentado, puesto que los planos para la ejecución de dicha obra solo fueron enviados por el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES en el mes de octubre de 1986, después del día 20, época en la cual el invierno ya estaba reinando en esa zona del país, tanto que unos muertos (pilotes de concreto) que se fabricaron en el fondo del Río para poder ejecutar la obra falsa, en una creciente del Río Magdalena el agua se devolvió por el Río Sabandija no quedando nada de dichos pilotes (muertos), ... El objeto del contrato, el punto de iniciación era Cambao K-O, el cual luego fué cambiado en el sentido de Mendez-Cambao, obligándonos a hacer las obras 20 Kmts. después del punto pactado como punto de partida o de iniciación, lo que nos acarreó costos excesivos en el transporte del material debido a estos 20 Kmts. de más. En el tiempo que nos dieron los planos del puente, a pesar de haber duplicado la mano de obra y luchado contra el invierno, se construyó el estribo del punto de iniciación del puente y luego, ante la inclemencia del tiempo no pudimos terminar.... En la fecha de iniciación del contrato la época era de verano pues el verano en esta región siempre ha sido en los meses de julio, agosto y parte de septiembre, fecha en la cual nosotros...esperábamos construir los estribos y la obra falsa del puente sobre el Río Sabandija, pero debido a que los planos nos los entregaron en el mes de octubre, nos fué imposible cumplir con el programa de trabajo por nosotros trazado pues el invierno se nos vino encima..." (fls. 110 111 C.1).

- Que por parte del Fondo Nacional de Caminos Vecinales se hicieron varios requerimientos por incumplimiento a la firma contratista, en las siguientes fechas: 27 de febrero, 4 de marzo, 16 de marzo, 29 de marzo, 14 de abril de 1987.

Los aspectos que se acaban de relacionar le permiten a la Sala comprender que ciertamente la firma contratista debió afrontar graves complicaciones en el desarrollo del contrato, las que, en últimas, la condujeron al incumplimiento del mismo. Queda, entonces para determinar si dicho incumplimiento debe atribuírsele únicamente a Construcar Ltda, o sí la administración pudo originar la crisis contractual y económica que le impidió a aquella cumplir oportunamente el objeto contractual.

Para la Sala no pasan desapercibidos los múltiples requerimientos que el Fondo le hizo a la sociedad contratista, ni desconoce las razones que en tales momentos motivaron al ente oficial a requerir a la Sociedad Construcar Ltda, para que cumpliera lo pactado. Sin embargo, también advierte la Sala que los aludidos requerimientos sólo se produjeron a partir del mes de febrero de 1987, de donde se puede deducir que en lo corrido del contrato hasta esa fecha, su desarrollo era normal y no presentaba atrasos o irregularidades, por lo menos en criterio del Fondo Contratante. Extraña sí resulta la actitud del ente oficial cuando en último momento comienza a formular reiterados requerimientos de cumplimiento, limitándose a los mismos, sin acudir a una sanción pecuniaria de las previstas contractualmente, para decidir a última hora y cuando el plazo contractual se vencía, darle aplicación a la cláusula de caducidad, para finalizar el contrato con fecha 18 de mayo de 1987, día éste en que se cumplía precisamente el termino ordinario del contrato. Ciertamente en el proceso no se encuentra claridad del por qué la administración ejercitó el poder exorbitante de que estaba investido, sólo el mismo día en que normalmente el término del contrato se agotaba y cuando las razones y objetivos de la cláusula de caducidad ya no tendrían su real eficacia, ni operancia.

Estima la Sala que el comportamiento del ente público demandado no puede pasar desapercibido, ni sus consecuencias desconocerlas, cuando, en la realidad, fué por su causa que la firma contratista incurrió en los atrasos y anomalías que le significaron a la postre su incumplimiento y las consecuencias derivadas de la declaratoria de caducidad del contrato.

Es evidente que para el Fondo nacional de Caminos Vecinales la Sociedad contratista fué la única responsable de incumplimientos contractual y con ese mismo criterio, se produjeron los conceptos fiscales de primera y segunda instancia, así como el fallo impugnado. En tales actuaciones las razones de la parte demandante fueron subvaloradas, cuando nó abiertamente desconocidas, para tratar de contradecir los planteamientos contenidos en la demanda. En tal sentido advierte la Sala su desacuerdo con las apreciaciones, valoraciones y decisiones tomadas en el curso de este proceso y, desde luego, en los actos administrativos cuestionados.

SECCION TERCERA

Resulta inadmisible la explicación que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales pretende dar para justificar la demora en la entrega de los planos a la contratista, explicación que circuló y se aceptó sin controversia en este proceso. Nó porque en la licitación figuran "las obras por ejecutar", "las especificaciones del puente en concreto y sus tensionamientos, etc; y de que en la propuesta el contratista manifestara que tenía conocimiento de la "magnitud de la obra y sus especificaciones", la entidad contratante se liberaba de la obligación legal y contractual de entregar oportunamente los planos necesarios para adelantar la construcción del puente. Cabe recordar que el artículo 84 del Decreto 222 de 1983 advierte que "No podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos...", y lo cierto es que no se demostró que el Fondo contratante hubiera cumplido esta parte de la norma, pues de ser así hubiera aportado tales planos con las fechas de elaboración, escalas, cortes etc., propios de esta clase de documentos.

Pero, si no elaboró tales planos para la licitación y contratación de la obra, o si lo hizo no lo probó, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales dio comienzo al desarrollo y ejecución de la obra sin suministrarle los planos a la firma constructora.Tal omisión a criterio de la Sala incidió de manera trascendental y determinante en el fracaso de los objetivos contractuales.

En efecto, si como la entidad demandada abiertamente lo ha manifestado, la construcción del puente sobre la quebrada la Sabandija se constituía en la parte fundamental del contrato, por qué no se entregaron desde su inicio en agosto de 1986 los planos necesarios para construirlo, y solo lo hace en forma definitiva hasta el 16 de octubre de 1986, cuando adjunta "el **plano corregido de la infraestructura del puente** sobre el Río Sabandija", es decir, que prácticamente al cabo de dos meses de iniciados los trabajos, la firma contratista contaba con el plano definitivo de la infraestructura del puente. En tales condiciones de retardo en la entrega de los planos, atribuible exclusivamente al Fondo contratante y nó a la firma contratista, resultará equitativo y razonable cuestionar un incumplimiento cuyo origen le fué extraño y ajeno a su propia culpa?. Si el desarrollo lógico de una obra de ingeniería implica conocer técnicamente y sobre planos, la localización, estructura, estribos, vigas y postensadas, placas, estudios de suelos y diseño de la infraestructura, etc. del puente a construir, resultaría absurdo e irrazonable, además de ilegal e irresponsable, que el contratista pretenda construir sin esa información básica y fundamental, un puente, o cualquier otro tipo de obra pública. Sin embargo, de lo visto en el proceso parece que la administración estuviera de acuerdo con tan ilógico e irregular procedimiento, al que acertadamente no se acogió la sociedad contratista, generándose en su contra los inconvenientes que culminaron con su incumplimiento.

Como bien lo deja entender el Ingeniero Supervisor en su testimonio, que además resulta acorde con otras informaciones procesales, circunstancia que le permite a la Sala atribuirle credibilidad, el programa para el desarrollo de la obra contaba con la iniciación de la construcción en la temporada de verano. No obstante, el retardo del Fondo en la entrega definitiva de los planos alteró la programación del contratista, pues como textualmente lo dijo el testigo: "nos fué imposible cumplir con el programa de trabajo por nosotros trazado pues el invierno se nos vino encima". Considera la Sala que hasta ese momento, cuando llegó el invierno, la firma contratista sí había cumplido sus obligaciones contractuales, pues de no ser así, el Fondo hubiera mostrado ese celo vigilante de que hizo gala sólo cuando la sociedad constructora por razones de iliquidez derivada de las dificultades físicas y económicas de la misma obra hizo crisis.

No resulta necesario ser técnico en la materia para entender que en la construcción de un puente sobre una quebrada acrecentada por sus propias aguas y por las de la creciente del Río Magdalena, ciertamente las probabilidades de éxito son mínimas. La humedad y el arrastre en la base de la construcción causada por la aguas de la quebrada La Sabandija, de una parte, y la precipitación lluviosa certificada por el HIMAT, fueron factores determinantes para entorpecer las labores de la contratista, hasta el punto de que los muertos o pilotes de concreto fabricados en el fondo de la quebrada para poder ejecutar la obra falsa, fueron arrastrados por una creciente del Río Magdalena cuyas aguas se devolvieron por el cauce de la quebrada Sabandija, según relato del Ingeniero Supervisor, confirmado por los peritos en su dictamen. "En el tiempo que nos dieron los planos del puente, a pesar de haber duplicado la mano de obra y luchado contra el invierno, se construyó el estribo del punto de inicio del puente y luego, ante la inclemencia del tiempo no pudimos terminar", manifestó el único presencial que actuó en este proceso. La severidad del invierno fué tal que el mismo Fondo convino en la suspensión del contrato durante 17 dias. A pesar de ello, los trabajos ya estaban atrasados, los costos mayores a los imprevistos normalmente considerados, empezaron a afectar el estado económico de la firma contratista.

Además de la demora en la entrega definitiva de los planos, el Interventor del Fondo modificó los puntos de iniciación de la obra, la cual en los términos contractuales comenzaba en Cambao y finalizaba en Méndez, y fué modificada para que se iniciara en Méndez y culminara en Cambao. Dice la administración que la cantidad de obra era la misma y en efecto puede tener razón. Pero qué sucedió con la programación de trabajo de la contratista? Los costos de instalación del campamento en Cambao, su traslado, el sobrecosto del transporte de materiales, etc., sin duda debió repercutir en la organización financiera de la empresa constructora alterando negativamente su programación económica y, consecuentemente, la ejecución y desarrollo del contrato. Agréguese a lo

anterior que el Fondo determinó unilateralmente cambiar la construcción de 150 alcantarillas, para que se construyeran solo 60, desconociendo así lo establecido en el artículo 20 del Decreto 222 de 1983 acerca de las condiciones para modificar los contratos administrativos, especialmente sin atender al equilibrio financiero que debe guardarse para ambas partes. Por último, el Fondo ordenó construir dos pontones y cuatro alcantarillas después del kilómetro 10, es decir, del límite donde finalizaba el abscisado de este contrato.

De las condiciones anteriormente relacionadas, deduce la Sala que si bien se dió un incumplimiento por parte de la Sociedad Construcar Ltda, tal incumplimiento se originó por culpa del Fondo Nacional de Caminos Vecinales al hacer entrega de los planos fundamentales para la construcción del puente sobre la quebrada La Sabandija, sólo hasta el 16 de octubre de 1986, es decir, dos meses después de iniciadas las obras contractuales. Sin duda ese retardo trasladó los trabajos a la época invernal y en esa, circunstancia climática le fué imposible a la contratista sacar avante su programación de obra y financiera. Los efectos críticos de esa situación no lograron superarse, los costos aumentaron y los esfuerzos económicos realizados en la época de invierno, así como las consecuencias de las variaciones contractuales unilateralmente impuestas por el Fondo contratante, concluyeron en el estado de iliquidez e inoperancia de la firma contratista, para la cual resultaban ya ineficaces los requerimientos de última hora que por incumplimiento le formuló el Fondo, y mucho menos procedente, la declaración de caducidad que por un incumplimiento originado en la propia administración, vino a declarar a última hora, precisamente en la fecha en que concluía normalmente el término contractual, cuando ya no podía finalizar anticipadamente el contrato porque ese era el día acordado por las partes para que naturalmente terminara el contrato, adicionada tal decisión con una notificación surtida luego de una semana de declarada la caducidad.

No puede pasar desapercibido para la Sala la declaración de caducidad del contrato, especialmente en cuanto atañe a la fecha en que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales hizo uso unilateralmente dé la facultad exorbitante que le permitía dar por terminada la relación contractual antes de finalizar el plazo convenido por las partes.

Esa condición de anticipada que acompaña a la declaración de caducidad del contrato, implica que ésta solo puede declararse durante el término de su vigencia, o sea, antes de su expiración. Por consiguiente, como lo ha dicho la Sala, cuando el contrato se extingue en forma natural, cumplido o incumplido, por la llegada del dia previsto para su terminación, no es posible hablar de caducidad en la misma fecha, porque este fenómeno, se repite, tiene cabida es ANTES, y no coetáneamente, a la llegada del dia convenido para su terminación normal ... En el caso sujúdice, la Resolución 8155 que declaró la caducidad

administrativa del contrato... se expidió el 22 de agosto de 1980, es decir, el mismo día en que **venció**... el último plazo concedido al contratista para la ejecución de la obra; luego resulta claro que para ese dia ya no era legalmente posible declarar la caducidad o terminación **anticipada** del contrato mencionado, porque justamente ese era el dia previsto para su terminación natural... (Sentencia de 8 de agosto de 1985); Actor:ACOPLAR LTDA.; Expediente No. 3158).

Agréguese a lo anterior que, el acto administrativo declaratorio de la caducidad sólo vino a notificarse personalmente al contratista días después de promulgado, en cuyo caso sólo a partir de su notificación podía surtir efectos legales la resolución acusada y en tales condiciones a la parte actora no le era oponible legalmente una declaración de caducidad producida y notificada extemporáneamente, cuando el contrato por expiración normal del término pactado ya finalizaba. En casos como el subjúdice cabe señalar que la declaración de caducidad sólo surte efectos legales a partir de la notificación que en debida forma se haga a la parte contratista del acto administrativo que la declare.

De las anteriores apreciaciones concluye la Sala que dadas las situaciones fácticas y legales, no podía el Fondo Nacional de Caminos Vecinales declarar la caducidad del contrato número 170-0-86 suscrito con la firma CONSTRUCAR LTDA. Las manifestaciones y fundamentos expresados en los actos acusados no se acomodan a la realidad procesalmente acreditada y configuran por esta razón una falsa motivación de los mismos, suficiente para que se disponga su anulación, como en efecto se hará en esta providencia.

Como consecuencia de la declaración de nulidad de las Resoluciones acusadas, pretende la parte actora que a manera de restablecimiento del derecho se disponga que el Fondo liquide el contrato y en la liquidación se incluya "la suma de $10.100.000 suma que debió invertir mi respresentado por los mayores costos a que lo condujo la conducta y procedimientos utilizados...", y se disponga el pago de los perjuicios morales y materiales demostrados en el proceso.

Sobre el particular obra en el cuaderno tres de este proceso (fls. 20 - 24) el dictamen rendido por un Ingeniero Civil y un Contador Público, solicitado por la parte actora, para establecer el costo real de dos pontones y cuatro alcantarillas por fuera del kilómetro 10; costo del dragado y excavaciones en el Río Sabandija realizado en cuatro oportunidades; costo de la construcción de siete muros de apoyo o muertos hechos dentro del Río Sabandija; el costo de la obra falsa; precio de la disponibilidad del equipo, desde el 15 de agosto de 1986 hasta el 1 de mayo de 1987, como fueron: dos volquetas, cuatro motobombas de 2 pulgada

anterior que el Fondo determinó unilateralmente cambiar la construcción de 150 alcantarillas, para que se construyeran solo 60, desconociendo así lo establecido en el artículo 20 del Decreto 222 de 1983 acerca de las condiciones para modificar los contratos administrativos, especialmente sin atender al equilibrio financiero que debe guardarse para ambas partes. Por último, el Fondo ordenó construir dos pontones y cuatro alcantarillas después del kilómetro 10, es decir, del límite donde finalizaba el abscisado de este contrato.

De las condiciones anteriormente relacionadas, deduce la Sala que si bien se dió un incumplimiento por parte de la Sociedad Construcar Ltda, tal incumplimiento se originó por culpa del Fondo Nacional de Caminos Vecinales al hacer entrega de los planos fundamentales para la construcción del puente sobre la quebrada La Sabandija, sólo hasta el 16 de octubre de 1986, es decir, dos meses después de iniciadas las obras contractuales. Sin duda ese retardo trasladó los trabajos a la época invernal y en esa, circunstancia climática le fué imposible a la contratista sacar avante su programación de obra y financiera. Los efectos críticos de esa situación no lograron superarse, los costos aumentaron y los esfuerzos económicos realizados en la época de invierno, así como las consecuencias de las variaciones contractuales unilateralmente impuestas por el Fondo contratante, concluyeron en el estado de iliquidez e inoperancia de la firma contratista, para la cual resultaban ya ineficaces los requerimientos de última hora que por incumplimiento le formuló el Fondo, y mucho menos procedente, la declaración de caducidad que por un incumplimiento originado en la propia administración, vino a declarar a última hora, precisamente en la fecha en que concluía normalmente el término contractual, cuando ya no podía finalizar anticipadamente el contrato porque ese era el día acordado por las partes para que naturalmente terminara el contrato, adicionada tal decisión con una notificación surtida luego de una semana de declarada la caducidad.

No puede pasar desapercibido para la Sala la declaración de caducidad del contrato, especialmente en cuanto atañe a la fecha en que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales hizo uso unilateralmente dé la facultad exorbitante que le permitía dar por terminada la relación contractual antes de finalizar el plazo convenido por las partes.

Esa condición de anticipada que acompaña a la declaración de caducidad del contrato, implica que ésta solo puede declararse durante el término de su vigencia, o sea, antes de su expiración. Por consiguiente, como lo ha dicho la Sala, cuando el contrato se extingue en forma natural, cumplido o incumplido, por la llegada del dia previsto para su terminación, no es posible hablar de caducidad en la misma fecha, porque este fenómeno, se repite, tiene cabida es ANTES, y no coetáneamente, a la llegada del dia convenido para su terminación normal ... En el caso sujúdice, la Resolución 8155 que declaró la caducidad

administrativa del contrato... se expidió el 22 de agosto de 1980, es decir, el mismo día en que **venció**... el último plazo concedido al contratista para la ejecución de la obra; luego resulta claro que para ese dia ya no era legalmente posible declarar la caducidad o terminación **anticipada** del contrato mencionado, porque justamente ese era el dia previsto para su terminación natural... (Sentencia de 8 de agosto de 1985); Actor:ACOPLAR LTDA.; Expediente No. 3158).

Agréguese a lo anterior que, el acto administrativo declaratorio de la caducidad sólo vino a notificarse personalmente al contratista días después de promulgado, en cuyo caso sólo a partir de su notificación podía surtir efectos legales la resolución acusada y en tales condiciones a la parte actora no le era oponible legalmente una declaración de caducidad producida y notificada extemporáneamente, cuando el contrato por expiración normal del término pactado ya finalizaba. En casos como el subjúdice cabe señalar que la declaración de caducidad sólo surte efectos legales a partir de la notificación que en debida forma se haga a la parte contratista del acto administrativo que la declare.

De las anteriores apreciaciones concluye la Sala que dadas las situaciones fácticas y legales, no podía el Fondo Nacional de Caminos Vecinales declarar la caducidad del contrato número 170-0-86 suscrito con la firma CONSTRUCAR LTDA. Las manifestaciones y fundamentos expresados en los actos acusados no se acomodan a la realidad procesalmente acreditada y configuran por esta razón una falsa motivación de los mismos, suficiente para que se disponga su anulación, como en efecto se hará en esta providencia.

Como consecuencia de la declaración de nulidad de las Resoluciones acusadas, pretende la parte actora que a manera de restablecimiento del derecho se disponga que el Fondo liquide el contrato y en la liquidación se incluya "la suma de $10.100.000 suma que debió invertir mi respresentado por los mayores costos a que lo condujo la conducta y procedimientos utilizados...", y se disponga el pago de los perjuicios morales y materiales demostrados en el proceso.

Sobre el particular obra en el cuaderno tres de este proceso (fls. 20 - 24), el dictamen rendido por un Ingeniero Civil y un Contador Público, solicitado por la parte actora, para establecer el costo real de dos pontones y cuatro alcantarillas por fuera del kilómetro 10; costo del dragado y excavaciones en el Río Sabandija realizado en cuatro oportunidades; costo de la construcción de siete muros de apoyo o muertos hechos dentro del Río Sabandija; el costo de la obra falsa; el precio de la disponibilidad del equipo, desde el 15 de agosto de 1986 hasta el 15 de mayo de 1987, como fueron: dos volquetas, cuatro motobombas de 2 pulgadas,

una motobomba de 4 pulgadas, un martillo perforador, una mezcladora y una paladraga.

Por último, que de acuerdo con la nómina de personal disponible desde el 15 de agosto de 1986 hasta el 15 de mayo de 1987, se establezca su valor.

Los peritos calcularon los anteriores valores así:

3 alcantarillas de aletas a $ 257.268.16	$ 771.804.48
1 alcantarilla de poceta a $ 249.274.16	$ 249.274.16
1 Pontón K. 10 + 133	$ 355.867.44
1 Pontón K. 13 + 175	$3.155.443.96
Total	$4.532.390.04

Sobre el dragado y excavaciones no hicieron estimación alguna, dado que "no hay bases para calcular los volúmenes de obra, si ellos se realizaron, y su cuantificación monetaria". En cuanto a los muros de apoyo o "muertos" para sostener la obra falsa del puente, con apoyo en información suministrada por los vecinos de la obra, los expertos concluyeron que habían sido cinco los muros construidos, por valor total de $1.226.076. Por concepto de obra falsa estimaron la suma de $81.450. La disponibilidad de equipo y maquinaria por 270 dias (15 de agosto de 1986 - 15 de mayo de 1987), la calcularon en $11.475.000. Este dictamen no fué cuestionado por la partes.

Ahora bien, pretende la actora que en la liquidación del contrato se incluya a su favor la suma de $10.100.000 por concepto de mayores costos, representados en $3.800.000 por concepto de dragado del Río Sabandija; $2.450.000 por destrucción de siete muros de apoyo o muertos, dentro del Río; $850.000 por perdida total de la obra falsa; $2.200.000 por disponibilidad del equipo y $800.000 por disponibilidad de personal.

De los anteriores valores la Sala sólo encuentra demostrados y evaluados pericialmente los siguientes conceptos:la destrucción de cinco (5) muros de apoyo o muertos por valor total de $1.226.076; el valor de la obra falsa fué estimada en $81.450; la disponibilidad de equipo y maquinaria, fue calculada por los expertos en $11.475.000, sin embargo, dicho costo se regulará por lo estimado en la demanda para tal rubro, o sea, la cantidad de $2.200.000; por último, en cuanto a la disponibilidad de personal, cuyo monto se calcula en la demanda en $800.000, tal concepto no fué procesalmente establecido. En tales condiciones habrá lugar a reconocer en favor de la firma demandante por concepto de los mayores costos demostrados y evaluados, la suma de $3.507.526 debidamente actualizada.

Para actualizar la cantidad anterior,se aplica la fórmula Vp= Vh Indice Final / Indice Inicial; donde: Vp, corresponde al valor presente; Vh, es el valor histórico o inicial; Indice Final es el indice de precios al por mayor vigente en febrero de 1993, último conocido, e índice inicial es el vigente en septiembre de 1987.

$$Vp = \$3.507.526 \frac{(8249.60)\ (Dic/90)}{(3691.70)\ (Sep/87)} = \$\ 7.838.038.43$$

La anterior actualización se hizo hasta diciembre de 1990, porque a partir de ese mes la base de certificación de índices al por mayor fué modificada. Por esta razón, se utiliza la misma fórmula para determinar la actualización de la suma obtenida así:

$$Vp = \$\ 7.838.038.43 \quad \frac{(152.1\ (Feb/93))}{(100\ \ (Dic/90))} = \$\ 11.921.656.46$$

El valor histórico de los mayores costos no satisfechos, devengará intereses legales del 6% anual, desde la terminación del contrato hasta la fecha, o sea, un período de 6 años. Se aplica la fórmula:

$$I = \frac{c \times t \times r;}{100} \qquad I = \frac{3.507.526. \times 6 \times 6}{100} = \$\ 1.262.709.36$$

Con relación al reconocimiento de perjuicios materiales y morales solicitado en la demanda, considera la Sala que los primeros no fueron debidamente acreditados en el proceso y los segundos, dada la naturaleza jurídica de la empresa demandada tampoco procede en reconocimiento.

La nulidad de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato, conducen a dejar sin efecto legal las determinaciones relacionadas con la efectividad de la cláusula penal, señalada en la suma de $4.315.826.50 y con el valor de las pólizas Nos. 28963, 28966 y sus certificados de modificación expedidos por Seguros Alfa S.A.

De otra parte, ante el decaimiento de los Actos Administrativos generadores de la caducidad del contrato 174-0-86 y sus adicionales, celebrados entre el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y la firma Construcar Ltda, se hace necesario hacer algunos ajustes a la liquidación del contrato realizado el 31 de agosto de 1987 y declarada en firme mediante la Resolución 03040, del

20 de septiembre de 1987 proferida por el Director General Encargado del Fondo mencionado.

En tales condiciones la liquidación del contrato referido quedará así:

Valor del contrato inicial	$ 37.158.265.oo
Valor del contrato adicional	$ 6.000.000.oo
Valor total contratado	$ 43.158.265.oo
Valor del Anticipo	$ 7.431.653.00
Valor pagado al contratista, según Actas Nos. 1,2,3,4,5,6,7, 1RP,2RP,1RD, 3RP, 4RP,2RD, 5RD, 3RD, 7RP	$ 11.701.664.99
Valor cancelado al contratista	$ 19.133.317.99
Valor amortizado del anticipo	$ 2.925.416.23
Saldo por amortizar del anticipo	$ 4.506.236.77
Valor de los mayores costos no satisfechos	$ 3.507.526.00
Valor actualizado de los mayores costos no satisfechos	$ 11.921.656.46
Valor de los intereses legales sobre el monto histórico de los mayores costos no satisfechos	$ 1.262.709.36
Diferencia entre mayores costos no satisfechos e intereses, frente al saldo por amortizar del anticipo.	$ 8.678.129.05

Suma a reconocer en favor de la firma demandante: $8.678.129.05 por concepto de mayores costos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con el concepto fiscal,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la de 6 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO. DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Números 01854 del 18 de mayo y su confirmatoria No. 002771 del 29 de julio, ambas de 1987, expedidas por la Directora General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, mediante las cuales se declaró la caducidad administrativa del Contrato No. 174-0-86 y sus adicionales, celebrados por el Fondo con la firma CONSTRUCAR LTDA.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales pagará a la Sociedad CONSTRUCAR LIMITADA la suma de ocho millones seiscientos setenta y ocho mil ciento veintinueve pesos con 05/100 ($8.678.129.05) moneda legal de acuerdo con las motivaciones de esta providencia.

CUARTO. También como consecuencia de la nulidad declarada, el ente demandado no podrá hacer efectiva la cláusula penal, ni el valor de las pólizas Números 28963, 28966 y sus certificados de modificación expedidos por Seguros Alfa S.A.

QUINTO. NIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

SEXTO. Dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia auténtica de esta sentencia, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

A pesar de que el homicidio fue perpetrado por un particular, el elemento instrumental utilizado era de dotación oficial asignado a la Policía Nacional. En el caso *sub-examine* la falla no se presume, sino que está probada teniendo en cuenta que el arma debía aparecer en el armario de la institución, y no podía ser portada por el agente a cargo en horas fuera del servicio. El hecho que un tercer particular haya sido quien disparó contra el occiso no exime de responsabilidad a la administración, por cuanto la falla del servicio radica en la falta de vigilancia y cuidado sobre los instrumentos a su cargo de permanente por la entidad.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso y Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia : Proceso No. 7739.Actor: RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ ENRIQUEZ

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de Consulta de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 13 de agosto de 1992, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

" PRIMERO - DECLARAR que la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, es administrativamente responsable de los perjuicios tanto materiales como morales ocasionados a la Señora RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ

ENRIQUEZ DE CAICEDO y a sus hijos legítimos LORENA DELIA, ADRIANA ROSA, IVONNE MAGALY Y TITO DAYAN CAICEDO ALVAREZ, con la muerte de su esposo y padre TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE, en los hechos y circunstancias ocurridos el día 14 de mayo de 1988 en el perímetro urbano de la ciudad de Pasto y que fueron protagonizados por efecto de grave omisión de dos miembros de la Policía Nacional que por su conducta imprudente permitieron que con arma de dotación oficial de la Policía Nacional fuera herido de muerte el señor TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE en evidente y clara falla del servicio."

"SEGUNDO.- CONDENASE a la NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios materiales las sumas de dinero que a continuación se indican y en favor de las personas que igualmente se determina, así :

RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ DE CAICEDO.....
$25.231.387.80
LORENA DELIA CAICEDO ALVAREZ.....
$1.491.697.00
ADRIANA ROSA CAICEDO ALVAREZ.....
$1.838.335.69
IVONNE MAGALY CAICEDO ALVAREZ.....
$2.521.859.10
TITO DAYAN CAICEDO ALVAREZ.....
$4.028.378.80

" TERCERO.- CONDENASE como consecuencia, igualmente de lo indicado en el punto primero a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente en pesos Colombianos en la fecha de la ejecutoria del fallo definitivo según lo certifique el Banco de la República de UN MIL (1.000) GRAMOS DE ORO para cada una de las siguientes personas: RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ ENRIQUEZ DE CAICEDO, LORENA DELIA CAICEDO ALVAREZ y para los menores ADRIANA ROSA, IVONNE MAGALY Y TITO DAYAN CAICEDO ALVAREZ, representados por su madre legítimo (sic) RITHA SOCORRO ALVAREZ ENRIQUEZ DE CAICEDO, identificada con Cédula de Ciudadanía Nro. 30.720.874, expedida en Pasto."

" CUARTO.- Si este fallo no fuere apelado dentro del término de notificación y ejecutoria, se envían en CONSULTA ante el Honorable Consejo de Estado."

"Esta fallo deberá cumplirse dentro de los términos señalados en el Art. 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo."

"Pasados treinta (30) dias de la presentación de la respectiva cuenta de cobro la Entidad Demandada pagará en favor de los beneficiarios intereses del 24 % anual."

ANTECEDENTES - PROCESALES

El 11 de mayo de 1990, la señora RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ ENRIQUEZ DE CAICEDO en su nombre y en representación de sus hijos menores LORENA DELIA, ADRIANA ROSA, IVONNE MAGALI Y TITO DAYAM CAICEDO ALVAREZ, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa presentó demanda en contra de la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, para que se la declara patrimonialmente responsable de la muerte del señor TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE, esposo y padre de los antes mencionados, en hechos sucedidos el 14 de mayo de 1988 en la ciudad de Pasto.

Como consecuencia de la declaración anterior solicitó que se condenara a la entidad demandada a pagar perjuicios morales y materiales en favor de los demandantes

Los hechos de la demanda son:

"- En las primeras horas de la tarde del día 14 de mayo de 1988 en el taller ubicado en la Cra.20 No.20-36 se encontraba el señor TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE departiéndo (sic) amistosamente ingiriendo bebidas embriagantes en compañía de los señores CARLOS HERMINSUL DELGADO, ARNULFO RAMIRO GONZALEZ, JOSE LUIS DELGADO BENAVIDES, NOHORA SOLARTE CAMPAÑA, Y RENE ARCE, entre otros.

" Aproximadamente a las 5 de la tarde del mismo hicieron su aparición al citado taller los agentes de policía LUIS ALBERTO GUZMAN VALDEMAR (quien vestía prendas oficiales), y ALFREDO RAFAEL RAMOS CASSIANI (en traje de civil). El primero de lo agentes, GUZMAN VALDEMAR, portaba al cinto el arma de dotación oficial

del agente RAMOS CASSIANI, a pesar de que ninguno de los dos se encontraba en servicio, puesto que el primero de ellos se encontraba en la ciudad disfrutando de un permiso y, el segundo, iniciaba actividades del servicio a las 7 de la noche de ese dia.

" Los agentes de policía fueron invitados a participar de la reunión, la que transcurrió entre chistes y licor, hasta aproximadamente las 9 de la noche, hora en la cual aprovechando el estado de embriaguez en que se encontraban los agentes le fue arrebatado de la cintura el revolver de dotación oficial al agente GUZMAN VALDEMAR, por el civil CARLOS HERMINSUL DELGADO quien le propinó un tiro a la altura del tórax al señor TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE, lo que le ocasiono la muerte minutos después en el Hospital San Pedro.

" Inmediatamente sucedido el hecho, el agente RAMOS CASSIANI le arrebató el revolver de dotación al citado civil, huyendo del lugar de los hechos en compañía del agente GUZMAN VALDEMAR (sic)."

En el termino de fijación en lista, la entidad demandada por intermedio de apoderado judicial solicitó pruebas.

Vencido el período probatorio se ordenó correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión; la parte demandante insistió en la legalidad de lo pedido, puesto que aparecen estructurados los elementos de la falla del servicio; la entidad demandada, por su parte, solicitó sea exonerada de toda responsabilidad, por el hecho se debe a culpa personal de los agentes y el arma con la cual se ocasiono el daño no es de dotación oficial; por su parte el señor Fiscal del Tribunal estimó que deben despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda, en estos términos:

" Plenamente comprobado está, que si bien el disparo lo hizo un particular, lo hizo con arma de dotación OFICIAL, pues era el arma adscrita oficialmente para el servicio al agente ALFREDO RAMOS CASSIANI. Y se comprueba con los dichos testigos particulares, con los descargos de los Agentes comprometidos y con los y MISMOS FALLOS disciplinarios en donde precisamente se impone la sanción por el mal uso del ARMA DE DOTACION OFICIAL, no podría la Policía sancionar a los agentes por ése hecho reconociendo que el arma es de dotación Oficial, y en el proceso Administrativo solicitar exoneracion porque no se ha probado éste aspecto, seria un ilógico jurídico.

" Aunque el disparo lo haya hecho CARLOS HERMINSUL DELGADO particular, los agentes aunque no estaban en servicio pusieron al particular

en oportunidad de alcanzar el arma. Y Así los agentes no estuvieran en servicio, la Administración en éste caso la Policía Nacional, al haber permitido que el Agente Ramos sin estar en servicio portára (sic) su arma de dotación, incurrió en una garrafal FALLA DEL SERVICIO. Y el agente Ramos al haber además de llevar el arma sin estar en servicio, permitir que la portára (sic) Guzmán que luego fue desarmado por el particular incurrió en negligencia que compromete a la parte demandada

" El perjuicio igualmente está sobradamente comprobado, en éste caso como en pocos con testimonios que son patéticos y que dejan al desnudo al trauma moral y material de la familia de Tito Caicedo. La relación de causalidad se da plena. Además, como el arma SI FUE DE DOTACION OFICIAL estaríamos frente a la falla presunta, y la presunción de responsabilidad que pesa sobre la parte demandada, no ha sido desvirtuada en el proceso."

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal para adoptar la decisión consultada razonó en los siguientes términos:

"....."

"El hecho de porte del arma estando en franquicia es irregular por cuanto los agentes tienen el deber de dejar sus armas registradas en el armario del respectivo cuartel a cargo del comandante de guardia y bajo su responsabilidad. Si por descuido o exceso de confianza se permite la salida de agentes portando el arma cuando entregan turno y se retiran a sus hogares, y en estas circunstancias ocurren hechos como el que en el caso en estudió ocurrió se está ante una protuberante falla del servicio."

" Estando en la tertulia de amigo, como se indicó al principio, en momentos en que el agente LUIS ALBERTO GUZMAN VALDEMAR se encontraba sentado en una escalinata con el resto de contertulios y tenía en sus manos el maletín de ropa que le habían entregado lo mismo que el casco, es decir con ambas manos ocupadas, el señor CARLOS HERMINSUL DELGADO, en forma imprudente tomo el arma de la chapusa que tenía en la cintura el agente LUIS ALBERTO GUZMAN y se retiro del grupo con TITO LAUREANO CAICEDO, quien cayo de bruces al suelo, actitud que fue tomada por los demás contertulios como una chanza pero qué fatalmente resultó que había sido herido de muerte por la imprudencia de CARLOS HERMINSUL DELGADO. Esta versión

se toma de las declaraciones de los testigos quienes son espontáneos y acordes en todas las circunstancias que rodearon el hecho. Tales testimonios son los de: JOSÉ LUIS DELGADO (folio 50), RAMIRO ARNULFO GONZALEZ (folio 52), NOHORA DEL CARMEN SOLARTE (folio 53), HORACIO L. SOLANO CAMPAÑA (folio 54), los agentes de la policía nacional ALFREDO RAFAEL RAMOS CASSIANI (folio 55) y LUIS ALBERTO GUZMAN VALDEMAR (Folio 57).

" ..... "

"El resultado de la investigación disciplinaria de la Policía está en un todo de acuerdo que lo analizado por el Tribunal con base en las declaraciones de los testigos, con lo cual se corrobora la FALLA EN EL SERVICIO que acarrea responsabilidad a la administración MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL- que se traduce en el deber de indemnizar a las personas que resultaron afectadas con la perdida del esposo y padre de quienes en este proceso son demandantes."

Estos argumentos sirvieron al *a-quo* para deducir responsabilidad del ente demandado, por lo tanto, condenó a pagar perjuicios morales y materiales en favor de los demandantes; en este , último caso tomó como salario básico para liquidarlos la suma de $150.000,oo mensuales, suma que presumiblemente devengaba el occiso para la época del fallecimiento, es decir para el, 14 de mayo de en las labores de mecánica automotriz.

En el trámite de la consulta la parte demandante y el Ministerio Público no se pronunciaron, en cambio la apoderada de la Nación, Policía Nacional solicitó revocar la sentencia consultada, por cuanto se configuró una de las causales, le exoneración de responsabilidad, el hecho de un tercero, por considerar que los agentes no protagonizaron el homicidio de TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, la decisión del Tribunal merece respaldo en cuanto dedujo responsabilidad del ente demandado por las siguientes razones.

Los demandantes están debidamente legitimados para actuar en este proceso, los menores LORENA DELIA, ADRIANA ROSA, IVONNE MAGALY Y TITO DAYAN CAICEDO ALVAREZ demostraron la condición de hijos legítimos del occiso TITO LAUREANO CAICEDO y de la señora

RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ DE CAICEDO, quien a su vez probo la calidad de cónyuge sobreviviente, de acuerdo con los documentos que obran a folios 15, 17, 18, 19 y 20 del expediente.

El 14 de mayo de 1988 se causó la muerte del señor TITO CAICEDO SOLARTE bajo las siguientes circunstancias: estando reunidos los contertulios CARLOS HERMINSUL DELGADO, ARNULFO RAMIRO GONZALEZ, JOSÉ LUIS DELGADO BENAVIDES, NOHORA SOLARTE CAMPAÑA, RENE ARCE y el occiso en un taller ubicado en el barrio 20 julio de la ciudad de Pasto, aproximadamente a las 5 p.m. ingresaron al lugar los agentes de Policía LUIS ALBERTO GUZMAN VALDEMAR primero y ALFREDO RAFAEL RAMOS CASSIANI, el primero en uniforme de dotación oficial y el segundo en traje de civil.

Encontrándose en estado de embriaguez los contertulios, aproximadamente a las 9 de la noche le fué arrebatado el revolver de la cintura al agentes Guzmán Valdemar por el señor CARLOS HERMINSUL DELGADO, quien le propinó un tiro a la altura del tórax, hiriendo gravemente a TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE el cual falleció posteriormente en el Hospital San Pedro.

Del informativo disciplinario que obra en el expediente se infiere que el arma utilizada con al cual se causó la muerte del señor TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE es de dotación oficial; tanto el agente ALFREDO RAFAEL RAMOS CASSIANI como el Agente LUIS ALBERTO GUZMAN VALDEMAR fueron sancionados disciplinariamente el primero por poseer dicha arma en actos fuera del servicio, ingerir bebidas alcohólicas y entregarlo al agente LUIS GUZMAN VALDEMAR, este último por no haber adoptado las medidas de seguridad en el cuidado y porte de la misma, dando lugar a ser despojado por el señor CARLOS HERMINSUL DELGADO.

Con la prueba testimonial recibida en el trámite del proceso disciplinario, quedó claro que quien dió muerte a TITO CAICEDO SOLARTE fué el señor CARLOS HERMINSUL DELGADO BENAVIDES en momentos en que este la arrebatara el arma al agente de la Policía Nacional. Sobre el particular no existe contradicción entre las declaraciones del Agente LUIS ALBERTO GUZMAN VALDEMAR y el agente ALFREDO RAFAEL RAMOS CASSIANI; en el mismo sentido aparece a declaración de JOSE LUIS DELGADO BENAVIDES, RAMIRO ARNULFO GONZALEZ, NOHORA DEL CARMEN SOLARTE CAMPAÑA. (fls. 50-58)

El deceso de la victima quedó probado con el Registro Civil de Defunción y el acta de levantamiento del cadáver (folios-21, 69 y 70).

Son suficientes las pruebas aportadas para establecer los hechos controvertidos y para demostrar la falla del servicio, pues a pesar de que el homicidio fue perpetrado por un particular, el elemento instrumental utilizado era de dotación oficial asignado a la Policía Nacional.

En el caso *sub-examine* la falla no se presume,sino que está probada teniendo en cuenta que el arma debía permanecer en el armario de la institución, y no podía ser portada por el agente a cargo en horas fuera del servicio. Esta sola circunstancia compromete la responsabilidad de la entidad demandada, ya que además de la irregularidad cometida, los dos miembros de la institución se dedicaron compartir e ingerir bebidas embriagantes con otros contertulios, uno de ellos vestía además prendas oficiales, el AG. LUIS A. GUZMAN VALDEMAR disfrutaba de un permiso y el AG. RAMOS CASSIANI debía aprestarse a iniciar su horario de servicio.

El hecho que un tercer particular haya sido quien disparó contra el occiso no exime de responsabilidad a la administración, por cuanto la falla del servicio radica en la falta de vigilancia y cuidado sobre los instrumentos a su cargo de permanente por la entidad.

En consecuencia, los elementos que permiten deducir la responsabilidad de la Policía Nacional aparecen configurados, es decir un hecho dañoso consistente en la falta de cuidado sobre el arma de dotación, con la cual se produjo la muerte de TITO CAICEDO SOLARTE, un daño constituido por la muerte del particular y una relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Por sú parte, la entidad no logro desvirtuar dicha responsabilidad, pues, no probó que el hecho se produjo por fuerza mayor,caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, o en su defecto que hubo ausencia de falla.

Bajo estos supuestos la Sala encuentra que el análisis hecho por el Tribunal es acertado y en ese orden se confirmará la sentencia consultada.

PERJUICIOS MORALES: En lo que se refiere al daño moral ocasionado a los demandantes, la Sala acogerá la condena impuesta por el Tribunal, dado que existe una presunción judicial al respecto, por lo tanto se mantendrá el reconocimiento hecho favor de los demandantes en la suma equivalente de MIL (1.000) ,gramos de oro para cada uno, de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

PERJUICIOS MATERIALES: Si bien, obran en el expediente las declaraciones de los señores CARLOS CESAR FIGUEROA, LUIS ALBERTO

SECCION TERCERA

CAMPAÑA MEJIA, LUIS MISAEL ROJAS SINZA, MIRIAM YOLANDA ENRIQUEZ DE ROJAS Y ALICIA DE LOS ANGELES MARCILLO MARTINEZ (fls. 161- a 170), a ninguno de los testigos les consta a ciencia cierta que el señor TITO LAUREANO CAICEDO SOLARTE tenía ingresos mensuales superiores a los $150.000,oo m/cte, ni es suficiente el testimonio rendido por el señor LUIS ALBERTO CAMPAÑA MEJIA quien arrendaba parte de su taller al occiso para quien éste se dedicara a las labores de mecánica, en su especialidad de arreglos de chasis de vehículos. La Sala estima que la suma con la cual el Tribunal liquido esta clase de perjuicios es elevada y no se ajusta a los intereses normales que una actividad equivalente permitían, para esa época, teniendo en cuenta que el salario mínimo en 1.988 era de $25.637,40, en Consecuencia no se acogerá la suma de $150.000,oo como ingresos mensuales de la victima, en cambio se tendrá en cuenta la misma actividad que desarrollaba el señor TITO CAICEDO SOLARTE y su capacidad productiva, su edad promedio de vida, el salario mínimo legal vigente para 1988 y se aplicara la fórmula de las matemáticas financieras de conformidad con las siguientes bases.

Del salario mínimo se deducirá un 25% que es lo que presumiblemente dedicada en su propio sostenimiento, el 75% restante se dividirá el 50% para los hijos y el 50 % para la cónyuge.

Para la indemnización debida o consolidada, se liquidara a partir de la ocurrencia del hecho hasta la fecha de la sentencia, en cuanto a la indemnización futura, la liquidación correrá a partir de la fecha de fallo hasta la edad probable menor de uno de los cónyuges , en relación con los hijos hasta estos cumplan la mayoría de edad, por esta razón se dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$RA = RH \frac{(1-i)^n - 1}{i}$$

Salario Mínimo 1988 = $25.637,40

RH = 25.637,40 - 25 % = 19.228,05

Indices: mayo de 1988 = 90.20; abril 7 de 1993 = 293.33

$$RA = 19.228.05 * \frac{293.33}{90.20} = 19.228,05 * 3.251995565$$

RA = $62.529,53

n = mayo 14 de 1988 a mayo 14 de 1993 = 5 años = 60 meses

i = 0,004867

1.-. INDEMNIZACION DEBIDA:

a) Para RITA DEL SOCORRO ALVAREZ DE CAICEDO (Cónyuge)

$$S = \frac{31.264,77 * (1,004867)^{60}}{0,004867}$$

$$S = 31.264,77 * \frac{0.3381816}{0,004867} = 31.264,77 * 69,48461064$$

S = $2.172.420,37

b) Para Lorena Delia Caicedo Alvarez (hija)

Nació enero 10 de 1973; mayoría de edad enero 10 1991

n = mayo 14 1988 a enero 10 de 1991 = 2 años, 7 meses, 26 días = 31, 87 meses

RA = 25 % de $31.264,77 = $7.816,19

i = 0,004867

$$S = \frac{7.816,19 (1.004867)^{31.87} - 1}{0,004867}$$

$$S = 7.816,19 * \frac{0.1673486}{0,004867} = 7.816,19 * 34,38434353$$

S = $268.754,56

c) Para Adriana Rosa, Tito Dayam e Ivonne Magaly (hijos).

$$S = \frac{7.816,19 (1.004867)^{60} - 1}{0,004867}$$

S = 7.816,19 * 69,48461064

S = 543.104,92 para cada uno

2-. INDEMNIZACION FUTURA:

a) Para Rita del Socorro Alvarez de Caicedo (Cónyuge)
Tito Laureano Caicedo nació el 4 de enero de 1950 (fl. 16) a mayo 14 de 1988 tenía 38 años 4 meses.

Vida probable: 35.99 años

RA = $31.264,77

n = 431.88 - 60 = 371.88

i = 0,004867

$$S = \frac{31.264,77\ (1.004867)^{371,88} - 1}{0,004867\ (1,004867)^{371,88}}$$

$$S = \frac{31.264,77 * 5.0833146}{0.029607492}$$

S = 31.264,77 * 171,6901451

S = $5.367.852,90

b) Para Adriana Rosa Caicedo Alvarez (hija)

Nació julio 15 de 1975, mayoría de edad julio 15 de 1993

n = mayo 14 de 1975, a julio 15 de 1993 = 2 meses

$$S = \frac{7.816,19\ (1,004867)^2 - 1}{0,004867\ (1.004867)^2}$$

$$S = \frac{7.816,19 * 0.0097577}{0.0049144907} = 7.816,19 * 9834777$$

S = $15.503,24

c) Para Ivonne Magaly Caicedo Alvarez (hija)

Nació septiembre 10 de 1979; mayoría de edad septiembre 20/97

n = mayo 14 de 1993 a septiembre 20 de 1997 = 4 años, 4 meses, 6 días = 52,2

$$S = \frac{7.816,19\ (1,004867)^{52,2} - 1}{0,004867(1.004867)^{52,.2}}$$

$$S = 7.816,19 * \frac{0,2884516}{0,0062708939} = 7.816,19 * 45,99848857$$

S = $359.532,93

d) Para Tito Dayam Caicedo Alvarez (hijo)

Nació: octubre 29 de 1993, mayoría de edad octubre 29/2001

n = mayo 14/93 a octubre 29/2001 = 8 años, 5 meses, 15 dias = 77,5

$$S = \frac{7.816,19\ (1,004867)^{77,5} - 1}{0,004867\ (1,004867)^{77,5}}$$

$$S = 7.816,19 * \frac{0,4568515}{0,0070904962} = 7.816,19 * 64,43152919$$

S = $503.609,07

RESUMEN

PERJUICIOS MATERIALES:

1.- Para Rita del Socorro Alvarez de Caicedo (Cónyuge):

a) Indemnización Debida	$	2.172.420,37
b) Indemnización Futura	$	5.367.852,90
Total		$ 7.540.273,27

2.- Para Lorena Delia Caicedo Alvarez (hija)

a) Indemnización Debida	$	268.754,56

3.- Para Adriana Rosa Caicedo Alvarez (hija)		
a) Indemnización Debida	$ 543.104,92	
b) Indemnización Futura	$ 15.503,24	
Total		$ 558.608,16
4.- Para Ivonne Magaly Caicedo Alvarez (hija)		
a) Indemnización Debida	$ 543.104,92	
b) Indemnización Futura	$ 359.532,93	
Total		$ 902.637,85
5.- Para Tito Dayam Caicedo Alvarez (hijo):		
a) Indemnización Debida	$ 543.104,92	
b) Indemnización Futura	$ 503.609,07	
Total		$1.045.713,99
TOTAL PERJUICIOS MATERIALES		**$10.303.674,51**

La entidad demandada deberá cancelar en favor de los demandantes por concepto de perjuicios materiales la suma de DIEZ MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($10.303.674,51 M / CTE).

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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE los numerales primero, tercero y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 13 de agosto de 1992.

SEGUNDO: MODIFICASE el numeral segundo de la parte resolutiva, el cual quedará así:

CONDENASE a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios materiales en favor de RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ DE CAICEDO la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS M/L. ($7.540.273,27 M/L), a LORENA DELIA CAICEDO ALVAREZ la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS M/L. ($268.754,56 m/l), a ADRIANA ROSA CAICEDO ALVAREZ la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS M/L ($558.608,16 m/l), en favor de IVONNE MAGALY CAICEDO ALVAREZ la suma de NOVECIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS M/L ($902.637,85 m/l) y en favor de TITO DAYAM CAICEDO ALVAREZ la suma de UN MILLON CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS TRECE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS M/L ($1.045.713,99 m/l).

Cópiese, notifíquese, y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacios, Secretaria

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

MINISTERIO PUBLICO / LEGITIMACION EN LA CAUSA / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La intervención del ministerio público en acciones resarcitorias instauradas por los terceros interesados se entiende mientras subsista dicho interés; subsistencia que se presume durante todo el trámite del proceso. Pero cuando por voluntad del demandante se produce un acto o hecho que inequívocamente demuestre la cesación de ese, interés, no podrá el ministerio público insistir en la culminación del proceso, por carecer de interés económico en las resultas del mismo; y porque no está legitimado para defender los intereses económicos de la parte actora. En el caso *subjudice*, la misma defensa del patrimonio público que compete constitucionalmente al señor fiscal apelar, porque la entidad pública había sido absuelta de la pretensión indemnizatoria formulada por la parte demandada. Se entienden las ideas precedentes en los contenciosos de resarcimiento, porque en los de simple nulidad la parte actora no tendrá la libre disposición del proceso (el interés de legalidad no es privado ni negociable) y este deberá culminar siempre en la forma normal u ordinaria, o sea mediante la sentencia. Interés que le permitirá al agente del ministerio público su intervención en todas las etapas del proceso, en forma independiente y no condicionada por la conducta procesal de la parte demandante.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6995. Contratos. Actor: FERNANDEZ VIÑAS RUSSI & CIA LIMITADA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia de 20 de junio de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron formuladas en el *libelo* de 7 de diciembre de 1987 (a folios 78 y ss), así:

"A) PRINCIPAL:

"Que se declare por esa Honorable Corporación, que el FONDO VIAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO, está obligado a cumplir con la obligación de firmar el contrato de adjudicación directa, hecha por esa entidad oficial, a la firma FERNANDEZ VIÑAS RUSSI & COMPAÑIA LIMITADA, cuyo objeto es la INTERVENTORIA DE ESTUDIOS, DISEÑOS Y OBRAS PARA EL PROGRAMA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO".

"B) SUBSIDIARIA: En el evento de que no se considere legalmente procedente la condena principal, pido que en forma subsidiaria se condene a las siguientes:

"PRIMERA: Declarar que el Fondo Vial del Departamento del Atlántico, está obligado a pagar una indemnización pecuniaria a favor de "FERNANDEZ VIÑAS RUSSI & COMPAÑIA LTDA", por los perjuicios tanto materiales como morales, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, derivados del incumplimiento por parte de la entidad demandada, al negarse en forma deliberada y con detrimento del patrimonio ajeno a firmar el contrato de interventoría de estudios, diseños y obras de acueducto y alcantarillado del Departamento del Atlántico, adjudicado a la firma demandante."

"SEGUNDA: Si el valor de los perjuicios incluidos el lucro cesante y el daño emergente no pudiesen establecerse dentro del proceso, se ordene que se tasen mediante incidente posterior de liquidación de que tratan los arts. 178 del C.C.A. y 307 y 308 del C. P. C.

En la demanda se narraron, según la síntesis del tribunal, los siguientes hechos:

"1o. El Fondo Vial del Departamento del Atlántico, mediante licitación privada, abrió concurso de méritos para contratar la interventora de estudios, diseños y obras, para el programa de acueducto y alcantarillado, al cual concurrieron y participaron varias firmas entre esas la firma demandante. Se abrieron 2 concursos de mérito y en ambas oportunidades fué declarado desierto. Por lo tanto se prescindió de éste tal como lo establece el numeral 2 del artículo 43 del Decreto-Ley 222/83. En consecuencia a lo anterior el Director de la Entidad demandada, procedió, a presentar a consideración de la Junta, los nombres de tres firmas de reconocida solvencia profesional para adjudicar por vía directa, la interventora de estudios, diseños y obras, la cual recayó en la firma demandante.

"2o.- La firma "Fernández Viñas Russi y Cía Ltda", procedió de inmediato a hacer todas las diligencias del caso, sin embargo el Director del Fondo Vial del Departamento del Atlántico somete a una nueva aprobación de la Junta la adjudicación de la interventora referida, siendo nuevamente aprobada y ratificada en beneficio de la firma demandante."

"3o.- Nuevamente el Director de la Entidad demandada decide someter el asunto a una nueva revisión de la junta, donde surge la supuesta necesidad de solicitar un nuevo concepto jurídico. Tales conceptos son favorables a la firma demandante, sin embargo el mencionado director continúa eludiendo el cumplimiento del deber de firmar dicho contrato.

"4o.- El Fondo Vial del Departamento del Atlántico no ha cumplido con su deber, no obstante de haberlo adquirido mediante una tramitación legal, y el de haber agotado todos los trámites extraprocesales en vías gubernativas, con miras a obtener por parte de la Administración Departamental la firma del contrato."

El *a-quo*, luego del trámite de rigor, denegó las pretensiones formuladas. De ese fallo se destaca el siguiente aparte, comprensivo de la razón fundamental que tuvo el juzgador para decidir como lo hizo:

"Para la Sala, la discusión en el sentido de si hubo o no adjudicación resulta irrelevante y errada, por las siguientes razones:

"La adjudicación es el acto administrativo a través del cual la administración selecciona como contratista a quien considera mejor proponente de los que han participado en una licitación o concurso."

"La adjudicación es, además, el acto definitivo en el proceso licitatorio o en el concurso de méritos."

"En el caso que ahora examinamos, los dos (2) concursos que habían sido abiertos culminaron con sendas declaratorias de desiertos. De manera que no habiendo nuevo concurso el fondo vial departamental se aprestaba a celebrar directamente el contrato. Es decir, sin que pasara por el trámite de concurso."

"Como lo que correspondía era la contratación directa, por sustracción de materia no cabía la etapa precontractual en la formación del contrato de consultoría. En efecto, en el Código Fiscal del Departamento del Atlántico ni en el Decreto 222/83 hay norma sobre períodos precontractuales en los contratos sujetos a contratación directa."

"Sin embargo, como quiera que la entidad pública se abstuvo de celebrar el contrato después de comunicarle a la demandante que le había sido autorizado y luego de que provocó la renuncia de la sociedad Fernández Viñas Russi de su inscripción en el registro de Constructores, por ser impedimento para celebrar el contrato, la sala encuentra en tal actitud un comportamiento inserio y desleal de la demandada para con la demandante, lo que merece la censura del Tribunal."

"Para establecer si el comportamiento aludido es fuente de responsabilidad, en razón de no existir norma específica que regule la materia en el período precontractual, el Tribunal haciendo uso del articulo 8 de la Ley 153 de 1887 que ordena al Juzgador remitirse a las leyes que regulen casos o materias semejantes, encuentra que el C.C. que es norma supletoria, no contiene reglamentación alguna referente al incumplimiento de oferta en el período precontractual."

"En cuanto al Código de Comercio que sigue en orden obligatorio de consulta, sus artículos 861 y 863 sí contemplan preceptos sobre el incumplimiento de las ofertas en el período precontractual. No obstante, en razón de que la consultoría es una actividad propia de las profesiones liberales, y éstas son definidas expresamente por el artículo 21 como actos no mercantiles, a la situación que nos ocupa no pueden aplicarse los preceptos primeramente por ser incompatibles."

Descontenta la fiscalía del tribunal con el fallo, interpuso apelación. La parte actora guardó silencio. Aquel funcionario en su escrito de sustentación del recurso (a folios 135 y siguientes) insiste en que se deben despachar favorablemente las súplicas de la demanda. De ese memorial se destaca el siguiente aparte:

"En el caso presente, se constata que el Fondo Vial del Atlántico abrió la licitación privada correspondiente a un concurso de méritos para contratar la interventoría de unos estudios de acueducto y alcantarillado. En seguida -de acuerdo con el inciso 1o. del Art. 40 de dicho Decreto 222 de 1983 - se cumplió con declarar consecutivamente la deserción de dos concursos convocados para tal fin. Posteriormente se procedió a prescindir de la licitación, como lo permite el Art. 43 del mismo Decreto. Y, por último, según lo contempla el inciso 2o. del Art. 40 del citado Estatuto, **se adjudicó directamente** el contrato a la firma hoy demandante. Esta adjudicación aparece en copia autenticada a folios 19 y 20 del expediente, mientras que a folios 25 del mismo consta que la firma adjudicatario llena el requisito de renunciar a ser inscritos en el registro de constructores para que en la Secretaria de Obras Públicas Departamentales siga vigente su Registro de Consultores e Interventores.

"Así entonces, el Art. 35 del Decreto 222 de 1983 es perfectamente aplicable a este caso, y por tanto, resulte improcedente buscar en codificaciones diferentes del Estatuto Contractual normas que permiten concretar la obligación de perfeccionar el contrato adjudicado por parte del Fondo Vial del Atlántico. No es acertado afirmar que no existe norma específica que defina si el comportamiento de dicha entidad administrativa es fuente de responsabilidad, ya que el contexto de los artículos 35, 40 y 43 del Estatuto Contractual enmarcan claramente los hechos de la demanda como configurativos de un incumplimiento de adjudicación por parte de la Administración."

Por su lado, la apoderada del Fondo Vial Departamental insiste en la confirmación del fallo del tribunal. A folios 140 y ss. figura su escrito, en el cual, a guisa de conclusión final, anota:

"Es bajo todo punto de vista aberrante que a una entidad que se ha presentado dos veces a la licitación y han sido rechazadas sus propuestas por inconvenientes resulte adjudicándosela directamente y en base a la misma propuesta ya rechazada, ese hecho si constituirla una irregularidad por decir lo menos y habría dado margen para que las otras firmas que participaron en las dos licitaciones declaradas desiertas en caso de que se hubiese suscrito el contrato, hubiesen demandando a la vez.

"En la demanda no se dio cumplimiento al art. 137. No.4 puesto que no se indican las normas violadas ni se explica el concepto de su violación.

"Se debe tener en cuenta que al no existir resolución motivada de adjudicación, ni contrato, no hay ningún vínculo jurídico que obligue al fondo vial departamental a firmar contrato alguno con el demandante."

Muestran los autos los siguientes aspectos fácticos:

a) Que la sociedad demandante participó en dos concursos de mérito para la interventora de Estudios, Diseños y Obras para el programa de acueducto y alcantarillado del Departamento del Atlántico; concursos que fueron declarados desiertos, por ser inconvenientes para el Fondo Vial Departamental. Decisiones estas que se tomaron con fundamento en el articulo 42 numeral 5 del Decreto 222 de 1983. (Ver fotocopias autenticadas de esos actos de deserción a folios 8 y 9 del cuaderno principal).

b) Que la Junta del Fondo Vial Departamental en su sesión del 29 de junio de 1986, fuera de autorizar la segunda declaratoria de deserción, solicitó a su director que recomendara tres firmas de reconocida solvencia profesional para entrar a adjudicar directamente (ver auto a folios 12 y ss).

c) Que el director del Fondo, acatando la insinuación anterior, recomendó las firmas Fernández Viñas Russi & Cía.Ltda, Sánchez Cañaveras Ltda. y Regulo Massi y Cía.Ltda.

d) Que estudiadas las documentaciones correspondientes a estas sociedades la junta adjudicó el contrato a la firma Fernández el día 3 de julio de 1986 (firma que había intervenido en los dos concursos de mérito anteriores y cuyas propuestas se habían calificado de inconvenientes) por el mismo sistema establecido en los pliegos de condiciones, previa revisión del Director del Fondo Vial Departamental y conforme a la propuesta que para los grupos I y II presentó dicha firma (ver acta a folios 19 y ss).

e) Que la sociedad favorecida no fué notificada de esa adjudicación pero se dio por enterada de la misma, mediante comunicaciones de 22 y 25 de julio de 1.986 y septiembre 17 siguiente (a folios 21, 22 y 25).

f) Que la Junta Directiva del Fondo, luego de estudios y revisiones de la situación creada en su sesión del 25 de mayo de 1987 y visto el informe de la comisión designada por el gobernador del Departamento para esclarecer puntos relacionados con la adjudicación hecha a la mencionada firma, decidió consultar con la Contraloría Departamental. Su abogado, el Doctor Antonio Caballero Villa,estimó que la adjudicación no debería revocarse, por los riesgos indemnizatorios que para el Fondo traería la medida (a folio 62).

g) Que tal como se narra en la demanda, el contrato no llegó a celebrarse nunca.

La parte actora pide que la entidad pública está obligada a cumplir con la obligación de firmar el contrato hecho por adjudicación directa, a la firma Fernández Viñas Russi y Cía.Ltda. (pretensión principal); o en subsidio a indemnizarle los perjuicios causados con esa negativa, estimados en cifra muy superior a los $2.000.000. (7% del costo total de las obras).

Para resolver, se considera:

La sentencia del tribunal deberá mantenerse en la forma como fué dictada por el tribunal, peró esta decisión no corresponderá a la revisión de fondo de la misma, sino a la falta de legitimación que para recurrir tenía el agente del ministerio público en las condiciones dadas.

Recuérdese que esta acción indemnizatoria de carácter contractual fué instaurada por la sociedad "Fernández Viñas Russi & Cía.Ltda." contra el Fondo Vial del Atlántico y que el *a-quo*, apartándose del concepto favorable de su fiscal colaborador, denegó las súplicas de la demanda. Pese a esto la actora se conformó con lo así decidido y no interpuso el recurso viable contra la sentencia correspondiente. No sucedió igual con el agente del ministerio público, quien apeló para que en esta segunda instancia se accediera a la indemnización pedida por la parte demandante.

Interpretadas literalmente las normas que gobiernan la actuación del ministerio público dentro de los procesos contencioso-administrativos, ya que es parte en todos, habría que concluir que la apelación interpuesta por el señor fiscal del tribunal es inobjetable.

Pero dadas las circunstancias que muestra este proceso, resumidas atrás, habrá que concluir que al conformarse la parte actora con la denegación de las súplicas de su demanda y no apelar, no podía hacerlo el agente del ministerio público, por carencia de interés para recurrir.

Para entender este aserto basta recordar que frente al proceso contencioso administrativo los agentes del ministerio público son, por un lado, partes imparciales forzosas no técnicamente principales ni secundarias. y que está justificada su intervención en todos los procesos para la salvaguarda del orden jurídico; y por otro, pueden ser partes demandantes en defensa de los intereses de la nación o cuando piden la nulidad de los actos administrativos o la nulidad absoluta de los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad (articulo 127 del c.c.a.)

Es obvio que este doble carácter tiene alcances y matices diferentes según el papel que asuma. Cuando interviene como parte imparcial (primera hipótesis) el interés de su accionar está orientado exclusivamente a la defensa del ordenamiento jurídico. Por eso entiende que puede conceptuar aun contra los intereses de la entidad pública involucrada como parte principal dentro del proceso.

En cambio, cuando formula una demanda, procesalmente su accionar no difiere del que cumple cualquier demandante dentro del proceso.

Quien formula una acción indemnizatoria, bien de reparación directa o contractual, actúa movido por un interés de carácter económico; interés que es renunciable porque sólo mira al interés del renunciante al tenor del articulo 15 del c.c.. Razón por la cual se entiende que el demandante pueda desistir expresamente de su demanda, conciliar, allanar, transigir, etc., y aún conformarse tácitamente con la decisión desfavorable de primera instancia al no apelarla. Hipótesis esta que implica el desistimiento tácito de las pretensiones de la demanda.

Tanto para accionar como para recurrir se requiere interés. Al no existir éste no habrá acción y durante el trámite, lo desfavorable que contengan las distintas providencias justificará la interposición de recursos. Si esa desfavorabilidad no se da no procederá el recurso correspondiente.

Aplicando esta idea al caso *sub-judice* se observa: la sociedad demandante, interesada en obtener una indemnización, formuló la demanda, su interés exclusivo, era de sentido meramente económico y, por ende, renunciable.

Para confirmar este aserto, se observa:

La intervención del ministerio público en acciones resarcitorias instauradas por los terceros interesados se entiende mientras subsista dicho interés; subsistencia que se presume durante todo el trámite del proceso. Pero cuando por voluntad del demandante se produce un acto o hecho que inequívocamente demuestre la cesación de ese, interés, no podrá el ministerio público insistir en la culminación del proceso, por carecer de interés económico en las resultas del mismo; y porque no está legitimado para defender los intereses económicos de la parte actora.

En el caso *sub-judice*, la misma defensa del patrimonio público que compete constitucionalmente al señor fiscal apelar, porque la entidad pública había sido absuelta de la pretensión indemnizatoria formulada por la parte demandante.

SECCION TERCERA

Se entienden las ideas precedentes en los contenciosos de resarcimiento, porque en los de simple nulidad la parte actora no tendrá la libre disposición del proceso (el interés de legalidad no es privado ni negociable) y este deberá culminar siempre en la forma normal u ordinaria, o sea mediante la sentencia. Interés que le permitirá al agente del ministerio público su intervención en todas las etapas del proceso, en forma independiente y no condicionada por la conducta procesal de la parte demandante.

Finalmente se anota:

Si pudiera hacerse el estudio de fondo, la sala habría confirmado el fallo apelado, por estar ajustado a la ley.

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:

No prospera la apelación interpuesta por el señor fiscal del tribunal por carencia de interés para recurrir.

Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el dia trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO

Se demuestra palmariamente la comisión de una falla del servicio que tuvo ocurrencia al haber contrariado flagrantemente lo preceptuado por el artículo 16 de la Constitución Nacional vigente para entonces, que ordenaba a las autoridades de la República proteger a todos los residentes en Colombia en su vida e integridad personal; el agente público quebrantó ese precepto al asumir una conducta a todas luces irreflexiva y antisocial al abrir fuego indiscriminado contra inocentes Víctimas. Como ya ha tenido oportunidad de expresarlo la Sala, de suyo es de expresarse que un agente de la fuerza pública, a quien la sociedad política ha confiado el manejo de las armas oficiales antes que actuar en forma Salvaje o Irracional, sea prudente y obre con la madurez que de él se espera en las diversas situaciones en que debe intervenir en ejercicio de sus funciones.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7162 . Actor: MIRYAM ELIANA QUEVEDO DE BOTERO Y OTRA. Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el 22 de octubre de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1o.- DECLARAR que la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, es responsable administrativamente por los daños y perjuicios causados a MIRYAM ELIANA QUEVEDO DE BOTERO y a su hija menor de edad ANGELA MARIA BOTERO QUEVEDO, como consecuencia de la herida de bala recibida por esta última, el día 28 del mes de julio de 1983, en un hecho imputable al ente administrativo señalado"

"2o.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENASE a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL - a reconocer y pagar a MIRYAM ELIANA QUEVEDO DE BOTERO y a ANGELA MARIA BOTERO QUEVEDO, a cada una de ellas, lo que valgan UN MIL (1.000) GRAMOS ORO en la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme certificación del BANCO DE LA REPUBLICA."

"3o.- CONDENASE *IN GENERE* a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL, por concepto de perjuicios materiales. La regulación se hará de conformidad con lo dispuesto por el art. 172 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a las bases determinadas en esta providencia.

"4o.- ESTESE a lo dispuesto por el inciso 5o del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo."

"5o.- La Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, debe dar cumplimiento al fallo en los términos que expresan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo."

La demanda se formuló en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A. y fué presentada, oportunamente, el 26 de julio de 1985, buscando obtener que se declarara a la entidad pública patrimonialmente responsable de la totalidad de los perjuicios ocasionados a raíz de las Graves lesiones que se le produjeron a la menor ANGELA MARIA BOTERO QUEVEDO al recibir un tiro en la cabeza.

La causa *petendi*, en síntesis, se hizo consistir en los siguientes hechos:
1o.- La víctima es hija de NELSON GABRIEL BOTERO ZAFRA y la demandante, MIRYAM ELIANA QUEVEDO. A la fecha de los trágicos incidentes, la niña contaba con 6 y medio años de edad y terminaba de cursar sus estudios de jardín infantil: en el año lectivo de 1983 a 1984, estuvo impedida para hacer el primer año de primaria, convaleciente de las lesiones sufridas; en el mes de mayo debió ser operada nuevamente

"2o.- El dia 28 de julio de 1983, a eso de las 5:30 de la tarde, se inició un operativo policial en la avenida sexta de esta ciudad, en frente del teatro Calima, tendiente a desalojar a los vendedores ambulantes estacionados en esos alrededores.

"3o.- A escasos metros de la dirección indicada, es decir en la calle 12 norte entre las avenidas 6a. y 7a., la señora Miryam Eliana Quevedo de Botero tiene un almacén de artículos para arquitectura, ingeniería, dibujo y pintura, denominado -Arte y Técnica- "*Art-Tec*"; ese dia ella se encontraba en su negocio en compañía de su pequeña hija Angela María Quevedo Botero; también se hallaba en él un vendedor de artículos de oficina, de nombre Arley Castillo.

"4o.- Un hippie que a diario instalaba su venta callejera enfrente del teatro Calima, al enterarse del operativo policial recogió su mercancía y corrió por la calle 12 norte; a su alcance salió un agente de la policía que lo aprehendió en frente del almacén "Art-Tec" de propiedad de la señora Miryam Eliana; allí forcejearon ambos: el policía para tratar de decomisarle la mercancía al hippie y éste para tratar de impedir la acción del uniformado.

"5o.- La gente que a esa hora - 5:50 de la tarde aproximadamente - transitaba por el lugar, al ver que el agente de la policía, enfurecido, le prodigaba malos tratos al hippie, empezó a arremolinarse en torno suyo. Lo propio hizo la señora Miryam Eliana Quevedo cuando oyó exclamar al hippie: "Máteme... si quiere, pero no le entrego la mercancía. Junto a ella también tomaron puesto, a fin de observar lo que acontecía, la niña Angela María Quevedo y el vendedor Arley Castillo.

"6o.- Un hombre indignado instó al policía a no maltratar más al hippie. Pronto aquél replicó: "Mompa, ábrase que para todos hay". Y de inmediato comenzó a disparar la subametralladora que portaba.

"7o.- Al momento hubo confusión entre el público: unas personas corrieron, otras permanecieron en el punto en que se encontraban. Miryam Eliana se quedó estática, perpleja; pensaba que su pequeña hija estaba a su lado; decidió retirarse del sitio cuando vió caer al suelo, heridos, a dos jóvenes que estaban también a su lado; estaba retrocediendo cuando vió que el policía levantaba el cañon de la subametralladora; y de un momento a otro una amiga suya -la señora Melba García- le mostró a su hija Angela María tendida en el suelo. La niña estaba herida de gravedad: una bala había penetrado en su cabeza a la altura de la sien derecha. Miryam Eliana

presurosa levanto a su hija y la trasladó a la Clínica de Occidente en el vehículo del señor Arley Castillo."

"8o.- En dicha casa de salud, Angela maría fué intervenida quirúrgicamente por el doctor Francisco Vargas, médico neurocirujano, quien le extrajo la bala. Estuvo hospitalizada por espacio de 15 días."

"9o.- El tiro hizo impacto en la cabeza de Angela María, provino de la ráfaga que disparaba la subametralladora en el momento en que el policía levantó el cañón de la misma."

"10o.- En mayo de 1984, Angela maría fue intervenida quirúrgicamente por segunda vez en la misma clínica, habiendo sido atendida igualmente por el doctor Francisco Vargas. En esta oportunidad le fue practicada una craneoplastia a fin de implantarle el parietal derecho que perdió como consecuencia de los destrozos que le produjo el tiro."

Rituada la instancia según lo establecido en las normas procesales, el *a-quo* atendió favorablemente las súplicas que se formularon en la demanda según se vió en la transcripción de la parte resolutiva que se hizo al inicio de este proveído; las partes estuvieron conformes con esa decisión, motivo por el cual el proceso debió ser enviado a esta Corporación a fin de que se surtiera el grado de consulta previsto en la ley para los eventos en que se impone una obligación a la administración y esta no recurre en apelación.

En el término de alegatos de conclusión en este segundo grado, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio . (fls. 176 y 177 del C. principal).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala confirmará en lo fundamental el fallo objeto de la consulta, en virtud a que, hecho el análisis global de los diversos aspectos que involucra la controversia y su confrontación con los medios de prueba que recoge el expediente, resultan acertadas las reflexiones y las conclusiones que tuvo en cuenta el fallador de primer grado para declarar la responsabilidad patrimonial de la administración en los hechos debatidos, por los cuales se sabe que un agente de la policía, en actividad del servicio, disparó su arma de dotación oficial e hirió gravemente en la cabeza a la niña Angela María Botero Quevedo; también es correcta la evaluación de los supuestos que confieren a las demandantes el derecho a ser resarcidas por los perjuicios que se les ocasionaron, salvo en lo concerniente a los de índole material, los que, además de merecer algunos ajustes serán liquidados en concreto.

Los hechos que narra la demanda están debidamente probados; de ellos se deduce que se encuentran reunidos los elementos que configuran una falla del servicio imputable a la parte demandada, la cual fué objetiva y exhaustivamente estudiada por el Tribunal, razón que hace inútil volver sobre sus pormenores y detalles o hacer otras elucubraciones al respecto.

Todo ocurre cuando la Policía Nacional cumplía acciones para desalojar algunos vendedores ambulantes en las calles céntricas de la ciudad de Cali, Departamento del Valle del Cauca. Actuaba el agente auxiliar LUIS ALFREDO RIVAS RIVAS, portando su arma de dotación, una subametralladora marca U.Z.I., No. 0281.

Con el pretexto de que una de las personas afectadas con la operación policial, no permitía la incautación de sus mercancías, el policía lo agredió a patadas hasta dejarlo tendido en el piso; este exceso motivó que los curiosos allí presentes le increparan por la violencia innecesaria y brutal ejercida contra el comerciante; como continuara la agresión, uno de los presentes le observó que su proceder no era correcto pues no se trataba de un ladrón, hecho que desencadenó en el agente público una ira incontrolable y un ataque que benignamente se puede calificar de demencia criminal, en el que luego de expresar " Aquí Hay suficiente para todos", blandió y comenzó a tabletear el arma haciendo 15 disparos contra la estupefacta, desprevenida e inerme multitud de curiosos apretados en ese sitio.

En el informe rendido por la policía nacional el 28 de julio de 1983, se da cuenta que como consecuencia de este infame atentado resultó muerto ALFREDO MARTIN ARROYO y heridos YOLANDA SERNA ROSEMBERG ZAMORA, MIGUEL ANGEL RESTREPO Y ANGELA MARIA BOTERO QUEVEDO de 5 años de edad, quien presenta un impacto a la altura de la sien derecha y se encuentra en grave estado de salud." (fl. 3 y 4 del C. de pruebas).

Según el dictamen médico tratante, de los peritos que intervinieron en el proceso, y del informe rendido por psiquiatría forense del Instituto de Medicina Legal del 14 de diciembre de 1988, la menor ha venido recibiendo y requiere se le siga suministrando POR EL RESTO DE SU VIDA TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS ANTICONVULSIONANTES; las convulsiones fueron la consecuencia del balazo que le propinó el agente oficial cuyo resultado fue la fractura conminuta cumplida del cráneo en la región parietal derecha, con laceración y destrucción de la corteza y subcorteza del mismo lóbulo.

SECCION TERCERA

La realidad que se ha dejado expuesta se muestra palmariamente la comisión de una falla del servicio que tuvo ocurrencia al haber contrariado flagrantemente lo preceptuado en la Constitución Nacional vigente para entonces, que ordenaba a las autoridades de la República proteger a todos los residentes en Colombia en su vida e integridad personal; el agente público quebrantó ese precepto al asumir una conducta a todas luces irreflexiva y antisocial al abrir fuego indiscriminado contra inocentes victimas. Como ya ha tenido oportunidad expresarlo la Sala, de suyo es de expresarse que una agente de la fuerza pública, a quien la sociedad política ha confiado el manejo de las armas oficiales antes que actuar en forma Salvaje o Irracional, sea prudente y obre con la madurez que de él se espera en las diversas situaciones en que debe intervenir en ejercicio de sus funciones; como la administración no logró demostrar que los hechos se hubieran producido a consecuencia de alguna de las causales que la exoneran de responsabilidad deberá responder el Estado por los daños reclamados (art. 90 del C.N.).

LA CONDENA.

La legitimación en la causa por activa está acreditada con el registro civil de matrimonio de NELSON GABRIEL BOTERO ZAFRA y la demandante MIRYAM ELIANA QUEVEDO(fl.4), lo mismo que con el registro civil de nacimiento de la víctima, documento que obra al (fl. 3 del C. principal).

A.- Los perjuicios morales. Según lo tiene explicado la jurisprudencia de la Corporación, en procesos de esta naturaleza los perjuicios de índole moral se presumen en la línea de padres, hijos, los cónyuges y entre los colaterales hasta el segundo grado...

En su evaluación se tuvieron en cuenta los lineamientos establecidos sobre el particular, así como las pretensiones y pruebas allegadas a los autos; no hay, por tanto observación que hacer a lo resuelto por el *a-quo* en lo concerniente a la tasación de los perjuicios morales que hizo en favor de los demandantes; para efectos del pago, el precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta será el nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo.

B.- Los perjuicios.- Como en el proceso no aparece prueba indicativa de los perjuicios materiales que aduce se le causaron ninguna condena se hará en favor de MIRYAM ELIANA QUEVEDO.

En el proceso quedó plenamente acreditado el deterioro físico sufrido por la menor como consecuencia natural y directa del atentado a que se vió

sometida por el agente de la fuerza pública, lo cual legítima su derecho a recibir los perjuicios materiales irrogados. No se demostró el costo que tuvieron las intervenciones quirúrgicas, hospitalizaciones, controles médicos y medicamentos suministrados con precedencia al 19 de diciembre de 1990 razón que impide hacer alguna condena por esos conceptos; únicamente, se le indemnizará el valor de los controles médicos lo mismo que las medicinas que requiere desde esa fecha hasta el fin de la vida probable de la víctima, evaluados por los expertos en la súma de $5.073,10 mensuales.

Ese valor como está pedido en la demanda, se actualizará mediante la fórmula:

$$V.P. = \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}, \text{ en donde:}$$

V.P. - es el valor que se busca.

C.h Está representado por la suma de $5.073,10.
Indices = Los de precios al consumidor certificados por DANE, en el cual el inicial será el de la fecha del dictamen, diciembre de 1990, de 166,29%, e índice final, el de la fecha de este fallo, o sea de 293.33%.

V.P. = 5.073,10 X 1.763966564.

V.P. = 8.949.00.

La indemnización comprende dos periódos: El primero vencido o consolidado, corre desde el 19 de diciembre de 1990 hasta la fecha del presente fallo, para un total de 28.8 meses; y el futuro o anticipado, se cuenta desde el 14 de mayo de 1993 hasta el fín de la vida probable de la víctima que descontado aquel primer tiempo será de 64.5años ó 774 meses.

Para estimar la indemnización debida, se aplicará la fórmula:

$$S = \frac{Ra\,(1 + 0.004867)^{28.8.} - 1}{0.004867}\ y$$

Para buscar la indemnización futura o anticipada, la fórmula será:

$$S = \frac{Ra\,(1+ 0.004867)^{774.00} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{774.00}}$$

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 ó del 0.4867 mensuales; como se trabaja con 1, ese interés queda como 0.004867 mensual.

a.- Vencida o consolidada:

$$S = 8.949. \times \frac{(1+0.004867) \text{ a la } 28.8 - 1}{0.004867}$$

S = 275.949.oo.

b.- Futura o anticipada:

$$S = 8.949 \times \frac{(1+0.004867) \text{ a la } 774.00 - 1}{0.004867(1+0.004867)^{774.00}}$$

S = 1.795.809.oo.

Sumadas las indemizaciones debidas y futuras, la liquidación de los perjuicios materiales en afavor de Angela María Botero quedará en la suma de $2.071.758.oo.

Desde la ejecutoria de este proveído, las sumas así liquidadas por perjuicios morales y materiales devengarán los intereses que prevé el artículo 177 del C.C.A.

En Merito 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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales lo. y 3o. a 5o. de la sentencia consultada, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, el 22 de octubre de 1991.

SEGUNDO: MODIFICASE el ordinal 2o. del mismo fallo el cual quedará así:

2o.- Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal lo. la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL pagará por concepto de perjuicios materiales a ANGELA MARIA BOTERO QUEVEDO la suma de DOS MILLONES SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($2.071.758.oo).

TERCERO: A partir de la ejecutoria de este fallo, las sumas liquidadas por perjuicios morales y materiales devengarán los intereses comerciales y de mora que establece el art. 177 del C.C.A.

CUARTO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: EXPIDANSE copias a las partes, para su cumplimiento (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 trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria General.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO - Demanda

El mantenimiento de una vía debe comprender la disposición de todas las medidas de previsión para evitar o por lo menos advertir debidamente la existencia de zonas de derrumbre lo que sepultó el bus fué el alud que se derrumbó porque al realizar la construcción de la vía no se tuvo la previsión de efectuar el corte con un ángulo de talud adecuado tanto con la composición geológica del terreno, como con el clima húmedo tropical de altas precipitaciones fluviales, las demandadas deben responder por los daños antijurídicos que sufrieron los demandantes con ese desastre, porque fallaron en la prestación del servicio, falla que empezó desde el mismo momento en que se construyó la carretera y que se agravó con la falta de control sobre las aguas y la falta de señalización en relación con el peligro de derrumbe que existía en el sitio.

CUMULO DE INDENMIZACIONES / PERJUICIOS MORALES

Esta Sección, ya admitió la posibilidad de que se acumulan las indemnizaciones por concepto de perjuicios morales, cuando una misma persona reclama por la pérdida de varios familiares en el mismo hecho. Así se dijo en sentencia del 7 de noviembre de 1991, proferida dentro del proceso radicado al No. 6295, actor: PEDRO MARIA MORALES, pero no se hizo la condena partiendo del máximo de indemnización que se concede para cada caso, sino que se usó la facultad discrecional del juzgador para fijar en consecuencia y con el fín de reducir el daño sufrido por los demandantes, la condena.

EXP. - 7776

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera-
Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 7776 Actor: SIXTA TULIA MOSQUERA NUÑEZ Y OTROS. - DEMANDADO: LA NACION MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - FONDO VIAL NACIONAL.-

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia de 19 de junio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1o. DECLARASE a la NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - y al FONDO VIAL NACIONAL, administrativamente responsable, de los DAÑOS Y PERJUICIOS causados por la muerte de: RAFAEL BANGUERA OCORO, MARCO TULIO SEPULVEDA VALENCIA, LUZ STELLA RESTREPO CARDONA, ALBA LUCIA ANDUQUIA HURTADO, CLAUDIA PATRICIA LONDOÑO ANDUQUIA, BLANCA ERNESTINA ALVAREZ HERNANDEZ, ALBERTO GARCIA PERLAZA, CESAR FERNANDO ORTIZ MEJIA Y JORGE IVAN CANO CARDENAS, ocurrida el 15 de marzo de 1987, en un derrumbe que se presentó en la carretera Cali-Buenaventura, sitio BOQUERON, en cercanías de Zaragosa, Municipio de Buenaventura"

"2o. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - Y AL FONDO VIAL NACIONAL, a pagar por PERJUICIOS MORALES los siguientes:

"PROCESO No. 16050"

"A).- Para SIXTA TULIA MOSQUERA, y sus hijos RICHARD, ELIZABETH, ANA FAISULI, MARIA FERNANDA Y CRISTIAN ANDRES, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno."

"B).- Para BLANCA ADIELA OROZCA, JOSE ALBERTO SEPULVEDA OROZCO, JORGE ELIECER SEPULVEDA BORDA, WILLIAM SEPULVEDA GARCIA Y DIEGO FERNANDO

SEPULVEDA FARFAN, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno."

"C).- Para JAIME RESTREPO GONZALEZ Y MARIA LILI CARDONA DE RESTREPO el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno."

"Para JAIME HUMBERTO RESTREPO CARDONA Y JHON JAIRO RESTREPO CARDONA el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno."

"D).- Para JOSE OMAR LONDOÑO VALENCIA el equivalente en pesos a dos mil (2.000) gramos de oro puro por la muerte de su esposa ALBA LUCIA ANDUQUIA y de su hija CLAUDIA PATRICIA LONDOÑO ANDUQUIA"

"Para el menor ALEXANDER LONDOÑO ANDUQUIA Y JHON JAIME LONDOÑO ANDUQUIA, el equivalente en pesos a mil quinientos (1.500) gramos de oro fino para cada uno, por la muerte de su madre ALBA LUCIA ANDUQUIA HURTADO y su hermana CLAUDIA PATRICIA LONDOÑO ANDUQUIA."

E).- Para MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ Y BLANCA ISABEL HERNANDEZ CAMACHO el equivalente en peos a mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno."

"Para ANA MILENA ALVAREZ HERNANDEZ Y MIGUEL WILLIAM ALVAREZ HERNANDEZ el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno."

"F).- Para ENELIA PERLAZA COLLAZOS el equivalente en pesos a mil (1000) gramos de oro fino."

"Para CARLOS ARTURO GARCIA PERLAZA Y PEDRO ANTONIO GARCIA PERLAZA, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro puro para cada uno."

"G).- Para CARMEN EMILIA MEJIA, el equivalente en pesos a mil gramos (1.000) de oro fino y para el menor JESUS EVELIO ORTIZ MEJIA, el equivalente en pesos a Quinientos (500) gramos de oro fino."

H).- Para FLOR IMELDA CARDENAS DE MEJIA, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino."

"Para ALBA LILIA CANO CARDENAS Y GLORIA AMPARO CANO CARDENAS, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada una."

"LOS INTERESADOS allegarán junto con la cuenta de cobro, el certificado que expida el banco de la República sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia."

3o.- CONDENAR a la NACION, MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE y al FONDO VIAL NACIONAL, a pagar por PERJUICIOS MATERIALES, los siguientes:

"A). Para SIXTA TULIA MOSQUERA la suma de UN MILLON SETECIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($1'723.683,22)."

"Para RICHARD BANGUERA MOSQUERA, la suma de UN MILLON SETECIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($1.723.683,22)."

"Para ELIZABETH BANGUERA MOSQUERA, LA SUMA DE UN MILLON SETECIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($1.723.683.22)."

"Para ANA FAISULI BANGUERA MOSQUERA, la suma de UN MILLON SETECIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($1.723.683.22)."

"Para MARIA FERNANDA BANGUERA MOSQUERA, la suma de UN MILLON SETECIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($1.723.683.22)."

"Para CRISTIAN ANDRES BANGUERA MOSQUERA, la suma de UN MILLON SETECIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($1.723.683.22)."

"Los hijos del occiso RAFAEL BANGUERA OCORO se encuentran representados por su madre SIXTA TULIA MOSQUERA por ser menores de edad."

"B).Para BLANCA ADIELA OROZCO, la suma de UN MILLON SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($1.683.783.49) por concepto de DAÑO EMERGENTE."

"C) CONDENAR en abstracto a las entidades ya citadas, a pagar por LUCRO CESANTE a favor de BLANCA ADIELA OROZCO, la suma que resulte de la liquidación incidental que se practique conforme a los artículos 172 del C.C. Administrativo, y 135 y siguientes del C. de P. Civil, para lo cual se tendrá en cuenta las pautas dadas en la parte motiva de esta providencia."

"El incidente de liquidación se deberá proponer dentro del término de dos meses, siguientes a cuando se notifique el auto que ordene cumplir lo resuelto por el superior."

"4o.- Las sumas de dinero a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES liquidados en CONCRETO devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia y moratorias después de este término."

"Y las sumas de dinero que resulte pagar por PERJUICIOS MATERIALES, condenados en ABSTRACTO devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del auto que ponga término al incidente y MORATORIOS después de este término."

"Las sumas correspondientes a LA CONDENA POR PERJUICIOS MORALES, devengarán los mismos intereses antes señalados, pero el término se contará a partir de la ejecutoria de este fallo."

"5o.- NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda."

"6o.- Si no fuere apelada esta sentencia, CONSULTESE con el SUPERIOR."

"Cópiese, notifíquese y cúmplase".

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.

1o. Las pretensiones.

En escrito presentado el 2 de marzo de 1989 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a través de apoderado judicial común, presentaron demanda en contra de la Nación - Ministerio de Obras Públicas y el Fondo Vial Nacional, las siguientes personas:

Sixta Tulia Mosquera Núñez y los menores Richard, Elizabeth, Ana Faisuli, María Fernanda y Cristian Andrés Banguera Mosquera y Florencio Banguera y María Angela Ocoro, en calidad de compañera permanente, hijos y padres del señor Rafael Banguera Ocoro.

Blanca Adiela Orozco, José Alberto Sepúlveda Orozco, Marco tulio Sepúlveda Moreno, Jorge Eliécer Sepúlveda Borda, William Sepúlveda García y Diego Sepúlveda Farfán, en calidad de compañera permanente e hijos del señor Marco Tulio Sepúlveda Valencia.

Blanca Adiela Orozco, como propietaria de la mitad del bus de placas VA-8061 afiliado a Expreso Palmira con el número interno 523.

Jaime Restrepo González, María Lilia Cardona de Restrepo, Jaime Humberto y Jhon Jairo Restrepo Cardona.y en calidad de padres y hermanos de Luz Stella Restrepo Cardona.

José Omar Londoño Valencia, Alexandra y Jhon Jaime Londoño Anduquia, en calidad de esposo y padre e hijos y hermanos de Alba Lucía Andoquia Hurtado y Claudia Patricia Londoño.

Blanca Isabel Hernández, Miguel Antonio Alvarez, Miguel o William Alvarez Hernández y Ana Milena Alvarez Hernández, en calidad de padres y hermanos de Blanca Ernestina Alvarez Hernández.

Enelia Perlaza Collazos, Carlos Arturo y Pedro Antonio García Perlaza en calidad de madre y hermanos de Alberto García Perlaza.

Carmen Emilia Mejía y Jesús Evelio Ortíz Mejía, en calidad de madre y hermano de César Fernando Ortíz Mejía.

Flor Imelda Cárdenas, Gloria Amparo y Alba Lilia Cano Cárdenas, en calidad de madre y hermanos de Jorge Iván Cano Cárdenas.

SECCION TERCERA

Con la demanda se pretende que se declare a la Nación - Ministerio de Obras Públicas y al Fondo Vial Nacional, administrativamente responsables de la muerte de: Rafael Banguera Ocoro, Marco Tulio Sepúlveda Valencia, Luz Stella Restrepo Cardona, Alba Lucía Anduquia Hurtado, Blanca Ernestina Alvarez Hernández, Alberto García Perlaza, César Fernando Ortíz Mejía y Jorge Iván Cano Cárdenas, ocurridas el 15 de marzo de 1987, cuando la buseta de Expreso Palmira, distinguida con el número de orden de la empresa 523 y que se dirigía de Cali a Buenaventura, por la carretera que bordea el río Dagua, fué sepultada por un alud que se desprendió de la montaña y cayó encima de la carretera.

Como consecuencia de esa declaración, pretenden que la parte demandada sea condenada a pagarle a cada uno de los demandantes y a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos a mil gramos de oro fino, excepto para José Omar Londoño Valencia, Alexander y Jhon Jaime Londoño Anduquia, quienes piden que la condena por este concepto sea el equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro fino,por que perdieron tanto a su esposa y madre como a su hija y hermana.

El *petitum* se extiende a la indemnización por perjuicios materiales, representados en la ayuda económica que los occisos reportaban a sus familias.

Por su parte Blanca Adiela Orozco, propietaria del 50% del bús destruido, pretende que se le pague tal parte y el lucro cesante que concreta en $250.000,oo mensuales, correspondientes al producido del bús.

2.- **Fundamentos de Hecho.-**

Se relacionan en la demanda a folios 106 a 120 y dicen en síntesis:

El día 15 de marzo de 1987, cuando la buseta de Expreso Palmira distinguida con el número interno 523, se desplazaba de Cali a Buenaventura, por la carretera que bordea el río Dagua, fue sepultada por un alud y perecieron el conductor y todos los pasajeros.

El talud venía derrumbándose desde fines del año anterior lo que obligaba a que el Ministerio de Obras Públicas el Fondo Vial Nacional estuvieran en el sitio recogiendo el material geológico que con frecuencia caía a la carretera, pero no se les ocurrió peinar el talud de la parte alta de la vertiente para eviar mayores deslizamientos ni se colocaron señales de peligro.

Alegan que existió falla en el servicio por las anteriores razones y porque en Loboguerrero se cobra peaje que no se traduce en el mejoramiento de la carretera.

3.- **Actuación procesal.-**

En la oportunidad para contestar la demanda, la parte demandada, a través de apoderada judicial dió respuesta a los hechos en el sentido de que no le constaban, se opuso a las pretensiones y argumentó en su defensa que no se había presentado falla en el servicio porque la vía ha permanecido completamente señalizada y la construcción de la carretera se hizo respetando las normas técnicas de esa clase de carreteras. También propuso dos excepciones, a saber: inexistencia de la relación causal, porque las demandadas no tienen ninguna relación con los hechos que originaron la demanda y CASO FORTUITO, porque el derrumbe se debió a un hecho de la naturaleza por cuanto existe una falla geológica que va desde Buga hasta Buenaventura, lo que hace que el terreno sea bastante inestable, situación que se empeora con el invierno.

En la oportunidad concedida en la primera instancia para presentar alegaciones, las partes arrimaron los escritos visibles a folios 289 a 301, del cuaderno principal. La demandada insistió en que ni el Ministerio de Obras Públicas, ni el Fondo Víal Nacional, fallaron en la prestación del servicio, ni por acción, ni por omisión puesto que es a éllos a quienes corresponde la construcción y el mantenimiento de las carreteras y no el mantenimiento y vigilancia de la parte alta de las montañas, su problema de aguas, su deforestación y erosión, y fue esto lo que causó el derrumbe y no el mal mantenimiento de la carretera.

Por su parte la demandante en su alegato de bien probado hace un análisis de las pruebas recaudadas dentro del proceso, para concluír que el accidente se produjo por falla en la prestación del servicio por parte de las demandadas porque al construir la carretera, no se hizo con un ángulo de talud adecuado, no se hicieron las acciones necesarias para el control y manejo de las aguas existentes en el sitio, no se hizo revisión periódica de las zonas de taludes para detectar desprendimientos, no se señalizó la vía indicando peligro.

El señorAgente del Ministerio Público ante el *a-quo*, en su concepto visible a folios 302 a 311, estima que el Tribunal debe negar las súplicas de la demanda porque en el proceso no se probó la existencia de falla en el servicio, o bien declararse inhibido para decidir en el fondo de la controversia por ilegitimidad en la causa por pasiva porque si existió falla ésta no era imputable a las demandadas sino a otras entidades, por ejemplo inderena, C.V.C..

SECCION TERCERA

4.- **La sentencia apelada.-**

Declaró el Tribunal la responsabilidad de la administración en el hecho que produjo las muertes por las que aquí se demanda, reponsabilidad que se deriva de la falla en el servicio por parte de las demandadas, la que encontró probada con el dictamen pericial en el que se estableció que en la construcción y sostenimiento de la carretera debió establecerse un talud adecuado para este tipo de vías; debió realizarse un control permanente de aguas y de lluvias y debió hacerse una señalización preventiva de aludes, sin que se hubiera cumplido ninguna de esas previsiones.

A título de indemnización por perjuicios morales reconoció el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para quienes demandaron en calidad de padres e hijos y cónyuges o compañeros de las víctimas y a 500 gramos de oro fino para quienes lo hicieron como hermanos. En relación con una familia de la cual fallecieron madre e hija, reconoció 2.000 gramos de oro fino para quien demandó como padre y esposo y 1500 gramos de oro para quienes demandaron como hijos y hermanos.

Los perjuicios materiales fueron reconocidos sólo en favor de la compañera permanente y los hijos de RAFAEL BANGUERA OCORO, a razón de $1'723.683,22 para cada uno y en favor de Blanca Adiela Orozco como propietaria del 50% de la buseta.

5o.- **Razones de la apelación.-**

Inconformes las partes con lo así decidido, apelaron.

Para fundamentar su inconformidad la parte demandada alegó que la sentencia desconoció el mantenimiento que se hacía de la vía asi como la prueba de la preocupación y diligencia de la demandada para la prestación eficiente del servicio; agregó que ni el Ministerio de Obras Públicas ni el Fondo Vial Nacional tienen ingerencia en el mantenimiento y conservación de las montañas y cuencas hidráulicas. Por último señaló que el derrumbe era impredecible y que comparte el concepto del Señor Fiscal.

La parte actora, con el recurso persigue: 1o) Que en la parte resolutiva de la sentencia se corrijan los nombres de Miguel Antonio Alvarez y María Fernanda Banguera; 2o) Que se eleve en monto de la indeminzación por perjuicios materiales, impuesta en favor de: Sixta Tulia Mosquera, Richard Banguera, Elizabeth Banguera, Cristian Andrés Banguera y Balanca Adiela Orozco. En relación con la última de las mencionadas pide además que se haga en concreto la condena por de lucro cesante; 3o.) Que se ordene indemnización por perjuicios

morales en favor de Blanca Adiela Orozco, José Alberto Sepúlveda Orozco, Jaime Restrepo González, María Lilí Cardona de Restrepo, José Omar Londoño Valencia, Blanca Isabel Hernández Camacho, Miguel Antonio Alvarez, Enelia Perlaza Collazos, Carmen Emilia Mejía y Flor Inelda Cárdenas; 4o.) Que se aumente a el equivalente en pesos a mil gramos de oro fino, el valor de la indemnización de quienes demandaron en calidad de hermanos de los occisos.

La oportunidad concedida en esta instancia para presentar alegaciones, sólo fue aprovechada por la demandada quien vuelve a explicar que la causa del hecho fué un fenómeno de la naturaleza que era imprevisible y la demandada siempre mostró interés, preocupación y diligencia en prestar un servicio eficiente, contratando para ello con una entidad particular el mantenimiento y conservación de la vía donde ocurrieron los hechos, sin tener ninguna ingerencia en el mantenimiento y conservación de las montañas y cuenca hidráulicas.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

La sentencia apelada será confirmada con algunas modificaciones, en relación con los reconocimientos que por perjucios morales hizo el *a-quo*, por cuanto la Sala encuentra algunas deficiencias en la pruebas del parentesco de los demandantes con las víctimas.

Para tomar esta decisión se analizarán dos puntos fundamentales:

1o.- La responsabilidad de los entes demandados.-

A fol. 47 y 48 del cuaderno No. 4, en fotocopia auténtica reposa el informe del comandante de patrulla de la estación de Policía Víal, al Inspector de Policía de Saragoza (Buenaventura), en el que se dá noticia del desprendimiento de un alud de tierra, ocurrido a las 19:45 hora del día 15 de marzo de 1987, sobre la vía Loboguerrero a Buenaventura, corregimiento de Saragoza, sitio el Boquerón. Así mismo que al remover la tierra se destapó el bus afiliado a Expreso Palmira, número de orden 523, cubierto totalmente por el alud, y en su interior se encontraron los cadáveres de: Marco Tulio Sepúlveda Valencia, Rafael Banguera, Jairo Caro Rueda, Luis Alberto García Perlaza, Blanca Ernestina Alvarez Hernández, Luz Stella Restrepo Cardona, Luis Felipe Chávez Pupiales, Alba Lucía Anduquia Hurtado, Claudia Patricia Londoño Anduquia, Florentino Riascos Delgado, César Fernando Ortiz Mejía y Jorge Iván Caro Cárdenas.

Este documentos demuestra la existencia del daño antijurídico por el cual se reclama dentro del proceso, con él se prueba tanto el hecho de las muertes que originaron esta demanda, así como que tales muertes ocurrieron

como consecuencia del desprendimiento de un alud de tierra sobre la carretera. Estos hechos no son motivo de controversia entre las partes, quienes se enfrentaron con relación a la responsabilidad que puedan tener las demandadas, La Nación Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional, en ese hecho, en su calidad de constructoras y encargadas del mantenimiento de la vía donde se presentó el desastre.

El dictamen pericial legal y oportunamente practicado en el proceso y gozó de la posibilidad de ser controvertido por las partes, es demostrativo de que en el sector donde se presentó el desastre, el diseño del talud fué errado, circunstancia que unida a la falta de acciones necesarias para el control y manejo de aguas existentes en el sitio, produjo el derrumbamiento del alud sobre la carretera. Las demandadas apoyan su defensa en el hecho de que si bien a ellas corresponde la construcción y sostenimiento de las carreteras, no les atañe el mantenimiento de las montañas ni de las cuencas hidrográficas. Este argumento no las puede eximir de responsabilidad porque el mantenimiento de una vía debe comprender la disposición de todas las medidas de previsión para evitar o por lo menos advertir debidamente la existencia de zonas de derrumbre. Y en este caso tiene menos fuerza el argumento de la defensa porque aquí lo que sepultó el bus fué el alud que se derrumbó porque al realizar la construcción de la vía no se tuvo la previsión de efectuar el corte con un ángulo de talud adecuado tanto con la composición geológica del terreno, como con el clima húmedo tropical de altas precipitaciones fluviales, conforme lo señalaron los peritos en su dictamen visible a folios 13 a 17 del cuaderno no. 3. Así las cosas, la sala encuentra que las demandadas deben responder por los daños antijurídicos que sufrieron los demandantes con ese desastre, porque fallaron en la prestación del servicio, falla que empezó desde el mismo momento en que se construyó la carretera y que se agravó con la falta de control sobre las aguas y la falta de señalización en relación con el peligro de derrumbe que existía en el sitio. Queda despachada así, la apelación de la parte demandada.

2o. LA LEGITIMACION DE LOS DEMANDANTES.

Ahora bien, en relación con la apelación de la parte actora, la sala analizará la legitimación de cada demandante, tomando para ello, las pruebas del estado civil arrimadas al juicio. Para el efecto se tendrá en cuenta que como el único punto motivo de la apelación de las demandadas, fué la ausencia de falla en el servicio, la Sala conoce también el grado jurisdiccional de consulta, en relación con puntos que no fueron apelados por las entidades de derecho público demandadas, en contra de las cuales se impuso condena específicamente la sala analiza el tema relacionado con la legitimación de los demandantes, tema que pasa a analizarse por familia así:

PRIMER GRUPO.-

Por la muerte de RAFAEL BANGUERA OCORO.

Reclaman: SIXTA MOSQUERA NUÑEZ, como compañera permanente a quien el Tribunal le otorga indemnización por perjuicios morales y materiales. La sentencia del *a-quo* señaló en el equivalente a 1.000 gramos de oro fino los primeros y en la suma de $1'723.683.22, los segundos a título de lucro cesante.

También reclaman como hijos RICHAR, ELIZABETH, ANA FAISULI, MARIA FERNANDA Y CRISTIN ANDRES BANGUERA, a quienes también se les concedió una indemnización por perjuicios morales equivalentes a 1.000 gramos de oro y la suma de $1'723.683.22 para cada demandante y negó, por concepto de indemnización por perjuicios materiales.

Sea lo primero aclarar que todos eran hijos extramatrimoniales del occiso, pero fueron reconocidos por su padre quien firmó las actas de nacimiento, cuyas copias auténticas y completas reposan a folios 4 a 8 del cuaderno principal, es decir, han demostrado ser damnificados con la muerte de RAFAEL BANGUERA OCORO, en la calidad de hijos reconocidos del occiso que acreditaron dentro del proceso; en consecuencia tienen derecho a ser indemnizados.

El monto de la indemnización por perjuicios morales no fué apelado, en cambio, la parte actora sí mostró su inconformidad con el monto señalado en la condena por perjuicios materiales.

El *a-quo*, para liquidar las condenas tomó como base un ingreso mensual de $38.250, el que actualizó desde febrero de 1987, hasta mayo de 1992, para obtener la suma de $140.655,13, la que dividió en 6 (compañera e hijos), en aplicación de la ley del dividendo, porque la reclamante era concubina y no conyuge; sobre esa base liquidó una indemnización debida por 63 meses, lo que le dió la suma de $1'483.683,49 para cada demandante y negó la indemnización futura porque "...tal como se solicita en la demanda (fl. 87), la indemnización comprenderá sólo el período vencido o consolidado que va desde la ocurrencia de la muerte hasta la ejecutoria de este fallo, pues no se pidió indemnización futura o consolidada que iría desde la ejecutoria de la sentencia hasta que el menor de los hijos alcance su mayoría de edad..." (a folio 352; cuaderno principal).

Revisada la demanda, la Sala encuentra que no le asistió razón al *a-quo* en haber negado la indemnización futura, porque esta fué pedida en la demanda. Asi es, como a fol. 87 del cuaderno principal, aparece consignada la petición de

perjuicios materiales en relación con este grupo familiar, en los siguientes términos "...los perjuicios resultantes de la frustración de la ayuda económica que venían recibiendo del finado, capitalizado su valor en la fecha del infortunio, y pagadero junto con sus frutos civiles o intereses, en pesos de valor constante en relación con la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor, en la fecha de **ejecutoria** de la sentencia en la cuantía que resulta de las bases demostradas en el curso del proceso... ", no se encuentra entonces la limitación en el tiempo, que hace el *a-quo.*

Se procederá, pues a liquidar con base en el mismo salario que tomó el *a-quo*, del cual se descontará el 25% que se presume la víctima destinaba a su mantenimiento personal y el excedente se dividirá entre 6, aplicando la ley del dividendo en relación con la señora SIXTA MOSQUERA NUÑEZ, porque reclama en calidad de compañera permanente y no de cónyuge. Como todos los que demandan en calidad de hijos eran menores de edad, se les liquidará esta indemnización hasta cuando cumplan 18 años, indemnización que comprenderá un periodo consolidado que va desde la muerte hasta esta sentencia, y uno futuro que comprende desde esta fecha hasta la mayoría de edad. La indemnización para la compañera será igual a la que corresponda al menor CRISTIAN ANDRES BANGUERA MOSQUERA, quien es el menor de los hijos.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS MATERIALES:

INDEMNIZACION DE VIDA. Por tal concepto se liquidará un periodo de 73.93 meses, en los términos indicados atrás.

El salario que se toma como base corresponde a la suma de $38.250,oo que según se acreditó dentro del proceso era la suma que devengaba el señor RAFAEL BANGUERA OCORO. Esta suma se actualiza a la fecha de esta sentencia así:

$$38.250 \times \frac{293.33}{68.96} = 162.701.$$

A esta suma se le descuenta el 25% que se presume el occiso dedicaba a su propio sostenimiento ($40.675,25), para un saldo de $122.025,87 que se dividirá entre 6, conforme se indicó. Esto da una renta actualizada, para cada liquidación, de $20.337,64. La indemnización debida será igual para todos los demandantes, porque se liquida con base en el mismo tiempo y en la misma renta.

$$S = \frac{20.337,64\ (1+0.004867)^{73.93} - 1}{0.004867}$$

S = 1'804.427, para cada uno.

INDEMNIZACION FUTURA. Los períodos a indemnizar por este concepto, son los siguientes:

Para RICHARD BANGUERA MOSQUERA 22.87 meses, para un total de $439.160,68.

Para ELIZABETH BANGUERA MOSQUERA 39.29 meses, para un total de $725.709,96.

Para ANA FAIZULI BANGUERA 65.37 meses, para un total de $1'136.387.00.

Para MARIA FERNANDA BONGUERA MOSQUERA, 89.34 meses, para un total de $1'470.620,81.

Para CRISTIAN ANDRES BANGUERA MOSQUERA, 135.57 meses, para un total de $2'015.073,62.

Para SIXTA MOSQUERA NUÑEZ, 135.57 meses, para un total de $2'015.073.62.

SEGUNDO GRUPO.-

Por la muerte de MARCO TULIO SEPULVEDA VALENCIA.

Reclaman: Blanca Adiela Orozco, como compañera permanente, hecho que se acreditó a través de la prueba testimonial. En su favor el Tribunal ordenó el pago del equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino a título de indemnización por perjuicios morales, la misma condena y por el mismo concepto se impuso en favor de José Alberto Sepúlveda Orozco, Jorge Eliécer Sepúlveda Borda, William Sepúlveda García y Diego Fernando Sepúlveda Farfán quienes se presentaron al proceso como hijos extramatrimoniales del occiso, calidad que acreditaron con las copias auténcias y completas de sus actas de nacimiento, visibles a fols. 20, 22 y 23 del cuaderno No. 1, suscritas por el señor Marco Tulio Sepúlveda Valencia, excepto en el caso de Diego Fernando Sepúlveda, quien para acreditar que era hijo extramatrimonial de Marco Tulio Sepúlveda Valencia, aportó el registro civil de nacimiento que obra a fol. 24 del cuaderno principal, en el cual aparece una constancia en el sentido de que por sentencia del 18 de julio de 1973 del Juzgado primero de menores de Tuluá Valle, se

declaró al demandante hijo natural del occiso. Con estas pruebas se estableció en debida forma la legitimación de los demandantes para actuar en el proceso, en consecuencia se mantendrá la condena que por concepto de perjuicios morales impueso el *a-quo* y que no fué objeto de apelación.

En relación con los perjuicos materiales, por verse privada de ayuda económica que le prodigaba su compañero el Tribunal los negó para la compañera permanente señora Blanca Adiela Orozco, por cuanto en favor de ésta condenó a pagar la suma de $1'683.783,49 a título de daño emergente, correspondiente al valor actualizado de la mitad del bus destruído que era de su propiedad, y por lucro cesante condenó en abstracto, a pagar el valor del producido de dicho bus.

Consideró el Tribunal que no le era posible acceder dos veces a condena por lucro cesante, en favor de la misma persona. En cuanto a la situación del menor José Alberto Sepúlveda Orozco, nada dijo el tribunal ni impuso condena por concepto de perjuicios materiales.

En la demanda a fol. 90 del cuaderno principal, se encuentra que se solicitó condena en favor de Blanca Adiela Orozco (compañera) y José A. Sepúlveda Orozco (hijo del occiso y de Blanca Adiela Orozco), por los perjuicios derivados de la pérdida de la ayuda económica que venían recibiendo de su compañero y padre, conforme a las bases demostradas en el proceso.

En relación con Blanca Adiela Orozco, se mantendrá la decisión del *a-quo,* pero no por las razones expuestas en la sentencia de primer grado, sino porque si como ella misma lo reconoció recibía al producido del bus, entonces no dependía económicamente de su compañero.

Distinta es la situación que se presenta frente al menor José Alberto Sepúlveda Orozco, nacido el 13 de mayo de 1976, para la época de la muerte de su padre tenía 10 años, 2 meses, 2 días, es decir, le faltaban 85,94 meses para cumplir la mayoría de edad, tiempo durante el cual el padre estaba en la obligación de velar por su sostenimineto, en consecuencia, la indemnización será por ese lapso y se dividirá en debida y futura, la primera corresponde a 73.93 meses que es el periodo comprendido entre el hecho, 15 de marzo de 1987 y la fecha de esta sentencia y a título de indemnización futura el tiempo a indemnizar es 12.01 meses.

Como en el proceso no estableció el monto de los ingresos que percibía el señor Marco Tulio Sepúlveda pero si su actividad laboral, se tomará como base para la liquidación el salario mímino vigente en 1987, que fué fijado por el

Decreto No. 3732 de 1986 en la suma de $20.509,80, debidamente actualizado a la fecha de esta sentencia, utilizando para el efecto la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Iindice final (abril/93)}}{\text{Indice inicial (marzo/87)}}$$

$$Ra = 20.509,80 \frac{293,33}{68.96}$$

$$Ra = 87.241,00$$

Como de la prueba testimonial recaudada, se deduce que el occiso sólo vivía con este menor, hijo de su compañera permanente, y sus otros hijos no reclamaron indemnización por perjucios materiales, se liquidará la indemnización con base en el 50% de esa renta, pero que se presume que el otro 50% lo dedicaba Marco Tulio Sepúlveda a su propio sostenimiento.

LIQUIDACION INDEMNIZACION DEBIDA.

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

$$S = 43.620,50 \frac{(1+0.004867)^{73.93} -1}{0.004867}$$

$$S = 3'870.164,28$$

LIQUIDACION INDEMNIZACION FUTURA

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

$$S = 43.620,50 \frac{(1+0.004867)^{12.01} -1}{0.004867\ (1+0.004867)^{2.01}}$$

$$S = 43.620,50 \frac{0.060044496}{0.005159236}$$

$$S = 507.666,43$$

SECCION TERCERA

Total indemnización por perjuicos materiales en favor del menor JOSE ALBERTO SEPULVEDA OROZCO, $4'377.830,71.

Dentro de ese mismo grupo familiar, se analizará la situación de la señora Blanca Adiela Orozco en su calidad de propietaria de la mitad del bus destruído en el derrumbe, propiedad que acreditó con el certificado expedido por el DATT del Valle del Cauca que reposa a fol. 127 del cuaderno No. 4 en el que figuran como propietarios Marco Tulio Sepúlveda y Blanca Adiela Orozco.

El *a-quo* por la destrucción de ese vehículo, condenó a pagarle a la señora Orozco, la suma de $1'683.783,49 a título de daño emergente suma que corresponde a la mitad del valor del bus, actualizada desde 1987 hasta la fecha de la sentencia de primera instancia. Ese valor se tomó de aquel que figura en la factura de venta visible a folio 141, donde aparece que fué vendido por Calima Motor ltda, en la suma de $915.782, venta que se realizó en Febrero de 1982.

La parte actora apela esta decisión porque en el proceso se probó que el bus valía para la fecha del accidente $8'000.000,oo y porque el valor que tomó el Tribunal es una cifra irrisoria. Revisado el expediente no se encontró la prueba de que el bus valiera $8'000.000,oo.

En este punto la Sala revocará la decisión del *a-quo* para en su lugar condenar en abstracto a pagar a la señora blanca adiela orozco, el 50% del avalúo comercial a marzo de 1987, de un bus de características del que fué destruído. El avalúo deberá realizarse por peritos y la suma que ellos determinen será actualizada hasta la fecha del dictamen.

Ahora sobre el 50% del valor del bus destruído, a marzo de 1987, se aplicará el interés del 6% anual, desde marzo de 1987, hasta la fecha del dictamen, para determinar así el monto del lucro cesante por la pérdida de ese automotor.

Con la liquidación aquí ordenada se entiende revocada la condena que por lucro cesante derivada del producido del bus, impuso el Tribunal, en favor de Blanca Adiela Orozco, porque se ordena el pago del valor comercial del bus, suma que deberá pagarse debidamente actualizado y conforme a las pautas que ha trazado la jurisprudencia de esta sección, se ha ordenado, por concepto de lucro cesante, el pago del interés del 6% anual sobre el valor comercial al automotor, al momento de su destrucción.

La liquidación de esta condena deberá realizarse por el trámite incidentel consagrado en el art. 137 del C.P.C. y deberá iniciarse dentro de los 60 días

siguientes a la notificación del auto del *a-quo*, que ordene estar a lo dispuesto en esta sentencia.

TERCER GRUPO.-

Por la muerte de LUZ STELLA RESTREPO.

Reclaman sus padres Jaime Restrepo González y María Lilí Cardona Restrepo, quienes contrajeron matrimonio el 19 de marzo de 1961, según el acta de matrimonio reposa a fol. 29 del cuaderno principal, y sus hermanos Jaime Humberto y Jhon Jairo Restrepo Cardona, nacidos el 8 de mayo de 1963 y el 21 de marzo, de 1970 (fl. 32 y 33 idem). La occisa nació el 20 de abril de 1965 (fl. 340, con estos documentos se demostró la calidad de padres y hermanos con la que se presentaron a reclamar; por esa razón se mantendrá la condena a pagar el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para los padres y de 500 gramos de oro fino para sus hermanos, conforme lo ordenó el Tribunal, a título de indemnización por perjuicios morales.

Los perjuicios materiales no fueron reconocidos en favor de los padres, porque no se encontró demostrado que la ayuda económica brindada por la occisa fuera su único medio de subsistencia, sino que simplemente les proporcionaba alguna ayuda económica. En efecto, las declaraciones recibidas en relación con este punto, muestran que Luz Stella Restrepo, apenas ayudaba al sostenimiento del hogar en que vivía, sin que sea posible determinar en que proporción aportaba, y como lo indicó el *a-quo*, también sus hermanos contribuían con los gastos de la casa. Así las cosas, no se accedera a este punto de la apelación.

CUARTO GRUPO.-

Por la muerte de ALBA LUCIA ANDIQUIA Y CLAUDIA PATRICIA LONDOÑO ANDIQUIA (madre e hija).

Reclaman: José Omar Londoño Valencia, Alexander y Jhon Jaime Londoño Andiquia, en su calidad de cónyuge y padre el primero y de hijos y hermanos de las occisas, los otros dos. El parentesco legítimo fué acreditado debidamente a través de los registros civiles que obran a folios 40, 41, 42 y 44 del cuaderno principal. El Tribunal, por concepto de perjuicios morales, impuso una condena en favor de José Omar Londoño Valencia, en el equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro fino, por la pérdida de su esposa y de su hija y para los menores Alexander y Jhon Jaime, ordenó el pago del equivalente en pesos a 1.500 gramos de oro fino por la pérdida de su madre y hermana.

SECCION TERCERA

Esta sección, ya admitió la posibilidad de que se acumulan las indemnizaciones por concepto de perjuicios morales, cuando una misma persona reclama por la pérdida de varios familiares en el mismo hecho. Así se dijo en sentencia del 7 de noviembre de 1991, proferida dentro del proceso radicado al No. 6295, Actor: PEDRO MARIA MORALES, pero no se hizo la condena partiendo del máximo de indemnización que se concede para cada caso, sino que se usó la facultad discrecional del juzgador para fijar en consecuencia y con el fín de reducir el daño sufrido por los demandantes, la condena. En favor de José Omár Londoño será el equivalente en pesos a 1.400 gramos de oro fino, y en favor de los menores Alexander y Jhon Jairo será de 1.200 gramos de oro fino para cada uno de éllos.

También fué objeto de apelación en relación con este grupo familiar, el hecho de haberse negado la condena a título de perjuicios materiales en favor del conyuge José Omar Londoño Valencia. El único argumento de la apelante en este punto es que en el proceso está probado que los demandantes recibían ayuda económica de quienes fallecieron (fl. 398 del cuaderno principal). La sala encuentra que de acuerdo con las versiones de los testigos, en este caso ALBA LUCIA ANDIQUIA HURTADO, era ama de casa y por tanto su cónyuge no recibía ninguna ayuda económica de élla. Así las cosas, como ese fue el único argumento que mostró la apelación en este aspecto, se mantendrá la decisión del tribunal.

QUINTO GRUPO.-

Por la muerte de BLANCA ERNESTINA ALVAREZ HERNANDEZ.

Reclaman, en calidad de padres, Blanca Isabel Hernández y Miguel Antonio Alvarez. Para acreditar esa calidad se presentó copia auténtica y completa del acta de nacimientó de Blanca Ernestina (fl. 57), firmada por el padre, circunstancia que conlleva un reconocimiento de ta} paternidad. No sucedió lo propio en relación con Blanca Isabel Hernández quien se presenta a reclamar como madre pero no logra acreditar el parentesco porque no aportó el certificado de su matrimonio con Miguel Antonio, celebrado antes del nacimiento de Blanca Ernestina, lo que haría presumir que era su hija, ni probó que siendo madre extramatrimonial, la hubiera reconocido como tal. Así las cosas, no se le puede reconocer la calidad de madre que invoca para obtener una indemnización en su favor.

Ahora bien, la situación que se acaba de plantear no impide que a la señora Blanca Isabel Hernández se le pueda tener y reconocer como damnificada por la muerte de Blanca Ernestina Alvarez, la existencia de ese perjuicio si queda establecido en el plenario, con los testimonios de Alberto Patiño Cadavid

(fl. 97 y ss cuaderno No. 4) y de Bertha Heida Barbosa Palacios (fls. 110 y ss del mismo cuaderno), quienes por su vecindad con Blanca Isabel dan cuenta del dolor que le causó la muerte de Blanca Ernestina; por esta razón, se tendrá a la señora Blanca Isabel Hernández como daminificada y como tal se le reconocerá una indemnización por perjuicios morales igual al equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino, no se le reconocerá indemnización por perjuicios materiales por cuanto de las declaraciones ya mencionadas, tambien se establece que Blanca Isabel siempre ha tenido un negocio de restaurante, de donde deriva su subsistencia autónomamente.

En relación con Miguel William Alvarez Hernández, quien reclama como hermano, la situación es clara puesto que acreditó ser hermano paterno de Blanca Ernestina, con el acta de nacimiento que fue allegada en fotocopia auténtica al proceso, y firmada por el señor Miguel Antonio Alvarez como padre.

La dificultad inicialmente se presenta con la demandante Ana Milena Alvárez Hernández, quien también demanda como hermana. El inconveniente radica en el hecho de que con la demanda se aportó copia auténtica y completa del acta de nacimiento de "Aura Ruby Alvarez Hernández", la que lleva una nota marginal en la que se lee: "por escritura no. 55 de 25 de enero de 1971, pasada en esta Notaría, el señor Miguel Antonio Alvarez, padre de la menor Alba Ruby Alvarez, **aclaró** que el **verdadero nombre de esta, es** el de su **nombre de pila, Ana Milena Alvarez Hernández**, con amparo en el art. 11 del Decreto 398 de 20 de marzo de 1969, reglamentario ley 75 de 1968 sobre paternidad responsable ..."

El poder (folio 49) para iniciar este proceso, fué conferido por Ana Milena Alvarez Hernandez, pero la aclaración que se transcribió, no deja ninguna duda no sólo en relación con el hecho de que Ana Milena y Ana Rubi son la misma persona, sino que además, ésta fué reconocida por su padre, lo que permite establecer el parentesco con la occisa y en consecuencia, mantener la condena que en su favor hizo el *a-quo* por perjuicios morales.

SEXTO GRUPO.-

Por la muerte de ALBERTO GARCIA PERLAZA.

Demandan Emilia Perlaza Collazos, Carlos Arturo y Pedro García Perlaza, invocando la calidad de madre y hermanos de la víctima. El Tribunal les concedió una indemnización igual al equivalente en pesos a 1000 gramos de oro puro para la primera y 500 para los otros dos.

En este caso, encuentra la Sala que también se trata de una familia natural. La señora Emilia Perlaza Collazos no demostró ser la madre del occiso, en el proceso no obra la copia del acta de nacimiento o de la escritura pública de reconocimiento que asi lo indique. Sin embargo, se acreditó la calidad de damnificada de la señora Emilia Perlaza, con la muerte de Alberto García con las versiones de los declarantes Arquiliano Payán Aragón, Cleotilde Rivas Asprilla y Angelino Rivas Asprilla (folios 201 y ss del cuaderno no. 4). En su calidad de damnificada se le reconocerá una indemnización igual al equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino. En cambio, no habrá condena por perjuicios materiales, porque según la demanda la señora Emilia Perlaza tiene dos hijos a quienes entonces corresponde velar por ella y además Alberto Perlaza tenia más de 25 años al fallecer, y esta corporación ha reconocido condenar al pago de indemnización por perjuicios materiales en favor de quien reclama como madre hasta cuando el occiso cumpla 25 años.

En cuanto a quienes reclaman como hermanos, a folios 62 a 64 del cuaderno principal, reposan los registros civiles de Luis Alberto García Perlaza (occiso), Carlos Arturo García Perlaza y Pedro Antonio García Perlaza (demandantes), en los que figura como padre de todos Carlos A. García. Estos registros llevan una anotación en la que se lee "reconocido por el padre de conformidad con el art. 20 de la ley 45/36". Con estos documentos establece que el occiso y los demandantes eran hermanos paternos y por tanto se mantendrá la condena que en su favor se impuso a título de indemnización por perjuicios morales.

SEPTIMO GRUPO.-

Por la muerte de CESAR FERNANDO ORTIZ MEJIA.

Reclaman Carmen Emilia Mejía y Jesús Evelio Ortiz Mejía, como madre y hermano del occiso, calidad que acreditaron en debida forma con el acta de matrimonio de Jesús Evelio Ortiz con Carmen Emilia Mejía, celebrado el 20 de abril de 1966 y con los registros civiles de nacimiento deJesús Evelio y César Fernando ocurrido el 10 de mayo de 1968 y el 21 de noviembre de 1970. Probada la calidad en que reclaman, se mantendrá la condena que por concepto de indemnización por perjuicios morales, impuso elTribunal en su favor.

Aqui, la demandante apeló, porque no se reconoció indemnización por concepto de perjuicios materiales en favor de la madre de la víctima. La Sala encuentra de acuerdo con las declaración de Gerardo Luis Muñoz López Y Alberto Hurtado Pedraza (folios 209 vuelto a 214), que en efecto el occiso ayudaba al sostenimiento de su madre y hermano, con su actividad como pequeño comerciante; en consecuencia, se revocará el fallo del Tribunal en cuanto esta

negativa, y en su lugar, se condenará a pagar a la señora Carmen Emilia Mejía el monto de la indemnización liquidada hasta cuando el occiso hubiera cumplido 25 años, época en la cual se presume formará su propio hogar. Ahora la liquidación, por no haberse establecido el monto del ingreso que percibía tendrá como base el salario mínimo vigente en 1987, debidamente actualizado a la fecha de esta sentencia y de el se descontará el 50% que se presume dedicaba a su propio sostenimiento. César Fernando Ortiz nació el 10 de mayo de 1968, al momento de la muerte tenía 18 años, 10 meses, 5 días, cumpliría 25 años el 20 de mayo pasado, es decir, le faltaban 73.84 meses para alcanzar esa edad y ese será el número de meses a indemnizar, a título de indemnización debidas porque la mayoría de edad la cumplía antes de la sentencia.

Salario mínimo 1987	$ 20.509.80
Actualizado a la fecha de esta sentencia	$ 87.241.00
50% Salario actualizado	$ 43.620.50
Periodo a indemnizar	73.48 meses

LIQUIDACION.

$$S = \frac{Ra\,(1 + i)^n - 1}{i}$$

$$S = 43.620.50\,\frac{(1+0.004867)^{73.84} - 1}{0.004867}$$

$S = 3.864.558$

OCTAVO GRUPO.-

Por la muerte de JORGE IVAN CANO CARDENAS.-

Demandan: Flor Inelda Cárdenas, Gloria Amparo y Alba Lilia Cano Cárdenas, quienes alegan su calidad de madre y hermanas del occiso. Para demostrar la existencia de tal parentesco se aportaron las copias auténticas y completas de las actas de nacimiento de: Jorge Iván, Alba Lilia y Gloria Amparo Cano Cárdenas, (folios 75a 77), en cada una de las cuales aparece una constancia de reconocimiento de su padre natural Elias Cano Rodríguez. Con estos documentos, se determina la calidad de hermanas paternas de dos de las demandantes en relación con el occiso, lo que permite mantener la condena

que a su favor impuso el Tribunal. No sucedió igual con la señora Flor Inelda Cárdenas que invoca su calidad de madre de la víctima puesto que no aportó la prueba de reconocimiento como madre natural de Jorge Iván al igual que se ha presentado en otros casos, en esta misma sentencia, sí se demostró a través de la prueba testimonial, el daño moral que sufrió la señora Flor Inelda Cárdenas con la muerte de Jorge Iván Cano; en consecuecia, como damnificada se le reconocerá una suma igual al equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino, por este concepto.

El *a-quo* negó la indemnización por perjuicios materiales en favor de la señora Flor Inelda Cárdenas porque no encontró demostrado si la ayuda que le suministraba Jorge Iván era permanente u ocasional, ni el monto de la ayuda o si era en especie o en dinero.

La Sala concederá los perjuicios materiales por 32.54 meses correspondientes al tiempo que le faltaba a Jorge Iván para que llegara a los 25 años de edad, puesto que nació el primero de diciembre de 1964 (folios 75 cuaderno 1). La liquidación se hará con base en el monto del salario mínimo de 1987, debidamente actualizado a la fecha de esta sentencia y del valor solo se tomará para la liquidación el 30% como a la señora Flor Inelda Cárdenas tiene otros dos hijos mayores que el occiso, por lo que se presume que entre todos se repartían la obligación de sostenerla.

LIQUIDACION

Salario mínimo en 1987 actualizado a la fecha de esta sentencia $ 87.241.00

30% de este salario $ 26.172.00

Tiempo a indemnizarar 32.54

$$S = \frac{Ra\,(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \frac{26.172\,(1+0.004867)^{32.54} - 1}{0.004867}$$

Total: $ 920.360.o

También pretende la apelante que se eleve al equivalente en 1000 gramos de oro fino, la indemnización por perjuicios morales en favor de quienes

demandaron en calidad de hermanos. Sobre este punto se mantendrá la decisión del *a-quo,* porque la condena se hizo de acuerdo con las orientaciones que en ese aspecto ha seguido la jurisprudencia, y no se acreditó la existencia de circunstancias especiales que ameriten elevar la condena con relación con algunos de los demandantes.

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 numeral primero de la sentencia apelada, esto es, la de junio 19 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y se modifica el resto, el cual quedará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior condenase a la nación - Ministerio de Obras Públicas y al Fondo Vial Nacional, a pagar las siguientes condenas:

a.- POR LA MUERTE DE RAFAEL BANGUERA OCORO:

1o.- A título de perjuicios morales, en favor de: SIXTA MOSQUERA NUÑEZ, RICHAR BANGUERA MOSQUERA, ELIZABETH BANGUERA MOSQUERA, ANA FAIZULI BANGUERA MOSQUERA, MARIA FERNANDA BANGUERA MOSQUERA Y CRISTIAN ANDRES BANGUERA MOSQUERA, el equivalente en pesos a MIL (1.000) gramos de oro fino, para cada uno de éllos.

2o.- A título de perjuicios materiales, en favor de: RICHAR BANGUERA MOSQUERA, la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON 68/100 ($2'243.587,68). Para ELIZABETH BANGUERA MOSQUERA, la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS CON 96/100 ($2'530.136,96). Para ANA FAIZULI BANGUERA MOSQUERA, la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS CATORCE PESOS ($2'940814,00). Para MARIA FERNANDA BANGUERA MOSQUERA, la suma de tres millones doscientos setenta y cinco mil cuarenta y siete pesos con 81/100 ($3'275.047,81). Para CRISTIAN ANDRES BANGUERA MOSQUERA, la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS PESOS CON 62/100 ($3'819.500,62). Para SIXTA MOSQUERA NUÑEZ la suma

de TRES MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS PESOS con 62/00 ($3'819.500,62).

b.- POR LA MUERTE DE MARCO TULIO SEPULVEDA VALENCIA.-

1o.- Por concepto de perjuicios morales, para BLANCA ADIELA OROZCO, JOSE ALBERTO SEPULVEDA OROZCO, JORGE ELIECER SEPULVEDA BORDA, WILLIAM SEPULVEDA GARCIA Y DIEGO FERNANDO SEPULVEDA FARFAN, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno de éllos.

2o.- Por concepto de perjuicios materiales, para el menor JOSE ALBERTO SEPULVEDA OROZCO, la suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE mil ochocientos treinta pesos con 71/100 ($41377.830,71).

c.- Por la muerte de LUZ STELLA RESTREPO CARDONA, por concepto de perjuicios morales, para JAIME RESTREPO GONZALEZ Y MARIA LILI CARDONA DE RESTREPO, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino, para cada uno y para JAIME HUMBERTO Y JHON JAIRO RESTREPO CARDONA, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino, para cada uno.

d.-POR LA MUERTE DE ALBA LUCIA ANDUQUIA Y CLAUDIA PATRICIA LONDOÑO ANDUQUIA, por concepto de perjuicios morales, pagará a JOSE OMAR LONDOÑO VALENCIA (padre y esposo), el equivalente en pesos a mil cuatrocientos (1.400) gramos de oro fino y para ALEXANDER Y JHON JAIME LONDOÑO ANDUQUIA (hijos y hermanos), el equivalente en pesos a mil doscientos (1.200) gramos de oro fino para cada uno de éllos.

e.-POR LA, MUERTE DE BLANCA ERNESTINA ALVAREZ HERNANDEZ, por concepto de perjuicios morales pagará a BLANCA ISABEL HERNANDEZ, el equivalente en pesos a ochocientos (800) gramos de oro fino, a MIGUEL ANTONIO ALVAREZ, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino; y, para MIGUEL WILLIAM Y ANA MILENA ALVAREZ HERNANDEZ, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de éllos.

f.-POR LA MUERTE DE ALBERTO GARCIA PERLAZA, por concepto de perjuicios morales, pagará a la señora ENELIA PERLAZA COLLAZOS, el equivalente en pesos a ochocientos (800) gramos de oro fino;

y, para CARLOS ARTURO Y PEDRO ANTONIO GARCIA PERLAZA, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de éllos.

g.-POR LA MUERTE DE CESAR FERNANDO ORTIZ MEJIA, por concepto de perjuicios morales, para la señora CARMEN EMILIA MEJIA, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino; y, para JESUS EVELIO ORTIZ MEJIA, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino.

2o.- Por concepto de perjuicios materiales, para la señora CARMEN EMILIA MEJIA, pagará la suma de tres millones ochocientos sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta y ocho pesos ($3'864.558).

h.-Por la muerte de JORGE IVAN CANO CARDENAS, por concepto de perjuicios morales, para la señora FLOR IMELDA CARDENAS, el equivalente en pesos a ochocientos (800) gramos de oro fino y para GLORIA AMPARO Y ALBA LILIA CANO CARDENAS, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada una de éllas.

i.-POR LA DESTRUCCION DEL BUS. Condénase a las demandadas, en abstracto, a pagar a la señora BLANCA ADIELA OROZCO, a título daño emergente y lucro cesante el 50% del valor comercial del bus de su propiedad que se destruyó en el accidente, y el valor de los intereses legales del 6% anual, conforme a las pautas señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: las sumas a que se refiere las condenas impuestas en concreto devengarán intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorias de ahí en adelante.

CUARTO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídase copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de C.P

QUINTO. Niégase las demás pretensiones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en sesión de la fecha, veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION TERCERA

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria Sección.

CONTRATO DE EXPLOTACION DE BIENES DE USO PUBLICO

Es un contrato administrativo en razón de la naturaleza del bien dado en arrendamiento, predio ejido o ejidal, que no tiene el carácter de bien fiscal sino que, por expreso mandato de La ley, es un bien de uso público o común del Municipio. La naturaleza del bien dado en tenencia Por el municipio hace que este contrato, que no deja de ser de arrendamiento por referirse a un bien de uso público y no fiscal, pueda calificarse mas técnicamente como administrativo de concesión de explotación de un bien público del Estado. La esencial naturaleza del objeto contractual impuso la existencia de dicha cláusula,la que en principio,no se da en lòs contratos de arrendamiento de bienes fiscales.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO - Improcedencia

La acción no es de nulidad y restablecimiento, como lo indica la demanda, sino de carácter estrictamente contractual, dado que el origen del conflicto está precisamente en un acto administrativo dictado con base en el poder exorbitante de la administración. Pero pese a esto la demanda no se considera inepta, interpretando las acciones con criterio finalista, por estimar que éstas, cuando media un acto administrativo contractual,fácilmente se confunden en sus pretensiones iniciales con las del restablecimiento, porque en uno y otro evento habrá que pedir, en primer término, la nulidad del acto que originó la controversia.

SECCION TERCERA

INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

La demanda acumula la pretensión de nulidad del acto de caducidad y sus perjuicios consecuenciales con la pretensión indemnizatoria por la indebida ejecución de dicho acto. Esta acumulación así es indebida puesto que el actor en el presente proceso no podía aspirar sino a los perjuicios derivados de la nulidad del acto de caducidad acción contractual y no los producidos por la ejecución irregular del mismo que en esta hipótesis la responsabilidad no devendría de la nulidad del acto sino de los hechos u operaciones materiales de ejecución del mismo. (acción de reparación directa).

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera.
Santa Fe Bogotá D.C. veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1 993).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia. Expediente No.6722.-Contratos.-Actor: ELEUTERIO LEON REYES.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de abril 8 de 1991 dictada por el tribunal administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

"1o.-Declárase no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

"2o.- Declárase la nulidad de las Resoluciones Números 806 de 11 de agosto de 1988 y 876 de 31 de agosto del mismo año, expedidas por la Alcaldía Municipal de Ambalema, mediante las cuales se declaró la caducidad administrativa de un contrato de arrendamiento, celebrado entre el señor ELEUTORIO LEON REYES Y EL MUNICIPIO DE AMBALEMA, y en la segunda se confirmó la decisión anterior. Asímismo se declara la nulidad de la actuación cumplida por el Inspector Municipal de Policía de Ambalema, en cumplimiento de las anteriores resoluciones.

"3o. Como consecuencia de lo anterior, ordenase al Municipio de Ambalema a restituir al señor ELEUTERIO LEON REYES en el predio objeto del contrato de arrendamiento, cuyos linderos aparecen consignados en el hecho primero de la demanda, junto con las mejoras existentes.

"4o.CONDENASE al Municipio de Ambalema, a pagar al señor ELEUTORIO LEON REYES, la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($1'450.000.oo),por concepto de perjuicios materiales, conforme a lo consignado en la parte considerativa de este proveído.

"5o. Declárase no probada la objeción por error grave al dictamen pericial, por las razones que se anotan en esta providencia.

"6o. Las sumas de dinero aquí reconocidas devengarán intereses comerciales durante los primeros seis (6) meses y moratorias después de este término (art. 177 del C.de P.Civil).

"7o. El señor Alcalde Municipal de Ambalema dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los términos indicados en el artículo 176 del C.C.A.

"8o. Niéganse las demás peticiones de la demanda."

En la demanda presentada por el señor Eleuterio León Reyes contra el Municipio de Ambalema el 14 de diciembre de 1988 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el Municipio de Ambalema celebró en el año de 1970 contrato de arrendamiento con el señor Eleuterio León Reyes sobre un terreno ejido,de una extensión aproximada a las 13 hectáreas, deslindado en la forma indicada en el numeral 3, ordinal primero (a folios 118).

2) Que el señor Reyes dedicó el terreno a la avicultura y a la ganadería, introduciéndole toda clase de mejoras, las cuales fueron protocolizadas mediante escritura 009 de 30 de enero de 1985 de la Notaría de Ambalema.

3) Que el señor Reyes, para complementar su actividad, compró al señor Luis A. Leguizamón un predio contiguo con casa de habitación, según escritura pública #57 de 31 de marzo de 1990.

4) Que el contrato mencionado en el hecho lo. debía prorrogarse cada año, mediante otro contrato. Que esta situación se extendió hasta 1982, ya que a partir de éste el Municipio se negó a suscribir nuevo contrato.

5) Que el señor Reyes nunca se negó a devolver el inmueble en cuestión, pero sí condicionó su entrega al pago de las mejoras introducidas en él.

6) Que la situación quedó quieta hasta 1984, ya que mediante oficio 603 de 12 de diciembre el señor alcalde le informó que el contrato quedaba terminado a partir del 31 de esos mes y año.

7) Que el señor Reyes insistió en su posición y el Municipio guardó de nuevo silencio hasta el 28 de junio de 1988, fecha en la cual el alcalde le pide de nuevo la entrega del inmueble, "por cuanto el contrato de arrendamiento no se ha prorrogado."

8) Que ante la nueva insistencia de] Municipio oficio 322 de 3 de julio de 1988) el señor Reyes pidió la intervención de la Procuraduría.

9) Que el alcalde hizo caso omiso de la situación y dictó la resolución #806 de 11 de agosto de 1988, mediante la cual declaró, la caducidad del contrato de arrendamiento celebrado con el señor Eleuterio León Reyes; ordenó la restitución del inmueble y comisionó al Inspector de Policía para el cumplimiento de la diligencia.

10) Que el señor Reyes se dió por notificado de este acto e interpuso contra él los recursos de reposición y apelación.

11) Que el alcalde resolvió los recursos por resolución #876 del 31 de agosto de ese año, mediante la cual mantuvo la decisión inicial; no concedió la apelación, por ser improcedente; y ordenó cumplir la orden de restitución.

12) Que la resolución 876 no fué notificada al señor Reyes en la forma indicada en la ley, pero sí se le hizo firmar el 1o. de septiembre del mismo, en un libro de la alcaldía,una constancia en la que se decía que habla recibido copia de la misma; procedimiento éste que no reemplaza el indicado en la ley para notificación.

13) Que no obstante ésta al pie de la resolución 876 se puso la constancia que el día 31 de agosto de 1988 se había notificado personalmente al señor Reyes (ver hecho 22, a folios 124); y que había quedado ejecutoriado el día 3 de septiembre a las 12 a.m.

14) Que la alcaldía, sin haber notificado y sin estar ejecutoriada la resolución 876,ese mismo día 3 de septiembre libró el despacho comisario 001 al Inspector de Policía para que este funcionario cumpliera la diligencia de restitución del inmueble.

15) Que el Inspector ese mismo día dictó el auto de cumplimiento y señaló como fecha para practicar la diligencia el 4 siguiente a las 9 a.m.

16) Que el dia señalado se cumplió la diligencia y pese a la oposición del señor Reyes por conducto de apoderado, la diligencia se cumplió, sin dejar en el acta constancia alguna.

17) Que no sólo se desconoció el derecho de retención, sino que el señor Reyes también fue lanzado de la propiedad que le había comprado al señor Leguizamón, y que nada tenla que ver con el presente litigio.

18) Que igualmente los muebles y enseres del mayordomo de la finca fueron sacados de la propiedad y llevados hasta el frente de la casa del señor Reyes en Ambalema.

19) Que el mismo mayordomo retiró de la finca los semovientes que allí pastaban para evitar su pérdida o extravío.

20) Que el alcalde tomó posesión de los predios y comenzó a destruir las mejoras allí plantadas.

21) Que el 12 de septiembre se inició una inspección judicial extraproceso para constatar la existencia de las mejoras y el estado de los predios, pero fue suspendida al ser recusada la juez que la estaba practicando.

22) Que el señor Reyes pidió ese mismo día la nulidad de la resolución 876, por falta de notificación, así como también la nulidad de la orden de cumplimiento hecha por el inspector porque tampoco fue notificada.

23) Que la misma Procuraduría solicitó también nulidad de lo actuado por el Inspector por haber excedido los términos de la comisión (hecho 33)

24) Que la alcaldía en lugar de acatar el mandato legal, colocó en el cuerpo de la resolución una falsa diligencia de notificación hecha el 31 de agosto, con la firma falsificada del señor Reyes.

25) Que el alcalde, luego de lo hecho, se declaró inhibido para resolver por considerar que la notificación se había cumplido legalmente; igual cosa hizo con la petición de la Procuraduría.

26) Que este organismo, por queja formulada por el señor Reyes, abrió investigación disciplinaria contra los funcionarios y dispuso compulsar copias con destino al juzgado de Armero-Guayabal.

27) Que los hechos narrados le han producido al señor Reyes graves perjuicios tanto materiales como morales.

SECCION TERCERA

28) Que la acción intentada es de restablecimiento de] derecho y no contractual y se dirige contra las resoluciones 806 y 876 (de caducidad); contra la actuación del inspector de policía tendiente al cumplimiento de las primeras y contra las providencias de la alcaldía que dicen resolver las peticiones de nulidad propuestas por el señor Reyes y la Procuraduría.

En la demanda se señalan como normas violadas las siguientes:

"La demanda se funda en la violación de las siguientes NORMAS: I)Constitución Nacional; Arts.16, 17, 20, 21, 26 en concordancia con los artículos 44, 45, 47 de] C.C.A.; 315, 323, 33, inciso 2, 34, 313, 315, 321, 152, numerales 8o. y 9o. del C.P.C. y 276 DEL C.C.A. 30 concordancia con los artículos 18,a 47 de la ley 153 de 1887 y 52.a 62 del, Código de Régimen Político y Municipal.

"II) Artículos 157, 64, 65, 62, literal f) del Decreto 222 de 1983, y 16 del mismo Decreto 222 de 1.983, en concordancia con el artículo 2008, numeral 2., del Código Civil.

"III) Artículos 48, 49, 50, 51, 53 y 136 del Decreto 150 de 1976.

"IV) Articulo 38 de la ley 153 de 1887.

"V) Artículos lo. 2o. 3o. 4o. 5o. 6o. 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 del Decreto 291 de 1.957, en concordancia con los artículos 436 del C.P.C; y 1o., 3o., 6o., 7o., 9o. y 10 del Decreto 703 de 1968.

"VI) Artículos 22 y 23 de la ley 200 de 1.936; 75 y 76 del Decreto 59 de 1938; 3o, literal F) de la ley 100 de 1944; 18 de la Ley 6a. de 1975, en concordancia con el articulo 1995 del C.C.; y 15 y 16, 1519 y 1741 del mismo Código.

"VII) Artículos 5 del Decreto 2969 de 1966; 8. del Decreto 703 de 1968, en concordancia con el articulo 27 del Decreto 521 de 1971.

"VIII) Articulo 56 del C.C.A."

A folios 136 y siguientes se explica el concepto de la violación.

La cuantía se estimó en $10.588.420.oo y aparece explicada a folios 172 y siguientes.

Con base en los hechos que se dejan narrados y en los fundamentos de derecho explicados, las pretensiones de la demanda fueron formuladas así:

"**PRIMERA.** Que se declare la nulidad de la resolución No. 806 del 11 de agosto de 1988, originaria de la Alcaldía del Municipio de Ambalema Tolima, cuya parte resolutiva declara la caducidad del contrato de arrendamiento celebrado entre el Municipio de Ambalema Tolima con el señor ELEUTERIO LEON REYES, con fecha 20 de agosto de 1980, sobre un lote de terreno de propiedad del Municipio, alinderado como reza el literal a) de la parte motiva de la misma resolución; y como consecuencia de la declaratoria de caducidad dispone la restitución del inmueble, objeto del contrato de arrendamiento, al Municipio de Ambalema, para cuyo efecto comisiona al Inspector de Policía del mismo municipio.

"**SEGUNDA.** Que se declare la nulidad de la resolución No.876 del 31 de agosto de 1988, originaria de la Alcaldía del Municipio de Ambalema, cuya parte resolutiva confirma, en todas sus partes, el contenido de la resolución No.806 del 11 de agosto de 1988, emanada de la misma alcaldía del Municipio de Ambalema, niega el recurso de apelación, subsidiariamente interpuesto contra la precitada resolución No.806 del 11 de agosto de 1988, y dispone que "una vez en firme la presente resolución", debe darse "cabal cumplimiento a lo resuelto en el artículo 5 de la resolución No.806 del 11 de agosto de 1988."

"**TERCERA.** Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare la nulidad de todo lo actuado por el Inspector de Policía Municipal de Ambalema, en cumplimiento de lo dispuesto por las resoluciones números 806 del 11 de agosto de 1988, 876 del 31 de agosto de 1988, originarias de la Alcaldía de Ambalema , y por el Despacho Comisorio No. 001 del 3 de septiembre de 1988, librado por el Alcalde de Ambalema al Inspector de Policía del mismo Municipio.

"**CUARTA**. Que se declare la nulidad de la providencia sin fecha, originaria de la Alcaldía del Municipio de Ambalema, mediante la cual el titular de este despacho, Se Inhibe de tramitar el incidente de nulidad propuesto por el apoderado judicial del señor ELEUTERIO LEON REYES, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución No. 876 del 31 de agosto de 1988, emanada de la misma Alcaldía de Ambalema, y de todo lo actuado por el Inspector de Policía Municipal de Ambalema, en cumplimiento de lo dispuesto por las resoluciones números 806 del 11 de agosto de 1988 y 876 del 31 de agosto de 1988, dictadas por la Alcaldía de Ambalema, y por el Despacho Comisorio No.001 del 3 de septiembre de 1988, librado por el Alcalde de Ambalema al Inspector de Policía del mismo Municipio.

SECCION TERCERA

"**QUINTA.** Que se declare la nulidad de la providencia, de fecha 26 de septiembre de 1988, originaria de la Alcaldía del Municipio de Ambalema, mediante la cual el titular de este despacho, se declara INHIBIDO, para tramitar la solicitud incoada por la Dra. LUZ MAGDALENA MOJICA RODRIGUEZ, como Procuradora Agraria del Departamento.

"**SEXTA**. Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los precisados actos administrativos, se restablezca al señor ELEUTERIO LEON REYES en su derecho, para lo cual ese Honorable Tribunal dispondrá:

"A) Que el Municipio de Ambalema restituya, por conducto de su representante legal y dentro del término señalado por el articulo 176 del C.C.A. la tenencia del predio singularizado en el hecho Primero de esta demanda.

"B) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES los perjuicios materiales causados por la destrucción de las mejoras que éste levantó en el predio litigioso, y que corresponden a las sumas de dinero, representativas del valor de esas mejoras,que se prueben dentro del proceso o en el incidente de la correspondiente liquidación de que trata el articulo 172 del C.C.A. más los intereses corrientes y la actualización monetaria de esas sumas, entre el momento en que se causaron los perjuicios y la fecha en que se produzca la liquidación de la condena.

"C) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES los perjuicios materiales que se le causaron, por el retiro que éste se vio obligado a hacer, por conducto de su Mayordomo ARNULFO MORENO, de las cabezas de ganado que pastaban en el predio litigioso, ante el lanzamiento que en el mismo realizó el funcionario comisionado, en cumplimiento de las decisiones anuladas, y que corresponden a las sumas de dinero que el señor ELEUTERIO LEON REYES pruebe, dentro del proceso o en el incidente de la correspondiente liquidación de que trata el articulo 172 del C.C.A., haber pagado a terceros, a título de arrendamiento, por la manutención de los semovientes, en otras fincas, más los intereses corrientes.y la actualización monetaria de esas sumas, entre el momento en que se causaron los perjuicios y la fecha en que se produzca la liquidación de la condena.

"D) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES, a título de perjuicios morales, la cantidad

de un mil (1.000) gramos de oro, al precio internacional del oro que para la fecha de la sentencia certifique el Banco de la República.

"E) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES, los intereses corrientes y moratorios, sobre las sumas de dinero, a cuyo pago resulte condenado el precitado Municipio, con estricta aplicación de lo preceptuado por los artículos 177 y 178 del C.C.A.

"DECLARACIONES Y CONDENAS SUBSIDIARIAS:

"**PRIMERA.** En subsidio, para el caso de que el Honorable Tribunal se considere incompetente para pronunciarse sobre las declaraciones TERCERA, CUARTA, QUINTA, antes solicitadas como principales, pido:

"A) Que se declare la nulidad de la resolución No.806 del 11 de agosto de 1988, originaria de la Alcaldía del Municipio de Ambalema Tolima, cuya parte resolutiva declara la caducidad del contrato de arrendamiento celebrado entre el Municipio de Ambalema con el señor ELEUTERIO LEON REYES, con fecha 20 de agosto de 1980, sobre un lo te de terreno de propiedad del Municipio, alinderado como reza el literal A) de la parte motiva de la misma resolución; y como consecuencia de la declaratoria de caducidad dispone la restitución del inmueble, objeto del contrato de arrendamiento, al Municipio de Ambalema,para cuyo efecto comisiona al Inspector de Policía del mismo Municipio.

"B) Que se declare la nulidad de la resolución No.876 de 31 de agosto de 1988, originaria de la Alcaldía del Municipio de Ambalema, cuya parte resolutiva confirma, en todas sus partes, el contenido de la resolución No.806 del 11 de agosto de 1988, emanada de la misma alcaldía del Municipio de Ambalema, niega el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto contra la precitada resolución No.806 del 11 de agosto de 1988, y dispone que "una vez en firme la presente resolución ", debe darse "cabal cumplimiento a lo resuelto en el artículo 5o. de la resolución No.806 del 11 de agosto de 1988.

"**SEGUNDA.** En subsidio, para el caso de que no se condene al Municipio de Ambalema a restituir al señor ELEUTERIO LEON REYES la tenencia del predio singularizado en el hecho primero de esta demanda, como ya se solicitó en el literal A), al concretar el restablecimiento del derecho; o se haga imposible su restitución, por cualquier motivo pido:

"A) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES, a título de perjuicios materiales, las sumas de dinero correspondientes al valor de todas las mejoras levantadas por el demandante en el predio litigioso y que existían en éste el 4 de septiembre de 1988, conforme a lo que resulte probado dentro del proceso o en el incidente de la correspondiente liquidación de que trata el articulo 172 del C.C.A. más los intereses corrientes y la actualización monetaria de esas sumas, entre el momento en que se causaron los perjuicios y la fecha en que se produzca la liquidación de la condena.

"B) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES, a título de perjuicios materiales, las sumas de dinero que éste ha tenido que cancelar a terceros, a titulo de arrendamiento en otras fincas, por la manutención de las cabezas de ganado que pastaban en el predio litigioso, y que el señor ELEUTERIO LEON REYES se vio obligado a retirar del mismo, por conducto de su mayordomo ARNULFO MORENO, ante el lanzamiento que en él realizó el funcionario comisionado, en cumplimiento de las decisiones anuladas, conforme a lo que resulte probado dentro del proceso o en el incidente de la correspondiente liquidación de que trata el articulo 172 del C.C.A. más los intereses corrientes y la actualización monetaria de esas sumas, entre el momento en que se causaron los perjuicios y la fecha en que se produzca la liquidación de la condena.

"C) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES, a título de perjuicios morales, la cantidad de un mil (1.000) gramos de oro, al precio internacional del oro que para la fecha de la sentencia certifique el Banco de la República.

"D) Que se condene al Municipio de Ambalema a pagar al señor ELEUTERIO LEON REYES los intereses corrientes y moratorias, sobre las sumas de dinero, a cuyo pago resulte condenado el precitado Municipio, con estricta aplicación de lo preceptuado por los artículos 177 y 178 del C.C.A.".

El tribunal luego del trámite correspondiente a la primera instancia, decidió en la forma indicada al principio de esta motivación.

Inconforme la parte actora con lo así decidido, apeló. En el escrito de sustentación que obra a folios 433 y siguientes insiste en que el *a-quo* se quedó corto al señalar el restablecimiento y discriminó las sumas de dinero adeudadas de folios 434 a 438 en los literales a) a i), o sea reclamó perjuicios por la destrucción de un corral calceta y de los pastos Angleton; por el mayor valor

del inmueble debido a las mejoras; por el retiro del ganado que pastaba en el inmueble por la paralización de la industria avícola por el valor de los dos galpones donde funcionaba dicha industria; por el corral para manejar el ganado; por los dos portones metálicos puestos al servicio del predio; por valor de la cerca perímetral y por los daños morales sufridos.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir.

Para ello, se considera:

Estimó el tribunal que la acción intentada, nulidad y restablecimiento,era la correcta y que los actos administrativos impugnados estaban afectados de nulidad, por haber sido expedidos por la entidad demandada cuando ya el contrato estaba vencido.Apoya su argumentación con cita tomada de la obra "Contratación Administrativa en Colombia", de la cual es autor el profesor y actual Consejero Miguel González Rodríguez.

Concluye, con base en dicha nulidad, que debe restablecerse el derecho, volviendo las cosas al estado que tenían cuando se expidió el acto (restitución de] inmueble al señor Reyes y pago de perjuicios); porque, además, los actos de ejecución quedaron igualmente afectados de nulidad.

El ministerio público guardó silencio durante la segunda instancia.

Para la sala la sentencia será revocada, ya que no hace su ya la perspectiva que manejó el *a-quo.*

Para una mayor inteligencia del asunto, la motivación seguirá este derrotero: a) la naturaleza del contrato celebrado entre el Municipio de Ambalema y el señor Eleuterio León Reyes y su vigencia; b) La índole de la acción intentada; c) El acto de caducidad y los de ejecución subsiguientes; d) La conclusión.

La naturaleza del contrato:

El contrato de "arrendamiento" ,del predio ejido a que se refiere la documentación adjunta (a folios 3 y siguientes del cuaderno principal) es un contrato administrativo y no de derecho privado de la administración, celebrado el 16 de septiembre de 1970; el que por múltiples prórrogas expresas y tácitas estaba vigente a la fecha en que se expidió la resolución de caducidad #806 de 11 de agosto de 1988 (confirmada por la #876 de 31 siguiente).

SECCION TERCERA

Es un contrato administrativo en razón de la naturaleza del arrendamiento, predio ejido o ejidal, que no tiene el carácter de bien fiscal sino que, por expreso mandato de La ley es un bien de uso público o común del Municipio (artículo 11 de la ley 41 de 1948, en armonía con el 169 del decreto 1333 de 1986 o código de régimen municipal),. imprescriptible, aunque sr enajenable,-en los términos de la ley 41 de 1948 antecitada.

La naturaleza del bien dado en tenencia por el municipio hace que este contrato, que no deja de ser de arrendamiento por referirse a un bien de uso público y no fiscal, pueda calificarse mas técnicamente como administrativo de concesión de explotación de un bien público del Estado. Contrato en el cual, por ser administrado strictu sensu, se entendía pactada la cláusula de caducidad, en los términos de los artículos 48 y 53 del decreto 150 de 1976, vigentes cuando se celebró. En este punto la especial naturaleza del objeto contractual impuso la existencia de dicha cláusula,la que en principio,no se da en los contratos de arrendamiento de bienes fiscales.Se observa que las antecitadas normas en el decreto 222 de 1983, vigente cuando se produjeron las prórrogas.

Mediante el contrato aludido el municipio de Ambalema dio en explotación un bien de uso público al señor Eleuterio León Reyes. Al hacerlo el municipio no concedió el derecho a su explotación en interés exclusivo del beneficiario, como sucede en los contratos de tenencia del derecho privado, sino que lo hizo para garantizar que su explotación se llevara a cabo en las mejores condiciones y con respecto a los intereses colectivos, todo con miras a poderlo utilizar fácilmente en el futuro para los fines de la ley de ejidos, o sea para el fomento y la ejecución de planes de vivienda.

Esta finalidad especifica, implícita en el contrato, hace inteligible también la prohibición de introducir mejoras dentro del terreno.

El contrato administrativo aludido estaba vigente cuando fue terminado unilateralmente por la administración. Si bien el convenio inicial que venia desde 1970 (a folios 3) tuvo prórrogas expresas y sucesivas hasta 1982, no es menos cierto que la relación convencional continuó con el tiempo, en. las mismas condiciones pactadas en 1981 (a folios 8). Tan cierto es esto que el señor Reyes pagó en 1988 el valor de lo que debía como causa del contrato hasta el 31 de diciembre de ese año (ver recibo de pago a folios 39).

Esta circunstancia pone de relieve la sin razón de la tesis de] tribunal, el cual partió del supuesto de que el contrato ya estaba vencido cuando se profirió el acto de caducidad. Si bien es cierto esa ha sido la orientación jurisprudencial, no es menos cierto que la tesis se ha aplicado cuando la administración caduca el contrato luego de su vencimiento, fenómeno que no se da cuando el contrato

ha sufrido prórrogas posteriores, como sucedió aquí y como lo acepta la misma parte actora.

La índole de la acción:

Para la sala la acción no es de nulidad y restablecimiento, como lo indica la demanda. sino de carácter estrictamente contractual, dado que el origen del conflicto está precisamente en un acto administrativo dictado con base en el poder exorbitante de la administración. Pero pese a esto la demanda no se considera inepta, como lo ha dicho en asuntos similares esta misma sala en forma reiterada, interpretando las acciones con criterio finalista, por estimar que estas cuando media un acto administrativo contractual, fácilmente se confunden en sus pretensiones iniciales con las de restablecimiento, porque en uno y otro evento habrá que pedir, en.primer término, la nulidad del acto que originó la controversia. Las diferencias, como también se ha sostenido, se ponen de presente con otras pretensiones que pueden acumularse cuando el asunto es de naturaleza contractual, y que no son posibles en las de restablecimiento gobernadas por el articulo 85 del c.c.a.

El acto de caducidad y su ejecución:

El municipio de Ambalema, luego de tratar por todos los medios de obtener la restitución del inmueble, no tuvo otra salida que la de declarar la caducidad del contrato. Declaratoria que podía hacer, no sólo por tratarse de un contrato administrativo (formalmente de arrendamiento), sino porque dicho contrato estaba vigente cuando tomó la medida.

El acto de caducidad fué motivado adecuadamente, en especial por un motivo que no aparece contradicho en el presente proceso porque el contrato ya habla excedido en mucho tiempo el plazo máximo establecido en la ley para los contratos de tenencia de bienes públicos. Tanto el artículo 136 del decreto 150 de 1976 (vigente cuando se inició la relación contractual) como el 157 del decreto 222 de 1983 (vigente cuando se declaró su terminación) coinciden en precisar que en dichos contratos de inmuebles el plazo no podrá exceder en ningún caso de 5 años. Obsérvese que cuando se terminó unilateralmente el contrato llevaba más de 18 años de vigencia, ya que se suscribió por primera vez el 16 de septiembre de 1970 y continuó, luego de sucesivas prórrogas, en condiciones prácticamente iguales hasta 1988.SI las normas aludidas señalan esos límites para los contratos relativos a bienes fiscales, con mayor razón se entiende cuando el bien dado en tenencia sea de uso público.

Fuera de esta razón, existe otra relacionada con la conveniencia para la colectividad, ya que el convenio celebrado con el señor Eleuterio León Reyes

no estaba de acuerdo con el interés general, sino con el sólo Interés particular del tenedor del inmueble.

El acto fué expedido, pues, en tiempo y no viola o contradice ninguna de las normas citadas como infringidas. Además, no se justifica que un bien de uso público o común permanezca indefinidamente en poder de un particular, cuando la ley le ha dado una destinaciones específicas que no puede olvidarse ni contrariarse: el fomento de la vivienda popular.

No entra la sala a estudiar el procedimiento de ejecución seguido por la entidad demandada para hacer cumplir el acto de caducidad, y la posible nulidad de dicho trámite, porque este punto está precisamente cuestionado en otro proceso seguido entre las mismas partes, distinguido con el #7064 y que tiene que ver con la ejecución inadecuada del acto de caducidad aquí impugnado y su responsabilidad.

Al definirse la legalidad del acto cuestionado no es posible pensar en la nulidad consecuencia] de los actos de ejecución sub siguientes y menos en los perjuicios que aquel acto produjo por el solo hecho de su ejecución. En este campo, en principio, no hay responsabilidad sin ilegalidad.

Lo precedente tiene su lógica, porque cuando el acto cuya nulidad se ha pedido por razones de ilegalidad resulta válido, no puede hablarse que ese acto produjo perjuicios. Cosa diferente se da cuando pese a esa declaratoria de legalidad el acto se ejecuta irregularmente, porque en este evento los daños no devienen de aquél sino de su ejecución irregular; o, en otras palabras, de la operación administrativa de ejecución.

Se hacen las reflexiones precedentes porque la demanda acumula la pretensión de nulidad del acto de caducidad y sus perjuicios consecuenciales con la pretensión indemnizatoria por la indebida ejecución de dicho acto. Esta acumulación así es indebida puesto que el actor en el presente proceso no podía aspirar sino a los perjuicios derivados de la nulidad del acto de caducidad (acción contractual) y no los producidos por la ejecución irregular del mismo que en esta hipótesis la responsabilidad no devendría de la nulidad del acto sino de los hechos u operaciones materiales de ejecución del mismo. (acción de reparación directa).

Tan consciente fué el actor de esta situación que por aparte presentó, como se dijo, otra demanda (ver proceso 7064) tendiente a la indemnización de los perjuicios por esa indebida ejecución.

Esa indebida acumulación impondrá la decisión de fondo de la pretensión principal inicial (la nulidad del acto contractual) y la inhibición sobre las pretensiones relacionadas con la operación de ejecución de dicho acto.

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 abril 8 de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima. En su lugar:

Deniéganse las súplicas de la demanda, relacionadas con las pretensiones primera y segunda y su restablecimiento consecuencial.

Declárase inhibido para conocer las pretensiones relacionadas con la operación de ejecución de los actos impugnados y sus perjuicios.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

OPERACION ADMINISTRATIVA / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACCION DE REPARACION DIRECTA

En la actualidad, la operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquéllas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos. Pero es claro, que cuando el perjuicio surge de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa, centrando su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en su evaluación el alcance de dicha decisión por ser, en definita, la que determina los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en si, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar el rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas.

ACTO ADMINISTRATIVO - Ejecutoría

La ejecutoria del acto administrativo, tal como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la corporación se produce al dia que cierra el debate gubernativo, (como sucedió aquí) pues es a partir de este día cuando empieza a contarse la caducidad de la acción. En parte alguna señala esa jurisprudencia que la ejecutoria de los actos administrativos se produce tres días después de su notificación.

VIA DE HECHO / COMISION - Límites

El acto administrativo se cumplió oportunamente por el inspector comisionado. Pero, se ejecutó correctamente? La respuesta tiene que ser negativa, porque las pruebas dan a entender que no sucedió así, ya que el funcionario comisionado. en lugar de limitarse a efectuar la diligencia sobre el predio dado en arrendamiento, excedió su comisión y cobijó con la medida también el predio contiguo. No existe duda de ese exceso en la diligencia. Exceso que constituye una auténtica vía de hecho que comprometió la responsabilidad del municipio demandado y que lo hace deudor de los perjuicios causados al actor.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C. veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No.7064.-Indemnizaciones. Actor: ELEUTERIO LEON REYES.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 10 de septiembre de 1991 dictada por el tribunal administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

"1°.-DECLARAR administrativamente responsable al Municipio de Ambalema-Tolima por el despojo llevado a cabo el día 4 de septiembre de 1988, del bien que da cuenta la demanda y que explotaba el demandante Eleuterio León Reyes.

"2°.- ORDENAR al Municipio de Ambalema - Tolima a restituir al señor Eleuterio León Reyes el predio objeto del proceso.

"3°.- Condénase al mismo Municipio a pagar al señor Eleuterio León Reyes la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS M/CTE ($651.830.oo) por concepto de lucro cesante.

"4°.- RECONOCER a favor del mismo demandante y en contra del Municipio de Ambalema-Tolima, el valor equivalente a un mil gramos (1.000) oro de acuerdo a la certificación del Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo, como tasación de perjuicios morales.

"5º) Los valores en dinero aquí reconocidos devengarán intereses si fuere necesario de conformidad con el inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

"6º) El señor Alcalde de Ambalema dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

"7º) NEGAR el resto de pretensiones de la demanda."

En la demanda de reparación directa presentada por el señor Eleuterio León Reyes contra el municipio de Ambalema el 30 de agosto de 1990 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que la Junta Municipal de Hacienda de Ambalema (acta # 007 de 1973) adjudicó al señor Luis A. Leguizamón un lote de terreno que hacía parte de los ejidos de dicho municipio, con la condición de que construyera casa y galpones para una industria avícola.

2) Que el señor Leguizamón P. vendió ese inmueble al señor Eleuterio León Reyes mediante escritura # 57 de 31 de marzo de 1980.

3) Que el señor Eleuterio León Reyes entró en posesión material del predio y le introdujo mejoras.

4) Que estando en goce de su inmueble, el 4 de septiembre de 1988 fué privado de su posesión por el inspector de policía de Ambalema, quien cumplía en ese entonces la diligencia ordenada en el acto de caducidad de un contrato de arrendamiento que el mismo señor Eleuterio León Reyes había celebrado con el municipio desde 1970 y que se refería a un lote contiguo de una superficie aproximada a las trece hectáreas.

5) Que en todo momento el señor León Reyes estuvo dispuesto a devolver el inmueble arrendado (no el adquirido al señor Leguizamón P.) a condición de que se le pagaran las mejoras introducidas en aquél.

6) Que el municipio, luego de insistir en la devolución del terreno ejido, declaró la caducidad del contrato mediante las resoluciones #s. 806 y 876 expedidas, en su orden, los días 11 y 31 de agosto de 1988.

7) Que la resolución # 876 no fué notificada al señor Eleuterio León Reyes en la forma prevista en el c.c.a. (artículos 44, 54 y 47, en armonía con los artículos 315 y 323 del c.de p.c.)

8) Que pese a no estar notificada ni ejecutoriada la alcaldía comisionó al inspector de policía para que le diera cumplimiento a la orden de restitución del inmueble ejido arrendado.

9) Que la inspección recibió la comisión el dia 3 de septiembre y ese mismo dia expidió el "cúmplase" para el 4 siguiente.

10) Que el señor inspector practicó la diligencia sin oír al señor León Reyes, quien por medio de apoderado se opuso y alegó el derecho de retención hasta tanto se le pagaran las mejoras.

11) Que el mismo funcionario, fuera de lo dicho no se contentó con desalojar al señor León Reyes del inmueble arrendado, sino que lo despojó o lanzó del inmueble contiguo que había adquirido por compra al señor Leguizamón P.

12) Que en forma repetida el señor León Reyes ha solicitado la devolución del inmueble de su propiedad, sin lograr ningún resultado favorable.

13) Que ese despojo le produjo serios perjuicios de índole moral y material.

En la demanda, a folios 95 y siguientes se detallan los perjuicios causados y su estimativo aproximado de $29.577.260.oo y se citan como fundamentos de derecho los artículos 2, 16, 17, 20, 21, 26, 30, 33, 34, 51 y 55 de la constitución; 762 a 781, 972 a 1.007, 1612 a 1615, 2341, 2347 y 2356 del c.c.; y 86 del c.c.a.

Cumplido el trámite de la primera instancia el tribunal falló en la forma indicada atrás. Inconformes las partes, apelaron y sustentaron sus recursos, así: la actora, a folios 190 y siguientes del cuaderno principal y la demandada a folios 175 y siguientes.

Agotado el procedimiento de la segunda instancia, durante la cual no intervino el ministerio público, se procede a decidir:

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

Dada la estrecha vinculación existente entre este proceso y distinguido con el # 6722, decidido en esta misma sesión (sentencia de 20 de marzo/93), como que todo se debió a la expedición y posterior ejecución del acto de caducidad (resoluciones #s. 806 y 876, de agosto 11 y 31 de 1988) del contrato de arrendamiento de un predio ejidal celebrado entre el municipio de Ambalema y el señor Eleuterio León Reyes, la sala estima que debe previamente hacer ciertas consideraciones en torno a las acciones posibles en casos como los aquí

tratados, en los que, aunque en procesos separados, se cuestiona en primer término el acto contractual en cuanto su legalidad y en el segundo, la ejecución del mismo y los efectos que produjo.

A este respecto la Sala observa:

Ha dicho la jurisprudencia desde hace varios lustros que la responsabilidad del Estado nace o de los actos o de los hechos, omisiones u operaciones administrativas; y ha concluido que cuando la lesión la produce el acto administrativo ilegal la acción será de restablecimiento (nulidad y restablecimiento en la terminología del decreto 2304 de 1989); contractual cuando el perjuicio se derive del contrato, de los hechos de ejecución del mismo o de los actos contractuales que expida la administración contratante; y de reparación directa cuando el daño sea causado por un hecho, una omisión o una operación administrativa.

Asimismo ha insistido la jurisprudencia que no es el capricho de la parte lo que define la acción adecuada, sino la naturaleza del elemento generador del perjuicio (sentencia de julio 30 de 1992, proceso 7024, Jorge Ruiz G. ponente Carlos Betancur Jaramillo), por que la indebida escogencia de la acción puede dar lugar a una ineptitud de demanda que impida el pronunciamiento de fondo.

La diferenciación de las distintas acciones se presenta clara en la mayoría de los casos. Pero se dan hipótesis en que esa diferencia nítida no se da, como puede suceder cuando el perjuicio alegado es producto de una operación administrativa en la que normalmente se conjugan actos, hechos de ejecución u omisiones; o cuando la lesión la produce el acto administrativo, pese a estar ajustado al ordenamiento.

Aunque ya en el derecho administrativo colombiano, a partir de la vigencia del art. 13 del decreto 2304 de 1989, la operación administrativa no se asimila al acto administrativo, como lo hacía el artículo 82 *in fine* del c.c.a, sino que se interpreta mas bien como un hecho o un conjunto de hechos de ejecución de un acto administrativo, sigue pesando en la definición de la figura la concurrencia de los dos fenómenos anotados (los actos y los hechos) en forma sucesiva o encadenada, hasta el punto que muchas veces el perjuicio lo produce el acto, dada su ilegalidad; y en otras, aunque esa ilegalidad no se observe, el daño sólo surge de la ejecución irregular de aquél. Y existen casos, aun mas excepcionales, en que el daño se produce pese a la legalidad del acto administrativo.

En otras palabras, en la actualidad, la operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquéllas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en

su legalidad ni en sus alcances o contenidos. Pero es claro, se repite, que cuando el perjuicio surge de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa, centrando su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en su evaluación el alcance de dicha decisión por ser, en definita, la que determina los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en si, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar el rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas.

Aplicando las ideas precedentes se despejan las dudas existentes entre las dos acciones intentadas y sus alcances o límites; y se entiende porqué los dos procesos, pese a su relación, no podían acumularse.

En estas condiciones, entra la sala a estudiar la operación administrativa de ejecución del acto de caducidad contenido en las resoluciones #s. 806 y 876, en su orden, de 11 y 31 de agosto de 1988.

Dispuso el señor alcalde de Ambalema en los citados actos:

a) Resolución 806 de 11 de agosto de 1988:

"ARTICULO PRIMERO: Declarar la caducidad del Contrato de Arrendamiento celebrado entre el Municipio de Ambalema, Tolima, con el señor ELEUTERIO LEON REYES, sobre un lote de terreno de propiedad del municipio y que se encuentra alinderado en el inciso a) de los considerandos de esta Resolución.

"ARTICULO SEGUNDO: Ordenar como en efecto lo hace, el *statu-quo* anterior, a la iniciación del Contrato de Arrendamiento, suscrito entre la Alcaldía del Municipio de Ambalema, Tolima y el señor ELEUTERIO LEÓN REYES.

PARAGRAFO: El *statu-quo*, de que habla el presente artículo, hace referencia a la restitución del inmueble al Municipio de Ambalema, Tolima.

"ARTICULO TERCERO: Advertir al arrendatario, que queda en libertad para acudir ante la justicia contencioso administrativa e iniciar la acción que considere pertinente.

"ARTICULO CUARTO: Advertir, que contra la presente Resolución precede el recurso de reposición, el cual debe interponerse ante el mismo funcionario que motivó esta Resolución y dentro del término de diez (10) días siguientes a su notificación, y de conformidad a lo preceptuado en el Artículo 64 del Decreto 222 de 1983.

"ARTÍCULO QUINTO: Comisionar para que haga cumplir y ejecute lo aquí dispuesto al señor Inspector de Policía del Municipio de Ambalema-Tolima."

b) Resolución 876 de 31 de agosto de 1988

"ARTICULO PRIMERO.- NO REVOCAR, como en efecto no lo hace la Resolución No.806 de agosto 11 de 1988.

"ARTICULO SEGUNDO.- NO CONCEDER el recurso de apelación que en forma subsidiaria se interpuso por ser improcedente.

"ARTICULO TERCERO.- MANTENER, como en efecto se mantiene en su integridad la RESOLUCIÓN No. 806 de agosto 11 de 1988.

"ARTICULO CUARTO. - Una vez en firme la presente Resolución dese cabal cumplimiento a lo resuelto en el artículo 5 de la RESOLUCION 806 del 11 de agosto de 1988."

La misma alcaldía, mediante despacho 001 de 3 de septiembre de ese año de 1988, comisionó al Inspector de Policía Municipal para que cumpliera lo ordenado en los actos mencionados.

Dicho Inspector, en auto de la misma fecha, señaló el dia 4 siguiente para la práctica de la diligencia. Diligencia que cumplió en la fecha y la hora señaladas, y cuyo desarrollo aparece relatado en el acta que obra a folios 57 y siguientes (Proceso 6722).

Estima la sala, en primer término, que tal acto de caducidad sí fué notificado al señor León Reyes. De la resolución inicial (la 806) se dio por notificado el mismo interesado, tal como lo confiesa él mismo en el literal n) de su demanda (a folio 67); y, de la # 876 también, ya que según constancia que obra a folios 63 (proceso 6722) el dia 31 de agosto de 1988 fué notificado personalmente. Esta constancia no ha perdido su valor demostrativo, ya que no fué tachada de falsa por la parte que ahora la quiere desconocer. Además, del expediente se desprende igualmente la notificación por conducta concluyente,

ya que el apoderado del actor se hizo presente en la dirigencia, al principio, lo mismo que éste y su hijo. A folios 57 vuelto aparece constancia de tales hechos.

El acto administrativo de caducidad se ejecutó cuando ya estaba ejecutoriado y no antes, por lo cual no puede hablarse de ejecución prematura. La ejecutoria del acto administrativo, tal como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la corporación se produce al día siguiente de la notificación del acto que cierra el debate gubernativo, (como sucedió aquí) pues es a partir de este día cuando empieza a contarse la caducidad de la acción. En parte alguna señala esa jurisprudencia que la ejecutoria de los actos administrativos se produce tres días después de su notificación.

Para la sala, pues, el acto administrativo se cumplió oportunamente por el inspector comisionado. Pero, se ejecutó correctamente? La respuesta tiene que ser negativa, porque las pruebas dan a entender que no sucedió así, ya que el funcionario comisionado. en lugar de limitarse a efectuar la diligencia sobre el predio dado en arrendamiento, excedió su comisión y cobijó con la medida también el predio contiguo, este sí de propiedad del señor León Reyes.

La diligencia no es explícita a este respecto pero el acervo probatorio muestra esta realidad. De allí la insistencia del actor ante la alcaldía de Ambalema para que se le devolviera el predio, el mismo que le había comprado al señor Leguizamón P. mediante la escritura # 57 de 31 de marzo de 1980 (a folios 14). Escritura que por orden de esta misma corporación, en sentencia de febrero 6 de 1992 de la sección primera, debió inscribirse con la # 29 de 20 de febrero de 1975, por la cual se protocolizaron las mejoras introducidas por el señor Leguizamón P. en dicho inmueble.

No existe duda de ese exceso en la diligencia. Exceso que constituye una auténtica vía de hecho que comprometió la responsabilidad del municipio demandado y que lo hace deudor de los perjuicios causados al actor.

Se precisa para evitar equívocos que los perjuicios aquí señalados se refieren única y exclusivamente a los producidos en relación con el inmueble que se deja indicado (el comprado a Leguizamón P.) y no con el que fué arrendado al señor León Reyes y cuyo litigio de carácter contractual se decide en esta misma fecha (ver proceso 6722).

Esta circunstancia estuvo bien analizada por el *a-quo*, el cual fué explícito a este respecto. Así, de su fallo se destaca el siguiente aparte que corrobora este aserto:

"Creyendo la administración municipal de Ambalema que la parcela que da cuenta esta demanda era materia de diligencia de lanzamiento ordenada en Resoluciones Nros: 806 y 876 del 11 y 31 de agosto del año 1988, respectivamente, expedidas por el señor Alcalde de dicho Municipio, por intermedio del Inspector de Policía despoja al demandante Eleuterio León Reyes del disfrute o explotación, sin formula de juicio, convirtiéndose ésto en un hecho positivo del Ente público demandado, sujeto a la acción de Reparación Directa y encuadrado en la falla del servicio, pues si se venia a cumplir la decisión administrativa el funcionario comisionado debió ser cuidadoso al ejecutar la medida como era alinderar debidamente el inmueble sobre el cual recaía, para evitar extenderla a otro como lo acontecido el 4 de septiembre de 1988 y sobre lo cual no hay duda.

"Si la parcela del accionante no era objeto de lanzamiento como se colige concretamente de las Resoluciones ya citadas, demandadas en el proceso No. 6707 de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Eleuterio León Reyes contra el Municipio de Ambalema; diligenciadas de inspección judicial practicadas en esa litis y en la que hoy fallamos donde se constató que eran predios distintos; peritazgos en las mismas declaraciones recepcionadas como las del Doctor Marcelo Lozada Serrato, Manuel Tiberio Arias Aguilar, Arnulfo Moreno, Maribel Castro Valenzuela, Jesús Alfonso Hernández, Carmen Sandoval de Cruz, Stella María Ortiz vda. de Rada y otras, quienes conocieron personalmente el inmueble y algunos percatarse de la diligencia de despojo del bien que explotaba el actor, que obran en el cuaderno No.2 "Pruebas del Demandante" e igualmente con documentos como las escrituras públicas ya referidas en estos considerandos y la propia acta de adjudicación y entrega del bien al señor Luis Antonio Leguizamón Pinzón, se puede considerar el actuar de la administración de Ambalema por vía de hecho, que se traduce en falla del servicio y causante de perjuicios no sujetos al tramitado bajo la conducción de la Magistrada Margarita Hernández de Albarracín.

"Obra indicio grave en contra del demandado la no contestación de la demanda, que como prueba indirecta es apta para reformar la afirmación que el demandante fué lanzado de predio que no era objeto de la decisión administrativa proferida en las Resoluciones Nos. 806 y 876 del 11 y 31 de agosto de 1988, respectivamente, controvertidas como ya se dijo en proceso diferente y que tenía relación exclusiva con otro bien."

Es tan clara esta situación que la sala se siente relevada de hacer otras reflexiones

Los perjuicios

Esa vía de hecho causó serios perjuicios al demandante al ser privado de la posesión material de su inmueble, ya radicado en su cabeza, por la circunstancia anotada atrás. Para este efecto, se aplicarán las reglas que sobre prestaciones mutuas señala el código civil en sus artículos 961 y siguientes y que aun pueden ser ordenadas de oficio por el juzgador.

Así tendrá derecho el actor a que le sea restituido el inmueble con todas las mejoras y anexidades que tenía a la fecha del despojo, o sea el 4 de septiembre de 1988. Por esa razón si hubo destrucción de la mejoras, o deterioro del inmueble, deberá reconocerse su valor. Se entiende aquí el municipio como de mala fé, dada la vía de hecho cumplida por el funcionario.

También deberá pagar el municipio los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble desde ese 4 de septiembre de 1988 hasta la fecha en que sea devuelto, en los términos del artículo 964 del c.c. y como poseedor de mala fé.

Como no existen pruebas suficientes que demuestren tales extremos, la condena tendrá que hacerse en abstracto para su liquidación incidental. Incidente que deberá tramitarse con sujeción al artículo 137 del c. de p.c. y que deberá formularse dentro del término de 60 días contados a partir de la notificación del auto del *a-quo* que ordene cumplir lo aquí decidido.

La indemnización no podrá exceder los valores señalados en la demanda; y deberá actualizarse con sujeción a los índices de precios.

En esa liquidación, como es obvio, no podrá incluirse el valor del inmueble, ya que este deberá restituirse a su dueño, ni el valor de la casa allí construida.

La condena por perjuicios morales deberá revocarse, ya que tales perjuicios no resultaron probados. Se recuerda que, en principio, este tipo de condena no procede por la pérdida de bienes patrimoniales, salvo condiciones excepcionales aquí no evidenciadas.

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,

SECCION TERCERA

FALLA:

1) Confírmase la sentencia de 10 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, en sus ordinales primero, quinto, sexto y séptimo.

2) Precísase el ordinal segundo, el que quedará así:

Ordénase al municipio de Ambalema la restitución al señor Eleuterio León Reyes del inmueble, con todas sus mejoras y anexidades, deslindado así:

> " Por el sur, con ejidos municipales; arrendados a Eleuterio León, 3.85.50 mts. 1.; por el norte, carretera que va a Pajonales, tramo de " la variante " partiendo frente a la casa de José Basa Cazares hasta cercos divisorios de Nacianceno Mendoza en una extensión de 395.00 mts. lineales; por el occidente con potreros del mismo Nacianceno Mendoza en una extensión de 73.00 metros lineales; y por el oriente; donde nace la quebrada o zajón, de los muertos y lote de ejidos municipales; arrendados a José Librado Ruiz y encierra en una extensión de 60.00 metros lineales, la cual se calcula aproximadamente en Tres (3) hectáreas."

3) Revócase el ordinal tercero, el que quedará así:

Condénase en abstracto a la mencionada entidad a pagar al señor Eleuterio León Reyes el valor de los perjuicios materiales que se liquiden mediante incidente (artículo 137 del c.c.a.) y con sujeción a las pautas indicadas en la motivación.

Dicho incidente deberá formularse dentro del término de 60 dias contados a partir de la notificación del auto del *a-quo* que ordene cumplir lo aquí resuelto.

4) Revócase el ordinal 4°

5) Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué aprobado por la Sala en su sesión de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

PERJUICIOS MORALES

Dada la gravedad de las lesiones que sufrió el demandante, que determinaron la amputación de sus dos piernas por encima de las rodillas, la Sala patrocina la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el *a-quo*, por un mil gramos (1.000) de oro fino, pero encuentra de recibo los reparos que el apoderado de la parte actora formula a la tasación que por el mismo concepto se hizo en favor de los padres del lesionado su compañera permanente, su hijo y sus hermanos. Resulta evidente que el estado de postración en el primero, genera un dolor subjetivo intenso, que debe ser reparado con una indemnización mayor, tasación que necesariamente se hace con la filosofía del ARBITRIO JUDICIAL. y teniendo muy en cuenta que no se trata de BORRAR LO IMBORRABLE como lo ha predicado la Corte Suprema de Justicia, citando a los hermanos MAZEAUD, sino de ".... procurar ALGUNAS SATISFACCIONES EQUIVALENTES AL VALOR MORAL DESTRUIDO."

PERJUICIO FISIOLOGICO

Hay lugar, en casos como el presente, al reconocimiento y pago del PERJUICIO FISIOLOGICO O A LA VIDA DE RELACION. Este debe distinguirse, en forma clara, del DAÑO MATERIAL, en su modalidad de DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, y también de los Perjuicios morales Subjetivos . Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte " ....no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente

.... ", el PERJUICIO FISIOLOGICO O A LA VIDA DE RELACION, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia...". A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO. Por lo que tiene que ver con el monto de los perjuicios que deben ser indemnizados, la Sala, habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de Ocho millones de Pesos ($8.000.000.oo), con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe Bogotá, D.C. seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7428. Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional. Actor: JHON JAIRO MEJIA 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 el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el dia veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que en su parte resolutiva **DISPUSO:**

"1. Se declara administrativamente responsable a la Nación Ministerio de Defensa, de las lesiones sufridas por John Jairo Meneses Mejía en accidente de tránsito ocurrido el 18 de noviembre de 1990 en el Municipio de Pueblo Rico (Rda.).

"2. En consecuencia se condena en concreto a la Nación Ministerio de Defensa a pagar por concepto de perjuicios morales a John Jairo Meneses Mejía con cédula 15.522.091, el equivalente a mil (1.000) gramos de oro; Miriam Mejía de Meneses con cédula 21.554.672, José María Meneses Arboleda con cédula 767.723, Clara Isabel Jaramillo con cédula 21.461.560, al menor John Alejandro Meneses Jaramillo representado por sus padres John Jairo Meneses Mejía y Clara Isabel Jaramillo, el equivalente a quinientos (500) gramos de oro a cada uno; Carlos Alfonso Meneses Mejía cédula 15.524.789, Jesús Alberto Meneses Mejía cédula 15.526.805, Arley de Jesús Meneses Mejía cédula 15.528.739 y José Félix Meneses Mejía cédula 70.514.793, el equivalente a doscientos cincuenta(250)gramos de oro cada uno.

"Los valores de las condenas se determinarán por el valor del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, valor que certifique el Banco de la República. las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia y de ahí en adelante devengarán intereses moratorios.

"3. En consecuencia se condena en abstracto a la Nación Ministerio de Defensa -Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios materiales a John Jairo Meneses Mejía con cédula 15.522.091, para que su liquidación se haga conforme al artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo para ello las pautas señaladas en la parte motiva. Las sumas así determinadas devengarán hasta su pago, intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia y de hay en adelante devengarán intereses moratorios.

"4. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 C.C.A. Para su efectividad se enviará copia al representante del Ministerio Público (Art. 177 C.C.A.).

"5. Si no fuere apelada esta sentencia por la parte demandada (sic), una vez vencido el término de ejecutoria envíese en Consulta al Honorable Consejo de Estado.". (fls.144-146 Cdno No. 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:

"1. John Jairo Meneses Mejía y otros presentaron demanda de reparación directa contra la Nación Ministerio de Defensa, con las pretensiones acumuladas de obtener indemnización de los perjuicios que alegan se les

causó con hechos ocurridos el 18 de noviembre de 1990, en área rural de Pueblo Rico (Rda.), al accidentarse el camión TM 0652 conducido en ese momento por un oficial del Ejército Nacional, accidente en el cual resultara lesionado John Jairo Meneses Mejía.

"Los demandantes son: John Jairo Meneses Mejía y Clara Isabel Jaramillo quienes obran a nombre propio y en representación del menor Alejandro Meneses Jaramillo; José María Meses Arboleda, Miriam Mejía de Meneses; Carlos Alfonso, Jesús Alberto, Arley de Jesús y José Félix Meneses Mejía.

El *petitum* lo integran estas pretensiones:

"Que se declare a la Nación Ministerio de Defensa, administrativamente responsable de las lesiones e incapacidad sufridas por John Jairo Meneses el 18 de noviembre de 1990 y los perjuicios con ellos ocasionados a los demandantes.

"Que en consecuencia se condene a la Nación Ministerio de Defensa, a pagar los perjuicios materiales ocasionados a John Jairo Meneses Mejía, por concepto de daño emergente futuro por los gastos que deba realizar para conservar su estado de salud, servicios de un fisiatra, medicamentos que deba consumir, servicios durante el término de supervivencia del lesionado, de una persona experta en el manejo de este tipo de enfermos, servicios de un siquiatra. Por concepto de lucro cesante por la pérdida total de su incapacidad (sic) laboral. Por de perjuicios fisiológicos. Que a falta de prueba del valor de los perjuicios materiales se fijen en el equivalente a 4.000 gramos de oro.

"Que en consecuencia se condene a la Nación Ministerio de Defensa, a pagar a cada uno de los demandantes el valor de 1000 gramos de oro por concepto de perjuicios morales.

"Que se disponga el pago de intereses sobre las sumas a pagar.

"2. Como hechos causa *petendi*, se expusieron en la demanda:

"El Teniente del Ejército, Néstor Germán Siachoque Jarro, era por la época del accidente, el comandante de un destacamento militar con base en área rural de pueblo Rico (hechos 1-2) base que no podía abandonar sin permiso de su superior, el comandante del Batallón San Mateo (hecho 7).

"El 17 de noviembre de 1990 el citado oficial Siachoque se dirigió a la cabecera municipal " y después de adelantar varias gestiones de tipo personal, se dedicó a consumir bebidas embriagantes, vistiendo el uniforme camuflado, portando el armamento y acompañado de varios soldados...", (hecho 3). En la madrugada del 18 de noviembre, el Teniente Siachoque obligó a John Jairo Meneses a entregarle las llaves del camión de placas TM-0652, que estaba bajo el cuidado de Meneses, con el fin de utilizarlo en el transporte del citado Teniente y demás militares que lo acompañaban, a la base del destacamento (hechos 4 y 5).

"Por el estado de embriaguez, por la impericia y por el exceso de velocidad, el Teniente Néstor Germán Siachoque Jarro perdió el control de la máquina produciéndose un choque violento" que produjo su muerte y la del Suboficial de la Armada Pedro Enrique Casallas Valbuena, y le ocasionó a John Jairo meneses heridas de gravedad por las que se le amputaron sus dos piernas. Las lesiones de Meneses fueron,causadas por típica falta o falla en el servicio, dándose entre esta y los perjuicios nexo de causalidad (hechos 7, 8 y 14).

"John Jairo Meneses Mejía es hijo matrimonial de los demandantes José María Meneses y Miriam Mejía, y hermano legítimo de los demandantes Carlos Alfonso, Jesús Alberto, Arley de Jesús y José Félix Meneses Mejía, (hechos 9 y 10).

"John Jairo Meneses sostenía relaciones concubinarias con Clara Isabel Jaramillo, fruto de las cuales fue el niño John Alejandro Meneses Jaramillo (hecho 11).

"Bajo los numerales 12 y 13 (fls. 36 a 48) se hacen en la demanda las descripciones de lo que se dice sufrieron los actores, y fundamentalmente se hacen alegaciones de tipo jurídico que no son hechos."....

"CONSIDERACIONES

"1. El asunto por su naturaleza, lugar de ocurrencia de los hechos y cuantía estirada en la demanda para cada una de las pretensiones en el valor de 1.000 gramos de oro, que a la fecha de la demanda valían $7.036.220.oo, según certificación del Banco de la República (fl.14 Cd. 2), es de competencia en primera instancia de ese Tribunal. No se advierte ningún defecto procesal que impida dictar sentencia de mérito.

"2. Las pruebas obrantes en el proceso dan cuenta fehaciente de los hechos siguientes:

2.1. En la madrugada del 18 de noviembre de 1990 en el área urbana de Pueblo Rico (Rda.) el Subteniente Néstor Germán Siachoque Jarro, solicitó a John Jairo Meneses Mejía le proporcionara un camión, de que éste era conductor, para utilizarlo en el transporte del citado oficial y otros militares, a la base respectiva situada en el área rural.

"Obtenido el camión, el oficial se encargó de conducirlo, habiéndose accidentado el vehículo en la vereda El Indio.

"El accidente se debió a la impericia con que fué conducido el camión que estaba cargado con 12 toneladas de madera, carga que al chocar el vehículo contra un barranco se desplazó sobre la cabina. En el accidente resultaron muertos el Subteniente Siachoque, un Suboficial de la Armada, y resultó seriamente lesionado John Jairo Meneses.

"El señor comandante del Batallón de Artillería San Mateo, en su informe sobre los hechos, al señor comandante de la Octava Brigada, suministra la siguiente versión de lo ocurrido: "Con el presente me permito informar al señor Coronel Comandante de la Octava Brigada, los hechos sucedidos el día 180300-NOV-90, en la Vereda El Indio Jurisdicción del municipio de Pueblo Rico, donde perdieron la vida el señor ST. SIACHOQUE JARRO NESTOR GERMAN 8617424 y el Suboficial SEGUNDO PEDRO ENRIQUE VALBUENA, así:

"Siendo aproximadamente las 14:00 del dia 17-NOV-90, el señor St. SIACHOQUE salió de la base en dirección al Municipio de Pueblo Rico, en compañía de los soldados. SL REYES GARCIA JOSE EIBER, SL. REINA FRANCISCO JAVIER, SL. VALLEJO VERA RAUL, cuando éste iba llegando al caserío se encontró con un Suboficial que venía de comprar víveres frescos y le ordenó que le dejara al SL. ARCE PLAZAS JOSE REMIGIO, para él completar 04, para que le sirvieran de escolta y le ordenó al cabo que siguiera para la base, que él no se demoraba puesto que iba a hacer una llamada a la novia.

"Al llegar al Municipio se dirigió a Telecom e hizo una llamada y por versión del SL. ARCE PLAZAS, no encontró a la novia. Saliendo de este sitio se fueron a dar una vuelta por el pueblo y hay el ST. SIACHOQUE entró a una casa de una supuesta amiga donde se encontraban celebrando una fiesta de 15 años. Los soldados se quedaron en la parte exterior de la casa, cerca de las 19: 00 aproximadamente el ST. SIACHOQUE volvió a

salir con los soldados en dirección a Telecom y volvió a hacer una llamada al parecer a la novia de acuerdo a la versión del soldado ARCE PLAZAS pero que no la había encontrado.

"Una vez salieron de Telecom se dirigieron hacia el parque, donde se encontró con el Suboficial Segundo de la Armada CASALLAS VALBUENA, quien lo invitó a tomar, este suboficial se encontraba ingiriendo licor desde temprana hora puesto que por versión de los soldados se encontraba bastante embriagado. El suboficial se encontraba acompañado por el señor JOHN JAIRO MENESES identificado con cédula de ciudadanía No.15.522.091 de Andes (Ant.), de profesión conductor, a quien le pidieron que los llevara a la base y como éste no accedió fue obligado a entregar las llaves del camión Marca internacional Placas TM 0652 afiliado a transportes SIERRA Y OSORIO de Medellín (Ant.), que se encontraba cerca al lugar donde estaban ingiriendo licor y el cual estaba cargado con 12 toneladas de madera.

"Ante esta acción el ST. SIACHOQUE cogió las llaves del camión, lo prendió y se dirigieron hacia la base a eso de las tres de la mañana y en la bajada que de Pueblo Rico conduce a Villa Claret, el conductor del vehículo (ST. SIACHOQUE) perdió el control del mismo por peso y velocidad, chocando contra un barranco quedando aprisionados dentro del carro por la madera muriendo instantáneamente el ST. SIACHOQUE y el Suboficial Segundo y quedando herido el señor JOHN JAIRO MENESES conductor del vehículo..." (fl. 66 Cd. 2).

"La prueba testimonial recaudada en este proceso y el penal que se adelantó para investigar lo ocurrido, corroboran las versiones que atrás se han reseñado.

'Se recibió declaración a José Eiber Reyes (fl. 103) Raúl Vallejo (fl., 107) quienes por la época de los acontecimientos prestaban servicio militar, e integraban el pelotón bajo el mando del Subteniente Siachoque y lo acompañaban en la madrugada del 18 de noviembre de 1990. Los testimonios a más de coincidir con lo atrás expuesto, señalan que el oficial Siachoque y los soldados que a sus órdenes le acompañaban, estaban uniformados y portaban armas oficiales de dotación.

"2.2. La calidad de militar del Subteniente Siachoque aparece acreditada con copias; del decreto 2430 de noviembre 24188 que le confiere el grado en mención del acta de su posesión, y el informe en que se le dió de baja por defunción, por la resolución 09/91 (ver fls. 16 a 19 Cd. 2).

"2.3. Según reconocimiento practicado a John Jairo Meneses Mejía por medicina Legal de Pereira y Medellín, y concepto de esta última (fls. 64, 164 y 166), como consecuencia del accidente sufrió "amputación de ambos miembros inferiores entre el tercio distal y medio del muslo. Múltiples cicatrices heridas de antebrazos, mano izquierda, brazo derecho hasta 6 ctms." (fl. 166). "Le quedan como secuelas la pérdida del órgano de la locomoción y una deformidad física, todas de carácter permanente" (fl.166), para el manejo de sus secuelas no requiere de tratamiento con drogas, ni la esperanza de vida se ve afectada por las secuelas y "le correspondería 35, 6 años de esperanza de vida". "e) para su rehabilitación requiere los servicios de un médico especialista en esta materia además de unas prótesis adecuadas. f) Dada la pérdida anatómica de los miembros inferiores hay un cambio en la auto imagen corporal y la auto estima, sentimiento de minusvalía y auto depreciación que consolidan un estado de depresión reactiva, que se activa constantemente cuando se debe confrontar a eventos y a estilos que impliquen la presencia de los miembros perdidos. Por tanto requiere la atención de un médico siquiatra para efectos de elaboración del duelo que le permita llevar una vida social adecuada y satisfactoria dentro de sus limitaciones físicas. g) En el estado en que se encuentra puede valerse para realizar él mismo sus necesidades primarias (Fl. 166 fte y vto).

"3. En la demanda y el alegato de conclusión respectivo, se invoca el régimen de responsabilidad estatal de la falla en el servicio.

"La nueva Constitución en su artículo 90 establece que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas". El Constituyente no sólo consagró explícitamente el principio de la responsabilidad del Estado, sino que señaló, por vía general, los supuestos de tal responsabilidad, a saber: la antijuridicidad del daño, y el vínculo causal entre el daño y la conducta (acción u omisión) de las autoridades.

"El concepto de daño antijurídico ha de entenderse como lo señala el H. Consejo de Estado (Sentencia de octubre 31/91, Sección Tercera Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, Exp. 6515. Actor Fabio Ruiz, demandada la Nación-Ministerio de Obras Públicas -Fondo Vial Nacional): "Para LEGUINA, **Un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no está obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica**....". "Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA, 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 los supuestos de responsabilidad posibles...**". Más adelante agrega la providencia citada: " Siempre que se produzca un daño o perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este 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 o causa**, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal reconocimiento...".

"El criterio de la culpabilidad se abandona así en forma absoluta, a pesar de lo que pudiera sugerir el empleo de la expresión "que le sean imputables", la que ha de entenderse como una referencia al vínculo de causalidad entre el daño y la conducta de las autoridades. No se exige un obrar contra derecho (antijuridicidad subjetiva), sino que la víctima que padece el daño no tenga la obligación de soportarlo por justa causa, que bien puede ser un ordenamiento legal (antijuridicidad objetiva). En esta adopción de un criterio ajeno a la culpabilidad se amplia el campo que en el mismo sentido había venido creando la jurisprudencia, como en los regímenes de responsabilidad por riesgo, de inequitativa distribución de las cargas públicas.

"El nexo de causalidad debe ser entre la conducta de las autoridades como tales, por acción u omisión, que sí bien no excluye la hipótesis de que se ignore qué persona o funcionario actuó u omitió hacerlo, si excluye la actuación del agente cuando actúa fuera de sus funciones o en actos desvinculados del servicio, pues en tales casos su accionar, su conducta, no puede calificarse como de autoridad, como conducta del Estado.

"4. En el caso de este litigio es evidente el vínculo de causalidad entre la conducta del Subteniente Siachoque, al tomar un vehículo de un particular y destinarlo al transporte suyo, como oficial del Ejército, y de soldados bajo su mando para regresar a la base militar, y conducir el vehículo con carga de varias toneladas, en forma veloz y no poder controlarlo luego, incurriendo inclusive en el error de acelerarlo cuando lo indicado era frenarlo. Es evidente que esa fué la causa del accidente y de las lesiones sufridas por John Jairo Meneses.

"Que actuó en forma culposa el Subteniente Siachoque es cuestión igualmente evidente, al desconocer la prohibición de abandonar la base, al embriagarse estando de servicio, al tomar para conducirlo un vehículo de un particular. Pero esa culpabilidad en su comportamiento no excluye que

estuviera actuando como agente del Estado. No se trató de actos del agente ajenos al servicio, que ejecutara como persona y no como funcionario del Estado.

"5. Se ha reclamado la indemnización por perjuicios morales por los actores José María Meneses Arboleda y Miriam Mejía de Meneses invocando su calidad de padres del lesionado, calidad que acreditan con certificación del Notario único del Círculo de Andes de que al fl. 1698028 aparece el registro civil del matrimonio contraído por José María Meneses Arboleda y Miriam Mejía Restrepo el 14 de enero de 1951. Al fl. 19 obra certificación del Notario de Betania de que al folio 187 del Tomo 92 aparece inscrita la partida de nacimiento de John Jairo Meneses Mejía ocurrido el 15 de septiembre de 1957, hijo de José María y Miriam.

"Respecto del menor John Alejandro Meneses Jaramillo alega la calidad de hijo del lesionado, la que se acreditó con certificado del notario Unico de Andes de que en el folio 5063827 del libro 99 de mayo 30/81, se encuentra inscrita el acta de nacimiento de John Alejandro Meneses Jaramillo ocurrido el 1o. de mayo de 1.981, hijo de John Jairo Meneses y Clara Isabel Jaramillo.

"Los demandantes Carlos Alfonso, Jesús Alberto, Arley de Jesús y José Félix Meneses Mejía invocan la calidad de hermanos del lesionado, parentesco que se comprobó con certificación del notario de Betania (Ant.), de que a fls. 107 de febrero 3159 y 443 de marzo 13/60 fueron inscritos los nacimientos de Carlos Alfonso Meneses Mejía y José Félix Meneses Mejía ocurridos en enero 25/59 y marzo 11/60; certificaciones del notario de Andes (Ant.) de que a fls. 156, libro 1 de 2 de junio de 1962 y 302, libro 1 de junio 17163 se encuentran inscritas las actas de nacimiento de Jesús Alberto Meneses Mejía y Arley de Jesús Meneses Mejía ocurridos el 28 de mayo de 1962 y el 8 de junio de 1963, apareciendo todos ellos como hijos de José María Meneses y Miriam Mejía.

"La demandante Clara Isabel Jaramillo invoca que ha sufrido perjuicios morales dada su vinculación afectiva de concubinaria del lesionado. Ella es la madre del menor John Alejandro nacido en mayo 1/81, y que hacía vida marital con John Jairo Meneses al sufrir éste las lesiones, lo manifiestan los declarantes Jesús María Barco Gutiérrez y Rodrigo Hernando Rendón Gallego (fls. 114 a 118 vto. Cdno No. 2).

"Los perjuicios morales que el accidente causara a John Jairo Meneses Mejía son evidentes ya que la angustia padecida no se circunscribe a la época subsiguiente del accidente, sino que por las secuelas padecidas se

prolonga en el tiempo, atenuándose progresivamente con el paso del tiempo pues está en la naturaleza del hombre que ello suceda así, como un mecanismo de adaptación y supervivencia. En este caso el perjuicio consiste en la afectación moral sicológica, no sólo en la época de la tragedia sino en el futuro por la calidad de permanente y severidad de la invalidez. Es aplicable al caso el criterio expuesto recientemente por el H. Consejo de Estado: " .... una afectación moral de tanta consideración que obligue al reconocimiento máximo de 1000 gramos de oro establecido jurisprudencialmente, para casos tales como aquellos en que el daño físico es tan grave que resiente en extremo el aspecto sentimental y sicológico de la víctima, como sería, por ejemplo, la pérdida de la facultad locomotriz, visual, auditiva o, en general, de la capacidad laboral...." (Sección Tercera, de noviembre 15/91, Exp. 6526, actor Zobel de Jesús Clavijo y otros. Consejero ponente Dr. Daniel Suárez H.). Esta indemnización de perjuicios morales incluye los que el lesionado tendrá en el futuro como consecuencia de la invalidez. Se tasarán tales perjuicios en el equivalente a mil (1.000) gramos de oro.

"Respecto de los padres tales perjuicios se presumen, según la doctrina, y no aparece prueba de ningún hecho o circunstancia que desvirtúe tal presunción. Se tasarán tales perjuicios en el equivalente a quinientos (500) gramos de oro.

"En relación con los hermanos del lesionado se acreditó con las declaraciones de Jesús María Barco Gutiérrez y Rodrigo Hernando Rendón Gallego (fls. 114 a 118 vto,Cdno.2), que los padres, el lesionado, sus hermanos, al igual que la compañera permanente y el hijo de aquel, convivían bajo un mismo techo, formando un hogar, en el que se desenvolvían las relaciones interpersonales de los hermanos de manera armoniosa, con mutua colaboración. Se trataba, según tales testimonios de una especial relación afectiva, fraterna, pero realmente de las circunstancias relatadas no se infiere que se tratara de una relación especial, diferente a la que comúnmente se da entre hermanos. Lo anterior no empece que haya certidumbre que la tragedia del hermano, con el que se convive y queda inválido con las características de la invalidez de John Jairo Meneses, produjera en sus hermanos una grave angustia. Se tasarán los perjuicios para cada uno, en el equivalente a 250 gramos de oro.

"En cuanto a la demandante Clara Isabel Jaramillo, está acreditado no solo que era la compañera permanente de John Jairo Meneses, sino que de tal relación hay un hijo, el niño John Alejandro Meneses Jaramillo lo que da a la vida de pareja perfiles propios de un hogar, una familia. Para ella el impacto de la tragedia es mayor, y son evidentes la angustia y

sufrimiento que aquélla hubieron de producirle. Se tasará la indemnización por perjuicios morales a ésta demandante en el equivalente a 500 gramos de oro.

"El hijo John Alejandro Meneses Jaramillo, padeció perjuicios morales que han de prolongarse en el tiempo, pues en su mundo sicológico el rol del padre se verá afectado de la invalidez que aqueja a éste. Tales perjuicios se tasarán en el equivalente a 500 gramos de oro.

"6. Se reclama el pago de perjuicios materiales por estos conceptos:

"A- Daño emergente futuro, consistente en los gastos que deba realizar John Jairo Meneses mejía por concepto de conservar su estado de salud, los servicios de un fisiatra, drogas, "los servicios de una persona experta en el manejo de este tipo de enfermos y por el término de su vida probable", y los servicios de un siquiatra.

"B- Lucro cesante en dos períodos, el consolidado y el futuro.

"C- Perjuicios fisiológicos "por cuanto el afectado no podrá realizar algunas actividades vitales que hacen agradable la existencia .... ".

"Respecto del llamado daño emergente futuro, se tiene que la situación de invalidez de John Jairo Meneses, es definitiva e implica una situación estable, que excluye que haya que realizar gastos para conservarse en el estado actual, y el paciente puede valerse para sus necesidades primarias, lo que excluye la contratación de persona que lo asista en ellas. En cuanto a los denominados perjuicios fisiológicos, ya se preciso atrás que la indemnización de perjuicios morales decretada se refiere no sólo a la angustia y traumatismo sicológico al momento mismo del accidente sino a toda afectación futura de esa índole.

"6. El lucro cesante reclamado se encuentra acreditado ya que el lesionado sufrió incapacidad laboral permanente y total. El demandante nació el 15 de septiembre de 1957, con una esperanza de vida hasta los 65 años, es decir hasta el 15 de septiembre del 2.022. Su ingreso mensual no se encuentra acreditado, por lo cual como tal habrá de tenerse el salario mínimo mensual, que en el año 1990 de ocurrencia del accidente, era de $41.025.oo mensuales según el decreto 3000/89.

"La indemnización comprenderá dos períodos, uno vencido, causado o consolidado, del 18 de noviembre de 1990 a la fecha de ejecutoria de la sentencia, y otro futuro o anticipado, del día siguiente a la ejecutoria de la

sentencia, hasta septiembre 15 del 2.022. las liquidaciones se harán por meses completos, y como no se conoce el índice Nacional de precios al consumidor en la fecha futura de ejecutoria de la sentencia, la condena se hará en abstracto, para que se proceda dentro de su liquidación por el trámite del artículo 137 C.P.C., dentro los 2 meses siguientes a la notificación del auto que disponga estar a lo dispuesto por el Superior.

"Se actualizará, como lo solicita la demanda, la indemnización por concepto de lucro cesante consolidado. La actualización de la renta mensual se hará teniendo en cuenta el índice nacional de precios al consumidor, y con aplicación de la fórmula.". (fls. 126-143 Cdno No. 1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 147 y siguientes del Cuaderno No 1, obra el escrito en el 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. Su inconformidad con la sentencia impugnada se puede concretar así:

A) Solicita que el centro de imputación jurídica demandado sea condenado a pagar mil gramos de oro (1.000), por perjuicios morales en favor de MIRIAM MEJIA DE MENESES (madre), JOSE MARIA MENESES ARBOLEDA (padre) CLARA ISABEL JARAMILLO (compañera permanente) y JOHN ALEJANDRO MENESES JARAMILLO (hijo).Impetra igualmente, que cada uno de los hermanos sea beneficiario de una condena por quinientos (500) gramos de oro fino.

B) Insiste el mandatario judicial de los demandantes en que se condene al pago de perjuicios fisiológicos en favor del lesionado, Señor JOHN JAIRO MENESES MEJIA.

-III-

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DE LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.-

Dentro del término que la ley brinda para alegar, lo hizo, para **DESTACAR**:

"Bien, tal como lo expresé en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia, del análisis de las pruebas testimoniales obrantes en los

procesos referidos se desprenden graves contradicciones, que no fueron valoradas por el sentenciador de primera instancia y por el contrario, se les otorgó mérito probatorio y con base en ellas se negó responsabilidad administrativa, veamos:

"1) Declaración rendida por el Señor Carlos Emilio Sabas Garcés, el día 6 de diciembre de 1990, ante el Juzgado 12 de instrucción criminal que obra a folios 143 y siguientes del expediente:

"Cuando se le preguntó qué sabía de los hechos donde resultó lesionado el señor John Jairo Meneses Mejía, contestó: "vea, yo estaba al pie de un carro, cuando observé que arrancó el carro de John Jairo y no se más"

"Así mismo, cuando se le preguntó si tenía conocimiento porqué motivo el carro lo iba conduciendo el oficial del Ejército, Contestó: " No sé por que lo conducía el Cabo del Ejército"

"Igualmente cuando se le preguntó si el Señor John Jairo se opuso a que los oficiales del Ejército manejaran el camión, contestó: "no ví, no se decir eso".

"Ahora bien, la anterior declaración es cambiada radicalmente, en su versión rendida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico (Risaralda), el día 15 de julio de 1991, es decir siete (7) meses después de su primera declaración.

"Efectivamente al preguntársele sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la muerte del Teniente Néstor Germán Siachoque Jarro y del Suboficial Pedro Enrique Casallas Valbuena, contestó: "Me encontraba yo parado al pie del carro de John Jairo Meneses, yo estaba poniéndole cuidado a los carros que estaban parqueados ahí, ya que esa es mi profesión y John Jairo estaba dentro del carro cuando arrimaron los dos tenientes del Ejército y lo obligaron a que les diera las llaves del camión para que los llevara a la base de ellos, entonces John Jairo les dijo que él por allá no iba y lo obligaron a que tenía que darles las llaves le arrebataron las llaves y se montaron en el carro y se fueron....".

"De lo anterior, vale la pena preguntarse:

"Será lógico que un testigo se acuerde mejor de los hechos siete (7) meses después de sucedidos, que veinte (20) dias después de su ocurrencia, cuando lo lógico es que por el transcurso del tiempo olvide los detalles de modo tiempo y lugar en que sucedieron los mismos?.

"2) Declaración rendida por el Sl.Reyes García José Heiber el 7 de diciembre de 1990 ante el Juez 34 de Instrucción Penal Militar que obra a folios 157 y siguientes del expediente:

"Al hacer la narración de los hechos ocurridos el 18 de noviembre de 1990, contestó: "Salimos a las 3 de la tarde, mi teniente y cuatro soldados, para Pueblo Rico, nos dirigimos a hacer una llamada y a comprar útiles de aseo y mi teniente se dirigió hacia una reunión que había donde una amiga después de la llamada, nosotros nos quedamos en el parque a eso de las dos y media de la mañana volvió por nosotros al parque y dijo vamos muchachos y andaba un sargento por hay (sic) y se pusieron a dialogar y le dijo que cómo hacíamos para irnos y el sargento dijo que tenía las llaves de un carro y las sacó y mí teniente le dijo al conductor que prestara el carro para ir a llevarnos a la base y el conductor dijo SI no hay problema..." (El subrayado es mío).

"Cuando se le preguntó si en algún momento el teniente Siachoque intimidó o fué agresivo con alguien para que le prestara el camión contestó: "En ningún momento".

"Ahora bien, la anterior declaración es cambiada radicalmente en su versión rendida ante el H. Tribunal Administrativo de Risaralda el 24 de julio de 1990 (sic), es decir siete (7) meses después de su primera declaración.

"Efectivamente, al preguntársele acerca del accidente ocurrido en la vía que de Pueblo Rico conduce a Villa Claret, el 18 de noviembre de 1990, contestó: ".....Se relacionaron ahí el teniente y el sargento y el dueño del camión, o el que lo manejaba que no se como se llamaba, entonces le dijo que si nos prestaba el carro para llevarnos a la base y el dueño del camión les dijo que él los llevaba. Para la prestada del camión el teniente tuvo que insistir porque el dueño le dijo al principio que mirara que ese carro estaba cargado y que era muy peligroso ir por allá, el teniente le dijo que el era oficial y que estaba acostumbrado a manejar toda clase de carros, yo llevo ese carro, préstemelo que yo lo conduzco ante la insistencia en ese caso el dueño del camión prestó el carro".

"Fué muy cuidadoso el señor apoderado del actor cuando al advertir la contradicción existente entre el testimonio rendido ante el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar y el rendido ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa preguntó al SL. Reyes García José Heiber: "En su declaración ante la justicia Penal Militar usted no dió cuenta de la insistencia del teniente hacia el dueño del carro para que le prestara el vehículo, a qué se debe eso? Contestó: "Por qué (sic) usted sabe que yo cuando eso

estaba pagando servicio, entonces nos dijo otro superior un cabo: ojo con ir a hablar en contra del teniente porque nos envainamos, aquí nos lleva el diablo a nosotros porque prácticamente ustedes estaban evadidos, entonces mucho cuidado con ir a hablar en contra del teniente. Y nosotros también, imagínese prestando servicio militar, no íbamos a ser tan bobos para declarar en contra del teniente, para quedarnos guardados cuando ya estábamos para terminar el servicio militar. Esa fué la causa por la cual no se dijo esa vaina ahí...."

"Vale la pena preguntarse: Cuál era el interés del apoderado de que el testigo aclarara el porqué de sus contradictorias declaraciones?.

"No es lógica ni razonable la respuesta dada por el soldado Reyes García, toda vez que estando muerto el teniente Siachoque Jarro en que había de perjudicarlo el narrar la verdad de lo sucedido?

"3) Declaración rendida por el Sl. Raul Vallejo Vera el 7 de diciembre de 1990, ante el Juez 34 de Instrucción Penal Militar que obra a folio 163 y siguientes del expediente.

"Al preguntársele si fué mediante solicitud exigencia que el teniente Siachoque decidió conducir el camión contestó: "El teniente le dijo al Sargento que él llevaba el carro, entonces el chofer dijo nó yo lo llevo, y después le dijo el teniente al chofer déjemelo llevar a mí que yo no estoy borracho, y él le dijo está bien llévelo. (El subrayado es mío)."

"En la declaración rendida el 24 de julio de 1991 ante el Tribunal Administrativo de Risaralda que obra a folios 201 y siguientes del expediente, ante la pregunta de si la utilización del vehículo por el Teniente fué algo de su libre voluntad o no, contestó: "yo lo único que vi fué que el teniente estaba alegando con el conductor, hasta ahí me di cuenta."

"Ha debido el H. Tribunal Administrativo de Risaralda desestimar por inútiles y contradictorias las pruebas testimoniales aportadas por el demandante al proceso negándoles todo mérito probatorios a las mismas.

"Que el teniente Siachoque estaba evadido de la base?. Es innegable; que portaba su uniforme y arma de dotación oficial? Es cierto; que había desobedecido órdenes superiores? También es cierto; que obligó al Señor John Jairo Meneses Mejía, a entregarle las llaves del camión y a subir en él? No es cierto; que se prevalió de su condición de militar para obtener las llaves del camión? tampoco es cierto.

"Que se valió del arma de que disponía para obligar al señor Meneses Mejía? Menos aún. El mismo demandante Meneses Mejía así lo expresó en su declaración ante el despacho del Juzgado 22 de Instrucción Criminal de Pereira que obra a folios 139 y siguientes del expediente, cuando expresó: "El me amenazó en el sentido que lo tenía que llevar pero de palabra..... únicamente me dijo que lo tenía que llevar....."

"Podemos entonces negar con los anteriores presupuestos, que el agente Siachoque incurrió en culpa; que el perjuicio no se derivó de una falla del servicio sino de una culpa personal del funcionario?.

"En qué hubiera consistido la falla del servicio?.

"En mi concepto, en haberse prevalido de la condición de militar, para obligar al señor Meneses Mejía, a la entrega de las llaves del camión; en haber ejercido esa autoridad con el fin de cumplir con actividades propias del servicio; en haberse valido incluso del arma de que disponía, para lograr el cabal cumplimiento de su servicio, pero nada de eso ocurrió.

"No podemos tampoco dejar de lado el comportamiento asumido por el señor Meneses Mejía: Se encontraba borracho, alicorado, entregó voluntariamente las llaves del camión y ascendió al automotor. Así las cosas también incurrió en culpa quebrantando las obligaciones y deberes que como administrado estaba obligado a observar.

"No se puede decirse que el Señor John Jairo Meneses Mejía fué sujeto pasivo de la actuación del teniente Nestor Germán Siachoque Jarro; por el contrario debido al estado de embriaguez en que se encontraba entregó voluntariamente las llaves del camión exponiéndose imprudentemente al perjuicio.

"La teoría de la responsabilidad directa del estado parte ante todo, de la base de separar, de desprender de la persona humana (agente o funcionario) su acto, su hacer, su obra individual en el ejercicio de sus funciones, para considerarlo como un simple acto o hecho de la administración, como la forma de ejercer y realizar su actividad jurídica. Cuando un funcionario obra en su carácter de tal, dentro del "ejercicio de sus funciones" o con motivo u ocasión de las mismas, se entiende que quien actúa no es él, sino la administración misma a través de él. Por ello cuando tales hechos, actos, operaciones, e incluso omisiones, se deriva un daño para un tercero, el responsable es el Estado y no el agente. Pero, obviamente lo anterior no significa de manera alguna, que siempre que un agente o funcionario del Estado actúa, es decir, realiza o desarrolla actividades que transcienden

a la vida jurídica, deba entenderse que es el órgano Estatal y no la persona misma quien lo hace. Es obvio que todo individuo, que todo ser humano, dotado de razón, de inteligencia y voluntad propia, sujeto por tanto de derechos y obligaciones y dotado de capacidades de goce y ejercicio, antes que empleado, agente, funcionario o mandatario, es una persona natural, y antes que actuar por otro o para otro, lo hace por sí para sí" (el subrayado es mío) (la responsabilidad del Estado por falla del servicio público JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO tesis de Grado, Bogotá, 1972).

"PETICION

"Con fundamento en las anteriores consideraciones respetuosamente solicito al H. Consejero ponente del H. Consejo de Estado revoque la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Risaralda el 25 de marzo de 1992, por cuanto no se probó dentro del proceso que efectivamente el Señor John Jairo Meneses Mejía, hubiese (sic) sido obligado por el agente de la administración a entregar las llaves del camión y a ascender a él, para poder configurar la responsabilidad administrativa por falla del servicio.".

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos ajustes de alcance económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida concluír que se dió la falla del servicio. La valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el sentenciador de instancia, la patrocina el *ad-quem*, por encontrarla ajustada a la ley y al derecho. El solo Informe rendido por el Teniente Coronel LUIS CARLOS RODRIGUEZ VICTORIA, Comandante del Batallón de Artillería Nro 8 San Mateo, al Sr Comandante de la Octava Brigada, el dia diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990) (C 2, fol 666), resulta bien explicativo de la realidad fáctica. En él se relata la forma como perdieron la vida el señor St NESTOR SIACHOQUE JARRO y el Suboficial PEDRO ENRIQUE CASALLAS VALBUENA y fue herido de Gravedad el demandante, Señor JOHN JAIRO MENESES MEJIA. En Lo pertinente del mismo se destaca:

"Una vez salieron de Telecom se dirigieron hacia el parque, donde se encontró el Suboficial Segundo de la Armada CASALLAS VALBUENA,

quien lo invitó a tomar, éste suboficial se encontraba ingiriendo licor desde temprana hora puesto que por versión de los soldados se encontraba bastante embriagado. El suboficial se encontraba acompañado por el señor JHON JAIRO MENESES identificado con cédula de ciudadana No. 15'522.091 de andes (ant), de profesión conductor, a quien le pidieron que los llevara a la base y como éste no accedió fué obligado a entregar las llaves del camión marca Internacional Placas Tm-0652 afiliado a transportes SIERRA Y OSORIO de Medellín (ant), que se encontraba cerca al lugar donde estaban ingiriendo licor y el cual estaba cargado con 12 toneladas de Madera.

"Ante ésta acción el ST. SIACHOQUE cogió las llaves del camión, lo prendió y se dirigieron hacia la base a eso de las tres de la mañana y en la bajada que de Pueblo Rico conduce a Villa Claret, el conductor del vehículo (ST. SIACHOQUE) perdió el control del mismo por peso y velocidad, chocando contra un barranco quedando aprisionados dentro del carro por la madera muriendo instantáneamente el St. Siachoque y el Suboficial Segundo y quedando herido el señor JOHN JAIRO MENESES conductor del vehículo.".(fls. 66 y 66 B, C 2).

Frente a la realidad que se deja expuesta, no es de recibo la argumentación de la apoderada del centro de imputación jurídica demandado,cuando en su alegato de conclusión, no obstante aceptar que el Teniente Siachoque estaba evadido de la base, que portaba su uniforme y arma de dotación oficial, que había desobedecido órdenes superiores, desconoce el universo que tiene el informe del comandante del Batallón quien, como ya se destacó, reconoce que JOHN JAIRO MENESES MEJIA " .... FUE OBLIGADO A ENTREGAR LAS LLAVES DEL CAMION MARCA Internacional Placas TM-0652..... ", antecedente que tiene que ver mucho con el desarrollo de la tragedia.

En apoyo de lo ya expuesto viene la providencia del Juzgado Doce de Instrucción Criminal, de veintitrés (23) de mayo de mil cientos noventa y uno (1991), en virtud de la cual el citado funcionario se abstuvo de iniciar la investigación penal, por muerte de los sindicados. En lo sustancial del citado proveído se razona judicialmente dentro del siguiente perfil:

"Como se aprecia es justamente el oficial SIACHOQUE JARRO, el único y verdadero comprometido en la ocurrencia del hecho motivo de estudio, pues su desmedida actitud, el abuso de su rango y autoridad y al desobedecimiento a todas las funciones a él otorgadas por sus superiores como consta en este expediente, hizo no solo que el propietario del vehículo se tuviera que montar al carro contra su voluntad ya que como es lógico tenía que cuidar su patrimonio, sino que el sargento y los propios soldados

también lo hicieron, Seguramente ellos sabían el peligro que asumían, pero no les quedaba otra alternativa unos ante la orden del superior y otros a lo mejor atemorizados pues SIACHOQUE JARRO estaba no solo armado, sino escoltado y al mando de la unidad operativa.

"Probado está claramente que el subteniente se había venido de la base militar para Pueblo Rico en las horas de la tarde en compañía de unos soldados, y que empezando la noche según lo manifestó el soldado GIL FRANCISCO JAVIER, fueron a TELECOM a hacer una llamada y que al momentico el subteniente les dijo " .... esperen en el parque..... " y se dirigió para un casa donde se realizada una fiesta y allí se quedó hasta las dos de la madrugada.

"Como se nota SIACHOQUE JARRO, estuvo en aquella reunión varias horas, tiempo suficiente para haber adquirido una alta dosis de licor, que si nos atenemos a los resultados del catastrófico accidente nos dan la razón para deducir su avanzado estado de embriaguez, pues una persona en estado normal no habría abordado en compañía de sus subalternos ese vehículo en las condiciones en que se encontraba para llevarlo hasta aquella región. Pudo mas en este caso el descuido y la negligencia del uniformado, coadyuvado por el sargento CASALLAS VALBUENA, que al decir de todos los testigos estaba embriagado y daba órdenes igualmente, que lo que aconsejaban todos los parroquianos que estaban en el parque del citado municipio la madrugada del incidente así como los propios soldados y el ayudante de MENESES MEJIA, en el sentido del inminente peligro que corrían sus vidas si emprendían ese viaje.

"Según lo comentado por el lesionado MENESES MEJIA, conductor del vehículo accidentado, dicho automotor se encontraba en buenas condiciones mecánicas y de mantenimiento por lo que el insuceso ocurrió única y exclusivamente por fallas atribuidas al aquí sindicado.

"En este orden de ideas, no le asiste al Juzgado ninguna duda al respecto en relación con la responsabilidad del aquí investigado SIACHOQUE JARRO, pues fue él y únicamente él el culpable del accidente, ya que no previó los resultados que podrían sobrevenir con su conducta y ni siquiera cuando el conductor del vehículo con su experiencia y conocimiento de su propio camión le reconvino el peligro que tenían aceptó su error.

"La conducta culposa se configura cuando el agente realiza el hecho por falta de PREVISION DEL RESULTADO PREVISIBLE o cuando habiéndolo previamente, confió en poder evitarlo. Y fue justamente lo que le pasó al militar, quizo hacer gala de fortaleza y abuso de autoridad optando

por manejar ese vehículo en las condiciones en que estaba sin tener en cuenta la poca visibilidad pues era de noche, la topografía del terreno y su alto grado de alicoramiento, razones mas que suficientes para endilgarle la responsabilidad en el hecho punible motivo de estudio en estas diligencias." (C 2 fol.95 - 97).

B) Por lo que hace relación con la legitimación por activa, ella quedó bien demostrada. También EL DAÑO. Respecto de éste el sentenciador valora el dictámen rendido por el médico legista el dia tres (3) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), en el cual se ilustra al fallador dentro del siguiente marco,

"El suscrito médico legista, bajo la gravedad del juramento prestado, expone:

"En esta fecha fué reconocido (a): JOHN JAIRO MENESES MEJIA quien presenta: amputación de ambos miembros inferiores entre el tercio distal y medio del muslo. Múltiples cicatrices de heridas de antebrazos, mano izquierda, brazo derecho hasta de 6 cms. El paciente relata pérdida de origen traumático incisivo central de la arcada dental superior izquierda, natural y del canino superior de la misma arcada, de prótesis dental. Según historia clínica Nro. 1468983 del Hospital San Vicente de Paúl, se le practicó amputación bilateral por encima de rodillas. Lesiones por contusión. Incapacidad definitiva de 70 (setenta) días. Le quedan como secuelas la pérdida de ambos miembros inferiores, la perdida del órgano de la locomoción y una deformidad física, todas de carácter permanente y por las amputaciones anotadas. "Fdo: LUIS CARLOS CANO MONTOYA. Médico Legista.". (Cdno 2, fol 166).

Dada la gravedad de las lesiones que sufrió el demandante, que determinaron la amputación de sus dos piernas por encima de las rodillas, la Sala patrocina la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el a-quo en favor de JOHN JAIRO MENESES MEJIA por un mil gramos (1.000) de oro fino, pero encuentra de recibo los reparos que el apoderado de la parte actora formula a la tasación que por el mismo concepto se hizo en favor de los padres del lesionado su compañera permanente, su hijo JHON ALEJANDRO MENESES JARAMILLO y sus hermanos. Resulta evidente que el estado de postración en que quedó el primero, genera un dolor subjetivo intenso, que debe ser reparado con una indemnización mayor, tasación que necesariamente se hace con la filosofía del ARBITRIO JUDICIAL y teniendo muy en cuenta que no se trata de BORRAR LO IMBORRABLE como lo han predicado la Corte Suprema de Justicia, citando a los hermanos MAZEAUD, sino de " .... procurar ALGUNAS SATISFACCIONES EQUIVALENTES AL VALOR MORAL DESTRUIDO." (Sentencia se septiembre 27 de 1974. Magistrado Ponente,

Dr. Germán Giraldo Zuluaga). Por todo lo anterior se elevará el monto de la condena para los demás demandantes, así:

Para MIRIAM MEJIA DE MENESES y JOSE MARIA MENESES ARBOLEDA (padres), la cantidad de ochocientos gramos (800) de oro fino para cada uno;

Para CLARA ISABEL JARAMILLO (compañera permanente), la cantidad de ochocientos (800) gramos de oro fino;

Para JOHN ALEJANDRO MENESES JARAMILLO (hijo del lesionado), ochocientos (800) gramos de oro fino;

Para CARLOS ALFONSO, JESUS ALBERTO, ARLEY DE JESUS y JOSE FELIX MENESES MEJIA (hermanos del lesionado), cuatrocientos (400) gramos de oro fino para cada uno.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio del referido metal en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia.

C) La Sala confirmará, igualmente, la condena que por PERJUICIOS MATERIALES hizo el tribunal en favor del señor JOHN JAIRO MENESES MEJIA, pero ella se hace en concreto y con sujeción a las siguientes pautas:

PRIMERA: Se ha tomado en cuenta el salario mínimo vigente para el año de mil novecientos noventa (1990);

SEGUNDA: Se reconoce una incapacidad permanente del ciento por ciento (100 %) para trabajar y se liquidada hasta el 15 de septiembre del año 2.022, pues se acepta la esperanza de vida que manejó el sentenciador de instancia.

TERCERA: La indemnización comprende dos períodos, así:

a) El vencido o consolidado que corre desde el día dieciocho (18) de noviembre de 1990 y va hasta el 31 de marzo de 1993; b) el futuro o anticipado que se liquidada desde el primero de abril de mil novecientos noventa y tres (1993) hasta el quince (15) de septiembre del año 2.022.

CUARTA: Se actualiza la condena, siguiendo para ello las pautas fijadas por la jurisprudencia de la Sala. Aplicando las anteriores previsiones, se tiene:

1) Salario mínimo 1990 = $41.025.oo

2) Se actualiza la condena, para lo cual se trabaja con la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final (31 Marzo /93)}}{\text{Indice Inicial (18 Nov./90)}}$$

Ra = $ 41.025.oo 287.74/162.11

Ra = $72.818.14

3-) La indemnización comprende dos períodos:

A- Vencido, causado, o consolidado:

$$S = \$72.818.14 \ \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = 72.818.14 \ \frac{(1+0.004867)^{28.43}-1}{0.004867}$$

S = $2'214.521.85.

B- Futuro o Anticipado:

$$S = \$72.818.14 \ \frac{(1+0.004867)^{354.5} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{354.5}}$$

$$S = \$72.818.14 \ \frac{4.591046231}{0.027211622}$$

S = $12.285.612.64

Dentro del marco anterior, la condena por perjuicios materiales monta: CATORCE MILLONES QUINIENTOS MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($14.500.134.49).

D) En la demanda se solicita el pago de los PERJUICIOS FISIOLOGICOS, pretensión que se sustenta dentro del siguiente marco:

"POR LOS PERJUICIOS FISIOLOGICOS, llamados por la jurisprudencia y la Doctrina y la Jurisprudencia Francesa "*Prejudice d 'agrament* y por la Doctrina Italiana "Perjuicio a la vida de relación" y por TOGER DALQ "La Disminución del goce de vivir", por cuanto el afectado no podrá realizar

> algunas actividades vitales que hacen agradable la existencia de cualquier ser humano, pues indiscutiblemente y a manera de ejemplo como lo cita el autor ya nombrado "...la perdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo sicológico y fisiológico del individuo".

También en el escrito en que se sustenta el recurso el apoderado de los demandantes vuelve sobre los PERJUICIOS FISIOLOGICOS, para reiterar:

> "Fueron ampliamente tratados en la demanda y debidamente probados en la actuación; así mismo, fundamenta su procedencia y desvirtuando su posible inconducencia al momento de diferenciarlos con los perjuicios del orden material y moral. Hicimos nuestros los argumentos de los tratadistas cuando lo argumentan en ocurrencia como aquel que produce en la víctima la imposiblidad de ejercer otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Como quiera que la sentencia atacada los negó en ocurrencia, es que apelamos tal aparte decisorio."

Con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la misión de las autoridades públicas; con la filosofía que enseña que TODA INTERPRETACION QUE TIENDA A AMPLIAR EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD ES PREFERIBLE A LA QUE LO RESTRINJA (Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, Tom I, pág,. 211); con el manejo del PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO que predica que la indemnización debe dejar "INDEMNE" a la víctima del Daño Injusto, esto es, debe procurar una REPARACIÓN INTEGRAL del detrimento que dicho daño ha causado en el patrimonio material y espiritual de la víctima, y con conciencia plena del valor que tiene la persona humana, nó dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluír que es un simple animal, un objeto mínimo en el organismo enorme y siempre mutable que se llama naturaleza, por lo cual su vida sólo se explica por la materia en movimiento; ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una VISION CRISTIANA DEL HOMBRE, que lo ve como un ser biológico con un cuerpo físico, y también como un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento, la Sala procede a dar el paso jurisprudencial en virtud del cual hay lugar, en casos como el presente, al reconocimiento y pago del PERJUICIO FISIOLOGICO O A LA VIDA DE RELACION. Este debe distinguirse, en forma clara, del DAÑO MATERIAL, en su modalidad de DAÑO

EMERGENTE y LUCRO CESANTE, y también de los Perjuicios Morales Subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte " ....no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente .... " (Javier Tamayo Jaramillo. De la Responsabilidad Civil, Tom 11.pág. 139), el PERJUICIO FISIOLOGICO O A LA VIDA DE RELACION, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "...**otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia**..." (Dr. Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada, pág. 144).

Para explicar el universo que tiene el DAÑO que se estudia, vienen bien las palabras del tratadista nacional ya citado, cuando enseña:

> "Podría argumentarse que en caso similares ya la víctima fue indemnizada, cuando recibió reparación de los perjuicios morales subjetivos o de los perjuicios materiales, y que en tal virtud se estaría cobrando doble indemnización por un mismo daño. Sin embargo, tal apreciación es inexacta.
>
> Veamos:
>
> "A causa de la lesión física o síquica la víctima pierde SU CAPACIDAD LABORAL, es decir, no podrá seguir desplegando una actividad que le produzca un ingreso periódico.
>
> "Fuera de lo anterior, la lesión le produjo a la víctima DOLORES FISICOS Y DESCOMPOSICION EMOCIONAL, por lo cual surge la obligación de indemnizar perjuicios morales subjetivos. Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, SEGUIRA EXISTIENDO EL FISIOLOGICO que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión: mi integridad personal me concedía TRES BENEFICIOS: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. Si las dos primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera, que es la que da lugar precisamente a la indemnización por perjuicios fisiológicos. Si, por ejemplo la víctima queda reducida a silla de ruedas por una incapacidad permanente total, no se podrá decir que al habérsele indemnizado los perjuicios materiales y los perjuicios naturales subjetivos, ya todo el daño ha sido reparado. De qué vale a la víctima seguir recibiendo el valor del salario u obtener una satisfacción equivalente a un perjuicio moral subjetivo, si para el resto de actividades vitales no dispone de la más mínima capacidad?. Sigamos con el ejemplo: supongamos que la víctima, después de la indemnizada de los

daños materiales y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando muy Lejos de la situación privilegiada en cine se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir DISFRUTANDO DE LOS PLACERES DE LA VIDA. ESTO NOS INDICA QUE EL DAÑO MORAL SUBJETIVO Y EL FISIOLOGICO SON DIFERENTES ....Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la INDEMNIZACION DEL PERJUICIO FISIOLOGICO REPARA LA SUPRESION DE LAS ACTIVIDADES VITALES. Casi podríamos decir que el daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que estas tengan rendimiento pecuniario." (Obra citada, pág. 144 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

La Sala encuentra de total recibo el planteamiento anterior, en un momento de la vida nacional en que los atentados contra la existencia y dignidad de la persona humana se han generalizado, unas veces por la acción de la delincuencia común, y otras como resultado del enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden. Es lamentable que niños, jóvenes,hombres maduros y ancianos tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir por que perdieron sus ojos, sus piernas, sus brazos, o la capacidad de procreación por la intolerancia de los demás hombres. A quienes sufren esas pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO (Mazeaud y Tunc). Así, el que ha perdido su capacidad de locomoción, debe tener la posibilidad de desplazarse en una cómoda silla de ruedas y ayudado por otra persona; a quien perdió su capacidad de practicar un deporte, debe procurársele un sustituto que le haga agradable la vida (equipo de música, libros, proyector de películas, etc). La filosofía de todo lo que se deja expuesto aparece recogida en esta bella página de GIOVANNI PAPINI:

"Me maravilla que otros se maravillen de mi sosiego y paz, en el estado lastimoso al que me ha reducido la enfermedad, no puedo usar mis piernas, brazos, manos, estoy casi ciego y mudo. Así ni puedo andar, ni estrechar la mano de un amigo, ni escribir un nombre, ni el mío. No puedo leer y me es casi imposible conversar, dictar. Son pérdidas irremediables y renuncias terribles, sobre todo para quien tenía la pasión de caminar rápido, leer sin parar, escribir todo por sí mismo: cartas, notas, pensamientos, artículos, libros. Pero no es cuestión de subestimar el resto que me queda, que es mucho y que es lo que en verdad vale más .... Libro, a pesar de todo, gozar de un alegre chorro de sol, de las manchas coloreadas de las flores,

de los rasgos de un rostro. Tengo la alegría siempre de poder escuchar las palabras de un amigo, la lectura de un buen poema; puedo escuchar el canto melodioso o una sinfonía que llena de nuevo calor a todo mi ser .... He podido conservar el afecto de mi familia, la amistad de mis amigos, la facultad de amar..... Puede ser que aparezca como delirio de risa lo que he dicho, pero tengo la temeridad de afirmar que me siento hoy emergiendo del mar inmenso de la vida por una gigantesca marea de juventud."

Al logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los que atacan el espíritu, se orienta la indemnización del DAÑO FISIOLOGICO o A LA VIDA DE RELACION.

Por lo que tiene que ver con el monto de los perjuicios que deben ser indemnizados, la Sala, habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de OCHO MILLONES DE PESOS ($8.000.000.oo), con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones.

Para casos que no tengan el exceso de gravedad notoria del que se deja estado, quien pretenda la indemnización por el PERJUICIO FISIOLOGICO, deberá ser particularmente cuidadoso en probarlo, en su existencia y monto. Será siempre el Juez quien en forma soberana definirá si el hecho invocado ha generado el citado daño, para lo cual el dictamen médico-legal será particularmente importante como punto de apoyo de la condena que en cada caso debe proferirse.

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: CONFIRMANSE los numerales primero (1o.), cuarto (4o.) y quinto (5o.) de la sentencia calendada el día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SECCION TERCERA

SEGUNDO: REVOCANSE los numerales segundo (2o.) y tercero (3o.) de la misma sentencia, los cuales quedarán así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar, por concepto de PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS las cantidades de oro que a continuación se indican, y a las personas que se relacionan, así:

A JHON JAIRO MEJIA, un mil (1000) gramos de oro fino;

A MIRIAM MEJIA DE MENESES y JOSE MARIA MENESES ARBOLEDA (padres), ochocientos (800) gramos de oro fino para cada uno;

A CLARA ISABEL JARAMILLO (compañera permanente), ochocientos (800) gramos de oro fino;

A JHON ALEJANDRO MENESES JARAMILLO (hijo del lesionado) ochocientos (800) gramos de oro fino;

A CARLOS ALFONSO, JESUS ALBERTO, ARLEY DE JESUS Y JOSE FELIX MENESES MEJIA (hermanos), cuatrocientos (400) gramos de oro fino, para cada uno.

El pago se hará con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo.

CONDENASE, igualmente, a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar JHON JAIRO MENESES MEJIA, por concepto de PERJUICIOS FISIOLOGICOS O LA VIDA DE RELACION, la suma de OCHO MILLONES DE PESOS ($8.000.000.00).

TERCERO: CONDENASE en concreto a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar al señor JHON JAIRO MENESES MEJIA, la suma de CATORCE MILLONES QUINIENTOS MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($14.500.134049 M/cte), por concepto de PERJUICIOS MATERIALES).

Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: El monto de los perjuicios materiales y fisiológicos se deberá actualizar por el período comprendido entre la fecha de este fallo y la ejecutoria del mismo, en el evento de que contra este proveído se interpusiere algún recurso que retarde su ejecutoria.

Para ello bastará acompañar a la cuenta de cobro los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para los dos momentos en el tiempo físico ya indicados.

CUARTO: Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

QUINTO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CONTRATO ADMINISTRATIVO / APROPIACION PRESUPUESTAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE

El ICEL desconoció los más elementales principios jurídicos sobre contratación, al pretender la satisfacción de obligaciones contractuales cuando no se había producido el registro presupuestal respectivo, con olvido de que previamente a la firma de un contrato de obra se impone la consecución del certificado de disponibilidad. Tal comportamiento se hace más cuestionable frente a la conducta seria y cumplida del consorcio contratista.En las anteriores condiciones, mal podría aceptarse, como lo pretende el ente demandado, que ése, su incumplimiento en sus obligaciones de incluir las partidas necesarias para satisfacer los compromisos contractuales ya vencidos en el correspondiente proyecto de gastos, genere para la parte actora una serie de perjuicios de orden patrimonial, cuando para su ocurrencia no dió motivo. En materia contractual pública impera, quizás con mayor trascendencia que entre particulares, el principio de la buena fe consagrado en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del código civil, en virtud del cual entre las partes debe primar una mutua confianza, un sentido de recíproca colaboración, ajustada en todo momento a la legalidad, de tal forma que ninguna de las partes resulte sorprendida y perjudicada por acciones u omisiones causadas a sus espaldas, las que pueden hacer más onerosa la respectiva obligación, como sucedió en el subjúdice con la tardanza en el registro presupuestal, desconociendo que al tenor del artículo 66 del C.C.A., "La entidad contratante se comprometerá a incluir las partidas necesarias en su proyecto o proyectos anuales de gastos".

EXP. -7679

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7679. Demandado: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - ICEL. Actor: C.G.E.E. ALSTHOM S.A.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, como entidad demandada, contra la sentencia fechada el 27 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, mediante la cual se dispuso:

"1o. DECLARASE el incumplimiento parcial del contrato de Obra Pública 4421 de 1982 y sus adicionales 4421A-4421B-4421C-4421D-4421E-4421G-4421H, celebrados entre las firmas C.G.E.E.-ALSTHOM S.A. hoy CEGELEC SUCURSAL COLOMBIA, Sociedad Anónima Francesa con Sucursal establecida en Colombia; y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION C.A. -SVECA-, Sociedad Anónima Venezolana con sucursal establecida en Colombia, las cuales integraron un Consorcio y el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL-

"2o. CONDENASE en abstracto al pago de las sumas debidas por parte del ICEL, a favor del Consorcio integrado por las firmas C.G.E.E. ALSTHOM S.A., hoy CEGELEC-SUCURSAL COLOMBIA, y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION C.A. -SVECA-, actualizadas a la fecha de ejecutoria de esta sentencia y de conformidad con las siguientes pautas:

"a) La suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON 62/100 M/CTE. ($87.239.656.62).

"b) La suma de NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NUEVE PESOS CON 77/100 M/CTE. ($91.959.809.77).

"c) La suma de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTISÉIS MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 40/100 M/CTE. ($15.626.528.40).

SECCION TERCERA

"Cada una de las tres sumas citadas en los anteriores literales a, b, y c deberán actualizarse mediante la fórmula siguiente:

" Vp = Vh (1 + i x N)

"En la cual:

"Vp = Valor resultante.

"Vh = Valor inicial que se actualiza.

"I = Tasa de interés correspondiente al índice de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de este fallo.

"N = Período de tiempo durante el cual han permanecido los saldos insolutos.

"d) El equivalente en pesos colombianos a la suma de dos francos franceses con seis céntimos (2.06 francos franceses) de acuerdo con la tasa de cambio certificada por el Banco de la República.

"e) El equivalente en pesos colombianos a la suma de tres mil seiscientos cuarenta y un dólares con noventa y dos (U.S.$3.641.92).

"Además, a los valores históricos reclamados por el demandante, es decir, a las sumas de OCHENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS ($87.239.656.62); NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NUEVE PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS (91.959.809.77), QUINCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($15.626.528.40), 2.06 francos franceses y 3.641.92 dólares, se le reconocerá un interés legal del 6% durante el tiempo en que ha permanecido insoluta la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

"3o. DECLARASE la nulidad de las resoluciones Nos. 557 de 14 de abril de 1988 y 787 de 6 de mayo de 1988 expedidas por la dirección general del ICEL, sobre liquidación final del contrato 4421 y adicionales, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de los saldos insolutos y de los perjuicios causados al contratista, con violación de los artículo 193 del Decreto Ley 150 de 1976 y 289 del Decreto Ley 222 de 1983".

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1o. Las pretensiones

Mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 1988 ante el Tribunal administrativo del Valle del Cauca, el consorcio integrado por las firmas C.G.E.E. ALSTHOM, hoy CEGELEC SUCURSAL COLOMBIA, y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION C.A. SVECA., por conducto de apoderada, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 de C.C.A., formuló demanda contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL-, y solidariamente contra el doctor Diego Otero Prada, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL- incumplió contratos 4421 de 26 de noviembre de 1982 y adicionales números 442LA, 442LB, 442LC, 442LD, 442LE, 442LG Y 442LH, celebrados entre dicha entidad y las compañías C.G.E.E. ALSTHOM S.A. y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION C.A. -SVECA-, bajo la modalidad de consorcio, para la ejecución de la línea de transmisión a 230 kv entre Yumbo y Popayán, al demorarse y finalmente negarse a pagar numerosas cuentas de cobro, así como retardar la liquidación de los referidos contratos, lo mismo que al negarse a reconocer el saldo a favor del consorcio contratista y las correspondientes indemnizaciones por los perjuicios sufridos con esas negativa y demoras.

"SEGUNDA.- Que, en consecuencia, el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL- y el doctor DIEGO OTERO PRADA son responsables del incumplimiento de la ley y del contrato 4421 y adicionales 4421A, 4421B, 4421C, 4421D, 4421E, 4421G y 4421H y deben pagar los saldos insolutos e indemnizar al consorcio integrado por C.G.E.E. ALSTHOM S.A. y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION C.A. -SVECA-, los perjuicios sufridos, por razón o con ocasión del incumplimiento contractual y constituidos por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante.

"El daño emergente lo constituyen, de una parte, los saldos de ochenta y siete millones doscientos treinta y nueve mil seiscientos cincuenta y seis pesos colombianos con sesenta y dos centavos ($87.239.656.62) más dos francos franceses con seis centavos (fr. Fr. 2.06) más tres mil seiscientos cuarenta y dos dólares americanos con sesenta y nueve centavos (US $ 3.642.60), que conforman los saldos de los componentes en pesos colombianos, francos franceses y dólares americanos, respectivamente, del contrato 4421 y adicionales, en favor del consorcio contratista, que el

instituto se negó a reconocer en las resoluciones de liquidación, o reconocidos, se negó a pagar o no ha sido posible que cancele a dicho consorcio; y, de otra parte, la actualización monetaria, hasta la probable fecha de la sentencia, de las cantidades de ochenta y siete millones doscientos treinta y nueve mil seiscientos cincuenta y seis pesos colombianos con sesenta y dos centavos ($87.656.62) más dos francos franceses con seis centavos (fr. Fr. 2.06), reconocidas por las Resoluciones 557 de 14 de abril de 1988 y 787 de 6 de mayo del mismo año, ambas del ICEL, y de la de tres mil seiscientos cuarenta y dos dólares americanos con sesenta y nueve centavos (US $3.642.69) que el Instituto se negó a reconocer como saldo insoluto del componente en dólares; el pago de la diferencia de cambio de los préstamos en francos franceses que tuvieron que hacerse para continuar la obra hasta su finalización; el costo del mantenimiento de las oficinas; la prórroga de las pólizas de garantía, los derechos de publicación en el diario oficial, los pagos por impuesto de timbre y el valor de los honorarios profesionales (abogados) pagados en la etapa administrativa, más la actualización monetaria de estos gastos hasta la fecha probable de la sentencia.

"El lucro cesante consiste en el rendimiento financiero mínimo de los fondos provenientes de los créditos obtenidos de Francia y en el reconocimiento de la cantidad que resulte de liquidar el interés comercial sobre las sumas de dinero que se relacionan a continuación, hasta la fecha del pago, así como sobre los demás rubros que componen el daño emergente:

"- Ochenta y siete millones doscientos treinta y nueve mil seiscientos cincuenta y seis pesos con sesenta y dos centavos ($87.239.656.62) que constituyen el saldo insoluto de los Contratos 4421 y adicionales en pesos colombianos.

"- Dos francos con seis centavos (Fr. Fr. 2.06) que corresponden al saldo insoluto de los contratos 4421 y adicionales en francos franceses.

"- Tres mil seiscientos cuarenta y dos dólares con sesenta y nueve centavos (US $ 3.642.69) que constituyen el saldo en dólares americanos, por el mismo concepto.

"TERCERA.- Que el monto de la indemnización debe actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, entre la época en que se causó el daño y la fecha del pago efectivo, conforme lo estipula el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

"CUARTA.- Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL- y el doctor DIEGO OTERO PRADA deben dar cumplimiento a la sentencia, dentro del término de treinta (30) dias contados desde su comunicación.

"QUINTA.- Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA, ICEL- y el doctor DIEGO OTERO PRADA pagarán a mis representadas, intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses moratorias después de ese término.

"SEXTA.- Que son nulas las Resoluciones número 557 de 14 de abril de 1988, por medio de la cual se liquidó definitivamente el contrato 4421 y adicionales 442LA, 442LB, 442LC, 442LD, 442LE, 442LG y 442lH, y la número 787 de 6 de mayo de 1988, que resolvió el recurso de reposición contra la resolución primeramente mencionada, actos expedidos por el señor Director General del INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL-, en cuanto se negaron a reconocer a mis poderdantes el saldo insoluto del componente en dólares americanos de los referidos contratos, equivalente a tres mil seiscientos cuarenta y dos dólares con sesenta y nueve centavos (US $3.642.69), y la actualización monetaria de las sumas de ochenta y siete millones doscientos treinta y nueve mil seiscientos cincuenta y seis pesos colombianos con sesenta y dos centavos ($87.239.656.62), dos francos franceses con seis centavos (Fr. Fr. 2.06) y tres mil seiscientos cuarenta y dos dólares americanos con sesenta y nueve centavos (US $ 3.642.69), así como los gastos financieros que tuvieron que hacer los demandantes por la demora en el pago de cuentas de cobro, y los intereses de las cantidades reconocidas en las Resoluciones.

"SEPTIMA.- Que el Director General del INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL- es responsable por la violación de los artículos 1603 del código civil, 7 de la Ley 19 de 1982, 287 y 289 del Decreto Ley 222 de 1983, 1, 2, 3 y 4 de la Ley 58 de 1982 y 2, 3, 4, 6 y 7 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo y, por consiguiente, debe ser sancionado disciplinariamente por mala conducta, para lo cual solicito dar traslado de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia, por haber incurrido en las conductas tipificadas por los ordinales 5, 6 y 12 del artículo 76 del mismo Código Contencioso Administrativo".

SECCION TERCERA

2o. Fundamentos de hecho

Aparecen amplia y detalladamente relacionados en la demanda (fls. 121 - 140). El Fiscal Tercero del Tribunal hizo el siguiente resumen de los mismos: "Por medio de la Resolución No. 1857 del 23 de diciembre de 1981, el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, adjudicó el contrato para ejecución de la línea transmisión a 230 kv, entre Yumbo y Popayán, al consorcio C.G.E.E. ALSTHOM Y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION C.A. -SVECA-, previa licitación pública internacional DEP-290-11 de 1981, suscribiéndose dicho contrato el 26 de noviembre de 1982 bajo el no. 4421, perfeccionado el 28 de abril de 1983.

"El contrato especificó su objeto, valor y plazo, estimando los siguientes valores: $164'050.115.20, Fr. Fr 25'137.302.88 y US $3'856.521.20 y como plazo 18 meses a partir del 28 de abril de 1983.

"El 27 de mayo de 1983 las partes suscribieron acta de iniciación del contrato que fue objeto de posteriores y sucesivas prórrogas, por lo cual el plazo de ejecución de las obras comprendió el período 28 de abril de 1983 a 28 de octubre de 1986.

"Durante el término de ejecución del compromiso, el contratista suministró oportunamente los elementos estructurales de la obra, ejecutó las obras a que estaba obligado, otorgó las garantías a su cargo y presentó en tiempo oportuno las cuentas de cobro correspondientes a trabajos, suministros y obras ejecutadas, con las respectivas actas de liquidación y recibo parcial aprobadas por el ICEL.

"En abril 21 de 1986 el ICEL suscribió acta de recibo en operación comercial de la línea de transmisión, objeto del contrato, a entera satisfacción, manifestando que por la falta de la S/E San Bernardino en Popayán esta línea no entró en operación comercial y no se pudo realizar transferencias de Energía de Cali a Popayán durante las pruebas, haciéndose necesario recibir en operación comercial la línea y posteriormente liquidar el contrato No. 4421.

"El 15 de enero de 1986, por Acta No. 937, la Junta Directiva del ICEL aceptó reclamación administrativa presentada por los actores, por concepto de mayor permanencia en la obra, disponiendo el reconocimiento en favor de estos de $53'219.889.oo y posteriormente, el 15 de Abril de 1986, por Acta de Aclaración No. 4, las partes acordaron como valor final de dicha reclamación la suma de $491640.509.oo, por lo cual el ICEL, previa aprobación de la junta directiva e informe de la subgerencia técnica de la entidad, elaboró el Contrato Adicional No. 442lF que no pudo ser suscrito por las partes por falta de respaldo

presupuestal, ya que el ICEL jamás realizó las reservas y registros necesarios para cancelar sus obligaciones.

"Basándose en la cláusula 6a. del contrato No. 4421 "Forma de Pago", el ICEL retuvo el 5% del valor en pesos de cada acta de obra ejecutada por los actores, por valor total de $14'952.362.05, el cual debía ser devuelto a los Actores a la liquidación del contrato, y el 15 de octubre de 1986 los actores solicitaron al ICEL el recibo definitivo de las obras del contrato 4421 la liquidación final del mismo y sus adicionales, así como el pago de los valores que resultaron a su favor por concepto de dicha liquidación, solicitud que fue sometida al estudio y análisis por la entidad demandada, pero que nunca fue decidida.

"Al tenor de los Decretos Ley sobre materia contractual, de normas constitucionales y de la cláusula del contrato, el Consorcio requirió al ICEL para que le cancelara las siguientes sumas de dinero que se encontraban vencidas entre noviembre 14 de 1985 abril 21 de 1986: $87'239.656.62, Fr. Fr. 2.06 y US $3.642.69, pero el Instituto se abstuvo de cancelarlas por falta de partida presupuestal, al no haber efectuado la reserva legal para atender compromisos contractuales.

"Las partes se mantuvieron en permanente contacto para arreglar la situación presentada, reiterando el ICEL que por falta de recursos no podía cancelar la obligación, y que para que ello sucediera era necesario que el consorcio prorrogara el contrato, pues debía encontrarse vigente al momento de la cancelación, lo cual forzaba a los actores a prorrogar un contrato ya ejecutado, por su cuenta y sin derecho a reconocimiento alguno.

"Los actores invocaron normas legales para demostrar la objetividad de su solicitud, manifestando el ICEL que por tratarse del pago de cantidades superiores de obra realmente ejecutada, no era posible pagar al contratista ya que se requería la suscripción de contratos adicionales que no se habían efectuado por falta de presupuesto, lo cual tampoco podía remediarse por encontrarse concluidos los trabajos.

"Los actores objetaron la posición del ICEL, sustentando sus argumentos en jurisprudencia y doctrina existente al respecto, y explicando ampliamente los fundamentos que les asistía para solicitar la indemnización respectiva.

"Al transcurrir el tiempo sin que el ICEL se pronunciara por escrito, aumentando así los perjuicios de los actores por la falta de pago, estos acudieron al Ministerio de Minas y Energía en busca de un criterio uniforme sobre sus peticiones, de lo cual surgió la idea de consultar un abogado experto en el tema, como a la Contraloría General de la República. Así, el doctor Benjamín Ardila

Duarte, miembro de la comisión redactora del Decreto Ley 222 de 1983, emitió su concepto verbal ante el jefe de la oficina jurídica del ICEL, concepto conforme con el criterio de los actores, pero ello no quedó por escrito y en cuanto a la Contraloría, ésta consideró, y de ello hay constancia, que el consorcio tiene derecho a recibir el valor de las obras realmente ejecutadas, sin necesidad de contratos adicionales.

"No obstante, hasta la fecha de la demanda el ICEL no ha contestado al contratista ni cancelado los dineros pendientes de pago desde 1985.

"El 10 de diciembre de 1987 el Subdirector Técnico del ICEL remitió a los actores un proyecto de liquidación del contrato No. 4421 y adicionales, el cual por haber sido elaborado en forma unilateral fue objeto de aclaraciones y condicionamientos por parte de los Actores, que exigían que para firmarlo debía aclararse que las sumas recibidas en pago se tendrían como abono y que se reservaban el derecho de concurrir a la vía jurisdiccional para obtener el reconocimiento integral de los perjuicios y condenas contra el ICEL y sus Funcionarios.

"El 8 de marzo de 1988 el representante del consorcio suscribió la diligencia de liquidación del contrato no. 4421 de 1982, haciendo observaciones sobre la presentación e inexactitud con relación a los hechos, y el 11 de abril de 1988 el Ingeniero interventor del ICEL, provisto de precarias facultades legales, expidió el acta de liquidación final del contrato y sus adicionales, sin dejar constancia de los hechos ocurridos, salvo la observación que el contratista no aceptó el proyecto de liquidación unilateral del ICEL, acta aprobada por el director general de la entidad, Dr. Diego Otero.

"Mediante resolución No. 557 de abril 14 de 1988 el ICEL expidió la liquidación final unilateral, notificada al consorcio el dia 22 del mismo mes y año, la cual fué impugnada por los actores por vía gubernativa, siendo desfavorable para ellos la decisión recurrida.

"A pesar de lo anterior, el ICEL devolvió al contratista documentos presentados con ocasión de la ejecución del contrato y continuaba haciendo requerimientos a los actores sobre un contrato ya ejecutado y liquidado. El 5 de mayo de 1988 el contratista radicó en el ICEL las cuentas de cobro por las sumas reconocidas en la resolución no. 557 del 14 de abril de 1988, sin que hasta la fecha hayan sido canceladas".

3o. **Actuación procesal**

El ente demandado contestó la demanda (fls. 172 a 179), aceptó algunos hechos y manifestó no constarle algunos otros. Sobre la cuenta en dólares afirma que solo ascendió a $3.417.365.53 y con respecto al contrato 442IF, sostiene que el ICEL hizo las gestiones pertinentes para celebrar dicho contrato, pero "por razones de limitación presupuestal del Ministerio de Hacienda no fué posible conseguir tales apropiaciones". Estima carente de seriedad la afirmación de que el consorcio se vió forzado a suscribir contratos en cuyo texto "jamás se hacía constar la realidad de los hechos". Rechaza el aserto de que el Ingeniero Julio Hernández, con facultades precarias hubiera expedido el Acta de Liquidación Final del Contrato.

Con relación a las pretensiones, dice oponerse a la primera (incumplimiento), dado que, el ICEL no se ha negado a pagar las cuentas de cobro que se hubieren causado realmente, ni ha negado el reconocimiento del saldo favorable al contratista en la liquidación final. Frente a la segunda petición (pago de saldos insolutos e indemnizaciones), admite que deben indemnizarse los perjuicios resultantes de la mora, sin que sea pretexto para que el acreedor pueda obtener "un enriquecimiento desmedido", de donde infiere que no es legal reconocer intereses comerciales sobre saldos insolutos, dado que una buena parte del contrato lo constituye el suministro y éste tipo de negociación no se reputa como mercantil de acuerdo con el articulo 23, numeral 3o. del código de comercio, por cuanto "la adquisición es hecha por funcionarios o empleados para fines de servicio público". Aduce también que no se trata de un contrato de derecho privado de la administración, concluye, pues, que la aplicación de intereses comerciales en este caso resulta ilegal, y que "lo justo y para indemnizar al contratista por la mora en los pagos, se debe aplicar lo previsto en el artículo 1617 del código civil colombiano...", es decir, reconocer intereses legales a la tasa del 6% anual.

Con referencia a los gastos por prórroga de las garantías, derechos de publicación en el Diario Oficial, impuesto de timbre, etc, manifiesta que los mismos por ley y por el contrato, corren a cargo del contratista y que si el consorcio estima que no eran condiciones no puede alegar ahora su propia culpa. Respecto del monto de los intereses legales estos al liquidarse no deben aplicarse a valores actualizados y con relación al lucro cesante y al pago de la diferencia de cambio de los préstamos en francos franceses, anota que para la época en que se produjo tal utilización, los saldos insolutos a favor del contratista no justificaban emplear esos dineros.

Sobre la solicitud de nulidad de las resoluciones 557 y 787 de 1988, liquidatorias del contrato, se opone a su declaración por encontrarlas ajustadas

a la ley y al contrato. Y, por último, frente a la responsabilidad del director general del ICEL, manifiesta su oposición por cuanto las demoras del Instituto en el pago de algunas cuentas no le son imputables a su representante legal, pues se encontraba sometido al registro presupuestal.

Propuso la excepción de inepta demanda porque en su concepto la actuación del director general "es materia propia de una acción disciplinaria mas no de una contractual" y encuentra que hay una indebida acumulación de pretensiones por haberse demandado al Dr. Diego Otero ante esta jurisdicción, cuando tal demanda es del conocimiento de la justicia civil. Consecuencialmente solicita que se produzca una decisión inhibitoria.

En la oportunidad para alegar de conclusión el apoderado del instituto demandado prácticamente repitió, en forma más breve, los argumentos expresados en la contestación de la demanda.

En contraste con el apresurado y recortado escrito de alegación del ente demandado, la apoderada de la parte demandante presentó como alegato de bien probado, el memorial que obra a folios 257 a 278, en donde individualmente relaciona los argumentos jurídicos y fácticos de la demanda con las respectivas comprobaciones procesales para concluir y reiterar las pretensiones contenidas en el libelo introductorio.

El Fiscal Tercero del Tribunal consideró "que el acopio probatorio, las inspecciones judiciales sobre el sistema contable y el dictamen pericial rendido conllevan a probar que se configuró la mora, ... que esa mora es imputable a ese mismo ente y que ese anómalo comportamiento ocasionó indudablemente un perjuicio económico al demandante...", de donde concluye que las pretensiones de la demanda deben prosperar.

4o. **La sentencia apelada**

Siguió el juzgador *a-quo* muy de cerca el criterio plasmado por los señores peritos en su experticia, la cual, también en términos generales, salvo algunas excepciones, acoge la Sala, dada la seriedad, profundidad y fundamentación técnica del dictamen pericial.

Para el Tribunal el incumplimiento contractual por parte del ICEL resulta incuestionable y para arribar a esa conclusión se hace referencia en la sentencia impugnada a las características del contrato, especialmente las relacionadas con el objeto pactado en la cláusula primera de aquél, el alcance de los trabajos, cantidades y precios, su valor, para lo cual transcribió las estipulaciones contractuales correspondientes. Así mismo se refiere al concepto de contrato a

precios unitarios y al tratamiento que en doctrina y jurisprudencia se le ha dado a esta materia, para concluir que la modalidad del contrato exigía un especial cuidado por parte del Icel por el objeto y la forma de pago.

Reprocha también el *a-quo* a la administración el comportamiento omisivo para efectuar el registro presupuestal, cuya importancia es definitiva para el perfeccionamiento del contrato. De ahí que si la administración se abstiene de incluir las partidas necesarias para el proyecto anual de gastos, incurre en incumplimiento que puede afectar injustamente al contratista.

Con referencia a la posibilidad planteada por la parte demandada acerca de que en el caso examinado se diera un contrato de suministro distinto y aparte del de obra, con acierto sostuvo el tribunal que se trataba de un solo contrato "cuyo tratamiento frente a la ley debe ser orgánico y coherente".

Por último, con respecto a la aplicación del interés efectivo anual del 36.15% a los saldos que se habían actualizado, estimó el *a-quo* que ello equivale a actualizar por segunda vez las sumas debidas, posición no admitida por el tribunal, el cual solo reconoce en tal caso un interés del 6% legal.

Se concluye en la sentencia apelada en que fué justa la imputación a intereses del pago de $87.239.656.62 en favor del Consorcio, por cuanto así lo previene el articulo 1653 del código civil. Ordena pues la cancelación de $87.239.656.62 por facturas presentadas pendientes de pago; $91.959.809.77 a título de diferencia de la tasa de cambio del franco francés, $15.626.528.40 por razón de mayores costos por gastos de mantenimiento de la sucursal, prórroga de garantías, publicaciones, impuestos, timbres y honorarios profesionales, mas 2.06 francos franceses y US $3.641.92 dólares americanos.

Para actualizar las sumas correspondientes el tribunal señaló la fórmula $Vp = (1 + i \times N)$, cuya característica es la no acumulación de intereses sobre intereses.

5o. **La apelación.**

La entidad demandada apeló de la sentencia anterior. A su vez, la apoderada del consorcio demandante solicitó la corrección del error aritmético resultante de la fórmula de actualización, en el sentido de que aquella es: $Vp = Vh (1 + i)^n$ y no: $Vp = Vh (1 + i \times N)$. El tribunal accedió a tal corrección.

La inconformidad del recurrente radica en que debe tomarse en cuenta para la liquidación el pago de $87.239.66 que el ICEL hizo al contratista y que

éste lo imputó a intereses. Con referencia a la liquidación de intereses, plantea el impugnante que los puros o legales del 6% anual "se deberán liquidar sobre los respectivos valores históricos, más no sobre su actualización". Con respecto a los costos por impuesto de timbre, publicaciones y demás gastos, estima el apelante que estos son de cargo del contratista. Por último, frente a la condena de $91.959.809.77 por diferencia de cambio en la moneda francesa, anota el recurrente que la mora no fué por mala fe o dolo del ente contratante, por lo cual no cabe la reclamación por perjuicios, a más de que la entidad deudora no fué constituida en mora.

La apoderada de la parte actora en su alegato de conclusión en la segunda instancia solicita la confirmación de la sentencia apelada y, desde luego, negar las pretensiones del apoderado del ICEL.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra debidamente acreditados los siguientes aspectos:

1. Que con fecha 26 de noviembre de 1982, se suscribió y el 28 de abril de 1983 se perfeccionó, entre el instituto Colombiano de Energía Eléctrica - ICEL- y el consorcio integrado por las compañías C.G.E.E. ALSTHOM (hoy CEGELEC SUCURSAL COLOMBIA) y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION "SVECA C.A.", el Contrato Administrativo de obra pública no. 4421, para la ejecución de la línea de transmisión a 230 kv. entre Yumbo y Popayán, por el sistema de precios unitarios. (fls. 27 a 61 c. ppal.).

2. Que el valor estimado de dicho contrato fué de:

En pesos colombianos	$164'050.115.20,
En francos franceses	fr.Fr. 25'137.302.88,
En Dólares Estadounidenses	US $3'856.521.20

(folio 29 cdno. Ppal.)

3. Que el plazo inicialmente pactado fué de 18 meses, contados a partir del perfeccionamiento del contrato, es decir, del 28 de abril de 1.983. El acta de iniciación fué suscrita el 27 de mayo de 1.983. (fls. 101-102 c. 3).

4. Que el término contractual fue prorrogado en distintas oportunidades, así:

Contrato adicional	Firmado	Objeto	
4421 A	26-10-84	Prórroga hasta	28-04-85
4421 B	25-04-85	" "	28-10-85
4421 C	26-10-85	" "	16-12- 8
4421 E	29-01-86	" "	28-02-86
4421 G	28-02-86	" "	28-05-86
4421 H	28-05-86	" "	28-10-86

5. Que el Consorcio Contratista cumplió con la ejecución de las obras. que había contratado y el 21 de abril de 1986 fué suscrita el acta de recibo en operación comercial de la línea de transmisión objeto del contrato, a satisfacción del ICEL. Dicha línea no entró en funcionamiento por la falta de la subestación San Bernardino en Popayán. (fls. 85-87 C.4).

6. Que de conformidad con el Acta no. 937 de 15 de enero de 1986, la Junta directiva del ICEL aceptó una reclamación del Consorcio por concepto de mayor permanencia en la obra y dispuso un reconocimiento de $53.219.889.oo, valor que luego fue modificado por las partes en la cantidad de $49.640.509, valor reclamado y no cancelado por el ente oficial. (fl. 374. c. 3).

7. Que con miras a reconocer al Consorcio los valores reales por obras efectivamente ejecutadas, por mayor estadía en el lugar de la obra los reajustes de precios convenidos, el ICEL optó por elaborar el contrato adicional no. 4421 F, el cual no se pudo firmar, ni perfeccionar, en razón a que el ICEL no hizo las reservas y los registros presupuestales legalmente necesarios. Así lo manifiesta el propio instituto en las consideraciones de la resolución número 000557 de 14 de abril de 1988. (fl. 96 c. ppal).

8. Que por acta no. 937 de 15 de enero de 1986, la Junta directiva del ICEL aceptó una reclamación administrativa presentada por el consorcio contratista por mayor permanencia en la obra y dispuso un reconocimiento de $53.219.889.00, (fl. 374. c. 3), el cual mediante Acta de 15 de abril de 1986 fué aclarado y se reconoció definitivamente la suma de $49.640.500. (Fl. 377 c. 3).

9. Que el ICEL practicó una retención del 5% sobre el valor en pesos de cada acta de obra mensualmente ejecutada, por valor efectivo de $14.952.362.05 que debía ser devuelta al contratista a la liquidación del contrato. Así figura en el acta de retención final visible al último folio del cuaderno 4. Sin embargo, inexplicablemente la retención computada en la liquidación final por el ICEL sólo tuvo en cuenta por dicho concepto la cantidad de $:14.031.761.01., como consta en la Resolución 000557 de 1988.

10. Que en octubre 15 de 1986 el Consorcio Contratista solicitó al Instituto demandado el recibo definitivo de las obras del contrato, su liquidación final y el pago correspondiente de las sumas de dinero que resultaran en esa liquidación, sin que oportunamente el ICEL se hubiera pronunciado sobre el particular.

11. Que el Consorcio Contratista como bien se consagró en el acta de recibo en operación comercial, "terminó a satisfacción del ICEL, todos los trabajos objeto del contrato no. 4421 de acuerdo a las especificaciones y normas exigidas en la licitación.... Que los resultados de estas pruebas fueron satisfactorios y permiten conceptuar que la línea está en condiciones técnicas de entrar en operación comercial cuando el ICEL lo estime necesario.... De acuerdo a lo anterior el consorcio C.G.E.E. ALSTHOM / SVECA C.A. hace entrega física de la línea 230 k.V. Popayán-Yumbo y el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL- la declara recibida en operación comercial a entera satisfacción..." (fl. 63 c. ppal.).

El incumplimiento del ICEL.

De los hechos anteriores deduce la Sala el incumplimiento contractual del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica. El procedimiento seguido frente al Consorcio Contratista es reprochable por cuanto pretendió mediante los adicionales del contrato 4421 prolongar en el tiempo una situación contractual aparente, con pleno conocimiento de que el objeto del convenio ya se había cumplido al hacer la entrega a satisfacción de la línea 230 k.V. de Popayán - Yumbo. Tan confusa, irregular y ficticia postura provocada por la irresponsabilidad e imprevisión del instituto demandado permite a la sala concluir que el Icel desconoció los más elementales principios jurídicos sobre contratación, al pretender la satisfacción de obligaciones contractuales cuando no se había producido el registro presupuestal respectivo, con olvido de que previamente a la firma de un contrato de obra se impone la consecución del certificado de disponibilidad. Tal comportamiento se hace más cuestionable frente a la conducta seria y cumplida del consorcio contratista.

En las anteriores condiciones, mal podría aceptarse, como lo pretende el ente demandado, que ése, su incumplimiento en sus obligaciones de incluir las partidas necesarias para satisfacer los compromisos contractuales ya vencidos en el correspondiente proyecto de gastos, genere para la parte actora una serie de perjuicios de orden patrimonial, cuando para su ocurrencia no dió motivo. Cuál sería el futuro de un régimen contractual oficial en donde la administración pudiera oponerse al pago de sus obligaciones con el argumento de no haber efectuado la apropiación presupuestal correspondiente?. En qué condiciones se encontrarla el contratista particular frente a una tesis como la que erradamente sugiere el apoderado de la parte demandada?. Bien lo expresó el tribunal al

sostener que frente al sistema económico inflacionario de nuestro país, "las previsiones de las empresas públicas deben llegar hasta el mayor límite previsible y no dejar a los vaivenes del futuro "arreglar las cargas" como se dice comúnmente y agotar al contratista en la expectativa de previsiones presupuestases que no se hicieron cuando y como procedía".

Agréguese a lo anterior que en materia contractual pública impera, quizás con mayor trascendencia que entre particulares, el principio de la buena fe consagrado en los artículos 871 del código de comercio y 1603 del código civil, en virtud del cual entre las partes debe primar una mutua confianza, un sentido de recíproca colaboración, ajustada en todo momento a la legalidad, de tal forma que ninguna de las partes resulte sorprendida y perjudicada por acciones u omisiones causadas a sus espaldas, las que pueden hacer más onerosa la respectiva obligación, como sucedió en el subjúdice con la tardanza en el registro presupuestal, desconociendo que al tenor del artículo 66 del C.C.A., "La entidad contratante se comprometerá a incluir las partidas necesarias en su proyecto o proyectos anuales de gastos".

Reconocimientos pecuniarios.

Ahora bien, con respecto a las sumas reclamadas en la demanda, la Sala observa lo siguiente:

a) El componente en pesos colombianos corresponde a las siguientes cantidades:

Valor de la obra ejecutada:	$ 17.491.419.75
Valor de reajustes de precios:	$ 5.155.365.82
Valor de la retención mensual (5%):	$ 14.952.362.05
Valor de la reclamación aceptada por ICEL	$ 49.640.509.00
SUMAN:	$ 87.239.656.62

Este valor coincide con la cantidad que ICEL incorporó en la resolución 000557 del 14 de abril de 1988 mediante la cual se aprueba la liquidación final del contrato, la que fué recurrida en reposición y mantenida por la resolución 000787 del 6 de mayo de 1988. Cuando con posterioridad a la presentación de la demanda, el 29 de Diciembre de 1988, el ICEL pagó la suma anterior, el contratista advirtió que recibía el pago a título de intereses y no como cancelación de capital. De tal situación fueron concientes los peritos. Sin embargo, con relación a la suma referida, pese a que tanto en el dictamen, como en el fallo apelado, se reconoce como facturas presentadas y pendientes de pago, la sala sin embargo, no encuentra claridad alguna en los saldos resultantes como

consecuencia de la imputación del pago a intereses. En realidad se desconoce el monto de los intereses, no se estableció si eran mayores o inferiores al valor pagado por el ICEL, se ignora cuál fué el procedimiento para su liquidación, la rata computada, el plazo, etc, de tal forma que no puede aceptarse la imputación que el contratista pretendió hacer al recibir el pago y que la sentencia recurrida sin cuestionamiento alguno aceptó. Así las cosas, no habrá lugar al reconocimiento como capital pendiente de pago, de la suma de $87.239.656.62. Sin embargo, sobre dicho valor se reconocerán intereses comerciales corrientes entre la fecha de la resolución 000787 de 6 de mayo de 1988, mediante la cual se confirmó la liquidación unilateral del contrato y el 29 de diciembre de 1988, cuando el ICEL canceló la cantidad aludida.

b) El componente en francos franceses tiene un valor de dos francos seis céntimos (fr. Fr. 2.06), por concepto de suministros. De acuerdo con la experticia, el contratista cobró un valor de 25.137.305.06 francos franceses, de los cuales el ICEL pagó 25.137.303.00 y quedó pendiente un saldo de 2.06 francos franceses, que serán cancelados de acuerdo con la tasa de cambio hoy vigente para dicha moneda.

c) El componente en dólares norteamericanos, también por suministros, fué facturado por un valor de US $3.421.007.45 y el ICEL canceló la suma de US $3.417.365.53, de donde resulta el saldo o diferencia de US $3.641.92 a pagar de acuerdo con la tasa de cambio actualmente vigente para el dólar norteamericano.

d) Por concepto de los préstamos en francos franceses los peritos establecieron, con base en los respectivos contratos de crédito, sus modificaciones y registros en la oficina de cambios del Banco de la República, que el consorcio recibió de C.G.E.E. ALSTHOM Francia, dos créditos en Francos Franceses equivalentes a $48.195.000.oo y $34.425.000.00, esto es, $86.620.000 por los cuales pagó un total de $174.579.809.77. De esta cantidad por diferencias en los tipos de cambio, fueron pagados $91.959.809.77. (cuadro No. 10 de la experticia).

e) En cuanto al valor por mayores costos en que el consorcio contratista debió incurrir, tales como la estructura administrativa, honorarios de los abogados que actuaron en la reclamación administrativa, los gastos por concepto de timbres y publicaciones de los contratos adicionales suscritos después de la fecha de recibo de las obras en operación comercial y la prórroga de las pólizas de seguros, todos ellos originados exclusivamente en la inercia del ente oficial y de ninguna manera imputables a culpa del contratista, estima la sala que fueron acertadamente reconocidos en favor del consorcio, sin desconocer que aún cuando normalmente tales gastos son de cargo del contratista, en el caso

examinado fue tan especial el comportamiento del ente oficial, que condujo al consorcio a mantener artificialmente la vigencia del contrato que ya estaba cumplido por el contratista, sin reparar que a éste se le recargaba injusta e ilegítimamente con los costos inherentes a la suscripción de contratos adicionales y con la carga económica que implicaba mantener aparentemente vigente un contrato cuyo objeto se había realizado.

Los gastos generales de mantenimiento de la sucursal los estimaron en $11.393.102.40, en tanto que por concepto de prórroga de garantías, publicaciones oficiales, impuesto de timbre etc., se señalaron $4.233.426 para un total por este concepto de $15.626.528.40. (cuadro No. 11 del dictamen).

Al contrario de lo apreciado por el *a-quo,* estima la Sala que en los actuales momentos sí es posible y conveniente liquidar en concreto la condena que se imponga al instituto demandado. Por tal razón se modificará la que en abstracto se hizo en la sentencia impugnada. Igualmente hay lugar a modificar el sistema de actualización establecido en el fallo recurrido, para en su lugar, utilizar la fórmula usualmente aplicada por la sala, es decir:

$$Vp: Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

donde: vh, corresponde al valor histórico; el índice final es el índice de precios vigente al momento de la sentencia y el índice inicial, el vigente al momento de quedar en firme la resolución de liquidación. Tales índices son públicamente suministrados por el DANE y, por lo mismo, la Sala por considerarlos hecho notorio los conoce.

La liquidación.

En este orden de ideas procede la Sala a efectuar las operaciones matemáticas necesarias para liquidar y actualizar, según cada caso, los valores que se reconocerán a la parte demandante.

1. **Intereses corrientes sobre $87.239.656.62.**

Se reconocerán entre el 6 de mayo de 1988 y el 29 de diciembre de 1988, es decir, por un término de 7.75 meses, a la rata de 33.60 anual.

$$I = \frac{87.239.656.62 \times 2.8 \times 7.75}{100} = \$18.931.005.49$$

El valor anterior corresponde a diciembre de 1988, y por tal razón hay lugar a su actualización. Se tomará como índice precios al consumidor inicial el vigente en el mes de diciembre de 1988 (100) como índice final del mes de abril de 1993 (293.33)

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}} ; Vp = 18.931.005.49 \frac{293.33}{100} = \$55.530.318.40$$

2. Para actualizar la suma de $91.959.809.77 reconocida por concepto de la diferencia en los tipos de cambio vigentes cuando la compañía motriz de C.G.E.E. ALSTHOM hizo los préstamos en francos franceses y cuando estos fueron cancelados, la sala tomará como punto histórico o inicial la fecha de la resolución que aprobó la liquidación unilateral del contrato efectuado por el Icel, es decir, el 6 de mayo de 1988, fecha para la cual el índice de precios al consumidor era 90.96. El índice final es de 293.33.

Se aplica la fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

$$Vp = 91.959.809.77 \left(\frac{293.33}{90.96}\right) = \$\ 296.554.210.60.$$

A título de lucro cesante se reconoce un interés técnico del 6% anual sobre el valor histórico mencionado.

$$I = \left(\frac{91.959.809.77 \text{ x } 6\% \text{ x } 5 \text{ años}}{100}\right) = \$\ 27.587.942.93$$

3. Con miras a actualizar la suma de $ 15.626.528.40, se toman en cuenta los mismos índices y el mismo procedimiento anteriormente utilizado.

$$Vp = 15.626.528.40 \left(\frac{293.33}{90.06}\right) = \$\ 50.392.805.36.$$

Por lucro cesante sobre el valor histórico ($15.626.528.40) se reconoce un interés técnico del 6% anual.

$$I = \left(\frac{15.626.528.40 \text{ x } 6\% \text{ x } 5 \text{ años}}{100}\right) = \$\ 4.687.958.52.$$

Las sumas reconocidas en francos franceses (2.06) y dólares norteamericanos (US $ 3.641.92), se liquidarán al tipo de cambio actual de dichas monedas en pesos colombianos.

4. Valor actual de un franco francés: $ 159.oo.

Por 2.06 francos franceses corresponden: $ 327.54.

5. Valor actual del dólar norteamericano: $854.

Por US $ 3.641.92 dólares corresponde: $ 3.110.199.68.

RESUMEN :

1. Intereses comerciales de $ 87.239.656.62:	$	55.530.318.40
2. Valor actualizado de $ 91.959.809.77:	$	296.554.210.60
3. Interés técnico de $ 91.959.809.77:	$	27.587.942.93
4. Valor actualizado de $ 15.626.528.40:	$	50.392.805.36
5. Interés técnico de $ 15.626.528.40:	$	4.687.958.22
6. Valor de 2.06 francos franceses:	$	327.54
7. Valor de US $ 3.641.92 dólares:	$	3.110.199.68
SUMAN	**$**	**437.863.762.73**

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. CONFIRMANSE los ordinales 1o. y 3o. de la sentencia impugnada, esto es, la de 27 de abril de 1992, proferida por la Sección segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal 2o. de la sentencia recurrida, el cual queda así:

2o. Condénase, en concreto, al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - ICEL -, a pagar en favor del Consorcio integrado por las firmas C.G.E.E. ALSTHOM S.A., hoy CEGELEC sucursal Colombia, y SOCIEDAD VENEZOLANA DE ELECTRIFICACION C.A. -SVECA-, por los conceptos relacionados en el aparte de la liquidación, de los considerandos de esta providencia, la cantidad de cuatrocientos treinta y siete millones ochocientos

sesenta y tres mil setecientos sesenta y dos pesos con 73/100 ($437.863.762.73) moneda legal.

TERCERO. La suma anterior devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorias después de este término, de conformidad con el artículo 177 del C.C.A.

CUARTO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P. C.

QUINTO. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Comiso de Vehículo / DAÑO ANTIJURIDICO

Este es un caso más, de otros similares de que ha conocido la Sala, en que se condena a la administración, no con apoyo en la filosofía jurídica que informe el llamado "ERROR JUDICIAL", sino por un "MAL SERVICIO ADMINISTRATIVO DE LA JUSTICIA", pues no otra cosa cabe predicar de la conducta del Juez Primero Superior, que en providencia calendada el dia 15 de noviembre de 1985 ordena el depósito bajo comiso del vehículo objeto del presente conflicto de intereses, nombra depositario del mismo al Señor SERGIO LUIS CORDOBA, pero no lleva a cabo la diligencia correspondiente, limitándose a remitirlo al cuerpo de Bomberos, donde queda abandonado, al sol y al agua, realidad que determinó el deterioro con el cual fue entregado posteriormente a su dueño. Esa conducta negligente de la juez lesionó un bien del demandante, causando un daño antijurídico, por omisión de la autoridad, que el actor no tiene por qué soportar. Así las cosas la administración debe indemnizar los perjuicios causados con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7859. Demandado: La Nación - Ministerio de Justicia. Actor: LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ.

SECCION TERCERA

- I -

Agotada la tramitación procesal de 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 diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que en su parte resolutiva, **DISPUSO**:

> "1o.- DECLARASE a la Nación - Ministerio de Justicia Administrativamente responsable por los perjuicios causados al señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ por el deterioro y consiguiente improductividad del vehículo de su propiedad puesto a órdenes del Juzgado primero superior de Popayán, marca Dodge, Modelo 1975 de servicio público, afiliado a la Empresa Transpubenza, número de motor ST-700-4588 y de placas SY-1993, según los hechos de la demanda.
>
> "2o. En consecuencia condénase a la Nación - Ministerio de Justicia a pagar al señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ portador de la cédula de ciudadanía número 1'463.722, (sic) la suma de $526.900 por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de Daño Emergente, esta suma se actualizará con la fórmula jurisprudencial pertinente.
>
> "La condena aquí establecida se entiende en concreto y su pago deberá cumplirse en los términos del artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.
>
> "3o.) Condénase igualmente a la Nación -Ministerio de Justicia- a pagar por concepto de Subsidio de Transporte y Lucro Cesante los valores que se establezcan mediante el trámite incidental conforme a los puntos establecidos en esta sentencia."
>
> "4o.) Consúltese si no fuere apelada.". (fl. 314 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:

> "El señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ, en demanda que originó el proceso de la referencia presentada ante este Tribunal en octubre 13 de 1989 solicitó se declarara que la Nación -Ministerio de Justicia- es administrativamente responsable de los perjuicios materiales causados por el decomiso del vehículo automotor, tipo bus cerrado, marca Dodge, Modelo 1975 de servicio público, color crema y naranja, motor ST.7004588 Chasis

624904, de Placas SY-1993, afiliado a la Empresa Urbana Transpubenza, de la ciudad de Popayán, ordenado mediante la providencia del Honorable Tribunal Superior de Popayán, de septiembre 12 de 1985, y que como consecuencia de lo anterior, se condenara al ente demandado al pago de los perjuicios materiales inferidos.

1o.- Fundamento fáctico de las pretensiones:

"Los hechos, causa *petendi* de las pretensiones pueden resumirse así:

"- El dia 2 de marzo de 1983 el Señor Salvador Criollo conducía en el perímetro urbano de la ciudad de Popayán, el vehículo de Placas SY-1993 afiliado a Transpubenza de propiedad del señor LEONARDO VILLAMARIN, fecha en la cual el citado automotor colisionó con la Motocicleta de Placas LAB-98, resultando gravemente herido el señor Fabio Rafael Cerón Serna, quien falleció posteriormente.

"En cumplimiento del proceso penal adelantado contra el conductor Criollo Rojas, el bus fue puesto a disposición del Juzgado Instructor y luego entregado en forma provisional a su propietario.

"No hubo condena alguna contra el propietario del automotor, sin embargo el Honorable Tribunal Superior de Popayán en providencia de 12 de septiembre de 1985 ordenó el comiso (sic) del vehículo y su remate, para que con el producto de su venta imdemnizará a los posibles ofendidos.

"Dando cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Superior, el Juzgado Primero Superior adelantó las diligencias pertinentes a fin de que el vehículo que tenía en depósito provisional su propietario, se pusiera a órdenes del Juzgado para cumplir lo ordenado por el Superior.

"En cumplimiento a la orden impartida por el Juzgado el señor VILLAMARIN ORDOÑEZ se vió en la obligación de poner a disposición del juzgado 1o. Superior el vehículo referido, entrega que se produjo el 30 de octubre de 1985.

"Sin explicación alguna el Juzgado no entregó el vehículo a su secuestre pese a que se trataba de un vehículo público, sino que ordenó su remisión a los patios del Cuerpo de Bomberos de Popayán, en donde quedó sometido a las inclemencias del tiempo, siendo además totalmente desvalijado.

"Después de 2 años de debates jurídicos que culminaron con providencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de 9

de junio de 1987, se puso fin a la controversia y ordenó entre otros puntos restablecer el derecho, haciendo entrega del vehículo a su legítimo dueño.

"En obedecimiento a lo resuelto por el superior se ordenó levantar el comiso (sic), y efectuar su entrega hecho que se cumplió según Acta de 11 de noviembre de 1987, dejándose constancia del estado en que se encontraba el bien recibido (folio 220 cuaderno principal) y haciéndose un detalle de los daños, que presentaba y el desvalijamiento que había sufrido, al haber permanecido por más de 2 años bajo el influjo de los elementos de la naturaleza, y sin ninguna clase de vigilancia."

"-Concluye el actor que esta conducta asumida por el estado le causó grave perjuicio, pues se actuó con negligencia incumpliendo deberes elementales impuestos por la misma ley, ya que injustamente se le privó de un bien, por un largo período de tiempo, dentro del cual dejó de producir un rendimiento económico en razón a que se trataba de un vehículo de servicio público. Incumplió con la obligación de conservar el bien en el estado en que fué recibido, puesto que la custodia exige que se emplee el debido cuidado que regulan las normas sobre depósito necesario de la Ley, aplicables a este caso por mandato del artículo 8o. de la Ley 153 de 1987 (sic), normas que imponían al depositario de un bien ajeno, el cuidado necesario para evitar que la cosa perezca total o parcialmente."

"Los hechos referidos con los cuales se causó el daño anotado, constituyen falla en el servicio que ha de considerarse por el Tribunal a fin de que se le indemnice por los perjuicios sufridos."

"La demanda así presentada y oportunamente corregida fué admitida mediante providencia de 26 de febrero de 1990 (folios 245 cuaderno principal).....
.....

"2o.- LO PROBADO EN EL PROCESO Y EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE.

"Antes de entrar a analizar los hechos de la demanda frente a las pruebas traídas al proceso, para establecer si el estado es o nó responsable de la falla que se imputa, debe hacerse unas consideraciones previas que van a incidir en la decisión que tome el Tribunal al respecto:

"a) El Ente demandado y la legitimación por pasiva:

"Si bien en un principio la demanda se presentó contra la Nación, no es menos cierto que a instancia del Tribunal fué corregido el *libelo* por cuanto en reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado se ha dicho que no es posible dirigir la demanda contra la Nación, de una manera general, sin indicar el punto de imputación de quien teniendo personería jurídica, deba responder por la conducta antijurídica; esto por cuanto, de perseguirse el resarcimiento de perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer en el proceso, y además porque las operaciones, los hechos u omisiones, tienen su origen en uno de los órganos del Estado, que a la inversa tienen el derecho de utilizar todos los mecanismos legales de defensa para impugnar cualquier reclamación indemnizatoria. Esta la razón para que el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo consagre la representación de las personas jurídicas de Derecho Público, que son las que a la postre han de ser llamadas a comparecer en juicio por los entes que representan.

"La norma citada es muy clara al establecer que en los procesos administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente según el caso y en general por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. Pero en tratándose del congreso, el Ministro de gobierno representa a la Nación y el de justicia a la Rama Judicial.

"En este orden de ideas preciso es concluir que con la corrección de la demanda quedó perfectamente establecida la parte demandada.

"b) Es igualmente indispensable dejar en claro porque así lo entiende el tribunal que no se están cuestionando en esta acción, en modo alguno las decisiones de la justicia ordinaria, que se han relacionado en los hechos de la demanda, pues la sala las toma con actuaciones antecedentes, a las que causó realmente el daño material que invoca el actor.

"No se cuestiona en este caso concreto el "error judicial" coro fuente de responsabilidad, tesis que sí fue objeto de controversia, en el proceso distinguido con el número 2691, que por los mismos hechos y con la misma actuación judicial, concluyó con sentencia favorable al Ente demandado, por cuanto aplicó la tesis del Honorable Consejo de Estado con base en el cual el "error judicial" no compromete la responsabilidad por cuanto es un riesgo a cargo del administrado y una carga pública a cargo de los asociados que se ha de soportar a cambio de la seguridad jurídica que ofrece el Estado a través de este órgano, que garantiza la confianza pública de quienes dirimen sus conflictos.

SECCION TERCERA

"En la presente acción, no se toma como punto relievante del *petitum*, las distintas providencias que tuvieron que ver con el comiso (sic) ordenado sobre el bien; ni se pone en tela de juicio la legalidad o ilegalidad de las mismas, aspectos que solamente la justicia ordinaria podía dilucidar, como en efecto se hizo; se trae ante la justicia contenciosa es el hecho, de haberse decomisado un bien de un tercero (no vinculado en el proceso penal), sobre el que no se tuvo el cuidado y diligencia suficiente para su conservación y mantenimiento en las condiciones en que fue recibido; causando esta conducta omisiva y negligente perjuicios materiales que son reclamados en esta oportunidad por el propietario del bien que sufrió el daño.

"Bajo las premisas anteriormente enunciadas, se pasa a analizar los aspectos probados en el proceso, tendientes a establecer la responsabilidad del ente demandado, para cuyo efecto han de darse los elementos que la estructuran a saber:

"a) El hecho, origen de la falla en el servicio.

"b) Un perjuicio o daño.

"c) La relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio.

"Para el Tribunal se hace indispensable establecer los elementos de responsabilidad arriba citados que aplicados al *sub-júdice* debe acreditar los siguientes extremos fácticos:

"Que el señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ sufrió un daño en su patrimonio.

"- Que ese daño tuvo su origen en el proceder negligente del Ente demandado.

"- Que ese proceder irregular causante del daño invocado, no tuvo justificación que lleve a exonerarse de responsabilidad.

"Con los anteriores planteamientos se revisará lo probado en el proceso.

"A) El hecho, constitutivo de falla:

"Para clarificar este aspecto deben dividirse los planteamientos de la demanda en: los hechos antecedentes y los que pueden tipificar la conducta omisiva y negligente del demandado:

"1o. **Son antecedentes**: los trágicos sucesos ocurridos el 27 de marzo cuando el vehículo de placas SY-1993 afiliado a "Transpubenza" conducido por salvador criollo, arrolló a Fabio Cerón Serna, quien perdió la vida en los hechos; circunstancia que provocó la intervención de la justicia penal, que en providencia de 1a. instancia del 29 de Mayo de 1985 proferida por el juzgado Superior de Popayán, condenó a Criollo Rojas, tal como puede apreciarse en el folio 6 a 14 del expediente, providencia aportada al proceso en xeroscopia autenticada.

"- La Anterior providencia fué confirmada por el Superior (Tribunal Superior de Distrito Judicial) mediante sentencia de 12 de septiembre de 1985 (folio 19 y siguientes cuaderno principal) la que adicionó el fallo del Juzgado, decretando en el numeral 3o. el decomiso del vehículo automotor tipo bus cerrado, marca dodge, modelo 1975, de servicio público, color crema y naranja, motor número ST-7004588, Chasis número 6249604, portador de las placas SY-19-93, afiliado a la Empresa Urbana Transpubenza de esta ciudad y de propiedad del señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ, a quien llama a indemnizar civilmente (folio 38).

"- En la misma providencia se ordena el embargo y secuestro del bien y se ordena al *a-quo* tomar las medidas a fin de entregarlo de nuevo en Depósito (secuestro) a quien él designe, o en su defecto a quien indique el apoderado de parte civil.

"-Acatando lo dispuesto por el Superior el Juzgado Primero Superior adelantó las diligencias de rigor a fin de que el vehículo que tenía en depósito su propietario, se colocara a disposición del juzgado. Posteriormente mediante providencia de Noviembre 15 de 1985 (folio 52 cuaderno principal) ordenó el depósito bajo comiso (sic) del automotor referido y se designó depositario del mismo a Sergio Luis Córdoba (folio 57 vuelto) a quien debía de hacer los apremios para el ejercicio de su cargo al tenor del artículo 683 del código de Procedimiento Civil.

"- Después de un largo proceso en el que el actor VILLAMARIN ORDOÑEZ insistió en reivindicar sus derechos, tal como puede verse en los distintos memoriales dirigidos por su apoderado al juez de la causa (ver folios 59-69-71-81-84-124) obtuvo providencia del Honorable Tribunal del Distrito Judicial que decidió el recurso interpuesto contra el interlocutorio del 11 de agosto de 1986 (folio 117) que dispuso entre otros puntos "levantar al comiso (sic) a que venía sujeto el bus cerrado, marca dodge..... y disponer que por el *a-quo* se haga entrega definitiva del mismo a dicho

señor como a su legítimo propietario, previa suscripción del acta correspondiente....." (ver folio 177).

"2o.) **Hechos que tipifican la conducta omisiva del Ente demandado.-**

"- Para ubicarnos en este punto de la litis se hará una mirada retrospectiva a la decisión del Honorable Tribunal Superior a la providencia de septiembre 12 de 1.985 en la que ordena entre otros puntos al *a-quo* (folio 38 cuaderno principal) a "tomar oportunamente todas las medidas necesarias y conducentes para que el automotor atrás afiliado le sea presentado por su actual propietario, a fin de entregarlo en nuevo depósito (secuestro) a la persona responsable que él designe, o en subsidio, aquella que indique el señor apoderado de la parte civil....."

"- Según lo ordenado por el Superior en la parte transcrita, cual era la conducta que debía seguir el juez de la causa?

"- Indudablemente dar cumplimiento a lo ordenado por el Superior y en principio así procedió cuando en providencia de noviembre 15 de 1985 (folio 52) ordenó el depósito bajo el comiso (sic) del vehículo objeto, de esta litis y nombró como depositario del mismo a Sergio Luis Córdoba, ordenó igualmente practicar inspección ocular para establecer las condiciones del vehículo, comisionando para estos efectos al Inspector Superior de Policía Judicial.

"Sin embargo no se dió cumplimiento al auto que ordenaba las medidas referidas, pues resulta apenas obvio que si el vehículo se hubiera entregado al secuestre designado tal como se ordenó en esa providencia, y se hubiera cuidado de que cumpliera con las obligaciones que como tal le exigía las normas del artículo 683 del Código de Procedimiento Civil., no sólo se había conservado el bien en las condiciones normales de funcionamiento, sino que había seguido produciendo el rendimiento económico que producen esta clase de vehículos y de cuyas cuentas habría sido responsable civilmente el secuestre; conclusiones a las que arriba el despacho al analizar las siguientes pruebas que cuentan en el proceso:

"a) Oficio de septiembre 29 de 1987 suscrito por el Comandante del Cuerpo de Bomberos dirigido a la Juez Primero Superior, doctora Melba Caicedo, en el cual le da cuenta que con oficio número 1093 de octubre 30 de 1985 fue remitido por ese Despacho el vehículo tipo bus, cerrado, marca Dodge, modelo 1975, de servicio público, color crema y naranja motor número ST 004588, chasis Número 6249604 con Placa Número SY-19-93 afiliado a la Empresa Urbana Transpubenza de esta ciudad y de propiedad de

LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ; en el mismo comunicado le cuantifica el valor del parqueadero y le solicita disponer su traslado a otro lugar adecuado ya que la Institución va a someter a obra de inmediato y por lo tanto no se hacen responsables de los perjuicios que puedan ocasionarse al vehículo en caso de que no se dé la orden correspondiente (folio 191).

"b) Obra igualmente en el proceso copia autenticada del acta de entrega del vehículo automotor tantas veces referido y de fecha noviembre 11 de 1987 en donde se dejan perfectamente establecidos los siguientes puntos:

"Que el vehículo se encontraba en esa fecha en los predios del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Popayán.

"- Que estaba totalmente desvalijado faltándole al motor los siguientes accesorios:

"1o. - Tapa del distribuidor.

"2o. - Alternador y tapa del depurador.

"- De la parte interior del vehículo faltaban las siguientes piezas:

"1. - Medidor de aire.

"2. - Paloma de cambios.

"3. - Todos los accesorios del tablero, puertas, luces y timbre.

"4. - El bajo.

"5. - Espejo lateral izquierdo.

"6. - Tres cojines laterales y la banca trasera.

"-Parte exterior:

"1. Placa delantera y un caballo niquelado que se encontraba en la parte delantera.

"- Daños:

"1o. - Tablero partido.

"2o.- Tres vidrios laterales quebrados.

"3o.- Vidrio delantero de la puerta derecha quebrado.

"4o.- Vidrio de la puerta trasera quebrado.

"5o.- Bomper lado derecho trasero hundido.

"6o.- Stops arrancado y direccional quebrado.

"Se hace observaciones igualmente por el propietario en esa misma diligencia, sobre el estado por más de dos años expuesto al sol y al agua, ha sido carcomida y la pintura totalmente desteñida.

"El juzgado deja igualmente expresa constancia que el vehículo al ser decomisado el 31 de octubre de 1985, fué directamente trasladado al Cuerpo de Bomberos y no tuvo oportunidad de constatar sobre su estado en la época del mismo; aunque tiene conocimiento que se encontraba funcionando ya que fué trasladado a ese sitio por el respectivo chofer y entregado al Comandante de la Institución. En esas condiciones se hace entrega del vehículo a su propietario quien debe sufragar los gastos del servicio de garaje.

"Con las pruebas hasta aquí referidas resulta claro para el tribunal que la conducta irregular y omisiva se puso de presente desde el momento en que se nombró un secuestre como depositario del bien objeto de controversia, y en forma por demás inexplicable el mismo Juzgado del conocimiento había enviado con oficio 1093 de octubre 30 de 1985 el vehículo a los patios del Cuerpo de Bomberos, lo deja en esa Institución, hasta el 11 de noviembre de 1987 (fecha del acta de entrega) pese a que con providencia de noviembre 15 de 1985 había designado secuestre, nombramiento recaído en Sergio Luis Córdoba, a quien nunca se hizo entrega del bien como era lo correcto en obedecimiento de la referida providencia. Era el Juez del conocimiento el encargado de hacer ejecutar su propia decisión, pues estaba bajo la responsabilidad del juzgado la custodia y conservación del vehículo decomisado.

"- Otro hecho constitutivo de falla, puede apreciarse, de la conducta omisiva del funcionario del conocimiento que no levantó acta sobre las condiciones en que recibió el vehículo, circunstancia que el mismo Juzgado consigna en la diligencia vista al folio 220 del cuaderno principal y que textualmente dice: "..... El juzgado de su parte deja la constancia que como el vehículo al ser decomisado el día 31 de octubre de 1985 fue

directamente trasladado al parqueadero del Cuerpo de Bomberos de la ciudad, no tuvo oportunidad de constatar sobre su estado en tal época, aunque sí tiene conocimiento que se encontraba en funcionamiento, pues fué trasladado a ese sitio por el respectivo conductor y entregado al Comandante de guardia de la Institución....."

"Los hechos anteriores tienen también su respaldo, en la declaración que rindió Roviro Próculo Fernández, que para la época de los hechos era funcionario de tránsito (Inspector Ambulante).

"Le consta del estado de funcionamiento del vehículo antes del decomiso porque dentro de sus funciones esta la de revisar el Parque Automotor de las Empresas de Transporte y los vehículos que no estaban en buen funcionamiento, se ordenaba no darles rodamiento (ver folio 35 cuaderno de pruebas).

"Le consta igualmente que el vehículo decomisado y trasladado al patio de los Bomberos, se encontraba a la intemperie y sin ninguna seguridad porque estaba fuera de los patios. Al momento de la entrega su deterioro era tal, que tuvieron que sacarlo con grúa.

"En este estado de situaciones, concluye el despacho, que no era el Cuerpo de Bomberos el responsable de la guarda custodia y restitución del bien, en correcto estado de funcionamiento a su propietario; ya que frente a éste, era la autoridad del conocimiento que ordenó el secuestro de su bien quien debía responder, independiente de cualquier acción que pudiera derivarse por parte del juzgado contra la entidad que le recibió el vehículo, y decimos que es el Ente demandado el responsable porque incumplió sus propias decisiones al no entregar al secuestre nombrado por el mismo juzgado, el bien para su custodia y conservación y posible explotación del mismo.

"- Se pudo probar dentro del proceso, que la conducta del actor VILLAMARIN ORDOÑEZ no fué pasiva, ante la situación de su bien, pues tal como se citó en esta misma providencia, fueron varios los memoriales que dirigió a la autoridad competente en demanda de la reivindicación de sus derechos, que solo después de 2 años (Octubre 30 de 1985 a noviembre 11 de 1987) y 11 dias, pudo hacerse efectiva, fecha que toma la Sala habida cuenta que según oficio del departamento de Policía -Sijin- Grupo de Automotores, (folio 46 cuaderno principal) hasta el 22 de octubre de 1985 no se había hecho entrega del vehículo a las autoridades, entrega que según el oficio del comandante del Cuerpo de

Bomberos solamente se llevó a efecto el 30 de octubre de 1985 por remisión del Juzgado Primero Superior (folio 191).

"Con lo hasta aquí dicho puede concluirse sin temor a equivocarse, que si la conducta del Ente demandado, hubiera sido ajustada a los cánones legales y sobre todo diligente y cuidadosa, el daño que se causó en el bien de propiedad del actor no se habría presentado, de donde resulta forzoso concluír que los extremos fácticos presentados en el *libelo* y destacados en esta misma sentencia, como elementos de responsabilidad del Estado, se dan a cabalidad, en efecto:

"- El Señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ sufrió un daño en su patrimonio.

"- El daño tuvo su origen en el proceder negligente del Ente demandado.

"- Y por último ese proceder irregular causante del perjuicio no tuvo justificación alguna que pudiera llevar a eximirlo de responsabilidad, o al menos no se contraprobó nada en el proceso, ya que la conducta del Ente demandado fué casi que pasiva, y poco o nada aportó al mismo.

"- Mediante oficio número 116 de octubre 18 de 1990 el Jefe de Unidad Operativo del Instituto de Tránsito del Cauca que se arrimó al proceso, (folio 21 cuaderno de pruebas) se prueba que el actor es propietario del vehículo en referencia desde el 28 de septiembre de 1981 hasta la fecha (Octubre 18 de 1990), y por lo tanto, bien pueden prosperar las súplicas de la demanda bajo el régimen de la falla en el servicio.

"Con las pruebas a que se ha hecho referencia se concluye sin lugar a dudas que la demanda fue presentada oportunamente en cuanto hace a la caducidad de la acción, pues se trató de hechos consecutivos de la administración que se prolongaron en el tiempo y que originaron la acción impetrada.

"3o.- **El daño causado:**

"Pide el actor en su libelo, la indemnización por perjuicios materiales en su doble aspecto: Daño Emergente y Lucro Cesante, aspectos que se estudiarán en forma separada.

"a) **Daño emergente:**

"En la diligencia de entrega realizada por el Juzgado Primero Superior el 11 de noviembre de 1987 se establecieron las condiciones en que se encontraba el vehículo al momento de realizar la diligencia, faltándole una serie de accesorios que se relacionaron en la misma Acta (folio 220 siguientes cuaderno principal). Con esta diligencia se prueban al Tribunal los daños que presentaba el vehículo y el estado de deterioro en que lo recibió su propietario; circunstancia que también se acredita con las declaraciones de las personas que en una u otra forma intervinieron en las reparaciones que se hicieron necesarias para poderlo poner en su normal estado de funcionamiento. Así lo manifiesta Nelson Medina Velasco (folio 11 cuaderno de pruebas) quien efectuó el trabajo de pintura, debiendo cambiar previamente la lámina que se había podrido por la acción del tiempo. Reconoce igualmente en la diligencia la factura que obra en el folio 4 del expediente de fecha febrero 10 de 1988 en la que consta lo cancelado por su servicio en cuantía de # 380.000.oo.

"- Por su parte Segundo Euclides Figueroa Paz (folio 13 cuaderno de pruebas) dice que atendió los daños del vehículo en lo relacionado a mecánica eléctrica, debiendo cambiarle todo lo que encontró deteriorado, según relación que obra en la factura, cuyo valor y firma reconoce en la misma diligencia (folio 2 cuaderno principal).

"- Salvador Criollo Rojas (folio 115 cuaderno de pruebas) confirma lo dicho en esta providencia y extractado de las pruebas recaudadas, es el chofer del vehículo decomisado y quien fuera procesado penalmente por los hechos que lo cuenta la demanda. Le consta que el vehículo al tiempo del decomiso estaba en perfectas condiciones y le consta además del estado de deterioro en que se le regresó a su dueño.

"- José Fabio Villamarín (folio 22 cuaderno de pruebas) realizó el trabajo de reparación del motor, con cambio de repuestos, según factura que obra al folio 5 del cuaderno principal y por el valor allí detallado ($101.750.oo).

"- Las pruebas referidas son aceptadas por la Sala, no solo porque no fueron controvertidas en el proceso, sino porque los daños que se dice fueron reparados; son las que quedaron consignadas en el acta de entrega, y los valores son razonables para la época en que se efectuaron, de allí que con excepción de la factura que obra en el folio 3 que no fue reconocida por ninguno de los declarantes, se hará el reconocimiento en concreto, por las sumas relacionadas en las facturas y aceptadas por los beneficiarios de las mismas.

"b) **Lucro Cesante:**

"Se probó en el proceso que el vehículo de placas SY-1993 de propiedad del Señor LEONARDO VILLAMARIN, se entregó al Juzgado Superior el 30 de Octubre de 1985 (folio 46 y 191 cuaderno principal) y permaneció sin prestar servicio hasta el 1o. de marzo de 1988, cuando la Empresa "Transportes Pubenza Ltda" a la cual se encontraba afiliado el bus, le asignó ruta, según comunicación de 4 de abril de 1991, suscrito por el Gerente de la Empresa (folio 42 cuaderno de pruebas).

"Sin embargo el actor en su libelo (folio 229 solicita la indemnización desde el 11 de noviembre de 1987, así que se hará tal reconocimiento a partir de tal fecha, hasta el 1o. de marzo de 1988.

"Por este concepto solicita el actor dos factores: En primer lugar el subsidio de transporte que dejó de percibir por los períodos en que estuvo fuera del servicio, extremo de la litis no probado en el proceso. Pero como en el comunicado enviado por la Empresa Transportes Pubenza (folio 42) se dice que los vehículos modelo 1975 (como el del actor) sí recibían este beneficio la condena se hará "*in generi*" para que en el trámite incidental se demuestre, tanto el valor del subsidio a que tenía derecho el actor, como los períodos por los cuales no se le canceló explicando el motivo del no pago.

"2o.- El Lucro Cesante se reconoce, en los términos de la demanda, "*in generi*", dado que los valores dejados de percibir según el escrito que remite al Tribunal de la Empresa de Transportes (folio 42) no se puso a disposición de las partes y por lo tanto no fue controvertido.

"Para estos efectos se dará aplicación al artículo 172 del Código Contencioso Administrativo y 135 del código de Procedimiento Civil, mediante trámite incidental que deberá ser propuesto dentro de los 2 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, con arreglo a los siguientes puntos:

"Para la liquidación en concreto se tomará el valor promedio mensual establecido en tal documento, si no es controvertido, o con el dictamen que se determine a través de peritos y con base en el valor líquido mensual, se aplicará la fórmula jurisprudencial para su actualización y comprenderá el período comprendido entre el 11 de noviembre de 1987 fecha de la entrega hasta el 1o. de marzo de 1988 fecha en que se le asignó ruta tal como lo pide el actor en el *Libelo.*

"Las sumas así determinadas se actualizarán con las fórmulas matemáticas que para estos efectos son acogidas por nuestra jurisprudencia.". (fls. 295 - 313 Cdno No. 1).

- II -

CONSIDERACIONES DE SALA:

A) La sentencia consultada será confirmada, aunque con la modificación que se orienta a hacer la condena en concreto, pues dentro del informativo obran los elementos de juicio necesarios para proceder en tal sentido.

En el caso *sub-exámine* el *ad-quem* encuentra que el sentenciador de instancia hizo una seria, jurídica y justa valoración de todas las circunstancias particulares del caso, por lo cual se impone concluír que el fallo, en todo su universo, se ajusta a la ley y al derecho.

La abundante prueba aportada al proceso permite concluír que este es un caso más, de otros similares de que ha conocido la Sala, en que se condena a la administración, no con apoyo en la filosofía jurídica que informe el llamado "ERROR JUDICIAL", sino por un "MAL SERVICIO ADMINISTRATIVO DE LA JUSTICIA", pues no otra cosa cabe predicar de la conducta del Juez Primero Superior, que en providencia calendada el día 15 de noviembre de 1985 ordena el depósito bajo comiso del vehículo objeto del presente conflicto de intereses, nombra depositario del mismo al Señor SERGIO LUIS CORDOBA, pero no lleva a cabo la diligencia correspondiente, limitándose a remitirlo al cuerpo de Bomberos, donde queda abandonado, al sol y al agua, realidad que determinó el deterioro con el cual fue entregado posteriormente a su dueño. Esa conducta negligente de la juez lesionó un bien del demandante, causando un daño antijurídico, por omisión de la autoridad, que el actor no tiene por qué soportar. Así las cosas la administración debe indemnizar los perjuicios causados con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional. El universo de la conducta omisiva de la administración lo destaca muy bien el Tribunal, en el siguiente aparte de su proveído, que patrocina la Corporación. En él se lee:

"2o.) **Hechos que tipifican la conducta omisiva del Ente demandado.**

"- Para ubicarnos en este punto de la litis se hará una mirada retrospectiva a la decisión del Honorable Tribunal Superior a la providencia de septiembre 12 de 1985 en la que ordena entre otros puntos al *a-quo* (folio 38 cuaderno principal) a "tomar oportunamente todas las medidas necesarias y conducentes para que el automotor atrás afiliado le sea presentado por su actual depositario, a fin de entregarlo en nuevo depósito (secuestro) a la

persona responsable que él designe, o en subsidio, aquella que indique el Señor apoderado de la parte civil....."

"- Según lo ordenado por el Superior en la parte transcrita, cual era la conducta que debía seguir el juez de la causa?.

"- Indudablemente dar cumplimiento a lo ordenado por el Superior y en principio así procedió cuando en providencia de noviembre 15 de 1985 (folio 52) ordenó el depósito bajo comiso del vehículo objeto de esta litis y nombró como depositario del mismo a Sergio Luis Córdoba. Ordenó igualmente practicar inspección ocular para establecer las condiciones del vehículo, comisionando para estos efectos al Inspector Superior de Policía Judicial.

"Sin embargo no se dió cumplimiento al auto que ordenaba las medidas referidas, pues resulta apenas obvio que si el vehículo se hubiera entregado al secuestre designado tal como se ordenó en esa providencia, y se hubiera cuidado de que cumpliera con las obligaciones que como tal le exigía las normas del artículo 683 del Código de Procedimiento Civil, no sólo se había conservado el bien en las condiciones normales de funcionamiento, sino que había seguido produciendo el rendimiento económico que producen esta clase de vehículo y de cuyas cuentas habría sido responsable civilmente el secuestre;...." (fls. 304 -305 Cdno no. 1).

B) La Sala confirmará la condena que por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, hizo el *a-quo*, por la suma de QUINIENTOS VEINTISEIS MIL NOVECIENTOS PESOS ($526.900.oo), suma que se actualiza por el período comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y el treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), tomando en cuenta los índices de precios al consumidor certificados por el Dane que son hecho notorio.

Dentro del marco anterior, la condena monta la suma de UN MILLON SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1.786.356.64).

Confirmará, igualmente, la condena que hizo el tribunal por LUCRO CESANTE, pero ella se hace en concreto. Para liquidarlo se reconocerá el subsidio por el período comprendido entre el ll de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) y primero (1o.) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), a razón -de SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS ($65.684.70) mensuales, que es el monto registrado en la comunicación que el Señor Luis

alberto Peña, Gerente de Transportes Pubenza Ltda, le envió al Tribunal, en respuesta al Oficio No. 0575 de 28 de febrero de 1991. La Sala valora este documento, en todo su universo, por ser respuesta a una comunicación oficial, y por obrar dentro del proceso sin ser controvertida por la parte demandada, conducta ésta última que el sentenciador aprecia como prueba de informes (art. 243 C. de P. Civil).

Dentro del anterior marco la suma que debe ser pagada, por concepto de subsidio de transporte, monta DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS ($233.837.53). Esta suma se actualiza por el período comprendido entre el primero (1o.) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y el treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), y asciende a un monto de SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS ($792.782.74).

La sala reconoce también la suma de CIENTO SETENTA MIL PESOS MENSUALES ($170.000.oo), como ingreso líquido mensual del vehículo, con apoyo en la prueba anterior. El pago cubre el período comprendido entre el 11 de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) y el primero de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988). El monto que resulta se actualiza por el período comprendido entre el 1o. de marzo de mil novecientos ochenta y ocho y el 30 de abril de 1993, es decir: QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($576.353.44).

A la luz de lo que se deja expuesto, LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA, deberá pagar al demandante, por concepto de lucro cesante, la suma UN MILLON TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS ($1.369.136.18).

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: Confírmanse los numerales primero (1o.) y cuarto (4o.) de la sentencia calendada el dia diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso del rubro;

SEGUNDO: Revócanse los numerales segundo (2o.) y tercero (3o.) del mismo fallo, los cuales quedarán así:

2o) Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA a pagar al Señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ, portador de la cédula de ciudadanía Número 1.463.722, la suma de UN MILLON SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1.786.356.64), por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de DAÑO EMERGENTE;

3o) CONDENASE, igualmente, a LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar al señor LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ, la suma de UN MILLON TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS ($1.369.136.18), por concepto de daños materiales, en la modalidad de LUCRO CESANTE.

Al presente fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C. Contencioso Administrativo. Para tal fin se expedirán las copias de la sentencia, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

TERCERO: Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO POR ACCION / FALLA DEL SERVICIO POR EMISION / DAÑO DEL ANTIJURIDICO / DECOMISO DE BIENES

La NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-, debe responder patrimonialmente por el daño antijurídico causado al demandante por acción, y también por omisión de la autoridad pública, pues ésta no supo conservar el bien que se le entrego para su guarda, en las misas condiciones lamentables de conservación y mantenimiento, responsabilidad que encuentra su fundamento en el art. 90 de la Constitución Nacional. La Sala su deber llamar la atención a la fuerza pública que, en casos como el presente, suele actuar a tontas y a locas, sin verificar en cada caso, sise dan o nó norma general. A la administracción, a la fuerza pública y a los jueces, les está vedado el camino de la arbitrariedad. La justicia no puede hacerse manejando prejuicios sublimales ni saliendo a la caza de brujas. La Sala, como reiteradamente lo ha dicho, tampoco patrocina la escuela del uso alternativo del derecho, que pretende que el juez salga del círculo de la normatividad para afrontar, en cada caso, el problema de los contenidos materiales de la justicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr *Julio César Uribe Acosta.*

Referencia : Expediente Nro. 8106. Actor: MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA. Demandado: LA NACON - MINISTERIO DE DEFENSA.

SECCION TERCERA

-I-

Agotada la tramitación procesal de 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 dia treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutiva, **DISPUSO**:

> "1o. DECLARAR administrativamente responsable a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por los daños y perjuicios ocasionados a la propiedad del Teniente Coronel (R) MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, con la ocupación militar llevada a cabo el 23 de agosto de 1989 por miembros de la Tercera Brigada -Batallón Pichincha con sede en Cali, a raíz del registro y allanamiento a que fue sometido el inmueble ubicado en la Calle 11 No. 127-120 Corregimiento de PanceVereda La Viga, en operativo ordenado por el Juez 48 de Instrucción Penal Militar".
>
> "2o. CONDENAR *in-genere* a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a reconocer y pagar en favor del Teniente Coronel (R) MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, los perjuicios materiales causados al inmueble de su propiedad, de acuerdo con la suma que resulte probada en el dictamen pericial que se practicará siguiendo las pautas dadas en la parte motiva de esta providencia.
>
> "3o.- Dese cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia en los términos previstos en los arts. 176 y 177 del C.C.A., una vez sea aprobada la determinación que se haga pericialmente de los perjuicios causados" (fls. 286 - 287 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 universo:

> " El señor MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, en ejercicio de la acción de reparación directa, instauró demanda contra LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA ,encaminada a que se declare a esta entidad administrativamente responsable de los perjuicios materiales causados a su propiedad ubicada en el Corregimiento de Pance "Parcelación Alferez Real", por miembros de la Tercera Brigada-Batallón Pichincha de Cali, con ocasión del operativo militar llevado a cabo el 23 de agosto de 1989. Que en consecuencia deben pagarsele todos los perjuicios materiales cuantificados en $35.211.104.oo o en la suma que resulte probada"

" Narra como HECHOS fundamentales de su demanda, los que a continuación se sintetizan:

" El demandante es propietario de un inmueble situado en el Corregimiento de Pance, Vereda La Viga, Parcelación Alferez Real., la cual tenía arrendada al Sr. JOSE IGNACIO HERNANDEZ a partir del 1 de agosto de 1989. El 23 de agosto de 1989 el Teniente CERCHAR FIGUEROA ELISEO JUAN, había solicitado al Juez 48 de Instrucción Penal Militar una diligencia de allanamiento pues había indicios graves según informes dados por vecinos del sector, de que existía en esa residencia armas de uso privativo de las Fuerzas Militares así como también algún nexo con el narcotráfico".

"El inmueble fue ocupado por unidades del Batallón desde el 23 de agosto de 1989, fecha del allanamiento hasta el 25 de enero de 1990, fecha en la cual se ordenó por parte del Juzgado 48 de Instrucción Penal militar, su entrega al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en el acta de entrega se hizo constar el estado en que se encontraba, buena parte de los techos sin tejas, las puertas sin chapas, los ventanales con sus vidrios rotos, algunos de ellos con perforaciones de proyectil".

"La demanda fué contestada oportunamente por el Ministerio o de Defensa a través de su apoderado. Se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por las partes, luego se corrió traslado para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y finalmente la actuación pasó a despacho para decisión de fondo. A lo cual se procede previas las siguientes:

"CONSIDERACIONES:

"Pretende el actor a través de la acción de reparación directa que se Le indemnicen los daños Y perjuicios ocasionados al inmueble de su propiedad con ocasión de la orden de allanamiento impartida por el Juez 48 de Instrucción Penal Militar el 23 de agosto de 1989, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1863 de 1989. El Tribunal deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política que a la letra dice:

"Son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional,

mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

"las autoridades de la República están instituidas 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".

"Este artículo consagra expresamente una obligación para el Estado de proteger de manera especial los bienes de sus asociados y si bien es cierto que esta protección puede ser limitada en algunos casos por normas de orden público como lo fueron los decretos 1863 y 1856 de agosto 18 de 1989 los cuales permitían el allanamiento a propiedades de presuntos narcotraficantes con el decomiso de todos los bienes en ellos encontrados mientras se hiciera la investigación correspondiente y se probara a quien pertenecían y cual era la procedencia del dinero por medio del cual fueron adquiridos, no es menos cierto que el Estado a cuyo cargo pasaban estos bienes tenía la responsabilidad de administrarlos correctamente, haciéndoles el debido mantenimiento como quiera que sobre ellos pesaba el dominio de un particular presumiblemente inocente, hasta que se probara lo contrario. Así mismo el Estado no podía dar una destinación definitiva sino temporal a los mismos.

'En el presente caso mediante auto interlocutorio No.003 proferido por el Juzgado 5o. Especializado, el cual fué confirmado íntegramente por el Tribunal de Cali-Sala Penal se ordenó no proceder contra el Sr. MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, quien demostró ser el propietario del inmueble y no tener nexos de ningún tipo con el narcotráfico.

"Quedaba entonces para el Estado la responsabilidad de entregar los bienes incautados en iguales condiciones a las que los tomó. la condición inicial del inmueble figura en la diligencia de registro que obra a folios 4 y 5, que se describe"

"Se trata de una edificación moderna, amplia, con zona verde a su alrededor, cancha de microfutbol, piscina con área social en su interior, garaje cubierto para cuatro carros, parqueadero amplio en la entrada principal, fuente de agua, cocina,comedor, salón grande con muebles de oficina, cuatro piezas con closer y en cada una de ellas oficina y en dos de estas hay servicio de baño, estudio con muebles de oficina, cuatro pinturas al óleo, un hall con sofá, un gimnasio con tres aparatos, un salón de juego de SCUASH,planta de purificación del agua de la piscinas circuito cerrado de televisión, no obstante estar dotada la casa con muebles de oficina, entre los escritorios

no existen documentos ni elementos que hagan presumir que en el momento se esté utilizando este inmueble. Se aprecia desorden en los pocos muebles que hay, en los garajes cubiertos contiguo a la cocina, se haya (sic) parqueados... una moto acuática marca YAMAHA WAVE RUNNER, su contextura es de fibra de vidrio y tiene el Nro YAM 24933J889 de color negro blanco rojo, también se halla en el garaje un pequeño tractor de cuatro llantas CORTA PASTO marca MURRAY 8 /30 mod 8-30502 #3137 de color rojo, también hay contiguo a los garajes un (sic) planta de tratamiento del agua de aljibe que utiliza el inmueble; se aclara que La cancha de microfutbol tiene una pista atlética en TARTAN... se firma por quienes han intervenido, no sin antes hacer constar, que se dio buen trato al vigilante, no se causaron daños ni en la edificación ni en los muebles y enseres existentes, se cierra esta diligencia..."

"En el Acta de Entrega al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR por parte del Juez 48 de Instrucción Penal militar que obra a folios 83 y 84 del cuaderno principal, se hace otra lista de bienes y del estado general en que se recibe la casa y se tomaron unas fotos que fueron anexadas al proceso. Acta que dice así: Salón grande para oficinas, cuatro garajes cada uno con capacidad para dos carros, cocina, salón de balompié con pista de tartán, se entregaron los siguientes muebles y enseres: 2 escritorios de madera, 9 sillas giratorias, 16 sillas fijas, 7 archivadores en madera, 7 multimuebles en madera, 1 sofá habano en cuero, 1 nevera CENTRALES DE 16" modelo 2352 serie 21083 sin automático, 2 sofás en cuero negro (uno de ellos incompleto), 1 mesa redonda en madera, cinco bancas de hierro y madera para exteriores, cuatro reflectores instalados, 1 mesa para ejercicios abdominales, 1 vibrador marca WALTON ERF NALK No.20901 (incompleto) 1 mueble de madera para cocina integrar, 1 lavaplatos en acero inoxidable, 1 mesa en madera rústica marca JUAGAR, equipo de purificación de agua que consta de tres filtros, un tanque mediano de eternit instalado el equipo y en mal estado, 1 televisor monitor para circuito cerrado marca PHILIPS TH6510, 1 closet de madera, 1 mesa plegable negra en madera, 7 partes de modulos en madera-metal, 1 manguera para limpieza de piscina con rodillos, 1 motobomba instalada en aljibe, una antena exterior, un sistema de aire acondicionado EQUIPRAC, modelo E1O-V048HL, serie L7001715 instalado sobre el techo de la edificación, 1 carpa para sombrilla parasol, 1 transformador de voltaje para SIEMENS para 45 KW No.3048, 1 motor eléctrico para llover la puerta de entrada principal, 2 ventiladores de techo, 1 planta para purificación de agua para piscina instalada, 1 maleta en plástico, 1 papelera de madera para escritorio, 1 alfombra en mal estado, 2 vidrios para mesa de centro, 1 espejo decorativo para baño, de 1.50 X 1.15 mts., 1 espejo decorativo para baño de 1 X 1.15 mts en mal estado, 5

acrilicos para sillas, 6 vidrios para escritorio..... se hace constar que la totalidad de las instalaciones locativas se encuentran en regular estado, por carencia de mantenimiento, respecto de los techos, buena parte de los mismos, se encuentran sin tejas lo que ha motivado la humedad de toda la edificación, se observa que la casi totalidad de puertas se hallan sin chapas, existen varias perforaciones de proyectil, una de las puertas que da acceso al primer garaje está semidesprendida, respecto a las instalaciones eléctricas, la mayoría están en malas condiciones .... se hace entrega de un tractor color rojo 4 llantas corta pasto MURRAY de 8 HP 30 "modelo 8-30502 No. 3137 el cual se halla en perfecto estado de funcionamiento".

"Llama la atención que el contrato de arrendamiento que suscribió el propietario de la casa señor Miguel Angel Ricaurte Pereira con José Ignacio Hernández y el cual obra a folio 21 no contenga una relación detallada de los muebles con los cuales se alquila la casa y que a la fecha de autenticación que data, según se aprecia en el contrato, del 25 de septiembre de 1989 sea posterior al allanamiento que fué efectuado el 23 de agosto de 1989 por lo cual sa (sic) prueba no puede tenerse en cuenta por carecer de datos suficientes y de respaldo legal.

"El acta de entrega definitiva que hace el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR al propietario obra de folios 130 a 133 la cual se llevó a cabo el 7 de septiembre de 1990. En dicha acta consta en forma definitiva como le fué entregado el bien al propietario: "el inmueble presenta una serie de deterioros que la instancia prefiere sean descritos por las partes comparecientes particularmente por los funcionarios a cuyo cuidado se ha encontrado el reducto con ocasión de la ocupación efectuada por las Fuerzas militares y por el propietario de la casa, quien comienza describiendo que:

"Al darme cuenta del estado de los elementos que dejaron de total deterioro y los que se llevaron y que me acuerde en este momento, figuran: seis teléfonos con conmutador marca Panasonic; dos cámaras de circuito cerrado de televisión; dos mesas con parasoles en madera fina, lona y con seis sillas cada una; nueve cortinas verticales; una estufa de cocina integrar, una cafetera, una licuadora, la unidad de la nevera, diez cuadros pintados al óleo, una lancha de fibra (sic) de vidrio marca YAMAHA dos máquinas de escribir eléctricas, una Brother y una IBM, una grabadora marca Sony, sesenta tomas corrientes, una cama sencilla, dieciocho lámparas de iluminación de muro, marca MC GRAM EDISON, un juego de raquetas de raquetball. El inmueble en el momento del allanamiento se encontraba en excelentes condiciones de mantenimiento y funcionando todos los enseres e instalaciones a la perfección la piscina está totalmente inservible

junto con su planta de tratamiento, la bomba de agua totalmente deteriorada y en pedazos, vidrios destrozados, dos, un vidrio perforado con dos tiros de fusil, los tapetes todos dañados, paredes en general averiadas, los muebles de madera como escritorios, sillas, archivadores, divisiones modulares, rotos en su totalidad porque fueron violentados, cielo rasos destruidos, estantes bibliotecas de las oficinas destrozados, aire acondicionado parcialmente destruidos los ductos, la cancha de raquetball semidestruida, los garajes destruidos también, la zona verde (prados) encontrados con maleza, la pista de tartán deteriorada por falta de mantenimiento, chapas de las puertas destrozadas. La puerta de entrada principal dañada inclusive con control remoto. Haré llegar al despacho unas fotografías que están siendo tomadas en este momento como aporte para testimoniar del estado en que se encuentra el inmueble al recibirlo".

"Se deduce de todas las pruebas allegadas y descritas, que los daños a la propiedad se debieron a la falta de mantenimiento y al mal trato que se le dió al inmueble mientras estuvo en manos de los entes Estatales, especialmente del Batallón de Policía Militar No. 3, por los cuales se condenará a la Nación a indemnizar al Coronel (R) MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, pero debido a que el dictamen pericial solicitado como prueba anticipada y que obra a folios 178 a 185 del cuaderno principal, no se hizo conforme al mandato legal del artículo 300 del C. de P.C.,3 pues dada su cuantía debió hacerse con intervención de dos peritos y con citación de la contraparte, no puede tenerse en cuenta pues en esas condiciones no constituye plena prueba de los hechos.

"Además, debe tenerse en cuenta que en ese peritazgo se están incluyendo bienes como 1 tractor corta pasto, 1 lancha de fibra de vidrio y 1 circuito cerrado de televisión y muebles de oficina, los cuales fueron devueltos al propietario de la casa y no se puede relacionar como pérdida total, de pronto analizar si sufrieron deterioros.

" En consecuencia, la condena será in-genere. Los perjuicios materiales sufridos se tasarán a través de una prueba pericial, en la cual dos expertos determinarán su monto, teniendo en cuenta las actas que marcan los extremos de recibo y de entrega del inmueble (folios 4-5, 83-84, 130-133, cuaderno principal), las fotografías que obran en el expediente (folios 149-160 cuaderno principal); las facturas que el propietario conserve de los bienes que allí tenía, las facturas y recibos de los gastos que se han realizado para la reparación de la casa y que fueron acompañadas a la demanda y pueden observarse de folios 188 a 199 del cuaderno principal y todos los demás medios de que puedan hacer uso los peritos para Determinar en

concreto el valor de los daños ocasionados sobre el inmueble y todas sus pertenencias" (fls. 278 - 286 Cdno No.1).

-II-

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión, para **EXPONER:**

"De conformidad con las resultas de la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, según proveído de octubre 30 de 1992, es pertinente tener en cuenta junto con la fundamentación del presente escrito las pautas de defensa ofrecidas de manera oportuna en el escrito de contestación de demanda y alegaciones correspondientes, por parte de los apoderados de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional, los que corroboro en toda su orientación fáctica.

"Igualmente, se considera en esta oportunidad procedimental el hecho manifiesto de estar el inmueble objeto de pretensiones resarcitorias en manos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por parte del Juez 48 de Instrucción Penal Militar, por lo que se considera injusto que por efecto de las determinaciones adoptadas por el precitado Tribunal Administrativo en la sentencia en comento, estas se adjudiquen en su totalidad a la "Nación-Ministerio de Defensa Nacional" como resulta de la parte resolutiva del proveído condenatorio".

"Situación que debe definirse teniendo en cuenta que dentro de las pretensiones resarcitorias formuladas por la parte actora se acompaña solicitud en cuanto al período de arrendamiento de inmueble ocupado".

"Lo anterior, pues si bien lo que se pretende virtuar es la denominada falla del servicio, es claro que la acción de la Fuerza Pública se encontró fundamentada en razones de carácter legal y constitucionalmente conocidas de autos y vigentes a la fecha de la respectiva ocupación, por lo que la actuación correspondiente se encuentra ajustada en sus parámetros normativos".

"Ahora, si lo que se acusa de fondo es el deterioro y falta de mantenimiento de los elementos y áreas del inmueble ubicado en la Calle 11 No. 127-12 de Pance (Valle), estos deberán tener un ajuste proporcionado al tiempo de custodia ofrecido por parte de los efectivos de la Fuerza pública.

"Es del caso insistir en las consideraciones ofrecidas por el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca respecto del contrato de arrendamiento aportado al proceso, en relación con tales pretensiones en el sentido de considerarse al actor señor Teniente Coronel (r) Miguel Angel Ricaurte Pereira en calidad de propietario y al señor José Ignacio Hernández como su arrendatario el que de conformidad con lo allí expuesto, dicha prueba "no puede tenerse en cuenta por carecer de datos suficientes y de respaldo legal", por lo que habrá de tenerse en cuenta, igualmente que el auto interlocutorio No. 003 proferido por el Juzgado 5o. Especializado, el cual fué confirmado íntegramente por el Tribunal de Cali -Sala Penal, se ordena no proceder contra el señor Miguel Angel Ricaurte Pereira, quien demuestra ser el propietario del inmueble y no tener nexos de ningún tipo con actividades de carácter ilegal, lo que ampara de una manera específica al propietario en calidad de tal".

"En consideración final y por las razones expuestas, no se encuentra de parte, como se pueda virtuar una falla del servicio, como adjudible a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional al no hallarse la conexidad ideológica necesaria entre las causas que motivaron la actuación administrativa con los resultados alegados, ni mucho menos fundamentos de carácter procedimental que obliguen al resarcimiento acusado a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional".

"Por todo lo anterior, solicito muy respetuosamente al H. Consejero Ponente, revoque la sentencia de octubre 30 de 1992, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, objeto de consulta, y en su defecto declarar que en el caso en comento, no se dió falla administrativa del servicio por parte de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional" (fls. 299-300 Cdno No. 1).

-III-

VISTA FISCAL:

El Procurador Décimo Delegado, en su concepto de fondo, **OBSERVA:**

"B.)- Están probados en el proceso los siguientes hechos:

"1o).- Que en cumplimiento de una orden de allanamiento impartida por el Juez 48 de Instrucción Penal Militar,el 23 de agosto de 1989, fué ocupado por unidades del ejército el inmueble incautado, por presumirse que su propietario era narcotraficante".

"2o).- Que el 25 de enero de 1990, el mismo Juez 48 de Instrucción Militar ordenó la entrega del inmueble al Instituto CoLombiano de Bienestar Familiar, diligencia que se cumplió mediante acta de entrega que obra a folios 83 y 84 del C. Principal".

"3o).- Que por auto interlocutorio No. 003, del juzgado 5o. Especializado, confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, se ordenó cesar el procedimiento contra el propietario del inmueble incautado, por no tener nexos con el narcotráfico".

"4o).- Que el 7 de septiembre de 1990, el ICBF hizo entrega definitiva del inmueble al actor, mediante acta visible a folios 130 y 133".

"Pues bien. Al cotejar el documento obrante a folios 4 y 5 que registra el estado inicial de los bienes, con el acta de entrega definitiva, se evidencia que, efectivamente, se produjo el deterioro del inmueble y pérdida de algunos enseres, durante el tiempo que estuvieron en poder de los uniformados".

"No se remite a duda que los efectivos del Ejército Nacional recibieron en custodia bienes ajenos, con el encargo de guardarlos y restituírlos en las mejores condiciones posibles de conservación. Así las cosas, si los bienes que le fueron confiados sufrieron pérdida y deterioro, la Nación comprometió su responsabilidad y está en la obligación de indemnizar al propietario los perjuicios que se le ocasionaron, no propiamente por falla en el servicio,sino por el daño antijurídico causado por la acción o la omisión, según la filosofía que inspira el Art. 90 de la Constitución Nacional".

"Pero aún en el evento en el cual se trate de un procedimiento militar adelantado conforme a las normas legales que lo regulan, porque supuestamente en dicho lugar se adelantaban actividades de narcotráfico, lo cierto es que el particular ha sufrido un daño en un bien tutelado por norma constitucional como lo es la propiedad y se impone por tanto el resarcimiento del perjuicio, toda vez que se está frente al fenómeno conocido como el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas".

"Por las razones que anteceden, esta delegada estima que el fallo consultado amerita su confirmación y así lo sugiere, respetuosamente a la H. Sala" (fls.295-297 Cdno No.1).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La sentencia consultada será confirmada, aunque con algunos ajustes de universo económico, que se concretarán en la condena que se hará en concreto, pues dentro del informativo hay elementos probatorios suficientes para proceder en tal sentido.

Por lo que hace relación con la responsabilidad que incumbe a la administración, en el caso *sub-exámine,* la Sala patrocina la perspectiva jurídica que manejó el tribunal, por encontrarla ajustada a la ley, al derecho y a la justicia.

Del acervo probatorio practicado a lo largo del proceso se vivencia que el dia 23 de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), la Juez 48 de Instrucción Penal Militar,en virtud de lo preceptuado en el Decreto 1863 de agosto de 1989, procedió a sellar la entrada principal y las puertas del inmueble situado en la Avenida del Lago, Casa Nro 12/120 de propiedad del señor MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, dejando la vigilancia del mismo a cargo de Unidades del Batallón PM-3, mientras el Consejo Nacional de Estuperfacientes disponía lo pertinente. Del Acta que se levantó con tal motivo (C 1, fol 4 y ss.ss), se desprende que se trataba de "....una edificación moderna, amplia, con zona verde a su alrededor, cancha de microfútbol, piscina con área social en su interior, garaje cubierto para cuatro carros, parqueadero amplio en la entrada principal, fuente de agua, cocina, comedor, salón grande con muebles de oficina, cuatro piezas con closet.y en cada una de ellas muebles de oficina y endos (sic) de estas hay servicio de baño, estudio con muebles de oficina, cuatro pinturas al óleo, un hall con un sofá, un gimnasio con tres aparatos,un salón de juego de SCUASH, planta de purificación del agua de la piscina, circuito cerrado de televisión, no obstante estar dotada la casa con muebles de oficina, entre los escritorios no existen documentos..... en los garajes cubiertos contiguo a la cocina, se halla parqueados dos jeep Toyota LAND CRUISER cabinados nuevos..... y una moto acuática marca YAMAHA WAVE RUNNER,.... también se halla en el garaje un pequeño tractor de cuatro llantas CORTA PASTO....también hay contiguo a los garajes una planta de tratamiento del agua de aljibe que utiliza el inmueble; se aclara que la cancha de microfútbol tiene pista atlética en TARTAN....Los vehículos quedan dentro de los parqueaderos del inmueble a disposición del Juez competente, al igual que los muebles y enseres de oficina y demás, que hay dentro de la edificación registrada".

Aunque en el acta ya citada no se indica el estado de conservación del bien y de los enseres, se impone concluir que era el normal para bienes de tal naturaleza.

B) Muestra también el expediente que después de agotada la investigación penal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia calendada el día ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa (1990), (C 1, fol 114 y ss.ss), confirmó la decisión tomada por el Juzgado 5o. Especializado de la misma ciudad el día 29 de enero de 1990, en virtud de la cual decidió DICTAR AUTO INHIBITORIO, porque ".... se dan las exigencias del artículo 382 del C. de. P. Penal, pues el hecho NO HA EXISTIDO, ninguna autoridad lo ha denunciado Y no hay evidencia que se haya producido".

En el mismo proveído del Juez 5o. se ordenó la entrega definitiva al señor Coronel (R) MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, del inmueble "..... Localizado en la región de Pance, vereda "La Viga", parcelación ALFEREZ REAL , conocido en la actual nomenclatura urbana con el Nro. 127-120 de la Calle 11 de Santiago de Cali .... "(Cdno 1, fol 56 vto).

De los considerados de la providencia del Tribunal la Corporación retiene los siguientes apartes, por resultar bien ilustrativos de la realidad fáctica. En ellos se destaca:

> "Los Decretos que establecen el mecanismo de la ocupación, allanamiento y decomiso de los bienes vinculados al delito de Narcotráfico y conexos, de Enriquecimiento ilícito y el de Testaferro, son los números 1856, 1895 y 2390 de 1.989 y el 042 de 1990".
>
> "Conforme al Decreto 1856 la norma fundamental es su Artículo 1o., que en lo esencial adiciona el Art. 47 y ss. de la Ley 30 de 1986, en cuanto que extiende el comiso a los beneficios económicos y efectos provenientes o vinculados directa o indirectamente a las actividades ilícitas antes referenciadas"
>
> "También dice la Legislación Extraordinaria, que el acto de comiso u ocupación realizado por las Fuerzas militares o la Policía Nacional, plantea en el Decreto 2390 las opciones de que se hubieren realizado por orden Judicial, o que haya actuado la Fuerza Militar como Policía Judicial sobre bienes muebles, o que el Tribunal de Orden Público, en obedecimiento al Mandato Legal hubiere remitido las actuaciones, con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 1893 de 1989".

"Pero también la Corte dijo en la sentencia No. 69 de octubre 3 de 1989, que las Fuerzas Militares cuando decomisan bienes muebles, actúan bajo su propia responsabilidad y si así lo hacen accionan como Cuerpo Técnico de Policía Judicial, hacen sus veces, "y en consecuencia, a ellos incumbe la prueba de la procedencia, o vinculación del bien con la ilicitud que la norma señala como presupuesto para la incautación del bien".

"Esta introducción es para afirmar de que no le asiste la razón al Fiscal *a-quo* apelante, para que insista en la prolongación de la indagación preliminar, con el pretexto de que es al Juez a quien le corresponde aportar la prueba para demostrar la tipicidad del delito de Narcotráfico, de Testaferro o de Enriquecimiento ilícito del particular. Por el contrario, la Corte ha dicho que es a los Militares para este caso específico a quienes les corresponde asumir tal obligación. Pero acontece que el Mayor Alfonso Garay Molano al igual que el Teniente Cerchar Figueroa, fueron explícitos en manifestar carecer de pruebas para determinar la conexidad del Coronel Retirado Ricaurte Pereira con respecto a la ley 30 de 1986 y demás delitos conexos".

"Desde luego que debe entenderse que la vinculación es sólo con respecto a los delitos de la Ley 30 de 1986 y no a los de Testaferro y Enriquecimiento Ilícito, por ser estas normas posteriores, con respecto a la adquisición del bien que lo fué en enero 29 de 1988".

"Por lo demás, en este compendio quedó suficientemente claro, que el bien fue adquirido con título justo y en manera alguna contrariando La normatividad, pues lo que debe ser materia de decomiso son los bienes adquiridos por medios ilícitos, los cuales carecen de protección legal".

"Resultaría fatigoso conforme al certificado de tradición del inmueble, repasar su origen como lo hizo el interlocutorio No. 033, pero es suficiente decir, que LUIS ARTEAGA e hijos, adquirió el bien el 30 de julio de 1984, teniéndolo en su poder hasta el 15 de enero de 1987, cuando lo vendió a ELIAS PALMA y ésta persona una vez cancelada una hipoteca, enajone el bien a MIGUEL ANGEL el 25 de enero de 1988, aunque después se llevó a Escritura Pública en enero 29 del mismo año".

"El Militar retirado ha demostrado con sus declaraciones de renta y la fuente de sus ingresos, tener capacidad económica para adquirir el inmueble materia de investigación. Pero algo más importante que esto es la carencia de antecedentes, como lo reseña la constancia de la Jefatura Nacional de Antinarcóticos".

"Si algo anormal se encontró dentro del inmueble, según su declaración, le es imputable a su arrendatario JOSE IGNACIO HERNANDEZ, de quien se desconoce su paradero y no puede afirmarse que ésta sería una excusa obvia para evitar ser procesado, por un delito distinto de los aquí investigados, porque también le expresó a la justicia, que los dos Toyota encontrados en el inmueble no eran de su propiedad."

"No existe pues, en esencia, con base en los documentos arrimados al proceso, ninguna relación de causalidad directa o indirecta del bien inmueble, con las conductas descritas en el Decreto 1856 y 2390 de 1989 y menos aún con el Art. 47 de la ley 30 de 1986, pues, en todas estas acciones se vislumbra en la atenta lectura del compendio, un alejamiento de la mala fé en la adquisición del bien ocupado por las Fuerzas Militares. Tampoco se precisa que el propietario Miguel Angel haya adecuado su conducta a la abstracta descripción del Art. 6o. del Decreto 1856 de 1989, pues, conforme al certificado de tradición del inmueble (fls. 38 a 41), no se ha utilizado una tercera persona, para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico y conexos."

"De tal manera que la prolongación de la Indagación preliminar solicitada por el recurrente, no se adecua a las previsiones tratadas por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 69 de octubre 3 de 1989 y menos aún, puede pensarse en la imposibilidad de entregar el bien en esta providencia, porque la misma Corte al declarar exequible el Decreto 2390 de 1989, equiparó para esos eventos, un auto interlocutorio como el inhibitorio, a sentencia con efectos, para la devolución de los bienes que tienen causa y fin lícitos, una vez establecida la propiedad."

"De otra parte, mal podría hablarse en este compendio, demostrada hasta la saciedad la ausencia de sindicaciones y antecedentes por delito de narcotráfico y conexos, de Enriquecimiento ilícito de particular, porque la Corte en Sentencia No. 71 de octubre 3 del año próximo pasado, al declarar constitucional el Decreto 1895 explícitamente señaló: "Halla la Corte, que el decreto *sub-exámine*, sólo en cuanto se aplique a los casos de incremento patrimonial no justificado derivado de actividades delictivas, relacionadas con el narcotráfico y conexos". Dicho en otra forma, las expresiones "actividades delictivas" de que habla el Decreto pluricitado, se refieren únicamente al delito del Narcotráfico y sus conexos y de ello no existe la mínima prueba en contra de MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA."

"En otro giro, el hecho investigado deviene como inexistente y esa es la razón por la cual se profirió el Auto Inhibitorio, pues, no se vislumbra

conforme los parámetros del Art. 341 del C. de P.Penal, la tipicidad del reato o la identidad o individualización de autor o partícipe en los delitos tantas veces Mencionados en este expediente"(fls. 119 - 122 Cdno No.1).

C) La verdad procesal que se deja precisada dio lugar a que el día 27 de Agosto de 1990, el representante del Instituto de Bienestar Familiar, quien había recibido el inmueble del Comando del Batallón de Policía Militar No. 3, por orden del Consejo nacional de Estupefacientes (C 1, fol 83 y ss.ss), entregara el bien a su propietario, registrándose en el Acta correspondiente, la siguiente realidad:

"....el prenombrado inmueble presenta una serie de deterioros que la instancia prefiere que sean descritos por las partes comparecientes, particularmente por los funcionarios a cuyo cuidado se ha encontrado el reducto con ocasión de la ocupación efectuada por las Fuerzas Militares y habida consideración el abogado GONZALO PAZ ha estimado necesario clarificar lo sucedido para efectos ulteriores. En este estado se concede el uso de la palabra al abogado de la defensa doctor GONZALO PAZ, a efecto de que deje las constancias que estime necesarias en lo tocante a la entrega material y definitiva que del inmueble ocupado hacemos, así: "Prefiero que sea el mismo coronel (r) MIGUEL ANGEL RICAURTE, quien le indique al Despacho la serie de elementos que han desaparecido de este inmueble. Por la violencia que se observa se ha ejercido sobre el inmueble y los bienes muebles, le ruego a los funcionarios de Bienestar Familiar indicar con precisión, si los bienes fueron recibidos el 25 de enero del corriente año en el estado de destrucción y abandono absoluto en que se encuentran". En este estado el suscrito Juez atiende integralmente la petición elevada por el abogado de la defensa y se le otorga el uso de la palabra al propietario del reducto visitado Coronel (r) MIGUEL ANGEL RICAURTE, para que de cuenta del estado inicial del inmueble y de sus bienes al momento de la ocupación y la forma como se presentan en esta diligencia de entrega y DIJO: "Al darme cuenta del estado de los elementos que dejaron de total deterioro y lo que se llevaron y que me acuerde en este momento, figuran: seis teléfonos con conmutador marca panasonic; dos cámaras de circuito cerrado de televisión; dos mesas con parasoles en madera fina, lona y con seis sillas cada una; nueve cortinas verticales, una estufa de cocina integral, una cafetera, una licuadora, la unidad de la nevera, diez cuadros pintados al óleo, una lancha de fibra de vidrio marca Yamaha, dos máquinas de escribir eléctricas, una Brother y una IBM, una grabadora marca Sony, sesenta tomas corrientes, una cama sencilla; dieciocho lámparas de iluminación de muro, marca MC GRAW EDISON, un juego de raquetas de raquetball. El inmueble en el momento del allanamiento se encontraba en excelentes condiciones de mantenimiento

y funcionando todos los enseres e instalaciones a la perfección la piscina está totalmente inservible junto con su planta de tratamiento, la bomba de agua totalmente deteriorada y en pedazos, vidrios destrozados, dos, un vidrio perforado con dos tiros de fusil, los tapetes todos dañados, paredes en general averiadas,los muebles de madera como escritorios,sillas, archivadores, divisiones modulares, rotos en su totalidad porque fueron violentados, cielo rasos destruidos, estantes bibliotecas de las oficinas destrozados, aire acondicionado parcialmente destruidos los ductos, la cancha de raquetball semidestruída, los garajes destruidos también, la zona verde (prados) enmontados con maleza. La pista de tartán deteriorada por falta de mantenimiento, chapas de las puertas destrozadas. La puerta de entrada principal dañada inclusive era con control remoto. Haré llegar al Despacho unas fotografías que están siendo tomadas en este momento como aporte para testimoniar del estado en que se encuentra el inmueble al recibirlo. Es todo". Seguidamente se otorga el uso de la palabra a la doctora CIELO MARITZA ABADIA, Jefe de la División Administrativa del Instituto de Bienestar Familiar seccional Cali, para que se refiera a las apreciaciones hechas en esta diligencia de entrega por el propietario, señor Coronel RICAURTE PEREIRA y de cuenta al Despacho de cómo recibió el Instituto de Bienestar Familiar el inmueble ocupado y todo lo que a bien considere conveniente: "El dia 25 de enero del año en curso, siendo aproximadamente las once de la mañana iniciamos la diligencia de recibo del inmueble en mención por parte de la Juez 48 de Instrucción Penal militar, doctora NUBIA ESTHER FERNANDEZ PAZ. Al ingresar al mismo, pudimos constatar su estado de deterioro que desde esa fecha hasta el momento no ha tenido mucha variación. Las instalaciones no habían recibido ningún tipo de mantenimiento, los prados se encontraban totalmente abandonados, la piscina estaba sucia llena de renacuajos y basura, lo cual ofrecía peligro de alguna contaminación para los vecinos de los alrededores. Los muebles y enseres se encontraban destruidos; esto se puede constatar a través de veintiséis (26) fotos que me permito adjuntar para que obre dentro del expediente las cuales fueron tomadas por la licenciada MAZZILLI BEDOYA comunicadora social de Bienestar Familiar, el día 29 de enero del año en curso. Los demás bienes y en general el estado de recibo del inmueble consta en el acta de entrega provisional de fecha enero 25 suscrita por la Juez 48 de Instrucción Penal Militar, el capitán RENE MARIN CAMPOS, el señor AQUILINO CALDERON SANCHEZ, el Secretario JOSE A DUARTE SIERRA, la suscrita, el señor RICAURTE HIDROBO MUÑOZ y el doctor HARBEY URRUTIA. Quiero dejar constancia de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconocía el estado en que se encontraba el inmueble y por lo tanto, las fotos que entrego no fueran tomadas el dia de la diligencia de entrega sino cuatro días después" (C 1, fols.130 - 131 vto).

En este momento del discurso el sentenciador destaca que en el Acta que se levantó el dia 25 de enero de 1990,con motivo de la entrega del bien al Instituto de Bienestar Familiar, el representante de éste dejó la siguiente constancia:

> "Que la totalidad de las instalaciones locativas, se encuentran en regular estado, por carencia de mantenimiento respecto los techos, buena parte de los mismos se encuentran sin tejas, lo que ha motivado humedad en toda la edificación, se observa que la casi totalidad de puertas se hallan sin chapas, existen varios ventanales quebrados sus vidrios, algunos de ellos (dos) con perforaciones de proyectil, una de las puertas metálicas que da acceso al primer garaje está semi-destruida; respecto a las instalaciones eléctricas, la mayoría están en malas condiciones" (Subrayas de la Sala) (C 1, fol 84).

Que el inmueble fué seriamente dañado, mientras estuvo en poder de la fuerza pública, se desprende de lo expuesto por los declarantes Señores OSCAR ALEJANDRO QUINTERO GALVIZ, ALVARO BOLAÑOS, LUIS MARIO LOPEZ, ALVARO PAYAN GARCIA, quienes de una y otra manera intervinieron en la reparación del bien, y en lo pertinente de su deposición, destacan:

OSCAR ALEJANDRO QUINTERO GALVIS (C 4, fol 1). De profesión Electromecánico y sin parentesco con las partes;

> "Estaba destruido, había señas de violencia, inclusive en las lámparas de los jardines se ven orificios de disparos, internamente también se notan daños a los cielorasos como si les hubieran dado con cacha de revólver, a los tomacorrientes les habían dado duro y los habían destruido" (Subrayas de Sala).

ALVARO BOLAÑOS (C 4, fol 2). Comerciante de profesión, dijo:

> "...ciertos elementos hacían falta, pero otros estaban destruidos totalmente, se veían partidos, no era el deterioro ordinario, sino que había daños....No fueron ocasionados ni por el mal manejo, ni por niños, se consideran daños mayores, entrar a una sala de máquinas donde existe un conjunto de conexiones hidráulicas, interconectadas a bombas y filtros y estar totalmente partidas sus conexiones, pues no pueden ser por daños que se pueden presentar por uso o deterioro del sistema" (Subrayas de la Sala).

SECCION TERCERA

LUIS MARIO LOPEZ. Comerciante de profesión, destacó:

"...Había unos rieles colocados en señal de aquí o ahí existían otras persianas, estaban destruidos, por eso no pudimos instalar sobre esos rieles, sino que tuvimos que instalar todo nuevo. PREGUNTADO: Señor López, fuera de la destrucción de la persianas que usted reemplazó en su totalidad observó alguno otro signo de violencia en las instalaciones de la residencia mencionada. CONTESTO: naturalmente, si, noté que era como si hubiera pasado un tractor y hubiera destruido. Fuera de esos mis instaladores me comentaron que había pasado una casa (sic), que eso parecía que hubiera caído una bomba atómica, esa casa estaba casi destruida lo que aparece en las fotos que obran de folios 149 a 160 es veraz porque yo lo pude ver cuando fui a tomar medidas para instalar las persianas (se le pusieron de presente al testigo los documentos mencionados)" (C 4,fol 6).

ALVARO PAYAN GARCIA. Ingeniero Industrial, precisó:

"Después de un largo período de instalados los equipos indicados en la factura 6818 por solicitud del Coronel RICAURTE visitamos la residencia de él y encontramos que el sistema de aire acondicionado no funcionaba por falta de algunos componentes y daños en los equipos" (C 4, fol 8).

En apoyo de todo lo que se deja expuesto vienen también las declaraciones rendidas por la Dra. CIELO MARITZA ABADIA CABRERA, Jefe de la Sección Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; HARVEY URRUTIA NOEL, funcionario de la misma entidad y NAZZILLY BEDOYA GARCIA, comunicadora social del citado instituto, quienes son contestes en predicar que cuando se recibió el inmueble éste presentaba un grave estado de deterioro debido, al parecer, a la violencia ejercida sobre el mismo, la cual se registra en las fotografías tomadas por la última de las personas en antes citadas y que obran a folios 149y ss.ss del Cuaderno No.1.

D) A la luz de todo lo que se deja expuesto se impone concluir que LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, debe responder patrimonialmente por el daño antijurídico causado al demandante por acción, y también por omisión de la autoridad pública, pues ésta no supo conservar el bien que se le entregó para su guarda, en las mismas condiciones en que una persona prudente y diligente lo habría hecho, realidad que determinó que lo hubiese devuelto a su propietario en condiciones lamentables de conservación y mantenimiento, responsabilidad que encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Nacional.

La condena se hará en concreto y para fijar su monto la Sala aprecia las facturas que obran a folios 188 y siguientes, así:

1o-) Factura No. 3152, por trabajos realizados en la casa, suministro de elementos, equipo de limpieza piscina $1.249.100.oo;

2o) Contrato suscrito por el señor Oscar Quintero Galvis,con el Coronel Miguel Ricaurte Pereira, para la reparación y restauración de la red eléctrica; adquisición de materiales, etc..... .....$3.800.000.oo;

3o) Recibo suscrito por el Señor Alfonso Mondragón Palomino, por concepto de materiales de pintura, accesorios, herramienta y obra de mano $1.800.000.oo;

4o) Factura No. 0983 de Industria Vidriera Lema, por concepto de vidrios por la suma de .....$ 318.000.oo;

5o) Recibo por concepto de suministros e instalación de un sistema telefónico, suscrito por el Gerente General de la firma Metodio Barreto y Cía Ltda por la suma de $1.800.000.oo;

6o) Recibo expedido por la firma Adiela de Lombana Sociedad Ltda por concepto de 228 metros de alfombra sayonara $1.794.588.oo;

7o) Recibo suscrito por el Señor Mario López Campuzano por concepto de venta de persianas verticales, por la suma de.$1.352.536.oo;

8o) Factura No.0006818, expedido por la firma Carvel Ltda, por concepto de suministro instalación y puesta en operación de un sistema de aire acondicionado.....$3.080.000.oo;

Total: Quince Millones Ciento Noventa y Cuatro Mil doscientos veinticuatro pesos moneda corriente.....$15.194.224.oo.

Los anteriores reconocimientos se hacen habida consideración de que los terceros que suscriben los recibos y facturas los reconocieron dentro del proceso en legal forma. Por lo demás, la parte demandada no cuestionó el universo económico de la citada prueba.

No se ordena la actualización de la condena porque la sentencia viene en consulta, y en las pautas que dio el *a-quo* para hacer la liquidación ella no se dispuso.

Tampoco se condenará al pago de lucro cesante, en la modalidad de interés técnico, porque en el fallo tampoco se ordenó y el *ad-quem* no puede hacer más onerosa la situación de la administración.

E) Adicionalmente la Sala desea destacar que el monto de la condena permite realizar la justicia, pues del texto de la escritura que obra al folio 11 del cuaderno No. 1, se desprende que el demandante adquirió el bien el día veintinueve (29) de enero de 1988 por la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($4.250.000.oo M/CTE), precio que él dijo que no era el real, en declaración rendida ante el Juzgado Quinto Especializado de Cali, oportunidad en la cual manifestó: "Yo adquirí esa vivienda en enero 29 de 1988 me costó veintidós millones de pesos....." (Hecho Noveno de la demanda). Así las cosas, si perdió la tenencia del mismo diecinueve (19) meses después, por la actuación de la autoridad, no se aprecia una buena razón que permita concluir que con el reconocimiento que ahora se le hace, por QUINCE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO PESOS ($15.194.224.oo), no se le indemnice plenamente el daño causado. Aun en el caso de que la casa hubiese sido totalmente destruida, realidad que tampoco se dió, el precio del lote nivelaría el costo del bien, en el momento en que fue tomado por la autoridad.

F) La Sala considera su deber llamar la atención a la fuerza pública que, en casos como el presente, suele actuar a tontas y a locas, sin verificar en cada caso, si se dan o nó los presupuestos de ley para actuar en el sentido ordenado en la norma general. Los Decretos que establecen el mecanismo de la ocupación, allanamiento y decomiso de los bienes vinculados al delito de Narcotráfico y conexos, de Enriquecimiento Ilícito y el de Testaferro (1856, 1895 y 2390 de 1989 y el 042 de 1990), permiten inferir, como lo recordó muy bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en su providencia de ocho (8) de Agosto de mil novecientos noventa (1990) C 1, fol 114), que:

> "..... las Fuerzas Militares cuando decomisan bienes muebles, actúan bajo su propia responsabilidad y si así lo hacen accionan como Cuerpo Técnico de Policía Judicial, hacen sus veces, "y en consecuencia, a ellos incumbe la prueba de la procedencia, o vinculación del bien con la ilicitud que la norma señala como presupuesto para la incautación del bien".
>
> "Esta introducción es para afirmar de que no le asiste la razón al Fiscal *A-quo* apelante, para que insista en la prolongación de la indagación preliminar, con el pretexto de que es al Juez a quien le corresponde aportar la prueba para demostrar la tipicidad del delito de Narcotráfico, de Testaferro o de Enriquecimiento ilícito del particular. Por el contrario, la Corte ha dicho

que es a los Militares para este caso específico a quienes les corresponde asumir tal obligación. Pero acontece que el Mayor ALFONSO GARAY MOLANO al igual que el Teniente CERCHAR FIGUEROA, fueron explicítos en manifestar carecer de pruebas para determinar la conexidad del Coronel Retirado RICAURTE PEREIRA con respecto a la Ley 30 de 1986 y demás delitos conexos.

"Desde luego que debe entenderse que la vinculación es sólo con respecto a los delitos de la Ley 30 de 1986 y no a los de Testaferro y Enriquecimiento Ilícito, por ser estas normas posteriores, con respecto a la adquisición del bien que lo fué en enero 29 de 1988".

"Por lo demás, en este compendio quedó suficientemente claro, que el bien fue adquirido con título justo y en manera alguna contrariando la normatividad, pues lo que debe ser materia de decomiso son los bienes adquiridos por medios ilícitos, los cuales carecen de protección legal" (fl.120 Cdno No.1).

Dentro del marco anterior cabe preguntar: Si el mayor ALFONSO GARAY MOLANO y el Teniente CERCHAR FIGUEROA fueron explícitos en manifestar que CARECIAN DE PRUEBAS para determinar la conexidad del Coronel Retirado RICAURTE PEREIRA con respecto a la ley 30 de 1986 y demás delitos conexos, qué sentido tenía la toma del inmueble?. Pero es más: Si la Juez 48 de Instrucción Penal Militar desconocía "....la real procedencia del inmueble registrado....", para qué se procedía a dar aplicación al Decreto 1856 de 1989?. Por qué causa, motivo o razón no se optó por practicar previamente algunas pruebas que le permitieran proceder con prudencia y cuidado?. Tiene algún sentido someter a los ciudadanos a un trato inicuo simplemente porque poseen residencias lujosas?. Un status social y económico alto puede dar pie para que la comunidad o sus jueces "SUPONGAN" que los bienes fueron mal habidos?. De ninguna manera. A la administración, a la fuerza pública y a los jueces, les está vedado el camino de la arbitrariedad. La justicia no puede hacerse manejando prejuicios sublimales ni saliendo a la caza de brujas. La Sala, como reiteradamente lo ha dicho, tampoco patrocina la escuela del uso alternativo del derecho, que pretende que el juez se salga del círculo de la normatividad para afrontar, en cada caso, el problema de los contenidos materiales de la justicia. Transitando por esa vía del pensamiento, y como lo recuerda muy bien JOAQUIN S. RUIZ PEREZ, en su obra Juez y Sociedad, el sentenciador renuncia "....A LA NEUTRALIDAD FRENTE A LOS CONFLICTOS .....mas bien se reconoce su función política, atribuyéndole la calidad de instrumento de dominación de clase, con base, sobre todo, en la apretada interdependencia existe entre las relaciones jurídicas y las relaciones económicas y, en definitiva, se tiende a situarlo junto a los desheredados del

poder. Es decir, trasladando al campo del Derecho y de jurisdicción el conflicto social, se pretende otorgar un protagonismo esencial a la figura del juez en la lucha de clases esperándose alcanzar desde su actuación la liberación de los oprimidos. Como puede advertirse, para esta corriente del pensamiento el juez deja de ser imparcial y queda situado de forma evidente al lado de un sector social, junto a él y , consiguientemente, afectado por las aspiraciones y los intereses de una de las partes del conflicto, perdiendo así la cualidad de árbitro que le es consustancial" (Obra citada. Editorial Temis, 1987, págs 182 y ss.ss) (Subrayas de Sala).

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: CONFIRMANSE Los numerales primero (1o.) y tercero (3o) de la sentencia calendada el dia treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del proseso del rubro;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral segundo (2o.) de la misma sentencia, el cual quedará así:

2o.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA a pagar al Señor MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA, a título de perjuicios materiales, la suma de QUINCE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO PESOS ($15.194.224.oo), moneda corriente. DENIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

TERCERO: Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo;

CUARTO: Ejecutoriado el fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO

El hecho dañoso es imputable a la administración, por la ausencia o deficiente vigilancia y protección, del centro penitenciario, lo que trajo como consecuencia la muerte de la víctima. Al Estado le corresponde la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad de los establecimientos carcelarios, según lo dispuesto en el Código Carcelario y el Estatuto Orgánico de Cuerpo de Custodia y Vigilancia (Dto. 1817 de 1964 y Ley 32 de 1986), que comprende la obligación de proteger y respetar la vida, la integridad personal y psíquica de los internos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Proceso No. 8337. Actor: AMPARO DE LA CRUZ ZAPATA Y OTROS.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 5 de febrero de 1993, por la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

"1. DECLARASE ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE A LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA - POR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LOS SEÑORES AMPARO DE LA CRUZ ZAPATA DE CHAVERRA, CARLOS MARIO Y MARIA PATRICIA CHAVERRA ZAPATA POR LA MUERTE OCASIONADA A SU HIJO Y HERMANO RESPECTIVAMENTE EN HECHOS

OCURRIDOS EL 10 DE ENERO DE 1990 EN LAS INSTALACIONES DE LA CARCEL NACIONAL DE BELLAVISTA.

"2. EN CONSECUENCIA PAGARA POR PERJUICIOS MORALES A LOS SEÑORES:

"2.1 AMPARO DE LA CRUZ ZAPATA DE CHAVERRA - MADRE - MIL GRAMOS ORO.

"2.2. A CARLOS MARIO Y MARIA PATRICIA CHAVERRA ZAPATA - HERMANOS - DE A QUINIENTOS GRAMOS DE ORO PARA CADA UNO DE ELLOS.

"GRAMOS ORO CONVERTIBLES EN PESOS SEGUN SU VALOR EN LA FECHA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA.

"3. NIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

"SIN COSTAS."

ANTECEDENTES PROCESALES:

El primero de febrero de 1990 AMPARO DE LA CRUZ ZAPATA DE CHAVERRA, CARLOS MARIO Y MARIA PATRICIA CHAVERRA ZAPATA, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda en contra de la Nación Colombiana, Ministerio de Justicia para que se la declarara patrimonialmente responsable por la muerte del señor SERGIO ALONSO CHAVERRA ZAPATA el 10 de enero de 1990 dentro de las instalaciones de la Cárcel Nacional de Bellavista situada en el Municipio de Bello Antioquia.

Como consecuencia de la declaración anterior solicitaron que se condenara a la entidad demandada a pagar perjuicios morales y materiales en favor de los demandantes; en caso de no existir las bases suficientes para cuantificar los perjuicios materiales que se fije como suma el equivalente de cuatro mil gramos de oro fino a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, además de las costas y honorarios del proceso.

Los hechos que sustentaron la demanda son los siguientes:

"1. SERGIO ALONSO CHAVERRA ZAPATA ingresó, en detención preventiva, a la cárcel nacional de Bellavista, situada en el municipio de

Bello, Antioquia, el 19 de septiembre de 1989, por cuenta y orden del Juzgado 36 de Instrucción Criminal Ambulante.

"1.1. A pesar de que CHAVERRA ZAPATA, se encontraba preventivamente detenido, la Dirección del Penal lo juntó con numerosos condenados en el Patio Cuarto violando, de esta forma, la obligación que le imponen los artículos 24 y 232 del decreto número 1817 del 17 de julio de 1964, o Código Carcelario, de mantener separados los unos de los otros.

"1.2. donde, el 10 de enero de 1990, aprovechando la confusión que se presentó cuando del Patio Octavo del mismo Penal lanzaron una granada al Patio Cuarto, fue acometido por personas hasta ahora desconocidas a cuchilladas en hecho solo explicable por la pasividad, traducida en falta de vigilancia y control adecuados al fin de evitar que allí se produzcan atentados contra la integridad personal de los detenidos, o aún por la complicidad de Guardianes y Directivos, ignorantes de que:

"CUANDO SE TIENE EL DEBER JURIDICO DE IMPEDIR EL RESULTADO, NO EVITARLO, PUDIENDO HACERLO, EQUIVALE A PRODUCIRLO".

"2. La cárcel Nacional de Bellavista, en la fracción de Machado, municipio de Bello, Antioquia, es una de las cárceles con mayores indices de muertes y lesiones violentas en el país".

Oportunamente el Ministerio de Justicia mediante procurador judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, esgrimió como argumento que la muerte del recluso fue causada por terceros extraños a la administración y esta no tenía conocimiento que la vida del señor Sergio Alonso Chaverra Zapata corria peligro dentro de la cárcel.

Vencido el período probatorio se dispuso correr traslado a las partes para que presente sus alegatos de conclusión, en éste término éstas y el señor fiscal del Tribunal no se pronunciaron.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

" ..... "

" Piensa la sala, que mas que una obligación de resultado, se trata de la conocida como obligación de seguridad referida a proveer y generar todos los medios, mecanismos y conductas que hagan posible que el interno

cumpla su detención o pena, con la plena realización de sus derechos fundamentales, dentro de los cuales esta el derecho a la vida y a la integridad personal.

" Dentro de ese contexto, entonces, es la administración la que tiene la carga de demostrar el cumplimiento de tal obligación, pues es ella la que ejerce la guarda sobre el interno, lo que equivale a decir que el régimen aplicable al caso es el de la falla presunta del servicio.

" 2. Aunque en la demanda se invoca el régimen genérico de la falla en el servicio, de las cuales la falla presunta es una especie, lo cierto es que en virtud del principio Iura Novit Curia, la Sala debe analizar el caso de la luz desde la perspectiva indicada.

" Tal régimen - el de la falla presunta - supone, entre otros, una inversión de la carga de la prueba, obligando por ende al demandado a demostrar la no existencia de la falla, la que dada la naturaleza de la obligación, solo se desvirtuaría con la comprobación de una fuerza mayor, culpa de la victima o el hecho de un tercero.

" 3. En el proceso está demostrado lo siguiente:

" 3.1. Que el señor Sergio Chaverra Zapata ingresó a la Cárcel Nacional de Bellavista el 19 de septiembre de 1989

"3.2. Que fue recluído en el patio quinto del establecimiento, donde ingresan personas que se encuentran en condiciones como la del occiso, esto (sic) primera entrada y sindicación de hurto calificado, y con la posibilidad de "recluir también aquellos que registran tres entradas, según su hoja de vida.

" 3.3. Que la cárcel Nacional de Bellavista es un lugar de reclusión de detenidos, no de condenados, pero que allí son internados unos y otros indistintamente, clasificandolos en los patios según su peligrosidad, aunque, no es muy claro si en el patio quinto también existían para esa época "condenados"

" 3.4. Que la capacidad de dicho establecimiento es de 1.200 reclusos. No obstante este se ha superado con promedio de 1.500 reclusos o más.

" Concretamente, el patio quinto, para la época de los hechos, albergaba 580 internos bajo la vigilancia de cuatro guardianes y un cabo.

" 3.5. La ocurrencia frecuente de hechos violentos - muertes, lesiones, etc., - 198 muertes en el período 1987-1991, causadas con armas cortopunzantes, armas de fuego y granada, hecho este último ocurrido el 10 de enero de 1990, día en el cual también fue asesinado Chaverra Zapata con arma blanca.

" 3.6. Que el 10 de enero de 1990 fue muerto en dicho establecimiento el recluso Sergio Antonio Chaverra Zapata, en hechos violentos de los cuales no se conocen causas, autores, circunstancias, etc.

" 4. En este orden de ideas, cree la Sala que no existen elementos de juicio para dar, por desvirtuada la presunción de falla, toda vez que no existe ninguna causa extraña que permita tal conclusión.

"Agréguese que la prueba de la diligencia y cuidado por sí sola no es factor exonerante de responsabilidad."

Con fundamento en estos argumentos el *a-quo* condenó a pagar perjuicios morales en favor de los demandantes: el equivalente de 1000 gramos de oro para la madre y el equivalente de 500 gramos de oro para cada uno de los hermanos.

En lo que se refiere a los perjuicios materiales no se hizo ningún reconocimiento y menos aún se condenó a pagar costas del proceso.

En el trámite de la consulta las partes no presentaron alegatos de conclusión; el señor Procurador Delegado ante el Consejo de Estado estimó que debe confirmarse la sentencia consultada.

Revisado el proceso no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala comparte la decisión del Tribunal, por considerar que de las pruebas aportadas se deduce la responsabilidad de la administración.

A folios 5 a 8 del expediente aparecen los documentos con los cuales los demandantes acreditaron estar legitimados para iniciar la acción contenciosa, por ostentar la calidad de madre y hermanos de la víctima.

No merecen discusión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, donde perdió la vida el señor SERGIO ALFONSO

CHAVERRA ZAPATA el 10 de enero de 1990 quien para la época se encontraba en detención preventiva en las instalaciones de la Cárcel Nacional de Bellavista ubicada en el Municipio de Bello, Antioquia.

El 5 de Octubre de 1989 el Juzgado 36 de Instrucción Criminal Ambulante de Medellín comunico la medida de aseguramiento decretada en contra del sindicado SERGIO ALONSO CHAVERRA ZAPATA (fl. 94) puesto a disposición del establecimiento carcelario, éste había ingresado el 18 de Septiembre de 1989 de acuerdo con el informe rendido por la Asesora Jurídica de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín (fl.151).

Con la copia de la diligencia de levantamiento del cadáver que obra a folios 143 y 144 quedó probado que el crimen se produjo en el interior de la cárcel; no se tuvo conocimiento del motivo que dió lugar al homicidio, lo único claro es que el interno SERGIO ALONSO CHAVERRA ZAPATA fue ultimado con un arma cortopunzante, se le encontraron heridas en varias partes del cuerpo. De las diligencias preliminares que se adelantaron por este delito, no se logro vincular a persona alguna como autor material del delito, por lo tanto el Juzgado 56 de Instrucción Criminal de Bello, Antioquia, mediante auto se inhibió de abrir investigación y ordenó el archivo del expediente (fls. 141 a 170).

Esclarecidos los hechos materia de la presente controversia, se infiere que el hecho dañoso es imputable a la administración, por la ausencia o deficiente vigilancia y protección del centro penitenciario, lo que trajo como consecuencia la muerte de la víctima.

Al Estado le corresponde la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad de los establecimientos carcelarios, según lo dispuesto en el Código Carcelario y el Estatuto Orgánico de Cuerpo de Custodia y Vigilancia (Dto. 1817 de 1964 y Ley 32 de 1986),.que comprende la obligación de proteger y respetar la vida, la integridad personal y psíquica de los internos; en ese orden de ideas, la Cárcel del Distrito Judicial de Antioquia no cumplió con la citada obligación de velar por la vida de SERGIO ALONSO CHAVERRA ZAPATA, hasta tanto permaneciera recluído en la institución.

No solo el análisis anterior permite evidenciar una falla en la prestación del servicio, pués además existe un informe rendido por el Director de la Cárcel Judicial del Distrito Judicial de Medellín y otro del Comandante de Vigilancia (fl. 107 y 110), en los cuales se deja constancia sobre el mal funcionamiento del establecimiento. Sostiene en su informe que la Cárcel de Bellavista, a pesar de haber sido construida para recluir un promedio de 1.500 internos, el 10 de enero 1990 contaba con un total de 2.816 reclusos. Tampoco existen políticas

adecuadas sobre la distribución de los internos por patios, teniendo en cuenta su peligrosidad ni su clasificación en sindicados y condenados.

En consecuencia, son suficientes los planteamientos esbozados para declarar la responsabilidad de la Nación Colombiana, Ministerio de Justicia en virtud de que aparecen demostrados los elementos que configuran la falla en la prestación del servicio carcelario.

PERJUICIOS MORALES: En lo que se refiere a daño moral, la Sala acoge en su integridad la condena impuesta por el Tribunal. Los demandantes demostraron la calidad de madre y hermanos de la víctima, condición suficiente para hacerse acreedores a esta indemnización, en consecuencia la entidad demandada cancelará a su favor el equivalente de 1000 gramos de oro en favor de la madre y 500 gramos de oro para cada uno de los hermanos, según la certificación que expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

En lo que se refiere a los perjuicios materiales no se hará ningún pronunciamiento, debido a que la sentencia está en consulta y no se puede hacer más gravosa la situación de la Nación Colombiana, Ministerio de Justicia.

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 5 de febrero de 1993.

SEGUNDO: ENVIESE copias de ésta sentencia al Ministerio de Justicia y a los demandantes con la constancia de notificación y ejecutoria para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SECCION TERCERA

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

LAUDO ARBITRAL - Fuerza Ejecutiva

El Laudo arbitral, una vez cobra jecutoria adquiere fuerza ejecutiva y la interposición del recurso de anulación, por ser de naturaleza extraordinaria, no impide la efectividad o ejecución de lo decretado por la decisión arbitral, no solamente en cuanto a sus aspectos principales sino de igual manera con respecto a sus accesorios o intereses correspondientes.

LAUDO ARBITRAL - Límites

Mediante el pacto arbitral, bien en la modalidad de Cláusula compromisoria o ya como compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros escogidos directa o indirectamente por ellos, pero en todo caso con plena autonomía de renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios. La materia arbitral puede estar integrada por todas o alguna de las diferencias surgidas con relación a un negocio jurídico, pero si estas no se especificaron habrá de presumirse que la competencia arbitral se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación negocial. Frente a la no taxatividad de las materias susceptibles de arbitramento, habrá de entenderse que podía ser cualquiera que hubiese tenido su causa, efecto o desarrollo en cualquiera de las etapas de la vida negocial, aun comprendiendo algunos aspectos precontractuales y otros postcontractuales.

SECCION TERCERA

INTERPRETACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Inexistencia / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Integración

Ni antes de la integración del Tribunal de arbitramento, ni mucho menos durante la existencia de este, se presentó el caso de que la administración tuviera que utilizar la referida figura que constituye típico poder exorbitante que la doctrina y jurisprudencia han aceptado. Dicho de otra manera, si la administración necesita interpretar unilateralmente un contrato al cual se halla vinculada y en él aparece pacto arbitral, no resulta legalmente posible desarrollar el arbitramento sin que previamente se hubiere cumplido lo relativo a la interpretación unitaletal y, por contera, lo así interpretado en virtud de esa potestad exorbitante no será materia arbitral. Pero si la administración no tuvo necesidad de llegar a efectuar la susodicha interpretación unilateral, como es el caso de autos, nada tiene que jugar aquí la normativa invocada por el recurrente, De tal suerte que el Tribunal podía integrarse sin niguna limitación, sin ningún prerequisito, sin nigún condicionamiento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Seccion Tercera

Santa Fe de Bogotá, D.C. cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: EXPEDIENTE No.7215 Actor: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. Consorcio Jorge A Torres y Alvaro Rivera. Recurso de anulación -LAUDO ARBITRAL-

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-, contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de diciembre de 1991 y auto del 16 del mismo mes y año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituído para dirimir las controversias suscitadas entre las sociedades Consorcio Jorge A. Torres Triana-Alvaro Rivera Quintero de una parte y, de la otra el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, cuya resolutiva es la siguiente:

"PRIMERO: No es del caso declarar la tacha del testigo Carlos Guillermo Sánchez Altamar propuesta por la apoderada del IDU, ni probadas las objeciones a los dictámenes rendidos por los doctores Werner Gómez Benítez y Fernando Tavera Bahamón; y Jorge Díaz Valdiri y Guillermo Aristizábal Rivera.

"SEGUNDO: Declárase que el Instituto de Desarrollo Urbano 'IDU' incumplió obligaciones nacidas del contrato número 053 de veintiocho (28) de agosto de mil novecientos ochenta y siete e incurrió en mora, en los términos de la parte motiva del presente Laudo.

"TERCERO: Condénase al Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" a pagar al Consorcio Jorge A. Torres Triana Alvaro Rivera Quintero, por conducto de su representante el señor Jorge A. Torres Triana la cantidad de TREINTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON SETENTA y OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($34.982.395.78).

"CUARTO: La cantidad anterior devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este Laudo y moratorias al vencimiento del período anterior.

"QUINTO: Deniéganse las demás pretensiones del Consorcio Jorge A. Torres Triana-Alvaro Rivera Quintero, tal como se indica en la parte motiva de este Laudo.

"SEXTO: Por haber prosperado parcialmente las pretensiones se condena en costas.

"SEPTIMO: Para los efectos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, por la Secretaría del Tribunal remítase copia auténtica del presente Laudo a la Dirección del Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" y a la Procuraduría General de la Nación.

"OCTAVO: Por el Presidente y el Secretario del Tribunal protocolícese el expediente, incluyendo el presente Laudo, en una Notaría del Círculo Notarial de Santa Fe de Bogotá.

Terminada la lectura, el Laudo queda notificado en audiencia a las partes, de conformidad con lo prescrito por el Código de Procedimiento Civil. Cumplido lo anterior se dá por terminada la Audiencia y se levanta la sesión". (folios 586 a 588).

Por auto de 16 de diciembre de 1991, el Tribunal por Arbitramento, dispuso:

"No es del caso de aclarar y corregir el Laudo Arbitral de seis (6) de

diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991) como fué solicitado en el escrito de trece (13) de los mismos mes y año.".

OBJETO DEL RECURSO:

La señorita apoderada del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, en su escrito que obra a folios 6 a 11 del expediente, ocurre ante esta Corporación a fin de interponer el Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral de fecha 6 de diciembre de 1991 y su auto de 16 del mismo mes y año, y aduce para sustentar su impugnación las siguientes consideraciones:

Argumenta el IDU como causal de anulación la falta de validéz de la integración del Tribunal de Arbitramento "por no haberse constituído legalmente" (Cláusula Segunda del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989) y, de otro lado, que el Consorcio no protestó en ningún momento anterior por no haber recibido el anticipo oportunamente.

Igualmente, alega la circunstancia de haberse liquidado el contrato "desde el 30 de enero de 1989, meses antes de la solicitud para la conformación del respectivo Tribunal, en razón a que la Cláusula Compromisoria sería para dirimir las divergencias que se suscitaran en relación con el Contrato y paralizaran o perturbaran la ejecución de las obras".

El desenvolvimiento del contrato y la posterior liquidación, por vencimiento del término sin que la obra se hubiere terminado, está plasmado en las diferentes" actuaciones administrativas amparadas por las presunciones de legalidad y legitimidad y del poder de ejecutividad...". Que "el Tribunal no tuvo en cuenta los antecedentes, deficiencias y falta de diligencia expuestas en los alegatos de conclusión y que la liquidación del contrato se produjo por el incumplimiento del Consorcio Contratista a pesar de los sucesivos plazos y cartas rogatorias concedidos por el IDU....". (folio 10).

Con fundamento en la CAUSAL OCTAVA, impugna el Laudo, por haber versado sobre puntos no sometidos a decisión del Tribunal.

Finalmente solicita el impugnante "la prosperidad de la anulación planteada por los argumentos consignados a través del desarrollo procesal en los diferentes documentos aludidos como en la primera audiencia de trámite, alegatos de conclusión, solicitud de corrección y aclaración y recurso de anulación".

REPLICA DEL CONSORCIO JORGE A. TORRES TRIANA-ALVARO RIVERA QUINTERO.

El señor apoderado del Consorcio Jorge A. Torres Triana-Alvaro Rivera

Quintero, en su escrito que obra a folios 13 a 21, invoca ante esta Corporación se declare mediante sentencia, "INFUNDADO EL RECURSO DE ANULACION PROPUESTO" y que se imponga al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, la correspondiente condena en costas por una total y absoluta irresponsabilidad en el manejo de los intereses confiados por la ciudadanía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1a.- Conforme al artículo 128 numeral 12 del decreto ley 01 de 1984 y artículo 20 del decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, y decreto 2651 de 1991, ésta Corporación es la competente para conocer y decidir del recurso de anulación propuesto.

2a.- Los cargos que, de manera desordenada y confusa la recurrente enrostra al Laudo impugnado, los sintetiza la Sala así:

a) Que el pacto arbitral contenido en la Cláusula Décima novena del contrato de Obra 053 de 1987, prescribió que "las divergencias que se susciten en relación con el contrato y que paralicen o perturben la ejecución de las obras, se someterán a la decisión de árbitros".

b) Que el artículo 24 del decreto 222 de 1983 en su único parágrafo dispone: "Si se hubiere pactado arbitramento, no podrá acudirse a él sin que previamente se haya cumplido lo relativo a la interpretación unilateral y lo resuelto en esta etapa no podrá ser objeto de arbitramento". Por lo que el IDU "ha venido sosteniendo que el Tribunal no podrá integrarse sin llenar el requisito de ley consignado anteriormente so pena de quedar viciado de nulidad. Sin embargo, el Tribunal de arbitramento no compartió en su fallo tales argumentos, tal como lo consigna en el capítulo IV, página 8 y siguientes del laudo. ....(...) Con los mismos argumentos invocamos la nulidad del laudo que ahora sustento fundados en la cláusula Segunda artículo 38 decreto 2279 de 1989 que contempla: "No haberse constituído el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada en forma expresa en la primera audiencia de trámite".

c) Que por "haberse liquidado el contrato el 30 de enero de 1989, es decir, meses antes de la solicitud para la conformación del respectivo Tribunal, en razón a que la llamada Cláusula Compromisoria sería para dirimir las divergencias que se suscitaran en relación con el Contrato y paralizaran o perturbaran la ejecución de las obras... Entonces, ya habiéndose clausurado el Contrato, no existiendo en la vida jurídica su ejecución, ni hechos que perturbaran

o paralizaran la ejecución de las obras, mal podía integrarse un Tribunal de Arbitramento en forma legal".

d) Se impugna también el Laudo por haber recaído "sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido"... Sobre el punto no existe una pretensión concreta de la parte actora diferente a establecer si el plazo contractual fué de catorce semanas. La Corporación de primera instancia (sic) en sus razonamientos y conclusiones trae las siguientes etapas relativas al desarrollo del Contrato que nosotros extractamos así:

"1o.- La permanencia contractual del Consorcio en las obras comprendió desde el 23 de noviembre de 1987, fecha de iniciación de los trabajos hasta el día 30 de enero de 1989 fecha de vencimiento del plazo de la última de las Prórrogas.

"Esta podría ser la primera etapa; cobijando así este lapso 19 semanas de suspensión de obra y 29 por permanencia adicional o prórrogas.

"Una segunda etapa puede entenderse del siguiente enunciado: "No puede desconocerse que en cumplimiento de lo expresado en el Acta No.20 del 30 de enero de 1989 donde se manifestó que el contratista se compromete de conformidad con la Cláusula Segunda del Contrato, a proteger y conservar las obras relacionadas hasta su terminación y recibo final a satisfacción por parte del IDU., el Consorcio tuvo la vigilancia y protección de las obras del Centro de salud Catalina hasta el mes de septiembre de 1990, época en la cual se produjo el Acta de recibo fisíco del mencionado Centro.

"Con estos razonamientos se produjeron los reconocimientos de que trata el recurso que obra al folio 75 del fallo correspondiente así:

"-Por déficit del anticipo $3.099.713.88, para lo cual no tuvo en cuenta el Tribunal los antecedentes, deficiencias y falta de diligencia expuestas en mis alegatos de conclusión.

"-Por suspensión del Contrato $7.558.762.oo, sin tener en cuenta que tal acontecimiento se produjo a solicitud del Consorcio Contratista en sus diferentes cartas rogatorias y ante los sucesivos plazos concedidos de muy buena fe por el IDU para que aquel cumpliera; con todo se impuso el fenecimiento del contrato o liquidación por vencimiento del término ante los contínuos incumplimientos del Contratista. Sin embargo, esto ni la fuerza que tienen los Actos Administrativos, valió para que el Tribunal de

Arbitramento acatara nuestros pedimentos y si optó por las condenas que aparecen en el fallo.

"-Por costos de celaduría $4.155.453.oo. No entiendo cómo honorables consejeros, aplicando en teoría una mayor permanencia en la obra, porque no existió, paralelamente apliquen otra condena por el concepto mencionado cuando en el escrito de alegaciones se hace claridad de su inexistencia. "Estas consideraciones y los restantes planteamientos consignados a través del desarrollo procesal en los diferentes documentos aludidos como en la primera audiencia de trámite, alegatos de conclusión, solicitud de corrección y aclaración y recurso de anulación, espero tengan el mayor análisis como es característica en las sabias decisiones de esa alta Corporación".

3a. Para desatar el recurso de anulación, la Sala inicialmente resumirá los antecedentes principales que originaron la controversia suscitada entre el Consorcio Jorge A. Torres Triana - Alvaro Rivera Quintero y el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -. (Capitulo I); a continuación hará algunas consideraciones de carácter general acerca de la naturaleza jurídica del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales (Capítulo II); presentará las diversas condenas efectuadas por el Laudo arbitral en favor del Consorcio reclamante (Capítulo III); enseguida analizará en detalle cada uno de los cargos formulados por el impugnante y la réplica del Consorcio opositor (Capítulo IV); para, finalmente, deducir las conclusiones y fallo definitivo (Capítulo V).

CAPITULO I.

ANTECEDENTES:

El Tribunal de Arbitramento los sintetizó así:

"1. El dia veintiocho (28) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987), las partes ahora contendientes en este Tribunal de Arbitramento, firmaron el contrato 053, que tuvo por objeto las obras necesarias para la construcción del Centro de Salud Catalina y la terminación del Centro de Salud Class.

"2. El veintisiete (27) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) el Consorcio solicitó la modificación de las condiciones de contratación, con base en: a) Pérdida del poder adquisitvo, b) Reajuste del contrato y, c) Reajuste de precios.

"3. Ese mismo dia, el (27) de enero de mil novecientos ochenta y nueve

(1989), por resolución número 051, el IDU declaró incumplido el contrato, acto confirmado mediante Resolución número 246 del ocho (8) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

"4. El veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el IDU no accedió a lo solicitado relacionado con la modificación de los términos contractuales.

'5. El veintiuno (21) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Consorcio puso en movimiento la cláusula 19a, o compromisoria, solicitando la integración del Tribunal previsto en la misma señalando la materia objeto del mismo.

"6. El dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el IDU expresó que no era procedente la convocatoria del Tribunal de Arbitramento y por tanto se abstuvo de designar árbitros alegando para ello el vencimiento del plazo.

"7. El catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989) el consorcio, glosó la liquidación elaborada por el IDU.

"8. El once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Consorcio, por medio de apoderado, solicitó al Juez Civil del Circuíto de Santa Fe de Bogotá la integración del Tribunal de Arbitramento.

"9. Luego de una serie de incidentes y recursos el siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), dentro de la audiencia de designación de árbitros llevada a cabo en el juzgado treinta y uno (31) Civil del Circuito de esta ciudad, de consuno las partes contendientes designarón a las personas que deberían integrar el Tribunal y allí se expresó "Que a la escogencia de los anterioresa árbitros precedió el acuerdo de las partes concurrentes a esta diligencia". Los árbitros designados fuerón los doctores DIONISIO GOMEZ RODADO, SAUL SOTOMONTE SOTOMONTE Y VICTOR MORALES CHAPARRO.

"10. Dentro de la oportunidad legal los árbitros aceptarón el encargo hecho.

"11. El dia dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991) se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento.

"12. Una vez notificados los representantes de las partes contendientes y

haberse consignado las sumas decretadas como gastos, el dia dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991) se celebró la primera audiencia de trámite del proceso árbitral en la cual se asumió la competencia, y se decretaron pruebas pedidas por las mismas. Diligencia en la que se reconoció al doctor PEDRO SANCHEZ CASTILLO apoderado del Consorcio Jorge A. Torres Triana - Alvaro Rivera Quintero y a la doctora BLANCA LILIA TOBOS PALENCIA como apoderada de Instituto de Desarrollo Urbano "IDU".

"13. A partir del dia veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991) y hasta el mes de octubre del mismo año, el Tribunal practicó las pruebas decretadas y durante ese lapso otorgó a los intervinientes el derecho a la contradición de las mismas.

"14. Entre tales medios de convicción merecen destacarse las diligencias de inspección judicial a los Centros de Salud Class y Catalina que se hicieron en compañía de los peritos arquitecto e ingeniero y de personal del IDU y del consorcio.

"15. Así mismo es pertinente señalar que fueron rendidos dos dictámentes periciales, uno técnico por parte de los auxiliares Werner Gómez Benítez y Fernando Tavera Bahamón, y otro económico contable por los doctores Jorge Díaz Valdiri y Guillermo Aristizábal Rivera. De ellos las partes solicitaron aclaración y complementación y el IDU los objetó.

"16. Dentro del incidente de objeciones se practicaron dos nuevos dictámenes por los doctores Carlos Alvarez y Blanca Aurora Paz León y Edgar Javier Erazo López y Edgar Dagoberto Ocampo Flórez.

"17. También debe destacarse que entre los distintos testimonios recibidos, se encontró el del señor Carlos Guillermo Sánchez Altamar, testigo que fué objeto de tacha por parte de la apoderada del IDU.

"18. En la audiencia del dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), las partes de común acuerdo prorrogaron el término de duración de este Tribunal hasta el veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), incluído.

"19. El dia siete (7) de noviembre del año en curso las partes hicieron uso de la palabra a efecto de exponer las razones que avalaban sus pretensiones reiterando cada uno de ellos lo que había sostenido en la primera audiencia de trámite".

SECCION TERCERA

CAPITULO II.

NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.

En sentencia de 15 de mayo de 1992; expediente 5326; anulación de Laudo Arbitral de Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL Vs. Consorcio DOMI PRODECO-AUXINI, con ponencia de quien hoy proyecta ésta, se dijo:

"a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el Laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas.

"b) A través de los cargos que se formulen contra el Laudo, dentro de los precisos y estrictos límites que imponían las taxativas causales del recurso, previstas por el derogado artículo 672 del C. de P.C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2279 de 1989, ha de pretenderse la infirmación del Laudo *(judicium rescindens),* sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento *(judicium rescisorium),* como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. Se exceptúa de lo anterior, como lo anota MORALES MOLINA, la causal 9a. del derogado art. 672 del C. de P.C., hoy causales de los numerales, 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2279 de 1989, **en cuyo caso incumbe al Juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento** (cfr. Hernando Morales: "Estudios de Derecho" Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del artículo 672 citado hubiera previsto que en caso de hallarse próspera una de las causales 1a. a 6a., se debería decretar "**la nulidad de lo actuado**"; en tanto que si se encontrare fundada una de las causales 7a. a 9a., ambas inclusive, "se **corregirá o adicionará**" el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2279 de 1989, que hoy rige la materia, al establecer que "cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, y 6 del artículo 38 de este decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará".

"c) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "**principio dispositivo**", conforme al cual es el recurrente quien

delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra. No debe olvidarse, a este propósito, que el recurso de anulación de que se trata, procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados (C.P.C., 672, inc. 1o., reemplazado por el art. 37 del decreto 2279 de 1989), lo cual envuelve una excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones firmes pasadas con fuerza ejecutoria. **Tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y limite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente "rogados".**

Por las anteriores características, el Laudo arbitral, una vez cobra jecutoria adquiere fuerza ejecutiva y la interposición del recurso de anulación, por ser de naturaleza extraordinaria, no impide la efectividad o ejecución de lo decretado por la decisión arbitral, no solamente en cuanto a sus aspectos principales sino de igual manera con respecto a sus accesorios o intereses correspondientes.

CAPITULO III

LAS CONDENAS IMPUESTAS POR EL LAUDO.

Luego de cumplir, a cabalidad, con los diversos aspectos formales de toda decisión árbitral, el Tribunal profirió el siguiente Laudo.

R E S U E L V E:

"PRIMERO: No es del caso declarar la tacha del testigo Carlos Guillermo Sánchez Altamar propuesta por la apoderada del IDU, ni probadas las objeciones a los dictámenes rendidos por los actores Werner Gómez Benítez y Fernando Tavera Bahamón; y Jorge Díaz Valdiri y Guillermo Aristizábal Rivera.

"SEGUNDO: Declárase que el Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" incumplió obligaciones nacidas del contrato número 053 de veintiocho (28) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987) e incurrió en mora, en los términos de la parte motiva del presente Laudo.

"TERCERO: Condénase al Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" a pagar al Consorcio Jorge A. Torres Triana Alvaro-Rivera Quintero, por conducto de su representante el señor Jorge A. Torres Triana la cantidad de TREINTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y

DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON 78/ 100 ($34.982.395.78).

"CUARTO: La cantidad anterior devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este Laudo y moratorios al vencimiento del período anterior.

"QUINTO: Deniéganse las demás pretensiones del consorcio Jorge A. Torres Triana - Alvaro Rivera Quintero, tal como se indica en la parte motiva de este Laudo.

"SEXTO: Por haber prosperado parcialmente las pretensiones sometidas a consideración del Tribunal, no se condena en costas.

"SEPTIMO: Para los efectos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, por la Secretaria del Tribunal remítase copia auténtica del presente Laudo a la Dirección del Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" y a la Procuraduría General de la Nación.

"OCTAVO: Por el Presidente y el Secretario del Tribunal protocolícese el expediente, incluyendo el presente Laudo, en una Notaría del Círculo Notarial de Santa Fe de Bogotá.

"Terminada la lectura, el laudo queda notificado en audiencia a las partes, de conformidad con lo prescrito por el Código de Procedimiento Civil. Cumplido lo anterior se dá por terminada la Audiencia y se levanta la sesión".

Por auto de 16 de diciembre de 1991, el Tribunal negó la solicitud de aclaración y corrección del Laudo Arbitral de 6 de diciembre de 1991, por las razones allí señaladas.

CAPITULO IV.-

Cargos formulados por el impugnante y la replica del Consorcio opositor.

Como se dijo al comenzar las consideraciones, los cargos que el impugnante enrostra al Laudo arbitral tienen su apoyo en la causal SEGUNDA, los formulados bajo los ordinales "a), b) y c), en tanto que el último, esto es, el distinguido con el ordinal d) encuadra dentro de la causal OCTAVA, del artículo 38 del decreto 2279 de 1989. En ese mismo orden de ideas se abordará su estudio.

CARGO a)

Como atrás se vió la recurrente invoca la literalidad de la Cláusula Décima Novena del contrato 053 de 1987, para resaltar que el ámbito o campo arbitral solamente podría tener operancia para dirimir controversias originadas en razón con el contrato "que paralicen o Perturben la ejecución de las obras" (subrayas fuera de texto); queriendo dar a entender que cualquier otra situación que tuviere ocurrencia con anterioridad o posterioridad a la vigencia del contrato resultaría extraña al campo arbitral.

El consorcio opositor replica el cargo en los siguientes términos:

"1. La cláusula compromisoria vincula a las partes contratantes en todas las etapas de desarrollo del contrato dentro de las cuales se destacan las de su ejecución, las de sus suspensiones, las de sus prorrogas, las de su terminación así como las de su liquidación, máxime cuando se trata de un contrato de obra que no se cumple en forma instantánea sino por etapas lo que lo lleva a ser un contrato de tracto sucesivo.

"2. Tal como consta, entre otros, a los folios 60 a 61, 71 a72, 81 a 82, 11, 116 a 119, 142 a 154 del cuaderno No.6 el consorcio contratista desde el 22 de abril de 1988, el 2 de junio de 1988, el 18 de agosto de 1988, el 19 de enero de 1989, el 27 de enero de 1989, dentro de la vigencia del plazo contractual y en plena ejecución de las obras, elevó a la entidad contratante sus reclamaciones que evidentemente perturbaron y paralizaron la ejecución de las obras, por ello fue necesario prorrogar y suspender el contrato tal como consta en las actas de obra y en los contratos adicionales (Cuaderno No.8 folios 1 a 76). De otra parte en la comunicación del 27 de enero de 1989 el Consorcio además de elevar su reclamación expresa al IDU. que de no ser atendida acudirá a la cláusula compromisoria.

"Se denota como dentro de la ejecución de las obras se presentaron las diferencias que a la postre fueron dirimidas en el Laudo Arbitral.

"Además al acta de liquidación del contrato se hicieron glosas (Cuaderno 6 folios 142 a 151) en la comunicación del consorcio del 6 de abril de 1989, las que en forma parcial fueron atendidas por el IDU el 10 de abril de 1989 (Cuaderno 6 folios 152 a 154)

"3. Se advierte, entonces, que las causas o motivos que dieron lugar a las reclamaciones elevadas por el contratista se suscitaron dentro del plazo contractual y ellas tenían y tuvieron intima relación con la ejecución de las obras, además de que las reclamaciones fueron formuladas oportunamente,

dentro del plazo y término contractual. Otra cosa es que la entidad contratante no las haya atendido positiva y oportunamente, pero este proceder no lo autoriza para invocar en su favor un beneficio en detrimento del contratista.

"En estas condiciones y como los hechos y aspectos materia de las reclamaciones, que fueron sometidas a la decisión de los árbitros, se presentaron dentro del período contractual, la cláusula compromisoria tenía operancia plena para que con su aplicación se dirimieran las diferencias suscitadas con ocasión del desarrollo, ejecución, cumplimiento y liquidación del contrato 053".

Para resolver se tiene en cuenta:

Mediante el pacto arbitral, bien en la modalidad de Cláusula compromisoria o ya como compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros escogidos directa o indirectamente por ellos, pero en todo caso con plena autonomía de renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios. La materia arbitral puede estar integrada por todas o alguna de las diferencias surgidas con relación a un negocio jurídico, **pero si estas no se especificaron habrá de presumirse que la competencia arbitral se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación negocial.** Si se tratase del contrato de compromiso como este aparece después de surgido el conflicto, haya o no proceso judicial en curso, la materia arbitral resulta concreta a los puntos especialmente señalados en dicho contrato.

Dice así la Cláusula Décimo-novena del contrato:

"Las divergencias que se susciten en relación con el contrato y que paralicen o perturben la ejecución de las obras, se someterán a la decisión de árbitros de nacionalidad colombiana. Los árbitros serán tres (3) y constituirán un Tribunal que tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá. Cada una de las partes designará un árbitro y el tercero será nombrado por el Señor Alcalde Mayor de Bogotá, D.E., quién escogerá también el árbitro de la parte que se niegue a hacerlo dentro de los treinta (30) dias contados a partir de la fecha en que la otra parte haya nombrado el suyo. El Tribunal fallará en derecho y se regirá por las reglas del código de comercio de Colombia. Cuando las divergencias que se presenten sean materias de carácter estrictamente técnico, los árbitros designados deberán ser profesionales en la respectiva materia y haber cumplido con las normas legales que regulen el ejercicio de la profesión. Su fallo será también en derecho. En ningún caso será susceptible de arbitramento la cláusula décima cuarta, décima quinta y décima sexta del presente contrato.

PARAGRAFO. -En todo caso, con anterioridad a la aplicación del arbitramento, el IDU dará cumplimiento a lo previsto en el parágrafo del artículo 24o. del decreto 222 de 1983".

Del texto anterior y dentro de una sana hermeneútica y para esto habrá que seguirse los artículos 1618 y ss del C.C., lo primero que se deduce del contenido de la cláusula transcrita es la intención de las partes de querer renunciar a la jurisdicción normal, para radicar los conflictos derivados del contrato 053 de 1987 ante árbitros escogidos por ellos, por lo que no se ve razonada la apreciación del IDU al querer limitar el alcance de dicha estipulación negocial tan solo a causas que pudieran "paralizar o perturbar la ejecución de las obras", entendiendo que el pacto arbitral debía hacerse desarrollando antes de la finalización del contrato. No. Como bien lo señala la parte opositora una cosa es que las causas o circunstancias hubieren tenido origen antes de la finalización del contrato y, otra bien distinta, que se hubiere intentado el desarrollo de dicho pacto arbitral después de la finalización de aquel. Por ello, en principio, y, frente a la no taxatividad de las materias susceptibles de arbitramento, habrá de entenderse que podía ser cualquiera que hubiese tenido su causa, efecto o desarrollo en cualquiera de las etapas de la vida negocial, aun comprendiendo algunos aspectos precontractuales y otros postcontractuales.

Así las cosas, no sólo por lo exiguo del argumento que presenta el IDU para sustentar este cargo, sino por cuanto su orientación peca contra los más elementales;es principios de hermeneútica de las estipulaciones negociales, el cargo no está llamado a prosperar y así se decidirá en la resolutiva.

CARGO b)

En esta oportunidad el recurrente invoca la literalidad de artículo 24 del decreto 222 de 1983 para resaltar que " si se hubiere pactado arbitrariamento, no podrá acudirse a él sin que previamente se haya cumplido lo relativo a la interpretación unilateral y lo resuelto en esta etapa no podrá ser objeto de arbitramento".

El Consorcio replica el cargo anterior de la siguiente manera:

"En buen romance, el IDU pretende se le apliquen parcialmente las disposiciones de la contratación administrativa en cuanto le beneficien pero cuando se trato de su observancia las ignoro por completo. Acaso, en vista de las reclamaciones que perturbaron y paralizaron la ejecución de las obras, como en efecto se perturbaron y paralizaron, el IDU no estaba en la obligación de darle aplicación al artículo 24 citado. Sí, si lo

estaba pero ignoro la disposición a la cual acude en vía de solución y provecho para su beneficio.

"5. Bajo la premisa de que para acudir a la cláusula compromisoria es menester agotar la etapa de la interpretación unilateral del contrato, por parte de la administración, tendrían que, como en el caso que nos ocupa, el silencio de la administración y el no uso de sus facultades, traería como consecuencia la derogatoria o desconocimiento del pacto contractual, lo que riñe con las reglas de interpretación de las normas y las cláusulas contractuales.

"Como se dice el laudo atacado, no creo "que al funcionamiento de la justicia arbitral deba preceder el uso o empleo del poder excepcional de la interpretación unilateral, no solo porque no es ese precisamente el sentido del ambiguo parágrafo del artículo 2 decreto ley 222 de 1983, sino porque de ser el tendría que concluír con la no viabilidad del artículo 76 de esa misma normatividad. El caso, aún sin necesidad del auxilio de la iniciación teleológica que refuerza lo aseverado, mirar la simple ubicación de las normas para arribar a una conclusión contraria la glosa hecha".

"Indiscutiblemente en este aparte el tribunal se refiere a la aplicación del artículo 26 del Código Civil y al 5 de la ley 57 de 1887 que para el análisis de este asunto deben tenerse en consideración ".

La Sala ve con extrañesa la invocación que el recurrente hace del parágrafo único del artículo 24 del decreto 222 de 1983, dado que tal preceptiva forma parte de la institución denominada **INTERPRETACION UNILATERAL** de los contratos administrativos, materia exógena a lo que aquí se ventila. En efecto, ni antes de la integración del Tribunal de arbitramiento, ni mucho menos durante la existencia de este, se presentó el caso de que la administración tuviera que utilizar la referida figura que constituye típico poder exorbitante como doctrina y jurisprudencia lo han aceptado. Dicho de otra manera, si la administración necesita interpretar unilateralmente un contrato al cual se halla vinculada y en él aparece pacto arbitral, no resulta legalmente posible desarrollar el arbitramento sin que previamente se hubiere cumplido lo relativo a la Interpretación Unilateral y, por contera, lo así interpretado en virtud de esa potestad exorbitante no será materia arbitral. Pero si la administración no tuvo necesidad de llegar a efectuar la susodicha interpretación unilateral, como es el caso de autos, nada tiene que jugar aquí la normativa invocada por el recurrente. De tal suerte que el tribunal podía integrarse sin ninguna limitación, sin ningún prerequisito, sin ningún condicionamiento. Por esta razón el cargo no prospera y así se dispondra en la resolutiva.

CARGO c).

INTEGRACION DEL TRIBUNAL INDEBIDAMENTE POR HABERSE CONFORMADO DESPUES DE LIQUIDADO EL CONTRATO.

Este cargo se encuentra íntimamente atado al primero, o sea, al del ordinal a) y, en el fondo no es más que su reiteración. En efecto, se afirma por el recurrente que el contrato 053 de 1987 se liquidó el 30 de enero de 1989 y que con anterioridad a tal circunstancia, no se había intentado conformación del tribunal para dirimir divergencias en relación con el contrato "que paralizara o perturbara la ejecución de las obras".

El consorcio opositor replica el cargo en los siguientes términos:

"Si el tribunal no se integró antes de la liquidación del contrato 053 fué porque el IDU se negó hasta el último momento a su obligación contractual, por ello fue menester acudir al requerimiento judicial, procedimiento dentro del cual la entidad contratante utilizó todos los medios a su alcance para substraerse a su obligación contractual.

"Pero resulta, que ahora, la actitud de incumplimiento y de desconocimiento de la ley y de las cláusulas contractuales, es motivo de apoyo para que el IDU invoque la anulación del laudo olvidando que fué esa entidad la que se opuso sistemáticamente a la integración del Tribunal. Es decir que invoca para sí su propio incumplimiento para lograr un beneficio".

Para resolver este cargo, la sal reitera su punto de vista consignado al desatar el que se formulo bajo el ordinal a), en el sentido de que la cláusula arbitral por no presentar restricción expresa a su desarrollo en el tiempo y sobre la materia, habrá que entenderse como permisiva de las diversas cuestiones ocurridas con anterioridad al contrato, durante su ejecución y aún, excepcionalmente, por circunstancias posteriores, siempre que unas y otras presenten estrecha afinidad entre sí.

Aceptar la tesis del recurrente en el sentido de que al no haberse conformado el tribunal de arbitramente antes de la liquidación del contrato es causal de nulidad atacable por la causal segunda del artículo 38 del estatuto arbitral, seria tanto como permitirle a una de las partes, (EL IDU), para que, por si y ante si establezca una especie de **CADUCIDAD ARBITRAL**, lo cual a todas luces resulta anormal y desproporcionado.

SECCION TERCERA

Los hechos fundamento de las pretenciones del consorcio accionante, tuvieron ocurrencia durante la vida del contrato, con anterioridad a su terminación. Cosa distinta es que no hubiera intentado la convocación del Tribunal sino después de su finalización, pero ello no acarrea la consecuencia de anulación del Laudo.

El Tribunal de Arbitramento se integró conforme a la ley y a la Cláusula Compromisoria; las materias o cuestiones sometidas a su consideración tuvieron origen en el contrato y fueron planteadas oportunamente, luego el cargo no puede prosperar, y así se declarará en la resolutiva.

CARGO d).

Haber recaído el Laudo sobre puntos no sujetos a decisión de árbitros o haber concedido más de lo pedido.

El recurrente le achaca al laudo las circunstancia de haber hecho una serie de reconocimientos que no formaban parte del petitum o cuestiones arbitrales, tales como "déficit del anticipo", "suspensión del contrato, por mayor permanencia en la obra" y "costos de celaduría", para rematar diciendo que "estas consideraciones y las restantes planteamientos consignados a través del desarrollo procesal en los diferentes documentos aludidos, como en la primera audiencia de trámite, alegatos de conclusión, solicitud de corrección y aclaración y recurso de anulación, espero tengan el mayor análisis como es característica en las sabias decisiones de esa alta corporación".

El Consorcio opositor replica el cargo diciendo que este recurso no constituye una nueva instancia que permita el análisis de pretensiones y pruebas, así como el juzgamiento de acertado o nó de la decisión, materias estas soberanas del tribunal de arbitramento, puesto que la anulación tiende a corregir errores de procedimiento y nó a lo sustancial del Laudo.

La Sala para despachar este cargo, tiene en cuenta que a folios 533 y siguientes del cuaderno principal del tribunal, obra la primera pretensión deprecada, que la hizo consistir el Consorcio reclamente en la indemnización por la "demora en entrega del anticipo" y la desarrolla o justifica como alli se lee; a continuación el Tribunal la motiva en diez largos folios hasta 544; mas concretamente sobre los efectos de la entrega tardía del anticipo, a folios 544 a 550 aparece el planteamiento del reclamante y la forma como la enfocó el Tribunal. En cuanto a los efectos negativos de la suspensión del contrato, el Tribunal también se ocupó y razonó no solamente lo planteado por las partes, sino con base en lo recomendado por los peritos que actuaron como auxiliares suyos, según se puede ver folios 500 a 553. El aspecto relacionado con la mayor permanencia del consorcio en la obra y su incidencia económica lo razonó

el Tribunal como puede observarse a folios 556 a 562 del laudo, teniendo el buen cuidado de transcribir la pretensión correspondiente.

De manera tal que el capítulo V que el Tribunal llamó "los reconocimientos", visibles a folios 571 a 584, cuando decide hacer el resumen respectivo antes de proferir la resolutiva, es bastante explícito, no solamente al consignar las diversas pretensiones, en las cuales están todas las que hecha de menos el censor en este recurso extraordinario, sino que también es abundante y prolífero en razones de orden jurídico y económico, para desembocar en la condena impuesta a la entidad oficial. Pero aún , en gracia de discusión, de no haber sido acertado el laudo, o, resultar equivocado desde el punto de vista conceptual jurídico, nada podría hacer ahora la sala, dado el carácter extraordinario y rogado que tiene este recurso y por cuanto no constituye una nueva instancia en la que se pueda corregir el laudo por infracción a la ley sustancial, como ocurría en apelación, o en casación. Por lo consignado, tampoco este cargo puede resultar próspero.

Por lo expuesto, la sección tercera del consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERA: Niégase la pretendida anulación del aclarado de 6 de diciembre de 1991, el que no fué aclarado por auto de 16 de diciembre de 1991, proferido por el Tribunal de arbitramento para dirimir controversias suscitadas entre el consorcio Jorge A Torres Triana - Alvaro Rivera Quintero de una parte, y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, de la otra parte.

SEGUNDA: Condénase en costas al recurrente. Tásense; inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES DE PESOS (3'000.000.00) M/cte.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de arbitramento a través de su secretario.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en sesión de fecha, tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO / CADUCIDAD - Término

Esta clase de acción, que en forma alguna puede asimilarse a la de nulidad y restablecimiento tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, tiene un término especial de caducidad de 30 dias, previsto en el artículo 12 de la ley 4a. de 1973. Término que estaba mas que vencido cuando se presentó la demanda ese 7 de marzo de 1989, puesto que la notificación del acto de extinción al propietario del inmueble se produjo el 3 de noviembre de 1988, según se desprende del documento que obra a focos 38 del cuaderno principal. Cuando la ley señala específicamente una acción, no puede el interesado elegir otra a su arbitrio. Así, si el legislador quiso que la operación administrativa de extinción del derecho de dominio tuviera una acción revisora especial y ante un juez especial (El Consejo de Estado en única instancia), con unos presupuestos especiales, con una finalidad también especial y un término corto de caducidad, no podía dejar a la voluntad del interesado optar por otra acción que no llenara esos requerimientos ni se acomodara a los fines propuestos en la legislación agraria.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5698 Incora.Actor: BERNARDO PATIÑO FAJARDO.

Mediante demanda presentada el 7 de marzo de 1989 el Banco Ganadero formuló las pretensiones siguientes:

> " PRIMERO: Pido la nulidad del acto administrativo complejo conformado por la Resolución No. 003901 de 16 de agosto de 1988, expedida por la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, por medio de la cual se decretó extinguido el derecho de dominio del fundo rural denominado Las Camelias, situado en el municipio de Achí, Departamento de Bolívar, de propiedad del Banco Ganadero, y por una Resolución también de agosto 16 de 1988, originaria de la junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, aprobatoria de la anterior.
>
> "SEGUNDO: Pido, así mismo, el consiguiente restablecimiento del derecho, consistente, principalmente, en que se vuelva a inscribir al Banco Ganadero, en la Oficina de Registro competente, como propietario del bien inmueble en cuestión y se cancele el registro de las resoluciones cuya anulación se pide en el ordinal anterior.
>
> "TERCERO: Se condene en costas al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora."

Para formular las pretensiones que se dejan transcritas narró en la demanda, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que adquirió por remate efectuado en el Juzgado Civil del Circuíto de Magangué., el dominio del predio rural "Las Camelias", situado en el municipio de Achí, Departamento de Bolívar.

2) Que con base en la ley 135 de 1961 el Incora inició el 13 de noviembre de 1985 las diligencias tendientes a declarar o no extinguido el derecho de dominio del citado inmueble y ordenó la inscripción de las resoluciones correspondientes en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

3) Que el Incora decretó y practicó la diligencia de alindación de zonas para determinar áreas incultas y áreas económicamente explotadas.

4) Que en dicha diligencia se detecta lo siguiente:

> "Por parte del titular del derecho de dominio, Banco Ganadero, no se adelanta ninguna clase de actividad económica en forma directa ni a través de terceras personas. Dentro del inmueble únicamente existe la explotación adelantada por los ocupantes, consistentes en cultivos de maíz, yuca, plátano, caña, sorgo, hortalizas en un área aproximada de 210 hectáreas.

SECCION TERCERA

Existen aproximadamente 10 hectáreas sin pastos naturales que los colonos aprovechan,, para sus animales; otras 10 hectáreas están conformadas de bosques con especies maderables comunes y nativas consideradas como de reserva forestal."

"Se observa -continúa la Resolución- un sector de 100 hectáreas cubiertas de rastrojo con edad superior a los tres años, comprobándose que el inmueble ha, permanecido largo tiempo sin utilización o explotación económica, salvo en el área explotada por los colonos. Es de anotar que esos cálculos fueron hechos sobre la superficie calculada al predio durante la diligencia de alindación de zonas" (Página 2 de la Resolución de Gerencia, bajo el título de Explotación Económica)."

5) Que durante la diligencia cumplida los dias 17 y 18 de septiembre de 1986 se encontraron 50 campesinos, establecidos en su mayoría por un período superior a los 3 años, que no reconocen dominio ajeno ni vínculos con el propietario.

6) Que el Incora, con apoyo en la legislación agraria y no en la bancaria, dictó la resolución # 003901 de 16 de agosto de 1988, por medio de la cual se declaró extinguido el derecho de dominio del citado inmueble, resolución que fué aprobada en la misma fecha por la Junta Directiva.

En el *libelo* se citan como infringidas las siguientes normas: 26 de la constitución (garantía del debido proceso) y la ley 45 de 1923.

Arguye también que la inexplotación se debió a caso fortuito o fuerza mayor.

Cumplido el trámite correspondiente a esta única instancia, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

La entidad demandada tanto en su escrito de contestación de la demanda (a folio 47 y ss) como en su alegato de conclusión (a folio 57 y ss), insiste en que el asunto no puede estudiarse de fondo porque cuando se presentó la demanda el día 7 de marzo de 1989 la acción de revisión de la operación administrativa de extinción del derecho de dominio del predio "Las Camelias" de propiedad del Banco Ganadero, había caducado.

Le asiste la razón al Instituto.

Esta clase de acción, que en forma alguna puede asimilarse a la de nulidad y restablecimiento tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, tiene un término especial de caducidad de 30 dias, previsto en el artículo 12 de la ley 4a. de 1973. Término que estaba mas que vencido cuando se presentó la demanda ese 7 de marzo de 1989, puesto que la notificación del acto de extinción al propietario del inmueble se produjo el 3 de noviembre de 1988, según se desprende del documento que obra a focos 38 del cuaderno principal.

Todo da a entender que el actor escogió, a su capricho, la acción de restablecimiento (artículo 85 del c.c.a) quizás para eludir el término corto de caducidad señalado en la ley agraria y aprovecharse del más amplio (cuarto meses) previsto para aquella acción en el artículo 136 del c.c.a.

Ha dicho la jurisprudencia y aquí se reitera una vez mas, que cuando la ley señala específicamente una acción, no puede el interesado elegir otra a su arbitrio. Así, si el legislador quiso que la operación administrativa de extinción del derecho de dominio tuviera una acción revisora especial y ante un juez especial (El Consejo de Estado en única instancia), con unos presupuestos especiales, con una finalidad también especial y un término corto de caducidad, no podía dejar a la voluntad del interesado optar por otra acción que no llenara esos requerimientos ni se acomodara a los fines propuestos en la legislación agraria.

Olvidó quizás el demandante que las acciones de impugnación de los actos administrativos no siguen todas sólo las vías de la simple nulidad (artículo 84 del c.c.a) o de la nulidad y restablecimiento (artículo 85), ya que el legislador ha previsto que ciertos actos administrativos se controlen a través de acciones especiales, adecuadas a la índole o naturaleza del acto. Por eso se entiende que actos administrativos como los electorales, los contractuales y los agrarios, entre otros, deban impugnarse no por las anotadas sino que presentan otras diferentes dotadas de características propias.

Anota la sala que aunque no estuviera caducada la acción propuesta, la demanda tampoco habría prosperado. Para el efecto, bastaría conocer la jurisprudencia reiterada de esta misma sala en el sentido de que esa extinción incluso puede declararse frente a entidades públicas propietarias de bienes fiscales rurales, aunque dentro de su competencia no esté la de explotar dichos bienes. A este respecto pueden verse, entre otras, las sentencias de junio 16 (proceso 3468) y julio 10 de 1983 (proceso 3465) y marzo 15 de 1985 (proceso 3469).

SECCION TERCERA

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 la caducidad de la acción propuesta por el Banco Ganadero contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. INCORA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del dia tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROL ADMINISTRATIVO - Terminación / CLAUSULAS EXORBITANTES / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD - Término / JUEZ DEL CONTRATO

Las controversias contractuales derivadas del contrato mismo (nulidad, simulación etc, etc.) o de los hechos de ejecución o cumplimiento del contrato son de reclamación directa. Con esto se reafirma la idea que el que se crea lesionado en un derecho deberá acudir directamente al juez y no podrá pedirle a la administración que le haga un reconocimiento que, como el de perjuicios, no podrá hacer. En otras palabras, vencido el contrato no podrá el contratista provocar la expedición de un acto administrativo para luego, con base en él, conformar una acción nueva, con un nuevo plazo de caducidad. El término de dos años para pedir la nulidad absoluta; como también empezará a correr el término a partir de la ocurrencia del hecho o de la abstención o de la ejecutoria del acto administrativo contractual, dictado en ejercicio de sus poderes exorbitantes, que provoque el litigio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D. C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7541. Contratos. Actor: VELEZ MESA Y CIA. LTDA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de abril de 1992 dictada por el Tribunal

Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró caducada la acción propuesta por el señor Vélez Mesa y Cía Ltda. contra el municipio de Medellín.

En la demanda presentada el 31 de julio de 1986 (a folio 65 vuelto la aludida sociedad solicitó:

"1o. Que se declare la nulidad de la decisión tomada por el Consejo de Gobierno Municipal de Medellín el 6 de septiembre de 1984, por medio de la cual negó la reclamación que hiciera la demandante VELEZ MESA Y CIA LTDA. en relación al contrato de obras públicas No. 157 de 1983. Dicha decisión está contenida en la comunicación dirigida por el Secretario General de la Alcaldía a la demandante, fechada el 6 de septiembre de 1984.

"2o. Que, restableciendo el derecho conculcado de la demandante, se declare que el MUNICIPIO DE MEDELLIN - Secretaría de Obras Públicas y Desarrollo Comunal-, está obligado administrativa y contractualmente a reconocerle a la demandante VELEZ MESA Y CIA LTDA., el valor de la mayor cantidad de obra ejecutada en desarrollo del contrato No. 157 del 31 de octubre de 1983, celebrado entre las partes, contrato que hace relación a la construcción de coberturas y canalizaciones de los barrios de Medellín, Playón de Los Comuneros, Popular No. 1, La Isla, La Frontera, La Esperanza No. 2, Villa del Socorro, Brasilia, La Esperanza y Los Alamos.

"Igualmente que se declare que está obligado a pagarle el margen de utilidad correspondiente al exceso, de obra ejecutado.

"3o. Que como consecuencia, de las anteriores declaraciones se condene al MUNICIPIO DE MEDELLIN — Secretaría de Obras Públicas y Desarrollo Comunal a pagarle a VELEZ MESA Y CIA LTDA, el valor que determinen los peritos por 832 metros cúbicos de concreto ciclópeo, 3.000 metros cúbicos de excavación y 5.000 sacos de cemento, todo al precio de la época en que se ejecutó el contrato, más la devaluación y los intereses comerciales hasta que se cancele la obligación.

"Igualmente se le condenará a pagar el margen de utilidad de la sociedad por el mayor valor de la obra ejecutada; margen que debe ser actualizado con devaluación e intereses comerciales.

En la condena se incluirá todo otro concepto que se logre demostrar en la ejecución del contrato."

"B.- SUBSIDIARIAS:

"1.- A la primera pretensión principal:

"Que se declare que se operó el fenómeno del silencio administrativo por parte del MUNICIPIO DE MEDELLIN, debido al vencimiento del término de tres meses a partir de la petición que hiciera la demandante en el sentido de que se les pagara el mayor volumen de obra ejecutada en relación con el contrato No. 157 de 1983, sin que la administración se hubiere pronunciado, entendiéndose así negada la petición."

"2.- La misma segunda principal."

"3.- La misma tercera principal."

En el mismo escrito se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el 31 de octubre de 1983, luego de cumplido el procedimiento licitatorio, el municipio de Medellin celebró el contrato # 157 con "Vélez Mesa y Cía. Ltda." para la construcción de coberturas y canalizaciones en la Comuna # 1 de la ciudad.

2) Que en dicho contrato por $ 33.192.860, se convino un plazo de ejecución de 120 días solares.

3) Que el 26 de abril de 1984 se le informó a la Secretaría de Obras Públicas que el objeto del contrato estaba cumplido, ya que se hablan realizado las excavaciones y vaciado el concreto en los volúmenes convenidos; para que, recibieran las obras y se celebrara un contrato adicional para el resto de las obras.

4) Que el 2 de mayo siguiente el demandante le pidió a dicha Secretaría la suspensión temporal del contrato mientras se definía la situación planteada.

5) Que la División Jurídica conceptuó que si estudiado el contrato se llegaba a la conclusión de que las obras de que habla el contratista excedían el objeto del contrato, se celebraría uno adicional.

6) Que el 21 de mayo el demandante solicitó que si no se celebraba ese contrato adicional se le debían pagar las obras ejecutadas en exceso.

7) Que el 23 siguiente el Secretario de Obras le informa que como el objeto aún no se había cumplido no podía celebrar un contrato adicional.

8) Que el 5 de junio, una vez prorrogado el plazo para la entrega, se hizo esta a plena satisfacción para el municipio.

9) Que el 6 de agosto se insistió en el pago de la obra ejecutada en exceso.

10) Que el dia 21 de agosto se cumplió el plazo de 3 meses que la administración tenía para decidir; lo que no le impidió para que el 6 de septiembre, por conducto del Consejo de Gobierno municipal, negara la solicitud formulada, en providencia carente de motivación y sin indicación de los recursos procedentes.

11) Que antes de tomar esa decisión una comisión de funcionarios conceptuó que la reclamación no tenía fundamento, dado que el contrato se había celebrado en la modalidad de precios y global fijo; y que las cantidades indicadas en el pliego eran simplemente estimativas.

12) Que pese a existir en el contrato la cláusula sobre liquidación del mismo, esa obligación no se cumplió.

13) Que el volumen de la obra se incremento excesivamente hasta el punto que la contratista tuvo que pagar, de su propio peculio, la excavación de 3.000 metros cúbicos de más; elaborar 872 metros cúbicos de concreto ciclópeo y colocar 5000 sacos de cemento de exceso.

14) Que ni siquiera la propuesta que se hizo a raíz de la licitación, alcanzaba a cubrir el volumen del exceso.

En derecho se fundamentó la demanda en el decreto 222 de 1983; decreto 01 de 1984; código civil; decreto municipal 150 de 1983; constitución nacional artículo 16 y ley 153 de 1887, artículo 8o. A folios 61 y ss se hace el análisis de los fundamentos jurídicos de la demanda.

El Tribunal luego del trámite de la primera instancia, declaró, como se dijo, la caducidad de la acción.

Inconforme la parte actora, apeló; y sustentó su recurso mediante escrito,que obra a folios 571 y ss, allí relieva la gravedad de la decisión tomada por el Tribunal por implicar ésta que "una vez ocurrida la actuación de la administración estén compelidos a demandar inmediatamente, a crear pleitos con sus nefastas consecuencias: tensiones, papeleo, pérdida de tiempo y dinero. Se contradice así cualquier noción acerca de la descongestión de la justicia . "Agrega, además que "si un particular hace una petición a la autoridad, a la

que tiene todo el derecho, puede esperar los términos de la ley decisión directa o presunta- para saber como puede reclamar jurisdiccionalmente su derecho afectado".

Cumplido el trámite de la segunda instancia ante esta corporación, con la participación de las partes y con el silencio del ministerio público, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

La sentencia recurrida será confirmada porque la Sala comparte el análisis hecho por el Tribunal en torno a la caducidad de la acción contractual propuesta. Por esa razón se acepta y prohija la argumentación hecha por el *a-quo*,en lo pertinente y que es del siguiente tenor:

> "1. Las controversias contractuales tienen origen en el mismo contrato, en los hechos o actos materiales de ejecución y cumplimiento y en los actos administrativos expedidos a partir del perfeccionamiento del contrato. El término de caducidad de estas acciones es de dos (2) años contados desde la ejecución del hecho, para el caso.
>
> "1.1. Al respecto del inciso 6o. del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 (modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989), dispuso:
>
> "Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento.
>
> "2. Según aparece a folios 34, el contratista cumplió con la obligación de entregar la obra el 5 de junio de 1984, así se lee:
>
> "....."
>
> "3. A folios 65 vuelto, aparece el sello de recibo ante la Secretaría del Tribunal, en él consta que la demanda fué presentada el 31 de julio de 1986. De la simple confrontación, entre la fecha de entrega de las obras y la fecha en que fue introducido el *libelo* demandatorio, se infiere que el término para interponer la acción caducó el 5 de junio de 1986 fecha en la cual vencieron los dos (2) años de conformidad con el inciso 6o. del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.
>
> "A la anterior conclusión ha llegado el Tribunal, luego de interpretar la demanda. Bajo este aspecto ha dicho el doctor Carlos Betancur Jaramillo:

"En cambio, cuando la caducidad no aparezca clara, bien porque se alegue falta de notificación o defectos en ésta o se discuta la fecha de acaecimiento de los hechos, u otra circunstancia similar, deberá tramitarse el proceso, para luego en la sentencia, mediante el análisis del acervo probatorio, definir en primer término si la acción fue ejercitada en tiempo o no. El fenómeno de la caducidad, que constituye así una excepción de fondo, podrá ser motivo de alegación de parte o de declaratoria oficiosa ". (CARLOS BETANCUR JARAMILLO - DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO - En concordancia con la nueva Constitución -3a. ed. 1992 Señal Editora. Pág. 124)."

En consecuencia, de manera oficiosa procederá la Corporación a decretar en este caso la ocurrencia del fenómeno preclusivo de la caducidad de la acción."

Pese a la claridad de lo expuesto y que podría relevar a la Sala de otras consideraciones, se observa:

PRIMERO: Aunque el Tribunal contó el término de caducidad a partir del dia 5 de junio de 1984, fecha de recepción de las obras (ver acta a folios 34), debió hacerlo desde unos días antes, porque el contrato que vencía el 21 de mayo, en virtud de la última prórroga concedida por la entidad contratante se proyectó hasta el 31 de mayo siguiente. A este respecto el oficio de 21 de mayo señala que se le conceden a partir de la fecha diez días solares (a folios 28).

Aunque lo indicado no incide para nada en la decisión, es pertinente su puntualización porque la fecha del vencimiento del contrato tiene una serie de consecuencias en este campo que es importante recordar. Así con el vencimiento del contrato terminan, en principio, los poderes unilaterales exorbitantes de la administración. En tal sentido ya no podrá la administración caducar o terminar el contrato, ni podrá modificarlo ni interpretarlo.

SEGUNDO: Una vez terminado el contrato, es de suponer, racionalmente, que las partes ya conocen el estado del mismo, los derechos y las obligaciones pendientes y los reclamos que recíproca o particularmente pueden formularse.

Y así como la administración frente a los créditos que estima tener su contratista no puede crearlos exorbitantemente y en forma unilateral, con la salvedad relacionada con la cláusula penal pecuniaria, sino que deberá acudir al juez del contrato, así el contratista que considere que la administración le quedó a deber algo o le incumplió y debe indemnizarlo, tendrá que acudir al

mismo juez. Recuérdese que, en principio, la administración no puede auto-condenarse al pago de perjuicios.

Esto permite entender porqué tanto en estas controversias contractuales, salvedad hecha de las que tienen origen en un acto contractual, como en las de reparación directa, no tenga la administración el privilegio de la decisión previa ni se dé el agotamiento de la vía gubernativa. Se hace la salvedad porqué cuando la controversia gira en torno a uno de los indicados actos deberá pedirse su nulidad como presupuesto del restablecimiento pretendido, sin que por esto, como lo ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada, deje de ser contractual para convertirse en una acción de las reguladas en el artículo 85 del C.C.A.

En otras palabras, las controversias contractuales derivadas del contrato mismo (nulidad, simulación etc, etc.) o de los hechos de ejecución o cumplimiento del contrato son de reclamación directa. Con esto se reafirma la idea que el que se crea lesionado en un derecho deberá acudir directamente al juez y no podrá pedirle a la administración que le haga un reconocimiento que, como el de perjuicios, no podrá hacer. En otras palabras, vencido el contrato no podrá el contratista provocar la expedición de un acto administrativo para luego, con base en él, conformar una acción nueva, con un nuevo plazo de caducidad.

En este punto estuvo, precisamente, el error de la demandante. Creyó que debía producir el acto administrativo para demandarlo luego. Cuando tenía, desde que se termino el contrato, abierta la vía contractual para reclamar directamente ante el juez los derechos que estimaba le habían sido conculcados.

TERCERO: Desde la vigencia del nuevo código administrativo, adoptado por el decreto 01 de 1984, las controversias contractuales quedan sometidas al régimen de la caducidad de dos años; el que modificó el de la prescripción extintiva prohijado por la jurisprudencia tan pronto empezó a regir el decreto 528 de 1964; que fue, ciertamente el que adscribió estas acciones a la jurisdicción administrativa.

Y ese cambio no fue simplemente de palabras, sino sustancial. En tal sentido, desde ese entonces el término para acudir ante el juez se volvió de cumplimiento ineludible, de aplicación frente a todos, por no ser su susceptible ni de suspensión ni de interrupción. De allí que producido el litigio contractual empezará a correr el término (artículo 136 del c.c.a) para ejercer la acción. Así, celebrado el contrato empezará, por ejemplo, a correr el término de dos años para pedir la nulidad absoluta; como también empezará a correr el término a partir de la ocurrencia del hecho o de la abstención o de la ejecutoria del acto

administrativo contractual, dictado en ejercicio de sus poderes exorbitantes, que provoque el litigio.

Terminado el contrato empieza a correr el término de la caducidad de las acciones tendientes a la solución de los reclamos de las partes. Ese vencimiento se constituye así ordinariamente en el punto definitivo y definitorio de las discrepancias sobre cumplimiento; y empezado a correr ese término no se suspenderá ni interrumpirá por causa alguna y menos, como sucedió en el caso *subjudice*, con la reclamación hecha de unos derechos que solo podrá otorgarlos el juez del contrato. Aquí, se repite, no puede crearse artificialmente un acto para eludir o modificar los efectos preclusivos de la caducidad. Sucede en esto un fenómeno un tanto similar al que se produce cuando se pide la revocatoria de un acto administrativo, ya que ni la petición hecha ni la decisión revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas ni darán lugar al silencio administrativo (art. 72 del c.c.a.).

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 10 de abril de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción instaurada por la Sociedad Vélez Mesa y Cía. Ltda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del dia 3 (tres) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO DE VOCACION HEREDITARIA

Si bien es cierto que el autor tramitó el proceso sucesoral y logró la aprobación de la participación y la adjudicación del inmueble al ICBF, actuaciones que se protocolizaron y se inscribieron en el registro de instrumentos públicos en fin de fines no obtuvo que dicho bien común ingresara "real y materialmente" al patrimonio del instituto. La diligencia de entrega, sobre la cual finca el actor sus aspiraciones procesales, contiene elementos que demuestran de modo fehaciente e inequívoco la imposibilidad física de que el inmueble en cuestión engrosara el patrimonio de la entidad pública toda vez que en él se había construido una urbanización en donde residía un crecido número de familiares.

EQUIDAD / INTERPRETACION DE LA LEY

Para no contrariar la equidad que debe orientar las decisiones del juez, la Sala se ve precisada a interpretar el contrato. De sus cláusulas emana una obligación alternativa a cargo del Instituto de Bienestar Familiar consistente en pagar la participación convenida en dinero o en especie; no se precisó quien debía hacer la escogencia. El Código Civil, art. 1557, que "la elección es del deudor"; como el deudor no ha escogido y como este asunto ha sido puesto en consideración de la justicia, es deber de la Sala entrar a suplir la falta de escogencia; en este caso se considera que lo más equitativo y razonable, es que el dominio del inmueble quede en común y proindiviso entre el Instituto de Bienestar Familiar y el demandante en un 70 y 30 por ciento respectivamente. Mediante este mecanismo no se está haciendo para nada más gravosa la situación de la entidad; simplemente se cambia la obligación por la alternativa pactada.

SECCION TERCERA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8039. Demandado: I.C.B.F. Actor: FELIPE MOJICA NIÑO.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá consulta ante esta Corporación, el fallo que profirió el 18 de noviembre de 1982, por virtud del cual dispuso:

"1.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

"2.- Declárase que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR incumplió el Contrato de Vocación Hereditaria celebrado el 10 de mayo de 1982 con el Dr. FELIPE MOJICA NIÑO.

"3.- Condénase al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a pagar al contratista FELIPE MOJICA NIÑO, desde el 26 de mayo de 1988, la suma de $20'520.000.oo M/cte, por concepto de participación legal del valor del inmueble urbano de nombre Tucuragua que le fue adjudicado en el juicio sucesoras de JESUS LOPEZ HERNANDEZ al referido Instituto.

"4.- El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR deberá pagar al Doctor FELIPE MOJICA NIÑO la suma de $20'520.000.oo debidamente actualizada conforme a las pautas de las matemáticas financieras consignadas en la parte motiva de esta providencia y el artículo anterior.

"5.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"6.- Sí no fuere apelada ésta providencia, consúltese con el Superior."

ANTECEDENTES:

El 4 de abril de 1990, mediante apoderado judicial debidamente constituído, FELIPE MOJICA NIÑO, demandó al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR con el objeto de que se declarase la existencia y la validez del contrato celebrado el 10 de mayo de 1982 entre el demandante y el demandado; el cumplimiento del mismo por

parte del actor; el incumplimiento por parte de la entidad pública "por cuanto no ha pagado en dinero al demandante la participación económica convenida en la cláusula tercera del nombrado contrato"; en consecuencia, pidió condenar al establecimiento público demandado a pagar en favor del actor y a título de indemnización de perjuicios, las siguientes sumas:

"1.- Veinte millones, quinientos veinte mil pesos ($20.520.000,oo) valor de la obligación anotada en la cláusula tercera, bajo concepto de daño emergente.

"2.- Por el mismo factor antes expresado, la suma de dinero que resulte probada en el proceso como reajuste monetario, ante la pérdida manifiesta del poder adquísito (sic) de la desde el 27 de mayo de 1988, en adelante, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el mismo concepto indemnizatorio de daño emergente.

"3.- Como lucro cesante, el total de los intereses corrientes devengados por la cantidad de $20.520.000,oo M/cte, desde el dia 27 de mayo de 1988, en adelante, hasta cuando se ejecutoria esta sentencia, de acuerdo con lo que resultara probado en el proceso."

2.- En apoyo de su *petitum* el actor invocó estos hechos:

a. Que el 10 de mayo de 1982, celebró con el ICBF un contrato por cuya virtud se comprometió a "adelantar las acciones judiciales, extrajudiciales, principales o accesorias para que al ICBF le sean adjudicados en calidad de heredero, los bienes, pertenecientes al causante JESUS LOPEZ, consistentes: en un terreno de ocho (8) o nueve (9) hectáreas, ubicado en la zona urbana de Yopal (Casanare)".

b. Que, en presentación del demandado, tramitó el proceso de sucesión correspondiente, el cual, luego de superar varios obstáculos, termino exitosamente el 29 de enero de 1987 fecha en la cual se "aprobó la adjudicación del inmueble conocido con el nombre de "Tucuragua" a favor de ICBF, título registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 470 0005946 del 21 de abril de 1988, de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Yopal." (fl. 40,41)

c. El inmueble fué objeto de las medidas de embargo y secuestro dentro del proceso de sucesión y el secuestre así como el Juzgado del conocimiento lo entregaron, a satisfacción, al demandado, el 26 de mayo de 1988.

d. Cumplida su obligación, el 8 de noviembre de 1988 presentó la cuenta de cobro para obtener la contraprestación convenida; se le respondió por medio del oficio No. 01819 del 1 de febrero de 1989, en el cual se le hace saber la "disposición de cancelarle... su participación económica con parte del lote que le fue adjudicado al Instituto, con las cargas que soportaba dicho inmueble al momento del recibo".

e. La respuesta anterior y el silencio del demandado frente a posteriores solicitudes del actor, determinó a éste último requerirlo judicialmente en dicha diligencia, el representante del Instituto sostuvo:

"Teniendo en cuenta la facultad del Instituto establecida en la cláusula antes anotada y la circunstancia de que el bien denúnciado nunca ingresara material y efectivamente al patrimonio del ICBF, por encontrarse invadido como ya quedó dicho, no puede el Instituto cancelar la participación económico en dinero por cuanto ello estaría en contra del equilibrio presupuestal de la entidad, ya que su patrimonio no se incrementaría absolutamente en nada y sí le correspondería en cambio, destinar dineros de su presupuesto para atender dicho pago."

f. La obligación alternativa "en dinero" o "en especie", no se pactó.

3.- El ICBF contestó la demanda; acepto los hechos agregando que la entrega a que alude el actor " se efectuó de manera simbólica pues el mismo estaba invadido por más de 200 familias"; y que "la obligación del denunciante contratista es la de entregar el inmueble totalmente desocupado..."; aceptó la pretensión enlistada en la letra A, y se opuso a las demás; propuso las de inepta demanda y falta de interés jurídico en el actor (fls. 61-63).

4.- En la oportunidad de los alegatos finales de la primera instancia las partes y el Ministerio Público guardaran silencio.

5.- Antes de adoptarla decisiones que copiaran al comienzo del fallo, el tribunal reflexiono de ésta manera:

a.- Denegó la excepción de inepta demanda por cuanto en los procesos de carácter contractual no es necesario explicar el concepto de la violación, requisito reservado para los procesos en los que se discute la legalidad de un acto administrativo.

b.- También desechó la excepción de falta de interés en el actor bajo la consideración de que éste fué parte en el contrato.

c.- Luego de decidir que "el reconocimiento explícito del contrato hace innecesario el pronunciamiento que sobre su existencia pide el demandante", procede a estudiar el incumplimiento alegado por el actor sobre este particular, acude a la diligencia de entrega del inmueble al ICBF para concluír:

> "Sin esfuerzo alguno se concluye que el Instituto recibió por intermedio del juzgado en forma real y material y en las condiciones en que se hallaba el predio objeto del contrato celebrado con el demandante MOJICA NIÑO. Algo más, los representantes del instituto manifistanque recibían a satisfacción y que oportunamente el ICBF hará los arreglos necesarios para legalizar la situación de quienes se encuentran ocupando, el inmueble. Se deja constancia que no se presentó oposición alguna a esta entrega...".

"Considera el Tribunal que esta conducta absolutamente clara del ICBF tiene su relevancia y sus consecuencias jurídicas igualmente diáfanas y que son que el Instituto recibió el Inmueble que le entregó el Juzgado Promiscuo del Circuíto de Yopal corra culminación del juicio de sucesión de JESUS LOPEZ HERNANDEZ que adelantó el contratista LUIS FELIPE MOJICA NIÑO. Y lo recibiópor quienes tenian facultad para hacerlo y en las condiciones que se encontraba y que no eran otras que ocupado aproximadamente por 180 familias que tenían construídas en él viviendas y servicios de infraestructura urbana. La razón para tal decisión era su propósito de hacer con los ocupantes o invasores los "arreglos necesarios para legalizar su situación", De manera que la entrega del inmueble al Instituto tuvo real ocurrencia. No fue simbólica. Con ella culminó y cumplió a cabalidad su obligación el Dr. FELIPE MOJICA NIÑO y a su vez se consolidó la obligación del instituto de pagarle su participación que no podía ser sino en dinero pues allí mismo en dicha diligencia, se comprometió a legalizar la situación de quienes ocupaban el predio. Y esa legalización nada distinto podía significar que precios razonables pues de ello se habló en otras circunstancias de tiempo entre el Instituto aludido y los ocupantes. Esa determinación implicó una disposición propia del dueño o al menos similar. Nada se dijo, entonces, de excluir el terreno presuntamente ofrecido al contratista en pago de su participación. Debe agotarse además que la diligencia de entrega se efectuó el 26 de mayo de 1988 y la reunión que se realizó entre el comisionado del Instituto, las autoridades municipales, algunos conocidos políticos de la localidad, los ocupantes del predio ya recibido por el instituto fue el 1, 2 y 3 de octubre de 1988 (fol. 86 C. 1). Fué en esta oportunidad cuando empezó a plantearse el pago en especie al Doctor MOJICA NIÑO de quien se dijo que presionada al Instituto para que le pagara su participación y que de esta debía responsabilizarse el Municipio y los ocupantes. De esta manera soslayada pretendía el instituto trasladar su obligación al ente municipal y a la misma comunidad del Barrio Bicentenario con cuyo nombre se conoce la comunidad organizada en los predios del Instituto.

"Fuera de las afirmaciones aprobadas de los representantes del Instituto demandado, no aparece en el proceso documento alguno que demuestre que entre el contratista y el ICBF se hubiese acordado reconocerla en especie la participación correspondiente, o si, como dice el representante legal de la entidad demandada, esta tenía la facultad contractual de decidir la forma de pago, hubiese determinado hacerlo en esa forma antes de iniciado este proceso y lo hubiese comunicado al demandante. Considera el Tribunal que aún aceptando que el deudor tuviese la facultad de optar por una u otra forma de pago, debía al menos por razón de equilibrio y la equidad que gobiernan las relaciones contractuales, obtener la aceptación y aquiescencia del contratista sobre la forma de pago decidida por el Instituto. Pero esto no sucedió. Todo lo contrario. Al folio 28 y 29 del cuaderno principal aparece que el Doctor FELIPE MOJICA NIÑO en noviembre 8 de 1988 y febrero 8 de 1989 Manifiesta al Instituto que deberá cancelarse su participación en dinero y no en especie. Tal exigencia tiene explicación en la conducta asumida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar durante la diligencia de entrega (Falle. 18 C.1) durante la cual el aquí demandado compromete, sin salvedad alma, la totalidad del predio Tucuragua a favor de los invasores u ocupantes cuando les prometió "legalizarles la situación" que obviamente debió entenderse como el mantenimiento de sus títulos precarios que antes ostentaban. En el lenguaje común y en el jurídico así se entiende esta expresión. De manera que no se encuentra razonable y justo que el Doctor MOJICA NIÑO aceptara que el Instituto le pagara su acreencia con una porción de un predio cuya ocupación no solamente conocía el deudor sino que vino a consentir y comprometer de manera expresa." (fols. 119-120-121)

Repasa, con posterioridad, otros medios de prueba de cuyo conjunto deduce:

De lo anterior se desprende de manera meridiana que:

"1. El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR no ha cancelado a su contratista, Doctor FELIPE MOJICA NIÑO la participación concretada en la cláusula tercera del contrato No. 007/82307 celebrado el 10 de mayo de 1982, a pesar del cumplimiento que al mismo convenio diera el demandante adelantando el juicio de sucesión del intestado JESUS LOPEZ HERNANDEZ, de la adjudicación que de su único bien se hizo a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y de la entrega real y material que el propio Juzgado del conocimiento efectuó el 26 de mayo de 1988.

"2. La no cancelación de la participación al Doctor MOJICA NIÑO constituye incumplimiento de la obligación atribuible de manera exclusiva

al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. En consecuencia así se declarará conforme lo solicita el demandante.

"3. El incumplimiento de la obligación por parte del Instituto conlleva la responsabilidad de entumecer los perjuicios que cause tal incumplimiento. Así lo prevé, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, como antes se apuntó y lo prescribe la reiterada Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es necesario demostrar la causación de los perjuicios de manera clara e inequívoca. No basta con decir en la demanda que ellos se produjeron, que hubo daño emergente y lucro cesante por incumplimiento contractual en que una persona o entidad haya incurrido. El daño emergente y el lucro cesante como elementos integrantes del perjuicio debe ser cierto y demostrado. De lo contrario no es viable su reconocimiento judicial.

"En el *sub-lite* no se ha demostrado este extremo que constituye parte y extremo fundamental de las pretensiones. De manera que la ausencia de prueba de la ocurrencia de tales hechos dejan sin fundamento jurídico la pretensión. Resulta lo mismo no tener derecho que no probarlo, cuando él se controvierte en proceso judicial.

"Ahora bien, se ha dicho que lo que sí aparece aprobado en el proceso es que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, mediante evasivas de distinta naturaleza, eludió pagar al demandante la participación legal a que tenía derecho como denunciante del bien vacante que perteneciera al causante JESUS LOPEZ HERNANDEZ y como profesional del Derecho que con su gestión judicial ante el Juzgado del Circuito de Yopal obtuvo la adjudicación y entrega del bien relicto al Instituto aquí demandado. Entonces tal conducta contractual del INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR amerita la declaratoria deprecada del incumplimiento y la de su obligación de pagar al demandante Doctor FELIPE MOJICA NIÑO la participación correspondiente al 30% del valor del predio Tucuragua, debidamente actualizado conforme se pide en la demanda y autoriza el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, cuya aplicación también se pide expresamente. Se concreta esta suma en $20'520.000.oo que se actualizarán para el momento de la liquidación conforme lo certifique el DANE sobre los índices de precios al consumidor y de acuerdo con la fórmula de la matemáticas financieras acogida por la Jurisprudencia Contenciosa." (fols. 123, 124 y 114)

6. No hubo alegado de las partes en el trámite de consulta.

SECCION TERCERA

El Procurador Décimo Delegado ante esta corporación estima que el fallo se debe confirmar " con la salvedad de que la suma reconocida al contratista debe actualizarse, no a partir de mayo de 1988... sino a partir del 25 de octubre de 1988, fecha en que se protocolizó el proceso en cuestión."

LA SALA CONSIDERA.

La Sala comparte la apreciación del Tribunal únicamente en su punto de partida; es decir en cuanto a la constatación de la existencia de un contrato que el ICBF y el actor celebraron el 10 de mayo de 1982 y cuyo objeto se definió en la cláusula primera en estos términos:

> "PRIMERA: **Objeto.** El presente contrato tiene por objeto adelantar las gestiones judiciales, extrajudiciales, principales o accesorias, para que al ICBF le sean adjudicadas en calidad de único heredero, los bienes pertenecientes al causante JESUS LOPEZ, consistentes en: Un terreno de ocho (8) o nueve (9) hectáreas ubicado en la zona urbana de Yopal (Casanare)." (fls.2 y 3)

De allí en adelante discrepa completamente del enfoque jurídico que permitió declarar la responsabilidad patrimonial del ente demandado por razones que a continuación se consignan:

a. La obligación adquirida por el contratista de "iniciar, adelantar y llevar hasta su terminación todos los trámites judiciales que sean necesarios para lograr que al Instituto le sean adjudicados dichos bienes" (numeral 1 de la cláusula segunda), se debe complementar, para efectos de un correcto entendimiento con la correlativa obligación del Instituto de "... pagar al contratista la participación económica establecida en el artículo 107 del decreto 2388 de 1979,**en dinero o en especie a juicio del ICBF una vez ingresen real y materialmente a su patrimonio los bienes adjudicados, la liquidación de la participación se hará con base en el valor que tengan a la fecha del ingreso**".

Por lo pronto, es claro que la obligación de pagar dicha participación económica que, en los términos del artículo y el decreto citados en la cláusula contractual, asciende al 30% y el decreto únicamente surge cuando los bienes ingresen "**real y materialmente**" al patrimonio de la entidad oficial; es elemental, por consiguiente, que la acción del denunciante contratista debe conducir a un enriquecimiento efectivo, a un a crecimiento patrimonial del ICBF para que pueda reclamar validamente la contraprestación legal. De allí que resulte lógica la previsión de la cláusula transcrita que sujeta la participación al valor que tengan los bienes en la fecha de su ingreso al patrimonio oficial,

teniendo en cuenta, por multitud de circunstancias, dicho valor puede crecer pero también descender hasta la desvalorización total como ocurrió en el evento que hoy se juzga.

En estas condiciones, si bien es cierto que el autor tramitó el proceso sucesoral y logró la aprobación de la participación y la adjudicación del inmueble al ICBF, actuaciones que se protocolizaron (fls. 8) y se inscribieron en el registro de instrumentos públicos (fls. 73, 74), en fin de fines no obtuvo que dicho bien común ingresara "real y materialmente" al patrimonio del instituto. La diligencia de entrega (fl. 18), sobre la cual finca el actor sus aspiraciones procesales, contiene elementos que demuestran de modo fehaciente e inequívoco la imposibilidad física de que el inmueble en cuestión engrosara el patrimonio de la entidad pública toda vez que en él se había construído una urbanización en donde residía un crecido número de familiares; se lee en el acta respectiva:

> "Una vez en dicho lugar se constata que el mencionado inmueble se halla levantado el barrio que hoy en dia se denomina "Bicentenerario".
>
> Y más adelante;
>
> "Se observa que el presente recorrido se hizo con la colaboración del señor Porfirio Rodríguez Presidente de la junta de acción comunal del Barrio. En todo el recorrido se observó que dentro del inmueble se encuentran construcciones en ladrillo y cemento donde viven familias en número aproximado de ciento ochenta y que según el tipo de que se observan: trazado de calles y carreras, acueductos, postes para energía eléctrica, se hallan perfectamente establecidos en el sector a viviendo de manea continua y permanente desde varios años atrás aproximadamente unos siete según se observa por las mejoras por ellos implantadas. El suscrito Juez observa también que socialmente los que habitan en el sector se halla organizados en comunidad puesto que tienen su junta de acción comunal y las obras de interés público se hacen con el apoyo de todos los vecinos."

En frente de tan claras constataciones judiciales, sería necio pensar que la manifestación de los representantes del Instituto de recibir a satisfacción pueda tener la significación que le atribuye la demanda y acepta el Tribunal; por el contrario, la expresión de tales representantes de "... que oportunamente el ICBF hará los arreglos necesarios para legalizar la situación de quienes se encuentran ocupando el inmueble" está denotando el simbolismo de la entrega judicial y carencia, para el Instituto, de valor económico de dicho bien.

b.- Hay otro elemento que contribuye a robustecer este análisis:

Dentro del proceso de sucesión que adelantó el actor sobre el inmueble denunciado, se practicó la correspondiente diligencia de secuestro que se recogió en el acta visible a folios 22 y 23 del expediente y que aparece fechada el 9 de abril de 1983. Allí se registró el nombre del Dr. Felipe Mojica Niño como "representante legal del Instituto de Bienestar Familiar" y de su voz recogió el acta estas palabras: "Estoy obrando como abogado del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR...", pronunciadas con el objeto de evitar las reclamaciones que de modo injurioso le hacía Salustiano López Cárdenas.

En el mismo documento se lee:

"Enseguida el personal del Juzgado procedió a identificar el inmueble objeto del secuestro y se constató lo siguiente: Se trata de un lote de terreno que en la actualidad forma parte del área urbana al parecer ya que hay un trazado de una calle cerca a este, tiene una cavidad aproximada de nueve (9) hectáreas y de acuerdo al plano y a lo expuesto por la parte interesada en el día de hoy con costa en esta acta, se halla comprendido por los siguientes linderos: POR SURESTE EN DOSCIENTOS TREINTA METROS (230) METROS aproximadamente con la avenida que conduce de el centro de Yopal al aeropuerto de esta localidad, antes con propiedades de LUIS ANZOLA, callejuela al medio; NORESTE EN TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS METROS (356) con propiedades de ARISTIDES TOBIAN la callejuela en la actualidad esta cerrada y hay propiedades de LUIS TOBIAN. NORESTE en doscientos metros (220), hoy en posesión del señor LUIS ALFREDO RODROGUEZ. En CINCUENTA METROS (50) linda con predios de MANUEL PRIETO, cerca de alambre al Predio, que se encuentra caída por el SURESTE en una extensión aproximada de CUATROCIENTOS VEINTE METROS (420) con propiedades hoy de JOSE DEL CARMEN VACARCEL, cerca de alambre al medio y encierra. El predio descrito anteriormente se encuentra cubierto en rastrojos, pastos artificiales como es YARAGUA Y PUNTERO; también encontramos un pequeño cultivo de yuca en un lote de VEINTE (20) POR VEINTE (20) METROS mas o menos, que según el señor SALUSTIANO LOPEZ pertenece a la señora BELARMINA MASMELA quien invadió hace aproximadamente un año y que en el Juzgado cursa una denuncia por ese hecho contra LUIS PEREZ y HECTOR DARIO ROJAS, que según versiones fueron los que le vendieron a la anterior. Se deja constancia que por los cuatro costados está cercado en alambre de púa, por sectores está en regular estado." (fol. 22 vto.)

Lo transcrito permite advertir que al momento de llevar a cabo la diligencia de secuestro, el **inmueble no estaba invadido o lo estaba solo parcialmente construído**. Esto equivale a decir que la invasión total y las numerosas construcciones que se apreciaron cinco años después al cumplirse la entrega al ICBF, se hicieron durante el tienen que el actor tramitó el proceso y, por lo tanto, a ciencia y paciencia suyas y del secuestre, sin que exista en el expediente nada que indique a la Sala el más leve intento por salvaguardar m bien que se pretendía ingresar a la propiedad oficial.

En otros términos los fenómenos de ocupación y de construcción de viviendas que hacía el futuro impedirían el ingreso efectivo del inmueble al patrimonio del ICBF se debió, en buena parte, a la conducta omisiva y negligente del actor.

c.- De otro lado, la condena deducida por el Tribunal en contra del ICBF no guarda ninguna lógica con la conclusión según la cual el actor no logró demostrar el daño emergente ni el lucro cesante y de que "la ausencia de pruebas de tales hechos dejan sin fundamento jurídico tal pretensión"; esa sola constatación, incluso son las consideraciones adicionales preanotadas, habría sido suficiente para denegar las pretensiones deprecadas.

d.- Las razones hasta ahora expuestas determinan al fallador a denegar las peticiones de demanda; sin embargo, para no contrariar la equidad que debe orientar las decisiones del juez, la Sala se ve precisada a interpretar el contrato que suscribieron el actor y el demandado en el siguiente sentido:

De sus cláusulas emana una obligación alternativa a cargo del Instituto de Bienestar Familiar consistente en pagar la participación convenida en dinero o en especie; no se precisó quien debía hacer la escogencia. El código civil, art. 1557, que "la elección es del deudor"; como el deudor no ha escogido y como este asunto ha sido puesto en consideración de la justicia, es deber de la Sala entrar a suplir la falta de escogencia; en este caso se considera que lo más equitativo y razonable, es que el dominio del inmueble quede en común y proindiviso entre el Instituto de Bienestar Familiar y el demandante en un 70 y 30 por ciento respectivamente.

Mediante éste mecanismo no se está haciendo para nada más gravosa la situación de la entidad; simplemente se cambia la obligación por la alternativa pactada.

La anterior conclusión tiene respaldo en lo prescrito por el art. 228 de la C.N. cuando establece que la finalidad de la administración de justicia es la

efectividad de los derechos sustanciales con prelación sobre las ritualidades procesales.

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 ley,

PRIMERO: REVOCASE el fallo consultado.

SEGUNDO: DECLARASE que el inmueble denominado Tuguragua, situado en el Municipio de Yopal con matrícula inmobiliaria No. 4700005946 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Yopal pertenece en común y proindiviso al Instituto de Bienestar Familiar y al señor FELIPE MOJICA NIÑO en proporción del 70% y 30% respectivamente.

TERCERO: LIBRESE oficio remitiendo de la sentencia a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Yopal para que se haga la inscripción correspondiente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala de sesión de fecha tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta,

Ruth Estella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO - Electrocución / CULPA DE LA VICTIMA - Inexistencia

Las lesiones sufridas por el menor, tuvieron como causa, la descarga de energía eléctrica del transformador al tener contacto directo con el cuerpo del niño. Si bien, la entidad demandada alega que hubo culpa de la víctima o en su defecto concurrencia de culpas, por la falta de diligencia y cuidado que debieron observar los padres del menor, también es cierto, que ésta clase de instalaciones requiere el máximo de seguridad por el alto riesgo que representa la prestación de este servicio a la comunidad. Así mismo, un niño de cuatro años de edad, no es susceptible de cometer culpas. Se deduce sin ninguna dificultad que la puerta de entrada se encontraba abierta, en lugar de estar debidamente cerrada, o en su defecto se encontraba en malas condiciones, presentando peligro para los transeúntes. La Sala comparte el criterio del *a-quo*, al decidir el caso en estudio por el régimen de riesgo excepcional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C. diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Proceso No. 7872. Actor: CARMEN JULIO LOPEZ LEAL Y OTRA.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de julio de 1992, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

SECCION TERCERA

"1. Declárase administrativamente responsable a la Empresa de Energía Eléctrica de Santa Fe de Bogotá, por los hechos ocurridos el 3 de agosto de 1982, a raíz de los cuales el niño Julio Orlando Rojas, sufrió amputación de mano y dos tercios de antebrazo del miembro superior derecho.

"2. Como consecuencia de la declaración anterior, condenase en concreto a la Empresa de Energía Eléctrica de Santa Fe de Bogotá D.C. a cancelar:

"a) Por concepto de PERJUICIOS MORALES, a Julio Orlando López Rojas, Carmen Julio López y Rosa Rojas, el valor en pesos colombianos PARA CADA UNO, que tengan mil gramos oro fino -certificados por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"b)Por concepto de PERJUICIOS MATERIALES:

"1) **A Julio Orlando López Rojas**, el valor que arroje la suma de conceptos, obtenidos como lo señala la parte motivo de esta providencia relativos a la pérdida de capacidad laboral futura y costos de prótesis.

"2) A Carmen Julio López y Rosa Rojas, la suma de $11.275,oo actualizada de conformidad a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

"3. Las sumas liquidadas, ganarán intereses comerciales, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y moratorias después de esta fecha, hasta su cancelación.

"4. Para la ejecución de este fallo, dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"5. Sin condena en costas.

"6. Si no fuere apelado, consúltese con el superior."

ANTECEDENTES PROCESALES

El 24 de julio de 1985 los Señores CARMEN JULIO LOPEZ LEAL y ROSA ROJAS DE LOPEZ y en el de su hijo menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra de la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE SANTA FE DE BOGOTA D.E. para que se le declarare patrimonialmente responsable de la lesión e incapacidad física permanente ocasionada al menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS a causa de una descarga de energía eléctrica ocurrida el 3 de agosto de 1982.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicitaron condenar a la entidad demandada a pagar perjuicios morales y materiales en favor de los demandantes, más los intereses comerciales y moratorias previstos en el art. 177 del C.C.A.

Los hechos que sustentaron la demanda son los siguientes:

"1.- La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá es propietaria de un lote de terreno, ubicado en el Municipio de Tocancipá, Departamento de Cundinamarca, en el cual se ha construido la Termoeléctrica Martín del Corral.

"2.- Los predios de la Termoeléctrica Martín del Corral lindan en un costado con la Carretera de Cascajo, que conduce de la Termoeléctrica al pueblo de tocancipá y en otro costado con la Hacienda Tibitama, propiedad de Chutatá Ltda.

"3.- En el ángulo que forman estos dos linderos (el camino y la Hacienda) y en predios de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, ésta, instaló un transformador de alta tensión que transforma la energía que llega a la Hacienda Tibitama.

"4.- La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, construyó hace muchos años una cerca de madera, malla y alambre de púas alrededor del transformador, la cual tenía una puerta de acceso de idéntica conformación. Dicha puerta al tiempo de ocurrir los hechos que aquí se narran, no tenía ningún tipo de llave, cerradura, candado o similar que impidiera su apertura y el ingreso al transformador. La referida cerca estaba colocada a una distancia no mayor de 1.50 metros del mencionado transformador sin prestar así la menor seguridad para las personas que se acercan al transformador.

"5.- En frente la citado transformador y en predios de la Hacienda Tibítama habitaban por la época de los hechos, el señor CARMEN JULIO LOPEZ casado con la señora ROSA ROJAS padres del menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS.

"6.- El dia 3 de agosto de 1982, el menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS salió de su casa de habitación a jugar al predio vecino. Como consecuencia de lo averiada de la cerca y del hecho de haber encontrado la puerta semiabierta, por hallarse caída de un lado, el menor motivado por la curiosidad lógica de su edad cuatro años y que por ello mismo no

estaba en condiciones de discernir el peligro que representaba el transformador y las consecuencias nocivas que el contacto con él, podían ocasionarle, por estas razones, repito, el menor apoyó el costado derecho de su cuerpo, especialmente su mano sobre la malla, la cual con el peso del niño mínimo por cierto cedió e hizo contacto con el transformador produciéndose así una descarga de energía eléctrica que fue la causante de las heridas y lesiones del menor, que culminaron con la pérdida funcional y anatómica de su mano derecha -por amputación- y quemaduras de segundo y tercer grado en la axila, brazo, antebrazo y pierna derechas (sic).

"7.- Inmediatamente ocurrió el accidente se saltaron las cañuelas protectoras del transformador y este comenzó a quemarse y a echar humo.

"8.- Los padres del menor JULIO ORLANDO LOPEZ transportaron al niño en estado de "Shock" al hospital Divino Salvador de Sopó, en donde permaneció tres dias, debiendo ser remitido el 6 de agosto de 1982 al Hospital Regional San Juan de Dios de Zipaquirá.

"9.- En estos dos centros hospitalarios los médicos hicieron todo lo posible por evitar la amputación de la mano del menor, pero debido a la intensidad de las quemaduras decidieron remitirlo al Hospital Infantil Lorencita Villegas de Santos en la ciudad de Bogotá. En este Hospital le aplicaron inicialmente remedios y curaciones pero los médicos encargados decidieron intervenir quirúrgicamente al menor y amputarle su mano derecha (sic).

"10.- Con posterioridad al incidente relatado en el numeral 6, la Empresa de Energía Eléctrica, consciente (sic) del pésimo estado en que estaba la cerca que rodeaba el transformador, construyó una verdadera barrera protectora a base de ladrillo, cemento y malla, para que no volvieran a ocurrir tragedias como la que he narrado."

En el término legal la entidad demandada mediante apoderado especial, se opuso a las pretensiones de la demanda, y argumento que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá no es responsable del accidente, por considerar que el hecho se produjo por negligencia de los padres del menor accidentado de acuerdo con el estatuto civil colombiano.

Precluída la etapa probatoria, se dispuso correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, el apoderado de la demandante insistió en la legalidad de lo pedido por considerar que aparecen configurados los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración, la entidad

demandada guardó silencio y el señor Fiscal del Tribunal compartió la solicitud elevada por la actora.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

El Tribunal reflexionó en estos términos:

> "Para la Sala no hay duda que el régimen de responsabilidad aplicable es el de RIESGO EXCEPCIONAL.
>
> "Este régimen llamado también de RIESGO - PROVECHO, y nacido como derivación del principio de equidad, se da cuando, el estado compromete su responsabilidad, debido a que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio con beneficios para la colectividad, se emplean medios o utilizan recursos que colocan a las personas y sus bienes en situación de quedar expuestas a sufrir un riesgo excepcional, y que excede por tanto el peso que debe soportar como contrapartida del favor o gracia que deriva de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.
>
> "Para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual por RIESGO EXCEPCIONAL, se requiere entonces, de la demostración de varios elementos: EL PRIMER ELEMENTO: un HECHO ADMINISTRATIVO, que sea como consecuencia ya se anotó o de la ejecución de una obra pública o de un servicio público que no sólo trae BENEFICIO PARA la comunidad sino también para su ejecutor, -quien tiene para él una merced económica-, sino además que en el desarrollo de ellos, construcción de obra, o prestación del servicio-, recargue al beneficiario PASIVO, -quien no se lucra económicamente-, con cargas desiguales de otros que también se favorecen con la construcción de la obra y/o la prestación del servicio. EL SEGUNDO ELEMENTO: UN DAÑO O PERJUICIO que reúna ciertas condiciones, es decir, que sea cierto, que sea particular, -a las personas que solicitan la reparación-, que sea anormal y que se refiera a una situación jurídicamente protegida y un TERCERO y último elemento, UN NEXO CAUSAL entre la actuación material que se infiere a la administración y el daño causado."

Al elaborar un análisis de la prueba estimó:

El señor Arturo María Sánchez, relató como el dia del accidente, los fusibles se quemaron como consecuencia del contacto con el niño, Julio Orlando López Rojas (Véase a folio 21 del Cuaderno No. 2).

"3°. Inspección Judicial llevada a cabo el día 8 de julio de 1986 en los predios de propiedad de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, ubicado en el Municipio de Tocancipá, en donde opera la Termo-eléctrica "Martín del Corral". Allí se constató la existencia del transformador, a que alude el *libelo* demandante (Véase a folio 38 del cuaderno No. 2).

"4°. Experticio rendido, con posterioridad a la inspección judicial - con intervención de peritos-, en el cual se estableció, que uno de los transformadores existentes al momento de la práctica de la prueba, coincidió con el transformador que se DESCRIBIO en la demanda como causante del daño (Véase folio 68 del cuaderno No. 1).

"Las anteriores probanzas llevan en forma ineludible a la prueba del hecho administrativo demandado: se comprobó que con la prestación del servicio público de energía eléctrica, los demandantes sufrieron, soportaron un riesgo excepcional, y que excedió por tanto, la gracia de la prestación del servicio.

"La Empresa de Energía en la contestación de la demanda, y con relación a la respuesta al hecho cuarto de la misma, manifiesta que existe un exonerante de responsabilidad cual es la culpa de la víctima. La mera afirmación de un hecho, NO CONSTITUYE PRUEBA; tampoco se comprobó, en parte alguna, ese factor eximente de responsabilidad. Es más, en el caso concreto, no puede hablarse de culpa de la víctima, ya que Julio Orlando López Rojas, siendo menor de edad, a términos de la ley civil, no se le puede imputar culpa. Además, si aquel no fuera menor, en el proceso se practicaron pruebas de diversa índole, con relación a la causa generante del hecho administrativo - testimonial e inspección judicial con intervención de peritos-, ninguna pudo establecer el MODO de acaecimiento del hecho. De los terceros declarantes, ninguno la PRESENCIO, (sic) pues estaban ajenos a la vivencia, del que soportó la descarga. A su vez, tampoco podría tenerse como prueba de la culpa de la victima, la cual debe ser plena, los meros conceptos HIPOTETICOS de los testigos llamados por la parte demandada. La culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, requiere de prueba plena. No está amparada ella por presunción. En el caso en estudio, por el contrarío, se probó fehacientemente, que las aparentes protecciones de las que se rodeó el transformador mencionado, NO OFRECIAN SEGURIDAD alguna; es más, los postes de madera. el alambre de púa y los árboles que se encontraban alrededor de la cerca, pudieron ser contactadores, -como señalaron los peritos-, con las partes vivas del transformador. La culpa de la victima es un exonerante de responsabilidad que requiere como

presupuesto *sine qua non,* una actividad tal por parte del mismo perjudicado, que las medidas de protección y cuidado ejercidas sobre la cosa que crea riesgo - en este caso- son vulneradas por la acción de la victima, o también, la exonerante de culpa de la víctima, es consecuencia de la omisión en acatar una señal de prevención para que se rompa así, el nexo causal entre el hecho y el perjuicio causado, etc.

"La Sala observa, además, que hubo negligencia de la administración demandada, al no tomar las medidas "indispensables" de seguridad para la protección del transformador. Para confirmar ese aserto, se acudió a las siguientes probanzas: 1. PRUEBA TESTIMONIAL... 2. PRUEBA PERICIAL:...."

"Está probado Plenamente en el expediente que el menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS, en la contactación con el TRANSFORMADOR de propiedad de la Empresa de Energía Eléctrica, sufrió el 3 de agosto de 1982 quemaduras de 2° y 3° grado en mano y antebrazo derecho y miembro inferior derecho en área aproximada.....".

"Las pruebas analizadas en criterio del juzgador, (Artículo 187 C.P.C.) prueban suficientemente el hecho demandado. Se transgredió por tanto la C.N. de 1986, articulo 16-texto vigente para la ocurrencia del hecho

"B. EL DAÑO: Este elemento también se configura, pues el hecho administrativo ya descrito, causó perjuicios materiales y morales a Julio Orlando López, y a Carmen Julio López Leal y Rosa Rojas.

"El daño debe reunir varías condiciones, es decir, que sea cierto, que sea particular - a las personas que solicitan reparación-, y que se refiera a una situación jurídicamente protegida.

"1. **Que sea cierto**.- La amputación de la mano derecha, y dos tercios del antebrazo, como otras quemaduras en pierna derecha del costado del menor Julio Orlando López Rojas, redujeron en este su capacidad laboral en un 65% como ya se analizará más adelante

"C. UN NEXO CAUSAL: También se configura la relación de causalidad. El daño fué consecuencia de la FALLA PRESUMIDA POR LA LEY."

Con fundamento en las argumentaciones jurídicas expuestas, el Tribunal declaró la responsabilidad del ente demandado y condenó a pagar perjuicios

morales en el equivalente de 1000 gramos de oro para cada uno de los demandantes y por perjuicios materiales reconoció daño emergente en favor de los padres y lucro cesante en favor del el menor.

En el trámite de segunda instancia el apoderado de la parte demandante y el señor Fiscal de la Corporación guardaron silencio, en cambio la entidad demandada presentó su alegato de conclusión y solicitó una revisión de la decisión producida, con el fin de que se declare que existe concurrencia de culpas de parte de los padres del menor víctima de los hechos. Igualmente arguyó: "solicito a ese Honorable Consejo de Estado revisar los términos en que fué presentada la demanda 25 de julio de 1985 cuando se encontraba vigente el decreto 01 de 1984 que conmina el término a dos años a partir de la ocurrencia del hecho teniendo en cuenta las normas que sobre vigencia contempla el libro 5°. artículos 266, 267 del Código Contencioso Administrativo."

Revisado el proceso no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala respalda la decisión del Tribunal, en cuanto declaró la responsabilidad administrativa por los hechos aducidos en la demanda a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y como consecuencia la condenó a pagar los perjuicios irrigados a los demandantes.

Si bien en la demanda se preciso que los padres del menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS, señores CARMEN JULIO LOPEZ y ROSA ROJAS tienen la calidad de cónyuges; no obstante, no fue aportado el registro civil de matrimonio, ni tampoco el acta completa del Registro Civil de Nacimiento del menor lesionado, por lo tanto se tendrá en cuenta la calidad de damnificados de los demandantes CARMEN JULIO LOPEZ y ROSA ROJAS, tal y como se desprende de las declaraciones de los señores VICTOR CETINA PAPAGAYO y JOSE ANTONIO TINJACA SALAZAR que obran a folios 17 a 19 del cuaderno de pruebas. Igualmente, aparece copia de la autorización suscrita por los ahora damnificados otorgada al Cuerpo Médico del Hospital Lorencita Villegas de Santos para practicar el tratamiento necesario al niño JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS incluyendo la amputación de la mano y los demás cuidados médicos (fl. 72 Cdno de pruebas).

En la evolución realizada por la Sección Psiquiátrica del Instituto de Medicina Legal a la víctima, al ser éste identificado se dejó constancia en sus datos personales que su madre es la señora "LUISA MARIA LOPEZ DE ROJAS"(sic) y el padre el señor JULIO LOPEZ.

Teniendo claro los presupuestos antes enunciados, es menester entrar a esclarecer, previo análisis de las pruebas aportadas, si aparecen configurados los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración, a saber:

El 3 de agosto de 1982 el menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS sufrió quemaduras de segundo y tercer grado en mano y antebrazo derecho y miembro inferior derecho, de acuerdo con el informe médico remitido por el Hospital Regional Divino Salvador (Fls. 16 Cdno. 1 y 11 a 14 Cdno 2), estas lesiones tuvieron origen en el contacto que tuvo el menor con el transformador de propiedad de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá situado en la finca Tibitamá, la que a su vez está ubicada en el Municipio de Tocancipá (Cund.).

En el memorando que suscribe el técnico ARTURO RAMIREZ dirigido al Ingeniero Jefe del Departamento de E. Rural, se constata que para la fecha del accidente 3 de agosto de 1982, el transformador de 600 kva, " se encontraba en el piso y un metro de la cerca que da con el camino o carretera que del sitio del Pato pasa por detrás del autódromo y sale a la carretera central del Norte esta vía es destapada. Dicha cerca estaba construida al cuadrado con postes y alambre de púas". Y en la actualidad se " encuentra encerrada en un área de 4 x 5 Mts. con malla protectora y a una altura de 1,50 Mts. con separación de 1,50 x 2,50 Mts. entre el transformador y esta". (fls. 30 Cdno. 1 y 8 del Cdno.2).

De acuerdo con las declaraciones recibidas en el proceso se deduce que las lesiones sufridas por el menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS, tuvieron como causa, la descarga de energía eléctrica del transformador al tener contacto directo con el cuerpo del niño. Los testimonios de los señores VICTOR CETINA PAPAGAYO, JOSÉ ANTONIO SALAZAR TINJACA y el técnico de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá ARTURO MARIA RAMIREZ. (fls. 17 a 19 y 21 a 23 Cdno. de pruebas), son suficientes en el esclarecimiento de los hechos.

En esas declaraciones se observa que dicho elemento transformador de energía, no estaba provisto de la mayor seguridad, con anterioridad al insuceso se encontraba casi a la altura del piso, recubierto con cerca de alambre de púas, en mal estado y además, rozaba con el transformador y postes de madera ya deteriorados; tanto el aparato como la cerca se encontraban en malas condiciones seis meses antes del accidente, carecía de las señales de prevención adecuadas y no existía mantenimiento por parte de la Empresa. Bajo los mismos términos se encuentran las declaraciones de los padres de la víctima ROSA MARIA ROJAS DE LOPEZ y CARMEN JULIO LOPEZ LEAL.

Es de anotar que a raíz del accidente, se cambio la cerca de alambre de púas por una malla protectora a una altura de 1,50 Mts, la cual se encuentra

separada del transformador entre 1;50 y 2;50 mts. Las medidas para la seguridad que requiere esta clase de medios de conversión de corriente, se tomaron con posterioridad al 3 de agosto de 1982 y no antes, circunstancia que permite imputarle responsabilidad a la entidad demandada por las lesiones físicas ocasionadas al niño JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS.

Si bien, la entidad demandada alega que hubo culpa de la víctima o en su defecto concurrencia de culpas, por la falta de diligencia y cuidado que debieron observar los padres del menor, también es cierto, que ésta clase de instalaciones requiere el máximo de seguridad por el alto riesgo que representa la prestación de este servicio a la comunidad.

Asímismo, un niño de cuatro años de edad, no es susceptible de cometer culpas. Se deduce sin ninguna dificultad que la puerta de entrada se encontraba abierta, en lugar de estar debidamente cerrada, o en su defecto se encontraba en malas condiciones, presentando peligro para los transeúntes.

El Tribunal estimó que el régimen aplicable al caso *sub-examine* éra el de riesgo excepcional, debido a que en condiciones de normalidad, la administración colocó a los administrados y sus bienes en situación de quedar expuestos a sufrir un daño por el riesgo que se corre ante este tipo de instalaciones de energía eléctrica, y que lo anterior excede la carga que debe soportar como contrapartida de la gracia que deriva de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

La Sala comparte el criterio del *a-quo*, al decidir el caso en estudio por el régimen de riesgo excepcional. En este orden de ideas aparecen estructurados los elementos que comprometen la responsabilidad de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, un hecho dañoso, consistente en la situación de deterioro que se encontraba el área y los elementos de rodeaban el transformador de energía, el daño materializado por quemaduras de segundo y tercer grado que sufrió el menor, en la mano y antebrazo derecho y miembro inferior derecho, como consecuencia del contacto directo con el elemento de propiedad de la demandada, situación que condujo posteriormente a la amputación de mano derecha y 2/3 distales del antebrazo derecho, esta intervención se hizo en el Hospital Lorencita Villegas de Santos (fls. 9 y 10 Cdno. 1). Según el informe de la División Laboral y del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el lesionado observa una incapacidad laboral permanente o perdida de capacidad funcional del 65 %. Aparece configurado el tercer elemento, es decir una relación de causalidad, lo que quiere decir que la lesión padecida es consecuencia directa por el hecho dañoso.

PERJUICIOS MORALES: Se disminuirá la condena impuesta por el Tribunal en favor de los damnificados, señores CARMEN JULIO LOPEZ LEAL y ROSA LOPEZ DE ROJAS, quienes a su vez, se presentaron al proceso como padres del menor, esto permite deducir las relaciones de convivencia y dependencia por parte del lesionado. La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá pagará por daños morales el equivalente de 800 gramos de oro fino para cada uno de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. En cuanto a la víctima JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS pagará el equivalente de 1000 gramos de oro.

PERJUICIOS MATERIALES: Se mantendrá la condena la condena impuesta por el *a-quo*, en lo que se refiere al reconocimiento del lucro cesante en favor del menor Julio Orlando López Rojas, por la pérdida de su capacidad laboral productiva en un 65 % estos perjuicios se liquidarán a partir de la fecha en que éste cumpla la mayoría de edad hasta el límite probable de vida, para lo cual se tendrá en cuenta el salario mínimo legal vigente. Pero, a contrario sensu de lo dispuesto por el *a-quo* la condena en ésta oportunidad se hará en concreto, de conformidad con la siguiente fórmula:

$S = Rh ((1 + i)n -1)/i(1+i)n$

Vida probable: 52.9 años = 634.8 meses

RA = $ 81.510

Incapacidad 65 %

RA = $ 52.981,50

S = 52.981,50 x ((1,004867) a la 634.8 - 1))/(0,004867 (1,004867) a la 634.8)

S = 52.981,50 x 20,803651/0,106118369 = 10.386.596,07

S = $ 10.386.596,07

La entidad demandada pagará en favor de JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS, por concepto de lucro cesante la suma de DIEZ MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON SIETE CENTAVOS ($10.386.596,07 M/CTE).

SECCION TERCERA

Se reconocerán los costos de prótesis que cumplirán las funciones del miembro perdido, para lo cual se tendrá en cuenta, las pautas señaladas por el Tribunal, en virtud de que acogió la prueba científica que obra a folio 128 Cdno. 1, se refiere a la cotización elaborada para el dia 13 de marzo de 1989 por el Centro de Cirugía Reconstructiva, en estos términos:

Prótesis para miembro superior derecho debajo del codo con gancho terminal:	$173.000,oo
Mano y Guante Cosmético:	$ 75.000,oo
Total	$ 248.000,oo

La suma anterior se actualizará hasta la presente fecha, con la fórmula:

VP = VH INDICE FINAL/INDICE INICIAL

Para la actualización se tendrá en cuenta las 11 prótesis dictaminadas de por vida.

VP = 248.000 x 11 = 2,728,000

VP = 2.728.000 = 298.05/108.72

VP = 7.477.976,63

En consecuencia por concepto de prótesis la entidad demandada pagará SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE) ($7.477.976,63 m/cte) en favor del menor JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS.

Por concepto de daño emergente se pagará en favor de los padres, de acuerdo con los documentos que obran en el proceso, las sumas en que incurrieron por gastos hospitalarios, cirugías, drogas la suma de $ 11.275,oo que se actualizará a partir del mes de agosto de 1982 hasta la presente fecha.

VP = 11.275 298,05/29.57

VP = 113.646,05

La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá pagará por concepto de daño emergente en favor de los padres la suma de CIENTO TRECE MIL

SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON CINCO CENTAVOS M/CTE. 113.646,05 m/cte).

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,

FALLA

MODIFICASE la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de julio de 1992, la cual quedará así:

1. Declárase administrativamente responsable a la Empresa de Energía Eléctrica de Santa Fe de Bogotá, por los hechos ocurridos el 3 de agosto de 1982, a raíz de los cuales el niño Julio Orlando López Rojas, sufrió amputación de mano y dos tercios de antebrazo del miembro superior derecho.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, condenase en concreto a la Empresa de Energía Eléctrica de Santa Fe de Bogotá D.C., a cancelar:

a) Por concepto de PERJUICIOS MORALES, a Julio Orlando López Rojas el equivalente de MIL (1000) gramos de oro, para Carmen Julio López Leal y Rosa Rojas OCHOCIENTOS (800) gramos oro para cada uno, certificados por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

b) Por PERJUICIOS MATERIALES la entidad demandada cancelará a JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS en la modalidad de lucro cesante la suma de DIEZ MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON SIETE CENTAVOS M/ CORRIENTE ($ 10.386.596,07 m/cte)

c) En favor de JULIO ORLANDO LOPEZ ROJAS por concepto de gastos de prótesis la suma de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($ 7.477.976,63 m/cte.).

d) Por daño emergente pagará a Carmen Julio López y Rosa Rojas, la suma de CIENTO TRECE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON CINCO CENTAVOS ($ 113.646,05 m/cte).

3. Las sumas liquidadas, ganarán intereses comerciales, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y moratorias después de esta fecha, hasta su cancelación.

4. Envíense copias de éste fallo a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y a los demandantes, con las constancias de notificación y ejecutoria para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

CONSULTA / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La consulta no es un recurso; es un grado de jurisdicción consagrado en la ley como un instrumento de protección de los intereses de la entidad pública en razón de la naturaleza del patrimonio comprometido. De allí que la interposición fallida del recurso de apelación por parte del actor frente a una sentencia que le es parcialmente favorable, no desvirtúa para nada la procedencia de la consulta; por el contrario, permite la acción plena y concurrente de los requisitos establecidos en el artículo 184 del C.C.A. para desencadenar este procedimiento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7879. Demandado: Instituto Colombiano de Comercio Exterior. Actor: SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL COLMOTORES S.A.

Resuelve la Sala el recurso de súplica interpuesta por el actor contra el auto de febrero 15 de 1993 proferido por el Magistrado ponente Dr: Carlos Betancur Jaramillo, en el cual decidió:

"Declárase desierto el recurso impetrado.

"Como en la sentencia se está decretando una condena en contra de la Nación será necesario dar aplicación al artículo 184 del C.C.A. En

consecuencia: Dése traslado a las partes y al ministerio Público por el término común de cinco dias."

El recurrente solicita la revocatoria parcial del auto arguyendo, que la consulta no es un "recurso subsidiario al de apelación" si no que procede a FALTA de él en los procesos en que se impongan obligaciones a cargo del Estado. Agrega que en este caso la apelación se interpuso, y, por consiguiente no procede la consulta, así el primero haya sido declarado desierto, pues lo importante es que se hizo uso del recurso.

Para resolver, SE CONSIDERA:

En providencia de esta Sala Exp. 6191 Actor Beneficencia de Boyacá, se expresó:

"De acuerdo con la ley procesal - administrativa anterior, y con la actual, para que proceda el grado de consulta es indispensable, entre otros requisitos, que la sentencia de primera instancia imponga una obligación a cargo de un entidad pública.

"Así lo ordenaba el artículo 134 de la Ley 167 de 1941, a cuyo texto:

"Si no se interpusiera apelación por el ministerio público, siendo procedente el recurso, deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado,de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa.

"La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutaría mientras no se surta ante el superior.

"Y el Decreto-Ley 01 de 1984, en el artículo 184, inciso 1o. dispone:

"Consulta. Las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración.

"De esta última disposición, aplicable este proceso a pesar de que su iniciación ocurrió bajo la legislación anterior, según lo enseña el inciso 1o del artículo 266 del C.C.A., se deduce que, para la procedencia de la consulta es menester:

"a) Que se trate de una sentencia o de un auto de liquidación de condenas en abstracto;

b) Que hayan dictado en primera instancia;

c) Que impongan una obligación a cargo de una entidad pública cualquiera;

d) Que no hayan sido apeladas por la administración."

Lo anterior demuestra que la consulta no es un recurso, como lo pretende el apoderado judicial de la actora; es un grado de jurisdicción consagrado en la ley como un instrumento de protección de los intereses de la entidad pública en razón de la naturaleza del patrimonio comprometido.

De allí que la interposición fallida del recurso de apelación por parte del actor frente a una sentencia que le es parcialmente favorable, no desvirtúa para nada la procedencia de la consulta; por el contrario, permite la acción plena y concurrente de los requisitos establecidos en el artículo 184 del C.C.A. para desencadenar este procedimiento.

Aceptar la tesis expuesta por el apoderado del actor significaría eliminar, en la práctica, la procedencia de este grado de jurisdicción para buena parte de sentencias y de autos de liquidación de condenas impuestas a las entidades públicas; bastaría con interponer la apelación e incumplir los requisitos para su admisión o, simplemente, desistir de ella.

El solo planteamiento de ésta posibilidad muestra una evidente contradicción con la institución legal.

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, **RESUELVE**:

1. **CONFIRMASE** el auto suplicado.

Notifíquese y cúmplase.

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala*; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

FALLA DEL SERVICIO MEDICO

"La actuación de la auxiliar de enfermería trasluce desde todo punto de vista irresponsabilidad y falta de solidaridad con las personas puestas "bajo su cuidado". Al parecer éstas circunstancias son en la actualidad denominador común en los centros asistenciales del país, en donde es bien atendido quien tenga suficientes medios económicos y todo lo contrario pasa con las personas con escasos medios de tal tipo o con los indigentes, a quienes, tal como aparece en los medios noticiosos, aún se dejan morir sin recibir atención alguna.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8248. Demandado: Hospital Universitario San José de Popayán. Actor: LOURDES RUBIELA GIRON MARTINEZ.

Agotada la tramitación procesal de 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 dia diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que en su parte resolutiva,

DISPUSO:

"Primero. Declárase administrativamente responsable al Hospital Universitario San José de Popayán, de las lesiones sufridas por la señora

LOURDES RUBIANO GIRON MARTINEZ en dicho centro de salud, el 13 de diciembre de 1988.

"Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condenase al Hospital Universitario San José de Popayán a pagar a título de indemnización por perjuicios morales las cantidades que a continuación se señalan:

"LOURDES RUBIELA GIRON MARTINEZ:	1.000 gramos oro.
"CARLOS ARLEX ELVIRA FULY:	700 gramos oro.
"JUAN MANUEL ELVIRA GIRON:	700 gramos oro.-
"ADRIANA MARCELA ELVIRA GIRON:	700 gramos oro.

"Tercero. El reconocimiento de las perjuicios morales se hará de conformidad a la certificación que sobre el precio del oro expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

"Cuarto. En el cumplimiento de la presente sentencia se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo del Código Contencioso Administrativo.

"Quinto. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

"Sexto. Ejecutoriada la presente providencia se enviará copia de la misma. al señor Director del Hospital Universitario San José de Popayán y al Procurador General de la Nación.

"Anótese, notifíquese y consúltese si no fuere apelada". (fl. 101-102,C.1)

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del proveído impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Carlos Alex Elvira Fuly y Lourdes Rubiela Girón Martínez, obrando en su nombre y en el de sus hijos menores Juan Manuel Elvira Girón y Adriana Marcela Elvira Girón, por conducto de apoderada, en demanda presentada el 19 de abril de 1989 solicita a este Tribunal se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1o. Declárase al Hospital Universitario "San José" de esta ciudad, administrativamente responsable por las lesiones (quemaduras de segundo grado en los glúteos) ocasionadas a la señora LOURDES RUBIELA

GIRON MARTINEZ, el 13 de diciembre de 1989, por la enfermera FULVIA ORDOÑEZ DE MUÑOZ, y en consecuencia de la totalidad de daños y perjuicios morales y materiales ocasionadas a los actores en este proceso, señores CARLOS ARLEX ELVIRA FULY, LOURDES RUBIELA GIRON MARTINEZ y menores de edad JUAN MANUEL ELVIRA GIRON Y ADRIANA MARCELA ELVIRA GIRON.

"2°. Como consecuencia de la anterior declaración se condene al Hospital Universitario "Son José", así:

"a) Condénase al Hospital Universitario "San José" a cancelar a la señora LOURDES RUBIELA GIRON MARTINEZ, los perjuicios materiales que le fueron causados con ocasión de las quemaduras de segundo grado en los glúteos, en la modalidad de lucro cesante, más los intereses compensatorios desde la fecha de su causación, hasta cuando se produzca la indemnización en la cuantía y sobre las bases que resultaron demostradas dentro del proceso. El pago de estos perjuicios se hará teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor, entre las fechas de causación del daño y perjuicios y la sentencia.

"Subsidiariamente, y si hay falta de bases suficientes para la fijación matemático-actuarial de la indemnización de los perjuicios materiales, el Tribunal la fijará en equivalente en pesos de la fecha de la sentencia hasta de cuatro mil (4.000) gramos oro, da conformidad con los artículos 107 del Código Penal y 8o. de la Ley 153 de 1887.

"Todo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1653 del Código Civil, se imputará primero a intereses.

"b) Condénase al Hospital Universitario "San José" a pagar a la señora LOURDES RUBIELA GIRON MARTINEZ, al señor CARLOS ARLEX ELVIRA FULY a los menores JUAN MANUEL ELVIRA GIRON Y ADRIANA MARCELA ELVIRA GIRON, lesionada, esposo e hijos respectivamente), los Perjuicios morales causados por las quemaduras de segundo grado, ocasionadas a la señora Girón Martínez par la enfermera Fulvia Ordoñez de Muñoz, durante el servicio en este centro hospitalario.

"Estos perjuicios según la jurisprudencia equivalen en pesos a la fecha de la sentencia en mil gramos de oro fino, para cada uno de ellos, conforme a la certificación que sobre el precio del metal expida el Banco de la República y el artículo 106 del Código Penal.

"c) Condénase al Hospital Universitario "San Jóse" de Popayán a pagar a mis mandantes los intereses sobre el valor de la condenas anteriores, aumentados con la variación promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor, desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento. Todo pago se imputará primero a intereses.

"d) Condénase el Hospital Universitario 'San José' a pagar a mis mandantes las costas del presente proceso.

"3°. El Hospital Universitario San José de esta ciudad dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 dias siguientes a la fecha de su ejecutoria de conformidad con lo dispuesta en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

"FUNDAMENTO FACTICO DE LAS PRETENSIONES

"Narra la parte actora que la señora Lourdes Rubiela Girón Martínez dió a luz a la menor Adriana Marcela Elvira Girón el 20 de octubre de 1988 y como consecuencia del parto quedó con hemorroides, habiendo programado el doctor Jaime Muñoz la correspondiente cirugía para el 13 de diciembre de 1988, la que efectivamente se lleva a cabo en dicha fecha, para la cual fue hospitalizada en el Hospital Universitario San José de Popayán. Dentro del tratamiento post-operatorio se prescribieron "baños de asiento", para disminuir la inflamación consecuencia de la operación, consistente en sentar a la paciente en una ponchera con agua a una temperatura de 370 una vez pasado el efecto de la anestesia.

"Anota que el dia 13 de diciembre de 1988, después de realizar la operación y cuando la paciente se encontraba bajo los efectos de la anestesia, la auxiliar de enfermería Fulvia Ordoñez de Muñoz sentó a la señora Girón Martínez sobra un recipiente metálico (pato) en cual contenía agua hirviendo, permaneciendo sentada sobre el recipiente sin sentir dolor, pues debido a las efectos de la anestesia carecía de sensibilidad y se encontraba en estado de somnolencia, motivo por el cual no se percató de lo que sucedía.

"Posteriormente y al pasar los efectos de la anestesia, la paciente empezó a quejarse de dolores en los glúteos descubriéndose que en esta parte presentaba quemaduras de segundo grado como consecuencia de los baños de asiento, circunstancia esta que hizo que la señora Girón Martínez quedara hospitalizada hasta el 6 de marzo de 1989, o sea dos meses y 21 dias, quedando incapacitada hasta el 30 de marzo de 1989 según concepto del médico Legista.

"Narra la parte actora las incidencias que la situación presentada tuvo en la vida familiar y afectiva de los actores y expresa que el Hospital Universitario San José asumió los costos del tratamiento médico y quirúrgico necesario para la recuperación de la actora". (fl. 85-89, C.1)

.....

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"1. **LA COMPETENCIA.**

"De acuerdo a la naturaleza del negocio, el territorio y la cuantía de la mayor de las pretensiones (fl. 15) este Tribunal es competente para decidir del presente negocio en Primera Instancia de conformidad con el artículo 131 numeral 10 del Código Contencioso Administrativo.

"2. **LO PROBADO EN EL PROCESO.**

"2.1. **Vinculación de la señora Fulvia Ordoñez de Muñoz al Hospital Universitario San José.**

"Obra en el expediente de folios 20 a 153 del cuaderno de pruebas fotocopias auténticas del proceso penal que por el ilícito de las lesiones personales se adelantó contra Fulvia Elcira Ordoñez de Muñoz, siendo ofendida Lourdes Rubiela Girón Martínez.

"En la citada documentación a folios 86 corre el oficio suscrito por el doctor Gabriel Vicente Ortega, abogado Jefe de Personal del Hospital Universitario San José en el que manifiesta que la señora Fulvia Ordoñez de Muñoz laboraba en el establecimiento desde el 14 de mayo de 1980, en carácter de empleada oficial.

"A folios 7 a 17 obra fotocopia auténtica del proceso disciplinario seguido contra Fulvia Ordoñez de Muñoz y que fuera remitido por el Director del Hospital Universitario San José mediante oficio número 764 de 27 de septiembre de 1989.

"Las pruebas anotadas acreditan la calidad de empleada pública de la señora Fulvia Ordoñez de Muñoz, quien como auxiliar de enfermería prestaba sus servicios a la entidad demandada para la época en que ocurrieron los hechos.

"2.2. **Ingreso al Hospital Universitario San José de la señora Lourdes Rubiela Girón Martínez.**

"Obra en el proceso penal fotocopia auténtica de la Historia Clínica No. 241460 que el Director de la Entidad demandada remitiera a la Juez Primero Penal Municipal.

"La Historia Clínica (fl. 35 a 58) contiene entre los datos relevantes a 12 de diciembre de 1988 (fl. 41, 42, y 43) el recuento histórico y los antecedentes de la paciente Rubiela Girón; a diciembre 13 de 1988: Nota la operataria (fl. 43). Indican los datos anteriores que sin lugar a dudas la actora para el 12 de diciembre se encontraba hospitalizada y fue objeto de una intervención quirúrgica.

"2.3. **Circunstancia de modo, tiempo y lugar que rodearon los hechos.**

"De acuerdo a los descargos formulados dentro del proceso disciplinario adelantado, se tiene que la auxiliar de enfermería señora Fulvia Elcira Ordoñez de Muñoz manifiesta claramente que el dia trece de diciembre de 1988, entre las pacientes que atendió estaba Lourdes Rubiela Girón Martínez a quien debía hacerle baños de asiento por prescripción médica, los que efectivamente le hizo (fl. 12 cdno de pruebas).

"De conformidad a la exposición aludida y concordante con la historia clínica (fl. 44) se tiene que como consecuencia de los baños de asiento la señora Lourdes Rubiela Girón sufrió quemaduras de segundo grado en la región glúteo, el mismo trece de diciembre, debiéndose sometido al tratamiento médico y a intervención quirúrgica el 15 de diciembre de 1988 (fl. 51) y el 14 de febrero de 1989 (fl. 114), permaneciendo hospitalizada por el término de dos meses, 21 dias según se afirma en la demanda hecho que no fue demostrado dentro del proceso concretamente; pero se encuentra dentro del proceso penal a folios 92 el oficio suscrito por el señor Director del Hospital Universitario San José de fecha 6 de febrero de 1989 en el que manifiesta que a esa fecha Lourdes Rubiela Girón Martínez se encontraba hospitalizada y consigna los datos ya expuestos, al igual que 91 oficio No. 311 de 24 de abril de 1989 (fl. 114) sobre el mismo tema.

"A la actora se le efectuaron tres reconocimientos médicos legales estableciendo el daño sufrido como puede apreciarse a folios 26, 32 y 96 del cuaderno de pruebas en los que se señalan la presencia de quemaduras amplias de segundo grado en ambos glúteos, determinándose primero una incapacidad provisional de 20 dias, después se amplía a 40 dias.

"Establecido que dentro del servicio suministrado por la entidad demandada, la señora Lourdes Rubiela Girón Martínez sufrió un daño consistente en quemaduras amplias en la región de los glúteos, debe determinarse que ocasionó este daño a fin de establecer la responsabilidad administrativa del Hospital Universitario San José de Popayán.

"Recurre el Tribunal a la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Primera Penal Municipal que condenó a la señora Fulvia Elvira Ordoñez de Muñoz como autora del delito "De las lesiones personales", llegando a esta determinación, entre otros el raciocinio que a continuación se transcribe:

"Según el estudio de los elementos probatorios que figuran en el proceso, entendemos que la procesada Ordoñez de Muñoz era la persona encargada de hacer el tratamiento a la paciente Girón Martínez por su calidad de Auxiliar de enfermería, ella acepta este hecho. Sin embargo la procesada, a pesar de conocer que los aludidos baños no podrán (sic) practicarse a pacientes bajo los efectos de anestesia se atuvo a la manifestación de la paciente a cerca de que no sentía el vapor de agua, utiliza un recipiente de aluminio, inapropiado para estos casos, en vez de usar una ponchera, sin comprobar el real y verdadera estado de la paciente lo cual no era imposible porque tenía todos los medios su alcance para verificar las circunstancias en las cuales se hallaba la paciente, pues no se trata de cumplir una orden del médico si no que estando de por medio la salud da una persona, agotar las diligencias indispensables para efectuar muy bien las labores asignadas".

"La concepción anterior, que constituye cosa juzgada en el presente caso encuentra similar raciocinio en la exposición del doctor Gonzalo Narváez Morales, quien oído en esta Corporación (fl. 38, 39 y 40 c.p) expresa que en el tipo de anestesia aplicada a la señora Girón Martínez, el tiempo de duración de los efectos analizados fluctúa entre tres y cinco horas, encontrándose en la quinta hora la paciente en estado de plena conciencia. Anota que la técnica empleada con la actora, puede permitir que sin afectarse la esfera mental o el nivel de conciencia, la persona puede perder sensibilidad al dolor y la temperatura en los dematomas sacros. Manifiesta que una paciente en estas condiciones puede hablar, responder, pensar y sin embargo no sentir que el agua se le está aplicando está demasiado caliente y puede causarle quemaduras.

"De la exposición precitada se deduce con gran claridad que para evitar lesiones como la que se ventilan en el presente negocio, la persona encargada de preparar el baño debería asegurarse de que ésta posee una

temperatura adecuada y una forma simple de hacerlo es introduciendo la mano en el agua; igualmente se tiene que los baños de asiento aplicados en forma adecuada no producen daño alguno en la etapa postoperatoria.

"De lo expuesto se tiene con certeza que la señora Fulvia Ordoñez Muñoz no observó una conducta cuidadosa, diligente en el suministro de los baños de asiento que debía ofrecer a la señora Lourdes Rubiela Girón Martínez, y que precisamente por su conducta ocasionó daño a la actora, conducta que a todas luces compromete la responsabilidad de la entidad demandada, a la luz de la teoría de la falla en el servicio, pues en criterio de la Sala se han configurado claramente los elementos que permiten establecerla.

"No es de recibo para el Tribunal la posición asumida por la entidad demandada, por conducto de su apoderado, quien en el escrito de contestación expone que no existe ninguna responsabilidad para el centro hospitalario, por cuanto la actora y su esposo firmaron en la solicitud de suscripción la renuncia a cualquier reclamación contra la entidad, asumiendo todos los riesgos. Vale anotar sobre el particular que tal clase de manifestación de voluntad no puede exigirse en ningún caso por un centro de salud del Estado, cuya obligación es prestar el más cuidadoso y adecuado servicio de salud, puesto que dentro del normal desarrollo de las funciones hospitalarias, está la del suministro normal a los pacientes, de las drogas, alimentos, atenciones y servicios adecuados para conservar su salud, mantener su integridad y su vida. Consecuencialmente, si se presenta un accidente, así sea involuntario, atribuible al establecimiento hospitalario, surge la falla en el servicio y compromete la responsabilidad estatal, como ha sucedido en el caso de autos.

"3.0. **Los perjuicios**

"Precisada la responsabilidad del Hospital Universitario San José, corresponde determinar la precedencia, del reconocimiento de los perjuicios solicitados por parte actora y que ya concretado en los morales y materiales,

"3.1 **Perjuicios morales:**

"Lo solicitan en el presente proceso Lourdes Rubiela Girón Martínez, en calidad de damnificada; Carlos Arlex Elvira Fuly en su calidad de cónyuge y Juan Manuel y Adriana Marcela Elvira Girón en su calidad de hijos.

LOURDES RUBIELA GIRÓN MARTÍNEZ

"Ha quedado debidamente acreditado en el proceso la lesión física sufrida durante su permanencia en el Hospital Universitario San José de Popayán, el 13 de diciembre de 1988 y está plenamente acreditado que de permanecer por más de dos meses en ese centro hospitalario recibiendo el tratamiento médico quirúrgico de rigor.

"Igualmente de la lectura de la Historia Clínica se desprende que su recuperación fué dolorosa y de conformidad a lo expuesto por el cirujano plástico que la intervino, doctor Bernardo Mera Fernández en oficio de 24 de abril de 1989 dirigido a la. señora Juez Primero Penal Municipal (fl. 112) "El tiempo calculado para el tratamiento médico hasta su total recuperación: Un (1) año a partir del momento en el cual se produjo la lesión".

"Los padecimientos físicos se suman a el traumatismo familiar que implica verse separada de su esposo y sus hijos y especialmente la recién nacida, razón por la cual el Tribunal reconocerá a su favor la cantidad equivalente a 1.000 gramos oro.

"CARLOS ARLEX ELVIRA FULY

"Corre a folios 2 del expediente fotocopia auténtica del registro civil del matrimonio contraído el 21 de enero de 1984 por Carlos Arlex Elvira Fuly y Lourdes Rubiela Girón Martínez. Atendiendo que según reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado el afecto entre cónyuges se presume y que en consecuencia un daño antijurídico presupone la existencia del perjuicio moral, el Tribunal le reconocerá la cantidad equivalente a 700 gramos de oro.

"JUAN MANUEL ELVIRA GIRON Y ADRIANA MARCELA ELVIRA GIRON

"Obran a folios 3 y 4 del expediente los registros civiles de nacimiento de Juan Manuel y Adriana Marcela Elvira Girón que consigna que son hijos de Carlos Arlex Elvira Fuly y Lourdes Rubiela Girón Martínez, documentos que concordados con el registro civil de matrimonio que obra a folio 2 indica que los actores son hijos matrimoniales.

"A la fecha de los hechos, los niños Juan Manuel y Adriana Marcela tenían 4 años y 2 meses edad,aproximadamente, circunstancia que los menores se encontraban en una edad en que requerían la presencia y

cuidado de su madre, además de la consolidación de su núcleo familiar, aspectos de lo que se vieron privados por mas de dos meses, debiendo además padecer las consecuencias de una recuperación que módicamente abarcaba un año. Por estas razones el Tribunal reconocerá a cada uno de los hijos la cantidad de 700 gramos de oro para cada uno.

"3.2 **LOS PERJUICIOS MATERIALES**

"Por éste concepto se ha solicitado se reconozca a favor de la señora Lourdes Rubiela Girón Martínez los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

"Afirma la actora en la demanda que la señora Girón Martínez elaboraba en su casa de habitación trabajos de mecanógrafa y tributarios por los cuales devengaba un promedio de $40.000.oo pesos mensuales.

"No obra dentro del proceso administrativo prueba alguna que permita establecer la productividad de la señora Girón Martínez, no siendo suficiente para acreditar la afirmación hecha en la demanda por lo cual al Tribunal no efectuará ningún reconocimiento por este concepto". (fl. 92-101)

-II-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia consultada será confirmada aunque con algunos ajustes, de universo económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-examine* no hay espacio para la duda que impida concluir que se dió la falla del servicio. La valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el sentenciador de instancia, sobre el particular, la hace suya la Corporación, por encontrarla ajustada a la ley y al derecho. Por lo demás, es una decisión justa.

Para llegar a la anterior conclusión basta recordar que la auxiliar de enfermería señora FULVIA ELCIRA ORDOÑEZ, fué condenada por el Juzgado Primero Penal de Popayán, por el delito de LESIONES PERSONALES, en providencia calendada el dia 21 de febrero de mil novecientos noventa (1990), proveído que fué confirmado por el Juzgado Tercero Superior el dia dieciocho (18) de abril del mismo año. De los considerandos de esta providencia el *ad-quem* retiene los siguientes apartes, por resultar bien explicativos de la realidad fáctica. En ellos se destaca:

"Existe certeza acerca de la materialidad de las lesiones personales objetivadas en la humanidad de la ofendida LOURDES RUBIELA GIRON, las cuales se hallan evidenciadas con los cuatro dictámenes médico - legales emitidos, el último de los cuales establece: "La consecuencia desapareció en el plazo fijado". (fl. 87). Se hace referencia al anterior dictamen (3o) en el cual se fijó una incapacidad definitiva de 40 dias y como consecuencia, perturbación funcional para sentarse y deambular, susceptibles de desaparecer en 30 dias. (fl. 177).

"Todo lo anterior como consecuencia del baño de asiento que le fuera efectuado a la ofendida en horas de la noche del día 13 de diciembre de 1988, en el hospital San José de esta ciudad, por parte de la auxiliar de enfermería FULVIA ELVIRA ORDOÑEZ DE MUÑOZ.

"b. La autoría y responsabilidad de tal insuceso, de acuerdo con la prueba que se recaudó por la primera instancia, a juicio de éste Juzgado recae directamente en la persona de la procesada Fulvia Ordoñez, persona esta que agotó tales lesiones personales debido a su **actuar culposo** en la aplicación del referido "baño de asiento".

"Veamos por qué:

"1. Dicha actividad post-operatoria, tendiente a calmar el dolor y posibles infecciones debe practicarse con ayuda de una ponchera o pato conteniendo agua tibia (37 grados). A la paciente deberá colocarse equilibrada para que reciba los vapores que emanen del agua o sentada sobre el artefacto continente de la misma pero protegida entratándose de un "pato". Esto debido a que el calor del agua se transmite al utensilio. De ésta manera se evitan posibles quemaduras en caso de que el agua sobrepase en algo los 37 grados. Todo éste procedimiento debe cumplirse bajo el cuidado de la persona encargada de llevar a cabo tal operación durante el tiempo que dure el mismo.

"Sin embargo, los pasos anteriores no fueron observados, tal como era su deber u obligación por parte de la condenada FULVIA ORDOÑEZ, persona que adelantó durante un año el curso de auxiliar de enfermería, razón por la cual, deberá estar enterada suficientemente sobre la observancia de los mismos.

"Como está demostrado, la atención de la auxiliar se limitó a llevar el agua en un "pato" y a sentar sobre el mismo a la paciente sin siquiera tomarse el trabajo de percatarse exactamente sobre su real estado luego de la operación a que fuera sometida, y en especial en lo atinente a la

recuperación de la anestesia que le fuera colocada. Para colmo de su irregular actuación, procedió a marcharse y a dejar sola a la ofendida hasta cuando fuera auxiliada por el esposo de ésta y una vez se habían producido las quemaduras que dieron origen a éste proceso.

"Este actuar contrario a la obligación que se tenía no puede admitir excusa alguna con el argumento de que no existía el utensilio apropiado para llevar a cabo el baño de asiento (ponchera) y que, además, había exceso de trabajo (abandono de la paciente) porque se considera que, en ocasiones anteriores, se habían practicado tales baños por parte de la condenada sin consecuencias que lamentar y utilizando "el pato" y, sobre todo analizando que, por ningún motivo se debió dejar sola a la paciente máximo teniendo en cuenta el estado en que se encontraba como consecuencia de la anestesia que se le había colocado horas antes para operarla como ya se había anotado.

"La actuación de la auxiliar de enfermería trasluce desde todo punto de vista irresponsabilidad y falta de solidaridad con las personas puestas "bajo su cuidado". Al parecer éstas circunstancias son en la actualidad denominador común en los centros asistenciales del país, en donde es bien atendido quien tenga suficientes medios económicos y todo lo contrario pasa con las personas con escasos medios de tal tipo o con los indigentes, a quienes, tal como aparece en los medios noticiosos, aún se dejan morir sin recibir atención alguna.

La conducta irregular a que antes hemos hecho alusión se deduce con claridad del testimonio recibido al médico JAIME MUÑOZ; de las explicaciones presentadas por la señora FULVIA ORDOÑEZ y del dictamen médico obrante a folios 86, en donde taxativamente se dice: " " I. Las quemaduras no fueron producidas por la hemorroidectomía, en sí, fueron consecuencia de baños de asiento mal utilizados..." "II. Efectivamente guardando los cuidados y utilizando los medios necesarios ordenados por el médico se habían evitado las quemaduras." "

"Esta conclusión, como puede observarse, no es producto de la imaginación del Juzgado sino que aparece evidente del estudio serio, objetivo y parcial del caudal probatorio tomado en cuenta para proferir el fallo de primera instancia.

Imprecisiones sobre terminología jurídica y calidad de prueba en nada demeritan la deducción efectuada sobre la conducta atribuible a la responsable sobre todo si la misma emerge de pruebas legalmente practicadas y existentes en el proceso sub-análisis". (Fl. 189-192.C. 1).

B) Por lo que hace relación con la legitimación por activa, ella quedó bien demostrada. Igualmente el Daño y la Relación Causal.

El monto de la condena por perjuicios morales, se reducirá, pues las lesiones sufridas por la Señora LOURDES RUBIELA GIRON no tienen la gravedad que demanda una indemnización por un mil gramos de oro, que la Sala sólo dispone en casos extremos que dejan secuelas permanentes o gran invalidez, o en el evento de que ocurra la muerte. Del testimonio rendido por el Dr. Bernardo Arturo Mera Fernández, el sentenciador vivencia que la víctima no quedó con secuelas permanentes. En lo sustancial de su exposición el citado profesional de la medicina destaca:

> "Según consta en la historia clínica se me pasó esa paciente a mi interconsulta para cirugía plástica por presentar la paciente mencionada quemaduras en ambos glúteos. Se efectuó el examen físico correspondiente y se aprecio quemaduras de segundo grado,en una extensión que consta en la historia clínica. Inmediatamente se inició el tratamiento correspondiente consistente en lavado y debridación de las quemaduras, aplicación de sulfadacina de plata en crema y curaciones diarias con revisión médica especializada en revista diaria. La paciente evolucionó excelente con cicatrización total del área quemada previa aplicación de injertos de piel en la misma. Después de la recuperación hospitalaria se le dió de alta y con controles periódicos por consulta externa en el servicio de cirugía plástica. Los controles en consulta externa se realizaron de acuerdo a los parámetros que tenemos los cirujanos plásticos para estos casos. Y de lo que alcanzo a recordar continuó su evolución satisfactoria desde el punto de vista cutáneo exclusivamente. Con relación a la recuperación cutánea y a lo que las cicatrices compete, en cirugía plástica se da un plazo aproximadamente de un año condicionado a que la paciente cumpla con las respectivas ordenes médicas y se haga los tratamientos formulados para estos casos en debida forma, pues durante el transcurso de ese año la cicatriz va mejorando paulatinamente tanto en coloración como induración, en lo que respecta a la estética de la misma área, y ello también condicionado a las condiciones constitucionales de raza, herencia y calidad de la piel de la paciente. En relación con el hecho quinto de la demanda que escribe el Abogado Dr. Gabriel Ortega, la paciente ya está recuperada, pero como tiene que seguir en controles posteriormente y de acuerdo a la evolución probablemente sería necesario, hacer revisiones de las cicatrices en glúteos residuales". (fl. 218-219. C. 1).

Por lo que se deja expuesto, el monto de las condenas por perjuicios morales queda así:

Para la señora LOURDES RUBIELA GIRON, quinientos gramos (500) de oro fino;

Para CARLOS ARLEX ELVIRA FULY (esposo), doscientos gratos (200) de oro fino;

Se revocará la condena que por perjuicios, morales se hizo en favor de JUAN MANUEL ELVIRA GIRON y ADRIANA MARCELA ELVIRA GIRON, pues dada su corta edad (cuatro años y medio el primero y mes y veintitrés dias la segunda), y teniendo también en cuenta que la madre logró superar la enfermedad, no se vivencia que en realidad, y con relación a ellos, se haya producido el estado de ansiedad, desconsuelo, desequilibrio emocional, que demande una satisfacción pecuniaria, que les ayude a mitigar el dolor que les causó el insuceso, presupuestos que reiteradamente ha exigido la Sala para justificar la condena.

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

1°.) CONFIRMANSE los numerales primero (l° .) tercero (3°.), quinto (5°.) y sexto (6°.) de la sentencia calendada el día diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso del rubro;

2°.) REVOCANSE los numerales segundo (2°) y cuarto (4°.) de la misma sentencia, los cuales quedarán así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE AL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYÁN, a pagar, por concepto de PERJUICIOS MORALES, las cantidades de oro que a continuación se indican y a las personas que se relacionan, así: a LOURDES RUBIELA GIRON, quinientos (500) gramos de oro fino; a CARLOS ALEX ELVIRA FULY, doscientos (200) gramos de oro fino.

El pago se hará teniendo en cuenta el precio del referido metal en el momento de quedar ejecutoriada la sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

CUARTO. A la presente sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..Para tal fin, expídanse las copias

del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

2°.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

AUDIENCIA DE LA CONCILIACION - Inexistencia / ENTIDAD PUBLICA / CONFESION - Improcedencia

No hay lugar entonces a imponer sanción por su inasistencia a la audiencia de conciliación, como lo pretende la parte impugnadora. Advierte la Sala, cómo aún en la eventual ocurrencia de que no se justifique la inasistencia a la audiencia conciliatoria del ente oficial demandado, no hay lugar a declarar confesa a esta parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 199 del C. de P. C.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8389 Actor: JOSEFA SANDOVAL V. DE GONZALEZ. Demandado: MUNICIPIO DE LEBRIJA.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto de 20 de enero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en virtud del cual se atendió la justificación dada por el apoderado del Municipio de Lebrija por no haber concurrido a la audiencia de conciliación señalada para el 1o. de diciembre a las 9:30 de la mañana.

ANTECEDENTES

1. Por auto de 10 de noviembre de 1992 se señaló el 1o. de diciembre a las 9 1/2 de la mañana para celebrar en el Despacho del Magistrado Sustanciador la audiencia de conciliación prevista en el artículo 6o del Decreto 2651 de 1991.

2. El 27 de noviembre el apoderado sustituto del Municipio de Lebrija solicitó aplazamiento de la diligencia (Fl.21). No obstante, en la hora y fecha señalados, el Despacho se constituyó en audiencia pública y a la misma compareció el apoderado de la parte demandante, quien reclamó por la ausencia del Alcalde de dicho municipio o de otro abogado en reemplazo del profesional que había pedido el aplazamiento de la diligencia.

Sostuvo que la inasistencia de la parte demandada traía las consecuencias jurídicas y procesales previstas en tal caso por el decreto 2651 de 1991.

3. Por auto del 2 de diciembre de 1992 el Magistrado conductor del proceso, concedió un término de cinco (5) dias hábiles para que se acreditaran los motivos de su inasistencia a la audiencia anterior.

4. Con fecha 10 de diciembre el apoderado del municipio explicó por escrito la necesidad que tuvo de viajar a Santa Fe de Bogotá y aporta algunos documentos que permiten deducir la realidad del viaje y las diligencias profesionales que tenía en esta ciudad.

5. Consecuente con lo anterior y mediante el auto apelado, del 20 de enero de 1993, se señaló la hora de las 3 de la tarde del 18 de febrero del mismo año para celebrar la audiencia de conciliación.

6. Dicho proveído fué recurrido en reposición y subsidiariamente en apelación por la parte demandante. Por auto de Sala Unitaria se negó la reposición y se determinó que por Sala de Decisión el Tribunal decidiera sobre la concesión del recurso.

7. Al recurrir el auto anterior sostiene la parte demandante que el Alcalde de Lebrija, con apoderado o sin él, ha debido concurrir a la diligencia. Afirma que "si la audiencia estaba programada para el lo de diciembre de 1992 (martes), la justificación debió probarse sumariamente a más tardar el dia 9 de diciembre (miércoles), como quiera que los días 5, 6 y 8, fueron inhábiles...".

Aparte de lo anterior, anota el impugnante que a la parte demandada se le concedió cinco días para justificar su inasistencia y que "si nos atenemos al conteo de ley su justificación fué extemporánea", a más de que dicho término no era necesario reafirmarlo por el Juzgador, "pues el término judicial solamente es procedente a falta de término legal". Para el apelante, pues, "ni en el término legal de cinco días, ni en el término judicial de cinco días, el representante legal de la demanda justificó su inasistencia a la audiencia de conciliación". Por último, anota que la prohibición de confesar del artículo 199 del C. de P. C., no tiene cabida en este caso y asevera que la inasistencia de la parte demandada

a la audiencia conciliatoria "impidió la confesión de la entidad demandada, de todos los hechos de la demanda susceptibles de dicho medio de prueba."

CONSIDERACIONES

Para la Sala el auto impugnado debe confirmarse, dado que se adecúa a una correcta y justa interpretación de lo sucedido y de las disposiciones que regulan lo relacionado con la audiencia de conciliación prevista en el Decreto 2651 de 1991.

En efecto, con antelación a la diligencia, el apoderado pidió un aplazamiento de la misma, por tener que ausentarse de la ciudad, y sumariamente lo acreditó con los recibos de pago de peaje en la carretera de Bucaramanga - Bogotá - Bucaramanga y con las fotocopias de las Boletas de Visita de Abogado expedidas por la Dirección Regional de Fiscalía de Santa Fe de Bogotá, que permiten aceptar la realidad de la razón por la cual no asistió a la audiencia referida.

Ahora bien, al señalarse por el Magistrado sustanciador un término de 5 dias para justificar la inasistencia a la audiencia de la parte demandada, el recurrente si no compartía tal determinación bien pudo haberla protestado. Sin embargo, al guardar silencio, la aceptó y sólo en esta oportunidad viene a cuestionar la fijación del término por el fallador. La parte demandada en acatamiento a lo dispuesto en el auto mencionado, presentó el 10 de diciembre de 1992 la justificación de su ausencia, la cual, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, sí fué oportuna, con mayor razón si se toma en cuenta que el auto fue notificado por estado el 4 de diciembre y a partir del dia 5 comenzaba a correr el plazo fijado por el Magistrado, que por lo demás era el mismo señalado en el Decreto 2651 de 1991.

En las anteriores condiciones concluye la sala que la determinación del Magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Santander, recurrida en apelación, como subsidiaría del recurso de reposición, fué acertada y, por consiguiente procede su confirmación.

De acuerdo a lo anterior , no hay lugar entonces a imponer sanción por su inasistencia a la audiencia de conciliación, como lo pretende la parte impugnadora. Advierte la Sala, cómo aún en la eventual ocurrencia de que no se justifique la inasistencia a la audiencia conciliatoria del ente oficial demandado, no hay lugar a declarar confesa a ésta parte , de acuerdo con lo previsto en el artículo 199 del C. de P. C.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

CONFIRMAR. El auto de 20 de enero de 1993 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA / CADUCIDAD - Improcedencia / FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Fumigación con Glifosato

Cuando se presentó la demanda no se había operado el fenómeno de la caducidad, puesto que ese término de dos años no puede contarse desde el momento en que se hicierón las fumigaciones, por cuanto en ese mismo momento no se presentarón los efectos, máxime en este caso donde se alega que las fumigaciones no fuerón realizadas directamente sobre los cultivos que resultarón afectados en la finca ojo de agua sino que el veneno llegó a esa finca por la acción de los vientos y por el efecto de deriva, en consecuencia, sólo cuando se detectó que el cultivo estaba dañado, se pudo concluir que ese daño provenía de las fumigaciones que se estaban realizando en la Sierra Nevada, eso ocurrió en agosto de 1986.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres(1993).

Consejo Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7719. Actor: JAIME GONZALEZ RUBIO.- Demandado: LA NACION - POLICIA NACIONAL.-

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 19 de junio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declárase administrativamente responsable a la Nación-Policía Nacional por los perjuicios materiales causados al señor JAIME

GONZALEZ RUBIO BURGOS con ocasión de las fumigaciones efectuadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, con el herbicida Glifosato en el mes de junio/86 que afectaron los cultivos que éste tenía en la finca de su propiedad demonimada Ojo de Agua ubicada en el corregimiento de Gaira Municipio de Santa Marta, colindante con las estribaciones de la Sierra Nevada mencionadas".

"2.- En consecuencia condénase a la Nación Ministerio de Defensa-Policía Nacional, en abstracto al pago de los perjuicios materiales de que da cuenta el libelo demandatorio".

"5.- Con el objeto de establecer el monto de los perjuicios relacionados deberá tramitarse el incidente de liquidación al tenor de lo estipulado por el C. de P.C. en su art. 135 y ss. conforme a las pautas reseñadas en la parte motiva de este proveído, y dentro del término de sesenta (60) dias siguientes a la ejecutoria de este fallo".

I. - ANTECEDENTES. -

1o.- **La demanda.-**

JAIME GONZALEZ RUBIO, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra la Nación -Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1°.) Declarar a través de sentencia que la NACION COLOMBIANA POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA MINISTERIO DE DEFENSA DE COLOMBIA es administrativamente responsable de los perjuicios materiales causados en la Hacienda OJO DE AGUA, propiedad de Jaime González Rubio Burgos, debido a la presencia en dicho inmueble del herbicida denominado GLIFOSATO, utilizado por la Policía Nacional de Colombia en la erradicación y destrucción de los plantíos de marihuana localizados en la Sierra Nevada de Santa Marta, dentro de la lucha contra el narcotráfico que se desarrolla en el país".

"2°.) Que se condene a la NACION COLOMBIANA POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE COLOMBIA a pagar los perjuicios materiales a los que se refiere el numeral 1°.) de estas Pretensiones y el Daño Emergente y el Lucro Cesante consagrados en el Código Civil Colombiano, todo lo cual asciende a más de $6.000.000,oo M/L (SEIS MILLONES DE PESOS M/L)".

"3º) Que dicho pago se efectué en pesos de valor constante conforme a la variación porcentual del índice del consumidor o que sea tasado por el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo en valor correspondiente en onzas de oro, en fin, también de acuerdo al reajuste monetario en el cual se encuentre nuestra moneda al momento de la condena concreta al pago impetrado".

"4º) PAUTAS.- Para la liquidación de los perjuicios materiales y el Daño Emergente y Lucro Cesante se observarán - salvo mejor criterio del Honorable Tribunal - las siguientes pautas:

"a) Valor monetario del tomate al momento de señalarse y condenar el pago y valor del mismo cultivo en la época de la fumigación y de la instauración de la presente demanda, para proceder a una evaluación del precio a pagarse".

"b) Hacer las comparaciones de rigor entre las declaraciones de renta que se adjuntan a esta demanda (1984, 1985, 1986)".

"c) Consideración a lo que diga el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO (ICA) en relación a precios y evaluaciones referentes y en general a todo lo concerniente al daño producido en los sembrados de tomate en la hacienda OJO DE AGUA. Evaluación esta que se derivará de solicitud de inspección del ICA en el inmueble en cuestión de la sección de Pruebas dentro de la presente demanda".

2º.- **Los hechos.-**

Aparecen relacionados a folios 2 y 3 del expediente y dicen en síntesis:

Como consecuencia de las fumigaciones realizadas con el herbicida glifosato en las plantaciones de marihuana localizadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, se vieron afectados cultivos tradicionales del agro colombiano que ocasionaron serios disturbios en el desarrollo biológico de estos y por ende la destrucción de las cosechas.

Estos efectos se presentaron en la finca OJO DE AGUA de propiedad del demandante, a fines del mes de julio de 1986, cuando se perdieron las cosechas y el suelo dejó de ser óptimo para convertirse en deteriorado terreno incapaz de producir las cosechas acostumbradas, situación que se presentó debido a la proximidad de los campos fumigados.

3°.- **Actuaciones procesales.-**

Admitida la demanda, fué notificado el Ministro de Defensa, el Secretario General del Ministerio de Defensa y el Director de la Policía Nacional. A través de apoderado judicial y dentro del término de fijación en lista se pidió la práctica de pruebas y se impugnó la demanda porque la quema de pastos que presentaba la finca fué en línea de rumbo de vuelo que sólo se presenta en fumigaciones directas sobre una zona y sobre esa finca no se hicieron fumigaciones con glifosato, esas fumigaciones se hicieron a muchas leguas de distancia, en consecuencia el daño debió ser producido con un herbicida usado por el mismo demandante o en una finca vecina.

En la oportunidad para presentar alegaciones de fondo, la parte demandada, por medio del escrito que obra a folios 162 y ss, alega como elemento nuevo dentro del proceso que la demanda debió dirigirse en contra del Ministerio de Justicia y no del Ministerio de Defensa ni de la Policía Nacional, porque es al Consejo Nacional de Estupefacientes creado por la Ley 30/86 adscrito al Ministerio de Justicia, a quien corresponde disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia. Al realizar la fumigación la Policía Nacional lo único que hizo fué cumplir con la decisión tomada por el Ministerio de Justicia. Por último insiste en que no se probó la existencia del glifosato en la finca Ojo de Agua ni se determinó cuantas hectáreas comprendía el cultivo que se dice afectado.

La parte actora presentó el memorial que obra a folios 166 y ss, en él recalca que así como lo dijo en la demanda, si el daño no fué producido por glífosato, pudo ser otro el tóxico utilizado, también con efectos arrasadores. Aclaró que en la demanda nunca se dijo que hubo fumigaciones en el corregimiento de Gaira sino en las estribaciones de la Sierra Nevada de Santa Marta, y que fué por la cercanía a la finca, la acción de los vientos y el efecto de deriva, que llegó el veneno a los cultivos de la finca Ojo de Agua.

El señor fiscal ante el *a-quo*, pide que se profiera un fallo inhibitorio porque acoge el argumento que la parte demandada presentó en el alegato de conclusión en el sentido de que la demanda debió dirigirse en contra del Ministerio de Justicia, concluyó que como la demanda se dirigió contra el Ministerio de Defensa no fué posible notificarla al representante legal de la entidad que debió ser vinculada y en consecuencia no se cumplió con uno de los requisitos contemplados en el art.137 del C..C.A., lo que impide un pronunciamiento de mérito.

SECCION TERCERA

4o.- **La sentencia apelada.-**

El *a-quo* despachó favorablemente las súplicas del actor porque encontró que se daban los elementos configurativos de la falla en el servicio, a saber:

1º.- La existencia del daño, constatado con la diligencia de inspección judicial cuya acta obra a folios 106 a 108 con el informe que figura a folio 10.

2º.- La actividad fué realizada por la Policía Nacional, hecho del que da cuenta el informe sobre las actividades de fumigaciones hechas por la primera compañía antinarcóticos de la Policía Nacional, cuya copia obra a folios 59 a 61.

3º.- La relación de causalidad, entre el daño y la actividad, demostrada en los dictámenes periciales. Desechó el argumento de que la demanda debió dirigirse contra el Ministerio de Justicia, por cuanto encontró que la fuente de las pretensiones no radicaba en la orden expedida, sino en el ejecución de la misma, llevada a cabo de manera irregular sin las previsiones técnicas correspondientes, por personal de la policía nacional que era el encargado de la actividad antinarcótica.

La condena la hizo en abstracto, porque no se probó el monto real de los perjuicios materiales pedidos.

3º.- **Razones de la Apelación.-**

Inconforme la parte demandada con esa decisión apeló. Para sustentar el recurso presentó un ininteligible escrito que obra a folios 194 y ss en el que dice que no se probó que los cultivos se hubieran visto afectados por el glifosato porque los fumigaciones no se hicieron sobre la finca; que el fallo debió ser inhibitorio porque quien dió la orden fué el Consejo Nacional de Estupefacientes adscrito al Ministerio de Justicia; que ya se había operado la caducidad de la acción cuando se presentó la demanda.

En la oportunidad concedida en esta instancia para presentar alegatos, la parte actora se dedicó a destacar la importancia de los dictámenes periciales para establecer que se dió la falla en el servicio e insistió en que hay prueba en el expediente de que la zona fue fumigada con glifosato y paraquat. Por último dijo que no hubo caso fortuito ni fuerza mayor por cuanto la fumigación la hizo el Estado y a este le correspondía prevenir, porque el hecho era previsible.

Por su parte la demandada insistió en que al momento de presentarse esta demanda de reparación directa, ya se había operado la caducidad de la acción, por cuanto las fumigaciones fueron efectuadas entre el 1 y el 23 de junio de 1986 y la demandada fué presentada el 25 de junio de 1988, alegó además que la parte actora no hizo el mínimo esfuerzo para probar que tuvo un cultivo de tomate o de otra clase al momento de realizarse las fumigaciones, no probó que sufrió un perjuicio o en qué consistió el perjuicio. Así mismo argumentó que no hubo falla en el servicio porque el Estado realizó una actividad en beneficio de la colectividad y en caso de que con ella se hubiera causado un daño, éste constituiría el sacrificio que el común de los ciudadanos deben normalmente soportar.

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación pide que se revoque el fallo apelado y en su lugar se declare la caducidad de la acción porque la demanda fué presentada 2 años y 2 dias después de haberse realizado la última fumigación, que según la copia del formato de registro de fumigaciones que obra a folios 60 y 61 del expediente, ocurrió el 23 de junio de 1986 y la demanda se presentó el 25 de junio de 1988, sin que se pueda extender ese término por el tiempo en que se prolongaron los efectos nocivos de los hechos, porque los daños bien han podido perdurar por un tiempo largo como meses o años, razón por la cual ha entendido que el termino, de caducidad empieza a contarse desde la producción del hecho dañoso.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Para la Sala el fallo apelado debe ser revocado, porque no comparte las conclusiones a que llegó el *a-quo* en relación con existencia de los elementos constitutivos de la falla en el servicio.

Como se entrará a estudiar el fondo del asunto, se haran en primer término unas consideraciones en relación con la caducidad y el indebido señalamiento de la parte demandada.

1°.- La Caducidad.- La demandada y la señora agente del Ministerio Público ante ésta Corporación insisten en el hecho de que cuando se presentó esta demanda, ya se había operado el fenómeno de la caducidad de la acción porque las fumigaciones por las cuales se demanda, fueron realizadas,entre el 1°. y el 23 de junio de 1986 y la demanda fué presentada el 25 de junio de 1988, es decir, cuando habían transcurrido más de dos años desde la última fumigación.

Para la Sala, cuando se presentó la demanda no se había operado el fenómeno de la caducidad, puesto que ese término de dos años no puede contarse desde el momento en que se hicieron las fumigaciones por cuanto en ese mismo

momento no se presentarón los efectos, máxime en este caso donde se alega que las fumigaciones no fueron realizadas directamente sobre los cultivos que resultaron afectados en la finca Ojo de Agua sino que el veneno llegó a esa finca por la acción de los vientos y por el efecto de deriva, en consecuencia, sólo cuando se detectó que el cultivo estaba dañado, se pudo concluír que ese daño provenía de las fumigaciones que se estaban realizando en la Sierra Nevada, eso ocurrió en agosto de 1986, según puede deducirse del informe de la Regional de Inderena, visible a fol. 10, sobre visita practicada en el predio Ojo de Agua, con el fin de constatar las denuncias formuladas por su propietario, en relación con los daños a cultivos de frutales, hortalizas y potreros.

Ahora bien, contada la caducidad desde el 6 de agosto de 1986 que fué cuando se solicitó la visita del Inderena, la demanda presentada el 25 de junio de 1988, quedó en tiempo.

2°.- Otro cuestionamiento que hacen la parte demandada y el señor agente del Ministerio Público en primera instancia, es que la demanda debió dirigirse contra el Ministerio de Justicia al cual está adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes, organismo que tomó la decisión de hacer la fumigaciones. Tampoco tiene vocación de prosperidad este argumento, porque como lo dedujo el Tribunal, con la demanda no se está atacando el acto que ordenó las fumigaciones, sino la manera incorrecta como estas se llevarón a cabo por parte de la Policía Nacional, deficiencia que permitió que el glifosato llegara al predio Ojo de Agua, por la acción de los vientos y la proximidad de los cultivos fumigados. No discuten las partes que fué la Policía Nacional la encargada de realizar esa actividad y hay abundante prueba documental que así lo acredita, por tanto la demanda en acción de reparación directa en contra de la Nación - Policía Nacional, estuvo bien dirigida.

Frente a la falla en el servicio pretendida por la parte actora, la Sala considera que no se demostró la existencia de los elementos que la configuran. Así es, en la demanda se afirma que las fumigaciones realizadas por la Policía Nacional en la Sierra Nevada de Santa Marta con el fín de erradicar y destruír plantios de Marihuana, ocasionaron perjuicios en los cultivos de la hacienda Ojo de Agua, especialmente en las tomateras y demás hortalizas produciéndose la pérdida de las cosechas. La parte actora no probó este aserto en debida forma que permitiera determinar la existencia de tales perjuicios, a folio 10 obra copia de un informe que rindió el Inderena regional Magdalena sobre la visita practicada el 7 de agosto de 1986 a la Hacienda que se dice afectada. En ese informe el funcionario visitador dió cuenta de que observó afectación en potreros y cultivos de hortalizas con síntomas de aplicación de cultivos tóxicos, pero allí no se determinó cual era ese tóxico de tal manera que en esta sentencia pudiera

concluirse que fué la fumigación realizada por la Policía la que ocasionó el daño.

Tampoco puede determinarse cual fué ese daño, qué terreno de la finca estaba sembrada de tomate o qué parte de esos cultivos se vieron afectados, y ese fué el informe tomado en el momento en que se presentó el hecho. Ahora los dictámenes logrados en el plenario fueron rendidos 4 años después de realizadas las fumigaciones, cuando las condiciones existentes habían variado de tal manera que los peritos conceptuaran que era imposible determinar si en alguna época se vieron afectados por glifosato. Los peritos realmente se limitaron a exponer sus conclusiones sobre los perjuicios que puede ocasionar el uso inadecuado del herbicida, pero con esos dictámenes no se establece que efectivamente los cultivos de la hacienda Ojo de Agua se vieron afectados, o cuales y en qué extensión fueron los cultivos afectados o que ese deterioro sufrido hubiera sido por elementos tóxicos usados por la Policía Nacional en las fumigaciones.

Como no se demostró la falla en el servicio, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se negarán las súplicas de la demanda.

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:

1°.- REVOCASE la sentencia apelada, ésto es, aquella de 19 de junio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

2°.- Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria Sección.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Explosivos.

El Ejército Nacional procedió a sembrar de minas explosivas el campo perimétrico de la estación repetidora de comunicaciones que las dos entidades tienen instaladas en el área del volcán. No hay duda de la configuración de una falla del servicio imputable a la administración y consistente en la reprochable despreocupación y negligencia de los agentes oficiales quienes no se cuidaron de adoptar medidas de seguridad luego de instalar las cargas explosivas, que de suyo exponen a los particulares a excepcionales riesgos para su vida y para su integridad física.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 6606. Demandado: La Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional. Actor: JESUS ANTONIO TORRES Y OTROS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, el 29 de enero de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"PRIMERO. Declarar a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Ejército y Policía Nacionales, administrativamente responsables de los perjuicios causados por la muerte de SANDRA MILENA TORRES

MARTINEZ, según hechos ocurridos el día 5 de enero de 1990 en el Volcán Galeras.

"SEGUNDO. Declarar así mismo a la nación colombiana Ministerio de Defensa Ejército y Policía Nacionales administrativamente responsables por las lesiones recibidas por el menor MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ, el 5 de el mismo dia de 1990 y por razón de los mismos hechos.

"TERCERO. Condenar como consecuencia de las anteriores declaraciones a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Ejército y Policía Nacionales a pagar a Jesús Antonio Torres la suma de CIEN MIL PESOS ($100.000.oo). por concepto de perjuicios materiales y como daño emergente, así como el equivalente en gramos de oro fino al momento de esta sentencia, a las siguientes personas y en esta proporción por concepto de perjuicios morales:

"1.000 gramos de oro fino a cada uno de los padres de Sandra Milena Torres Martínez, señores JESUS ANTONIO TORRES Y ZORAYDA MARTINEZ DE TORRES.

"600 gramos de oro fino para cada uno de los hermanos de la víctima, menores MONICA LILIAN Y NESTOR CAMILO TORRES MARTINEZ.

"600 gramos de oro fino para cada uno de los abuelos maternos de la víctima, señores EMILIO JAVIER MARTINEZ LASSO Y BERTHA LIGIA ALVARADO DE MARTINEZ.

"CUARTO. Condenar igualmente a la Nación Colombiana ministerio de Defensa Ejército y Policía Nacionales a pagar por Concepto de perjuicios morales, el equivalente en gramos de oro fino al momento de esta sentencia, lo que sigue y por razón de las lesiones sufridas por el menor MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ:

"1.000 gramos de oro fino para el menor lesionado MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ.

"700 gramos de oro fino para cada uno de los padres de la víctima lesionada, señores VICTOR EDUARDO CORTES Y ALBA LUCY MARTINEZ DE CORTES.

"400 gramos de oro fino para cada uno de sus hermanos GLADYS DEL CARMEN, EDWIN EDUARDO Y GENNY CONSTANZA CORTES MARTINEZ.

"400 gramos de oro fino a la abuela paterna del menor lesionado, señora REGINA RINCON DE CORTES.

"Las condenas a que se refieren los Numerales anteriores 3°. y 4°., afectarán los presupuestos del Ejército y Policía Nacionales en un 50% para cada entidad.

"QUINTO. Disponer que las condenas decretadas se liquiden y cumplan en los términos de los art. 176, 177 y 178 del C.C.A.

"SEXTO. DENEGAR las demás súplicas de la demanda.

"Si este fallo no es apelado, se consultará con el H. Consejo de Estado.

"Previa ejecutoria, se enviará copia al Ministerio de Defensa, Secretario General del Ministerio, Director General de la Policía Nacional y al Ministerio Público para lo de su cargo. Luego se archivará el expediente". (fl. 301-3-3. C. 1)

La demanda fué presentada en término hábil en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el art. 86 del C.C.A., pretendiendo obtener que la entidad pública fuera declarada patrimonialmente responsable de la muerte de la menor SANDRA MILENA TORRES y de las lesiones corporales sufridas por el también menor MARIO ANDRES CORTES, en hechos ocurridos el 5 de enero de 1990, en la base en donde está ubicada la, estación repetidora de comunicaciones de las fuerzas armadas en las estribaciones del volcán CALERAS, Municipio de Pasto, Departamento de Nariño.

Los abuelos, padres y hermanos de SANDRA MILENA, reclaman la suma de $300.000 por concepto del daño emergente, el equivalente al precio de 1.000 gramos de oro, para cada uno, por los perjuicios morales y los intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor; la abuela, padres y hermanos de MARIO ANDRES, pidieron sumas iguales a las atrás indicadas, de un lado, por las lesiones sufridas por dicho menor y, de otro, por la muerte de su sobrina y prima hermana Sandra Milena.

El *petitum* se hizo derivar de los siguientes hechos:

1.- EMILIO JAVIER MARTINEZ LASSO Y BERTHA LIGIA ALVARADO contrajeron matrimonio católico el 29 de abril de 1954; de esa unión nacieron ZORAIDA MARTINEZ y ALBA LUCY MARTINEZ, madre de la muerta y del lesionado, respectivamente.

2.- A su turno JESUS ANTONIO TORRES Y ZORAYDA MARTINEZ contrajeron matrimonio el 9 de marzo de 1980 y de ese vínculo nacieron SANDRA MILENA (la menor fallecida), MONICA LILIAN Y NESTOR CAMILO TORRES MARTINEZ.

3.- VICTOR EDUARDO CORTES y ALBA LUCY MARTINEZ también lo hicieron el 26 de junio de 1976 y en esa unión procrearon a MARIO ANDRES (el menor lesionado), GLADYS DEL CARMEN, EDWIN EDUARDO y JENNY CONSTANZA CORTES MARTINEZ.

4.- JOSE RAFAEL CORTES OCANA y REGINA RINCON CISNEROS, son los abuelos paternos del menor lesionado en los sucesos.

5.- Los demandantes conformaban una gran familia extraordinariamente unida caracterizada por el compañerismo de sus integrantes y por la especial y mutua ayuda que le prestaban en todas sus contingencias y necesidades; las víctimas eran estudiantes con alto rendimiento escolar.

14. El fatídico dia del accidente en que se produjo la muerte de SANDRA MILENA TORRES MARTINEZ y lesiones de consideración a MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ, fue el 5 de enero de 1990, dia en que las familias TORRES MARTINEZ y CORTES MARTINEZ, por su parte, y otros amigos organizaron un paseo a las bocas del Volcán Galeras. Las mencionadas familias y los otros paseantes se congregaron el día del accidente a las 5 de la mañana en el Parque Bolívar de esta ciudad. Entre ellos se encontraba VICTOR JULIO VILLAREAL DORADO, MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ, ANTONIO TORRES, ZORAYDA MARTINEZ DE TORRES, IRMA GUADALUPE TORRES ZARAMA, ARMANDO ROSALES, NURY PORTILLA, LUCY VILLAREAL DORADO.

15. Los paseantes salieron a las 5 de la mañana del parque Bolívar, atravesaron la ciudad y ascendieron las faldas del volcán Galeras. Llegaron a la base militar o de policía, antes de ascender a la boca principal y luego al cráter del volcán galeras, a las 11 y 45 minutos de la mañana.

SECCION TERCERA

En su ascensión del volcán pasaron por el puesto del Inderena, sin que aquí ni en ninguna parte del trayectos les hayan advertido a los turistas que estaba prohibido el ascenso al volcán galeras. Tampoco encontraron en el trayecto vallas o avisos que obstaculizaran el ascenso al volcán o lo prohibieran.

Cuando llegaron a la base militar donde están situadas las instalaciones repetidoras de comunicaciones para las fuerzas armadas, se encontraron a dos (2) agentes de policía y a un cabo del ejército, cuyos nombres eran VILLAMARIN SOLARTE MANUEL, ORDOÑEZ PARDO JUAN Y JOSE LUIS BERRIO AMAYA, respectivamente, quienes en ningún momento advirtieron a los turistas de que el campo circundante a las instalaciones de repetición de comunicaciones para las fuerzas Armadas se encontraba minado y por lo mismo no les advirtieron del peligro que corrían. Tampoco en este sitio se encontraron vallas o avisos que obstaculizaran el acceso al campo minado o lo prohibieran. Dicen que había un alambre de púas a 10 centímetros del suelo que señalaba el área minada, sin que esto sea suficiente para anunciar en debida forma una prohibición terminante de acceso al mencionado campo. Tan es así, que ya en la base, antes descrita, el grupo de turistas se dispuso a bajar a los cráteres del volcán galeras, pero como era peligroso bajar a los niños y a algunas mujeres, se constituyeron, en dos (2) grupos: el de los que bajaron a los cráteres y el de los que no lo hicieron. En este último grupo estaban los niños SANDRA MILENA TORRES MARTINEZ y MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ, y la mamá de la menor ZORAIDA MARTINEZ DE TORRES y del tío de los menores ANTONIO TORRES, éste último citado en el parte del Gte. PANTOJA ATIZ LEONEL.

En este estado y al no haber bajado a los cráteres del volcán, uno de los agentes de policía los convido a los niños SANDRA MILENA y MARIO ANDRES, como también a la mamá de la menor, doña ZORAIDA, y al señor VICTOR VILLAREAL, a que pasaran a descansar a los dormitorios de la base; así lo hicieron, agradeciéndole previamente el ofrecimiento, pero después llegó el otro agente y los desalojo de los dormitorios a pesar de que los niños se encontraban dormidos.

Salieron los niños y hubieron pasado escasos 10 minutos, cuando se escuchó una gran explosión proveniente del estallido de una mina. Los niños no se veían por ninguna parte. Cuando en este momento alguien dijo qué los niños estaban heridos, como consecuencia de haber explotado una mina al hacer contacto con los desprevenidos menores, causándoles heridas de gran magnitud que ocasionaron la muerte de la menor SANDRA MILENA TORRES MARTINEZ y lesiones de consideración a su primo hermano MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ.

A todos estos hechos las autoridades de policía, manifestaron que no debía estar minado el campo, o que si lo estaba, debía haber alguna señal que impidieran el paso a los turistas, que en ese dia habían ascendido al volcán galeras, en un número superior a 100. Así, uno de los agentes de la policía, hizo un comentario el que transcribo en comillas manifestando al señor VICTOR JULIO VILLAREAL. "gran hijueputas para que ponen esa mierda allí y no ponen aviso". Además manifestó que el campo no debía estar minado por cuanto había mucho turista.

Es el caso de advertir que lo único que delimitaba el campo minado era un alambre de púas que estaba tirado sobre el suelo, no siendo suficientemente visible para las personas.

El cabo del ejército que se encontraba el día de los hechos en el volcán galeras, manifestó a la señorita LUCY VILLAREAL, y de quien era su amigo, que todo el campo se encontraba minado. Esto lo manifestó un momento antes de suceder la explosión de la mina, dando lugar en consecuencia a que el resto de personas ya tuvieran mas cuidado.

Concluído el trámite de la primera instancia después de historiar los antecedentes del proceso y de hacer un serio y pormenorizado estudio de cada uno de los aspectos objeto de la controversia, despachó favorablemente la mayoría de las súplicas de la demanda, según se transcribir al inicio de este proveído.

Siguiendo la jurisprudencia de la sala, el tribunal sitúa el *sub-lite* bajo régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración por falla o falta probada del servicio, cuyos elementos encuentra perfectamente configurados; en lo fundamental, aborda el tema con la siguiente óptica:

> "Como puede verse entonces de estos testimonios y del resto de prueba que también se agregó al expediente, se estableció claramente que la muerte de SANDRA MILENA TORRES MARTINEZ y las lesiones sufridas por MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ se produjeron el dia cinco 5 de enero de 1990, como consecuencia del estallido del campo minado establecido por el ejército y en un sector determinado del volcán Galeras, muy próximo por cierto al camino publico de acceso a la cima de éste. y es que, si bien es cierto que algunos declarantes hacen mención a que si pudieron percatarse sobre la existencia de señales que anunciaban el peligro de las minas y la prevención para que no se acerquen a tal zona, también hay constancia precisas sobre el hecho de que los avisos en tal sentido eran muy pequeños que no ofrecían visibilidad y que tampoco actuaban patrullas o grupos de prevención por parte de los militares, menos

que por parte de éstos se haya ejercido una vigilancia constante, a pesar de que el dia de los hechos afluyó mucha gente de la ciudad, con miras a visitar el volcán. Es de entender por consiguiente y ello resulta evidente, que la zona señalada por el ejército como minada, ofrecía serios riesgos para los transeúntes que acudían al lugar; pues como se ha señalado, los pocos o casi ningún avisos existentes de pequeñas dimensiones y ofrecían poca visibilidad, siendo igualmente cierto y como también lo afirman los testigos, que tampoco era notorio la existencia de barreras o alambres que separen el camino de la zona minada" (fl. 295, C. 1).

Inconforme con el fallo, la parte demandada, oportunamente, lo apeló y sustentó el recurso; pide revocar la providencia y en su lugar, declarar que no hubo culpa, de la administración en la producción de los trágicos sucesos que se juzgan. Hace dos reparos fundamentales: primero, que se hubiera aceptado como cierto que ese campo no debía estar minado por tratarse de un sitio de gran afluencia turística como que constituye un santuario de la fauna y la flora de la región, (fl. 281); en segundo lugar que, a contrapelo de lo demostrado en los autos, se hubiera concluido que la causa eficiente del siniestro no fue tanto la imprudencia de los menores ni la falta de responsabilidad de los familiares que los acompañaban, ahora demandantes. Para el recurrente, un volcán a punto de erupción no puede ser un lugar turístico; y aunque fue el ejército nacional quien implantó los artefactos explosivos, la policía nacional vigilaba el lugar, había colocado señales de peligro, tenía cercado el campo con alambre de púas y alerto a los paseantes sobre la existencia de riesgos en la zona.

No obstante, deja consignadas las siguientes precisiones:

"De otro lado comparto plenamente la apreciación del ponente que las autoridades militares, no la policía nacional, que normalmente resguardan la zona y que fueron los que minaron el campo para resguardar las antenas repetidoras para sus comunicaciones, debieron y deberían tener personal permanente que prestaran un servicio de centinela diurno y nocturno.

"Finalmente quiero manifestar que comparto el proveído cuando dice (fl. 297), que no sirve de excusa la alegación referente a una presunta responsabilidad concurrente de las víctimas, quienes no habrían por su parte obrando con prudencia y cuidado.

"Comparto el concepto porque a menores de edad no se les puede exigir el mismo poder de discernimiento que tienen los mayores, de ahí que invoque como causal de exoneración de responsabilidad civil extracontractual de la nación colombiana, la **CULPA DE LA VICTIMA** (rayas mías), pero no en cabeza de menores desprevenidos y sin madureza

mental, síquica y física, sino CULPA de quienes hoy demandan el pago de perjuicios por un hecho del cual sólo ellos son responsables, como son los padres, familiares y amigos de la menor muerta y del menor lesionado; pues bástenos recordar para no ir a los folios, que con los menores accidentados quedaron en el puesto de policía la señora ZORAYDA MARTINEZ DE TORRES, madre de la menor fallecida SANDRA MILENA, el cuñado de esta señora quien a la vez es el tío de los menores, señor ANTONIO TORRES y su amigo común VICTOR VILLAREAL" (fl. 305-306, C. 1).

En el término de los alegatos de conclusión en ésta instancia los demandantes guardaron silencio; la parte demandada hizo llegar el escrito visible a los folios 325 a 327, en el que reitera los puntos de vista que expuso como fundamento de la alzada. El Doctor FERNANDO OSPINA HENAO, procurador décimo delegado ante el Consejo de Estado, estima que la providencia materia de la consulta debe ser confirmada íntegramente, pues está demostrado que se violó el precepto constitucional que impone a las autoridades de la República la protección de la vida de las personas, a las que, con pretexto de su seguridad, se les expuso con la instalación de un campo minado. (fl. 329-338).

LA SALA CONSIDERA

Con algunas precisiones conceptuales el fallo impugnado recibirá la confirmación de la sala pues no hay duda de que anduvo acertado el *a-quo* al declarar la responsabilidad en la entidad pública demandada por la muerte de SANDRA MILENA TORRES MARTINEZ y por las lesiones que sufrió MARIO ANDRES CORTES MARTINEZ, así como en la evaluación de los perjuicios reconocidos a los damnificados.

Los medios de prueba que obran válidamente en el proceso acreditan a plenitud la ocurrencia de la realidad fáctica que se narra en la demanda, realidad que fué correctamente apreciada, y valorada en el fallo de primer grado. No resultan atendibles, por consiguiente, las razones y peticiones formuladas por el recurrente.

En efecto:

1-. Mediante el decreto: 201 del 26 de septiembre de 1989, la Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto, teniendo en cuenta la intensidad de las fumarolas del volcán Galeras que insinuaban el peligro que representaba el tránsito de las personas en la zona de influencia, lo prohibió y encargó al Ejército, a la Policía Nacional y a la Defensa Civil la tarea de hacer cumplir la disposición.

SECCION TERCERA

2-. Las declaraciones de los policías que custodiaron el lugar y los informes rendidos por las fuerzas militares, dan cuenta que el Ejército Nacional procedió a sembrar de minas explosivas el campo perimétrico de la estación repetidora de comunicaciones que las dos entidades tienen instalada en el área del volcán; la vigilancia del sitio, se encomendó a un suboficial y cuatro agentes de la Policía Nacional (fl. 99-45 y 146,190 a 198).

No obstante el extraordinario riesgo generado para la vida e integridad física de las personas, ninguna autoridad tuvo la precaución de establecer un cerco que impidiera el acceso al campo minado, o, al menos, de haber colocado avisos de peligro, adecuados, teniendo en cuenta la atracción turística que significa el volcán; únicamente colocaron algunas piedras, un hilo de alambre de baja altura y algunos avisos de peligro que las personas no versadas en los asuntos castrenses no daban significación distinta de los abismos y otros riesgos inherentes al volcán.

3-. El 5 de enero de 1990, las víctimas, sus familiares y algunos amigos realizaron como muchas otras personas un paseo al volcán. Al llegar a la cumbre, algunos de los integrantes del grupo optaron por continuar hasta donde se producen las fumarolas, en tanto que otras decidieron permanecer en ese sitio donde fueron invitados por uno de los agentes a pasar a los dormitorios los que desalojaron, luego de algunas horas, por exigencia de otro de los agentes.

4-. Según las declaraciones de VICTOR JULIO VILLAREAL, JESUS ARMANDO ROSALES, MAURO FERNANDO y NERY PORTILLA RODRIGUEZ (fl. 168-171 a 175), ninguna autoridad trató de impedir el ascenso al volcán ni les indicó la existencia de las minas, razón por la cual los dos menores anduvieron libremente por los alrededores de la base hasta el estallido de uno de tales artefactos explosivos.

5- La historia clínica, el acta de levantamiento del cadáver, el registro civil del defunción y el protocolo de la necropsia, indican que la muerte de la menor se produjo por choque hipovolémico (hemorragia intrabdominal ocasionada por elemento explosivo (fl. 30-37 y 38, 96. 98 y 101-102); según el dictamen del Instituto de Medicina Legal, su compañero recibió lesiones de consideración en diferentes partes del cuerpo que le generaron una incapacidad definitiva de 60 dias y como secuela perturbación funcional del órgano de la visión (pérdida total del ojo derecho) de carácter permanente. (fl. 147)

6-. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, INDERENA, en oficio que dirigió al comando de la Policía Nacional en el Departamento de Nariño, con fecha 24 de enero de 1990, conceptúa que el área conformada por el volcán Galeras constituye "UN SANTUARIO DE

LA FAUNA Y LA FLORA", frecuentado por cientos de colombianos y extranjeros y, que para evitar situaciones lamentables, el sector minado debe ser demarcado con una distancia suficiente para que, en el evento de una detonación, no se cause daño a los transeúntes; finalmente recomienda levantar las cargas explosivas del lugar bajo vigilancia del Inderena (fl. 109).

Visto lo anterior, no hay duda de la configuración de una falla del servicio imputable a la administración y consistente en la reprochable despreocupación y negligencia de los agentes oficiales quienes no se cuidaron de adoptar medidas efectivas de seguridad luego de instalar las cargas explosivas, que de suyo exponen a los particulares a excepcionales riesgos para su vida y para su integridad física.

Así las cosas, el fallo del tribunal se debe mantener, tanto mas si se considera que no se acreditó la existencia de causal alguna liberatoria de la responsabilidad de la administración; en esas condiciones, la totalidad de la indemnización está a cargo del estado. (art. 90 de la C.N).

La legitimación en la causa por activa, está acreditada de la siguiente manera:

1-. Con el registro civil del matrimonio celebrado por Emilio Javier Martínez Lasso y Bertha Ligia Alvarado, visible a folios 35, 36, 354 y 364; así mismo, con el registro civil de nacimiento de las progenitoras de las víctimas ZORAIDA y ALBA LUCY MARTINEZ. (fl. 32, 42 y 359).

2-. Con el registro civil de matrimonio contraído por JESUS ANTONIO TORRES y ZORAIDA MARTINEZ, agregado a los folios 31 y 360, lo mismo que con los registros civiles de nacimiento de MONICA LILIAN y NESTOR CAMILO TORRES MARTINEZ (fl. 33-347, 370).

3-. Con el registro civil de matrimonio de JOSE RAFAEL CORTES OCANA y REGINA RINCON CISNEROS, padres de VICTOR EDUARDO CORTES, agregado a los folios 46, 356, 372).

4-. Igualmente con el registro civil de matrimonio de VICTOR EDUARDO CORTES y ALBA LUCY MARTINEZ que puede verse a los fls. 41-42-355 y 367), lo mismo que con los registro civiles de nacimiento de MARIO ANDRES, GLADYS DEL CARMEN, EDWIN EDUARDO y JENNY CONSTANZA CORTES MARTINEZ (fl. 39, 43-45, 352, 353, 368 y 369).

Según lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación, en asunto de, esta naturaleza, los perjuicios morales se presumen en los grados de

parentesco que aparecen demostrados en el proceso. La evaluación que, de ellos, hizo el Tribunal está ajustado a los lineamientos trazados por la Sala y de conformidad con las pruebas allegadas a los autos; no hay, pues observación que hacer al monto de los perjuicios morales reconocidos a los damnificados salvo que para efecto del pago, el precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta será el nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia y que para los menores Mónica Lilian y Nestor Camilo Torres Martínez la indemnización será por una suma equivalente a 500 gramos de oro como lo ha dicho repetidamente la Sala.

La condena que impuso el *a-quo* al pago de los perjuicios materiales, en la modalidad del daño emergente, también es correcta, toda vez que JESUS ANTONIO TORRES acreditó con el documento correspondiente debidamente reconocido por quien lo expidió que con recursos propios pagó la suma de $100.000.oo para sufragar los gastos de entierro de su hija.

A partir de la ejecutoria de este proveído, las sumas liquidadas por perjuicios tanto morales como materiales devengarán los intereses que establece el art. 177 del C.C.A.

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, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño el 29 de enero de 1991, con excepción de la condena hecha en favor de Mónica Liliana y Néstor Camilo López que será de 500 gramos de oro para cada uno.

SEGUNDO: A partir de la ejecutoria de éste fallo, las sumas liquidadas por perjuicios morales y materiales devengarán los intereses comerciales y de mora que establece el art. 177 del C.C.A.

TERCERO: Expídanse copias a las partes para su cumplimiento (art. 115 del C. de P.C).

Copíese, comuníquese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen

EXP. - 6606

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LICENCIA DE CONSTRUCCION / REVOCATORIA DIRECTA / ACTO ADMINISTRATIVO / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEMANDA - Ineptitud / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia

La responsabilidad del Estado nace o de los actos o de los hechos, omisiones u operaciones administrativas; y ha concluido que cuando la lesión la produce el acto ilegal la acción será de restablecimiento (nulidad y restablecimiento en la terminología del decreto 2304 de 1989) y de reparación directa cuando el daño sea causado por un hecho, una omisión o una operación administrativa. Asimismo ha insistido la jurisprudencia que no es el capricho de la parte lo que define la acción adecuada, sino la naturaleza del elemento generador de perjuicio. Así como puede haber responsabilidad por la conducta irregular de la administración, traducida en hechos materiales cuando el daño sea antijurídico, así podrá darse la responsabilidad de la administración, por el acto administrativo regular o legal, cuando la lesión no nace de desajuste con el ordenamiento sino del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, faceta del principio de la igualdad ante las cargas públicas, que contempla el art. 13 de la carta. El acto es francamente ilegal; y lo es porque implica la revocatoria parcial del acto de licencia de construcción que se estaba ejecutando, sin haber obtenido previamente la administración el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, tal como lo exige el art. 173 de C.C.A. Revocatoria parcial que no encaja en la hipótesis contemplada en su inciso final, por no referirse a errores simplemente aritméticos o de hecho que inciden en el sentido de la decisión. No tiene sentido jurídico ni legal que se le diga al titular de la licencia de construcción, cuando ya la está ejecutando y lleva casi dos años de trabajos, que se abstenga de

continuar la construcción porque de acuerdo con el plano anexo en un futuro "estarán perjudicando la construcción de la línea B del Tren Metropolitano.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7303. Actor: SANCHEZ OCAMPO Y CIA S. EN C.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de noviembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda formulada por la Sociedad Sánchez Ocampo y Cía S. en C. contra el municipio de Medellín.

En el escrito introductorio se formularon las siguientes súplicas, en ejercicio de la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del c.c.a:

"1°. Que el municipio de Medellín es administrativamente responsable de los perjuicios económicos causados a la sociedad comandita simple de que he tratado en esta demanda, sociedad que tiene su domicilio en esta ciudad de Medellín, motivados o derivados de la suspensión o revocación de la autorización o licencia concedida para ejecutar obras recreativas escuelas de tenis, natación y gimnasia en un lote de terreno situado en la calle 47 con la carrera 95, fracción la Floresta de Medellín, singularizado más concretamente en el plano o proyecto aprobado por el municipio y que acompaño a esta demanda.

"2°. Que, como consecuencia, el municipio de Medellín está obligado a pagar a la sociedad indicada, dentro del plazo que fije la sentencia, a título de resarcimiento de dichos perjuicios, la suma líquida de pesos que se tasen por peritos nombrados en la debida oportunidad procesal, incluyendo además los intereses corrientes respectivos y la corrección monetaria o indexación a que haya lugar".

En la demanda, según la síntesis del Tribunal, se narraron los siguientes hechos:

"La sociedad demandante era para los años de 1984 "propietaria de dos predios situados en el barrio la Floresta, de esta ciudad, de aproximadamente 8.893.38 metros cuadra dos, el primero, y 1.422 metros cuadrados, el segundo, destinado para la construcción de futura calle 47B.

"Por decreto número 440 del 29 de julio de 1981, del Alcalde de Medellín, se "congeló" o mejor se afectaron dichos predios a la construcción del "Parque Deportivo La Floresta".

"Después de una serie de gestiones, el Municipio de Medellín otorgó licencia de construcción y aprobación de planos a la firma actora para adelantar en la zona un proyecto recreativo, conformado por canchas de tenis de campo, gimnasio y piscinas, con sus respectivos parqueaderos y demás instalaciones exigidas, el 3 de diciembre de 1984".

"La firma inició de inmediato la construcción del proyecto, pero según la demanda, se le presentaron los siguientes problemas:"

"1) Aumento excesivo en el impuesto predial, debido a que el Municipio dió por descongelada la propiedad, a pesar de que no permitían la ejecución de planes de vivienda. Sólo autorizó un proyecto recreacional".

"La descongelación sólo ocurrió por decreto 07 del 16 de mayo de 1985.

"2) La necesidad de contraer préstamos con entidades bancarias, previa hipoteca de los bienes referidos, dada la débil situación económica de la sociedad, debida al aumento de los gravámenes municipales y los gastos propios de la obra".

"3) La modificación que del proyecto recreacional ya aprobado hizo planeación metropolitana en el sentido de que debía de abstenerse de adelantar obras en la parte del predio que se requería para la construcción de la línea B del tren Metropolitano, afectando la zona destinada a piscinas y parqueaderos".

"4) Tales circunstancias, se repite según la demanda, obligaron a la firma actora a vender los predios antes referidos a las compañías Conconcreto S.A. e Inversiones Gutiérrez Velázquez y Cía. Ltda, por un valor inferior al avalúo catastral, y le causaron pérdidas a raíz de las inversiones y gastos ya efectuados en el proyecto inicialmente aprobado".

" "Todo parece dar a entender que cuando se dió la autorización provisional, de acuerdo con lo dicho anteriormente, ya estaba en proyección el llamado

tren metropolitano, y el municipio de Medellín tenía o debería saber que con la construcción del metro se iban a afectar o se podían afectar tierras donde se ejecutaba o ejecutaban las obras que interesaban a la ciudad y a la sociedad que patrocino. Ello surge o se deriva de la comunicación que el señor José Ricaurte Fernández O., Jefe del Departamento de Obras Civiles del tren, dirigió el primero de agosto de 1985 al doctor Alfonso Sánchez, en el cual se le dan las gracias por haberles permitido exploraciones en el inmueble de la sociedad que representaba.""

Cumplido el trámite de la primera instancia el Tribunal declaro la ineptitud de la demanda, ya que debió demandarse en acción de nulidad y restablecimiento y no en reparación directa. Salvaron el voto los Magistrados Hoyos Duque y Vélez Atehortúa.

Inconforme la parte actora con la decisión, apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 174 y ss, allí, en uno de los apartes de ese documento, arguye:

"Al reparar y también reflexionar sobre la existencia de los textos transcritos siempre he creído que el ejercicio de la llamada anteriormente acción contenciosa de plena jurisdicción y hoy de restablecimiento del derecho sólo eran y son viables ejercitando la acción de nulidad y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, por violación de la legalidad o por las causales establecidas en las mencionadas normas, sin que pudieran separarse o ejercitarse aisladamente, por contener en forma implícita el concepto de legalidad.

"El H. Tribunal parte de la base que ha debido demandarse, obviamente en el negocio a que me estoy refiriendo, la nulidad del oficio distinguido con los números 22041-03458, que ordenaba la suspensión o modificación de las obras que estaba construyendo la sociedad que represento. Por que afirma que dicho oficio o su contenido implica un acto administrativo sometido al derecho común. Pero no repara en que mal podría demandarse un acto que el actor consideraba lícito y fundado en motivos de interés público. En la hipótesis de haberse demandado, la corporación habría tenido que negar la pretensión de la demanda, afirmando que el acto administrativo mencionado era válido y no afectó de nulidad, como lo creyó el suscrito apoderado. Lógicamente había tenido que negar la otra pretensión de restablecimiento del derecho o devolver las cosas al estado anterior, ya que lo uno surgiría de lo otro, y que la acción ejercitable, en la hipótesis del H. Tribunal era la prevista en el artículo 15 del decreto 2304 mencionado, acción en la cual son inseparables las dos pretensiones, ya que no pueden ejercitarse separadamente. La sugerencia comentada operaría lógicamente

sobre el supuesto de que no hubiera ocurrido caducidad alguna y se hubiese agotado la vía gubernativa.

"Tampoco repara el H. Tribunal en que hay actividades lícitas que, no obstante su licitud, dan lugar a reparaciones de daños o perjuicios en casos especiales en que, por así decirlo, hay que romper la lógica ordinaria de las normas, para salvar la equidad. Porque, en el fondo, toda la cuestión debatida viene a constituir un problema de simple equidad natural.

"Tan atendibles son las razones anteriores que, precisamente en el salvamento de voto de los H. Magistrados Ricardo Hoyos Duque y Mario Vélez Atehortúa, se advierte que el demandante "sustentó adecuadamente la razón para haber es cogido la acción de reparación directa, en lugar de la nulidad y restablecimiento del derecho". Y agregan: "¿ cómo puede la sentencia obligar al demandante a que diga lo contrario ?."

"Era preciso, por tanto, frente a la situación que se creó entre el municipio de Medellín y la Sociedad Sánchez Ocampo y Cía con la suspensión de la obra conocida, indemnizar los daños consiguientes, puesto que la actividad constructora de la sociedad fué totalmente lícita, con licitud de forma y aprobada por el mismo municipio, el cual no violó la ley al ordenar la suspensión, pero produjo daños o perjuicios que eran y son indemnizables únicamente por la vía que se empleó en la demanda, y más que todo porque precisamente para eso se ha venido invocando la equidad desde Aristóteles, la invoca y ordena la nueva Constitución".

Efectuada la tramitación de la segunda instancia, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

En esta oportunidad procesal intervino la parte actora con su alegato que obra a folios 183 y ss, en el cual insiste en la viabilidad de la acción de reparación directa, no sólo porque el acto de suspensión de las obras no se notificó en la forma prevista en la ley, sino porque éste, al ser válido no permitía su impugnación en acción de restablecimiento, en la cual el reconocimiento de los perjuicios no puede ordenarse sino como consecuencia de la nulidad del acto.

El municipio demandado presentó también sus argumentos para que se mantuviera el fallo en cuestión. Coincide dicho ente con los planteamientos del Tribunal, en el sentido de que la acción no podía ser sino de restablecimiento, porque el oficio "modificatorio" de la licencia es un acto administrativo y por eso es indudable que la pretensión idónea es la nulidad y restablecimiento del derecho y no la reparación directa.

El ministerio público guardó silencio.

Para la Sala no le asiste la razón a la parte actora, ya que la demanda si puede considerarse inepta, como pasa a explicarse:

Ha dicho la jurisprudencia desde hace varios lustros que la responsabilidad del estado nace o de los actos o de los hechos, omisiones u operaciones administrativas; y ha concluido que cuando la lesión la produce el acto ilegal la acción será, de restablecimiento (nulidad y restablecimiento en la terminología del decreto 2304 de 1989) y de reparación directa cuando el daño sea causado por un hecho, una omisión o una operación administrativa.

Asímismo ha insistido la jurisprudencia que no es el capricho de la parte lo que define la acción adecuada, sino la naturaleza del elemento generador del perjuicio (sentencia de julio 30 de 1992, proceso 7024, Jorge Ruíz G. Ponente Carlos Betancur Jaramillo), porque la indebida escogencia de la acción puede dar lugar a una ineptitud de demanda que impide el pronunciamiento de fondo.

La diferenciación de las distintas acciones se presenta clara en la mayoría de los casos, porque la existencia del acto o del hecho perjudicial es fácilmente detestable. Pero se dan hipótesis en que esa diferencia nítida no se da, como puede suceder cuando el perjuicio alegado es producto de una operación administrativa en la que normalmente se conjugan actos, hechos de ejecución u omisiones; o cuando la lesión la produce el acto administrativo, pese a estar ajustado el ordenamiento.

Aunque ya en el derecho administrativo colombiano, a partir de la vigencia del artículo 13 del decreto 2304 de 1989, la operación administrativa no se asimila al acto administrativo, como lo hacía el artículo 82 infine del c.c.a, sino que se interpreta mas bien como un hecho o un conjunto de hechos de ejecución de un acto administrativo o también como las distintas etapas de un procedimiento administrativo (vbgr el proceso de adquisición de un inmueble rural o el proceso de selección de un contratista) sigue pesando en la definición de la figura la concurrencia de los dos fenómenos anotados (los actos y los hechos) en forma sucesiva o encadenada, hasta el punto que muchas veces el perjuicio lo produce el acto, dada su ilegalidad; en otras, aunque esa ilegalidad no se observe, el daño sólo surge de la ejecución irregular de aquél; y puede darse el caso en que el perjuicio se derive de la operación administrativa irregular o fallida tomada en su conjunto. Y existen casos, aún mas excepcionales, en que el daño se produce pese a la legalidad del acto administrativo.

En otras palabras, en la actualidad, la operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones

administrativas o de las distintas etapas de una operación administrativa en su conjurito, sin que aquellas decisiones puedan considerarse desligadas de las medidas de ejecución, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos. Pero es claro, se repite, que cuando el perjuicio surge de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa, centrando su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en su evaluación al alcance de dicha decisión; por ser, en definitiva, la que determina los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa no sólo cuando el acto, en si, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas, sino también cuando la operación administrativa resulte fallida, por,razones distintas al orden público o el interés social.

Se precisa entonces, que así como puede haber responsabilidad por la conducta irregular de la administración, traducida en hechos materiales cuando el daño sea antijurídico, asi podrá darse la responsabilidad de la administración por el acto administrativo regular o legal, cuando la lesión no nace del desajuste con el ordenamiento sino del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, faceta del principio de la igualdad ante la ley que contempla el artículo 13 de la carta.

En esas hipótesis, como es obvio, no se hace un juicio de legalidad al acto productor del perjuicio (como sí se debe hacer en la acción de restablecimiento, en la cual el resarcimiento del derecho nace sólo de la nulidad del acto por ilegalidad), sino que sólo se estudia si el daño causado al administrado fué antijurídico o no, o sea, si tenía porqué soportarlo o nó.

Hechos los planteamientos anteriores, frente al caso concreto se anota:

Estuvo bien escogida la acción de reparación directa ?

Contendrá un acto administrativo el oficio 22041/01629 de marzo 26 de 1986.? Si la respuesta fuera afirmativa, será un acto legal, regular y válido ?.

Los interrogantes precedentes están íntimamente relacionados, puesto que la respuesta al segundo y al tercero definen el que se refiere a la acción propuesta.

Para la Sala y en ésto parece que coinciden todas las partes, el oficio en cuestión si contiene un acto administrativo de carácter particular y concreto causante de perjuicios para la persona jurídica destinataria del mismo.

El acto administrativo de marzo 26 de 1986 modificó la licencia de construcción (también acto administrativo) que creó una situación jurídica particular y concreta a favor de la sociedad Sánchez Ocampo y Cía. No otra conclusión puede extraerse de un texto (pese a la pobre redacción que presenta).

Dice así:

"Señores
SANCHEZ OCAMPO Y CIA.
Calle 47 por carrera 95
Medellín

M-13694

Apreciados señores:

(sic)

Me permito comunicarles, de abstenersen de adelantar las construcciones que de acuerdo al plano anexo estarán perjudicando la construcción de la línea B del tren metropolitano.

Estaremos prestos a colaborarles en la viabilización del proyecto de ustedes, sin detrimento del Tren".

Pero, será legal dicha decisión? Para la actora y para los señores magistrados disidentes del Tribunal "el acto de suspensión de la obra es válido, dictado conforme a las regulaciones legales, no arbitrario, pero ello no exonera al municipio de medellín al pago de perjuicios por negligencia, descuido o culpa, al interferir una construcción que se estaba ejecutando lícitamente, con permiso de la administración".

En cambio, para esta Sala, el acto es francamente ilegal; y lo es porque implica la revocatoria parcial del acto de licencia de construcción que se estaba ejecutando, sin haber obtenido previamente la administración el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, tal como lo exige el artículo 73, del c.c.a. Revocatoria parcial que no encaja en la hipótesis con templada en su inciso final, por no referirse a errores simplemente aritméticos o de hecho que inciden en el sentido de la decisión.

Ni siquiera puede hablarse que la aludida modificación se hizo por razones de orden público. Situación que cuando se presenta exige la motivación adecuada

a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Extremos estos que no se ven por parte alguna.

No tiene sentido jurídico ni legal que se le diga al titular de la licencia de construcción, cuando ya la está ejecutando y lleva casi dos años de trabajos, que se abstenga de continuar la construcción porque de acuerdo con el plano anexo en un futuro **"estarán perjudicando la construcción de la línea B del tren metropolitano".**

Conocía el departamento de planeación esta circunstancia cuando otorgó la licencia de 1984 sin la restricción anotada ? Si la conocía, falló en materia grave al no hacérsela saber a la sociedad constructora; incumplió sus deberes comprometiendo la responsabilidad y dando margen para hablar de posibles perjuicios. Si no la conocía (hipótesis inadmisible por ser máximo organismo de planeación a nivel municipal) o se presentó como circunstancia sobreviniente, la solución no era esa; ya que en casos como el aquí tratado se impone, por tratarse de una restricción al goce del derecho de propiedad con apoyo en el artículo 58 de la constitución, la declaratoria de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, para la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Lo precedente muestra que ese acto de modificación, con orden de paralización de las obras viola también el derecho de propiedad, el que merece especial protección en los términos del artículo 57 de la carta; derecho incluso que para un gran sector de la doctrina tiene el carácter de fundamental.

La irregularidad del acto es si manifiesta. Tan cierto es esto que los mismos magistrados disidentes caen en seria contradicción al afirmar, con el actor, **que el acto es válido, pero productor de perjuicios "por negligencia, descuido o culpa, al interferir una construcción, que se estaba ejecutando lícitamente, con permiso de la administración".**

Cómo, se pregunta la Sala, un acto válido y legal pueda producir perjuicios por negligencia, descuido o culpa ? No ve la Sala cómo, ya que el acto válido por definición corresponde a una conducta regular, oportuna, exenta de fallas y sólo causa perjuicios, en principio, cuando rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas que contempla el art. 13 de la constitución.

Puesto de manifiesto que la administración no podía expedir el acto como lo hizo y que ese acto pudo ser causa de perjuicios, la acción no podía ser sino de restablecimiento, hoy de nulidad y restablecimiento luego de la reforma que el artículo 15 del decreto 2304 de 1989 le introdujo al 85 del C.C.A., vigente cuando se presente la demanda (25 de marzo de 1988).

Finalmente, se anota, como conclusión:

Ha dicho la Sala y aquí se reitera, que no es el capricho del actor el que permite escoger una u otra acción, como sí fuera indiferente la fuente del perjuicio. No, si el acto es legal, el restablecimiento del derecho (con indemnización de perjuicios correspondiente) no podrá obtenerse sino por la vía de la acción contemplada en dicho artículo 85, porque ese restablecimiento no podrá ordenarse sino como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto por ilegalidad. Acción que no solo tiene una formulación diferente a la de reparación directa, sino que tiene un término de caducidad también diferente.

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 noviembre 22 de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia sección II.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que ésta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en su sesión del dia diesisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Extorsionistas / CULPA DE LA VICTIMA / CONCURRENCIA DE CULPAS

Si bien la fuerza pública actuó en cumplimiento de un deber de protección a un ciudadano víctima de un grupo subversivo extorsionista, el comportamiento de algunos de sus miembros fué ostensiblemente contrario a los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios que le imponen a los agentes denominados del orden, el respeto por la vida e integridad de las personas, de las personas, así se trate de delincuentes, a quienes primordialmente deben procurar capturarlos, sin atentar innecesariamente contra su vida, como sucedió en el caso examinado. La Sala no desconoce que los hoy occisos ejecutaban una conducta penal y socialmente reprochable, que hicieron caso omiso de los requerimientos para que se entregaran, que pretendieron huír o escapar de la fuerza pública, tipificando así comportamientos o conductas ostensiblemente ilegítimas e irregulares. Pero, igualmente, no puede la Sala ignorar o pasar por alto, las circunstancias en que las víctimas perdieron sus vidas a manos de miembros de la Policía Nacional, porque el proceso mismo es muy claro en evidenciar la irresponsabilidad, violencia y crueldad de quienes dispararon contra los occisos, en momentos en los cuales su escapatoria les era ya imposible, se encontraban atemorizados y suplicaban porque no los mataran, pedido angustioso del que hicieron caso omiso sus brutales ejecutores, quienes antes que procurar su captura para someterlos a un proceso penal, decidieron directamente quitarles la vida, cual si se tratara de verdugos ejecutando la pena de muerte. No obstante las reprobables circunstancias en que los hechos se produjeron, lo cierto es que las víctimas parcialmente dieron lugar a lo sucedido con su comportamiento a todas luces penalmente reprochable. Tal eventualidad da lugar a entender que se presentó una concurrencia de culpas, por cuanto las

víctimas por su propio consentimiento aceptaron el riesgo que su actuar ilícito implicaba, por lo que, conforme al artículo 2357 del C.C., resulta procedente la atenuación indemnizatoria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D,C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 7427 Actor: MARIA LIGIA HERNANDEZ VARGAS Y OTROS. DEMANDADO: LA NACION - POLICIA NACIONAL

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 26 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- DECLARAR que LA NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, es administrativamente responsable por la muerte causada a los señores JOSE HERMES FLOREZ LUNA Y OSCAR HERRERA ILES, causada por agentes de la Policía Nacional en hechos ocurridos en la ciudad de Pasto, el dia 19 de febrero de 1988 con arma de fuego de dotación oficial en momento que cumplía un operativo policial.

"SEGUNDO.- CONDENASE como consecuencia de lo anterior a LA NACION COLOMBIANA con cargo al MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL pagar por concepto de perjuicios materiales las sumas de dinero que a continuación se indican y en favor de las personas que igualmente se determinan, así:

"MARIA LIGIA HERNANDEZ VARGAS	$ 2.002.777.90
MARIA BEATRIZ LUNA	$ 282.350.13
DIEGO ALBEIRO FLOREZ H.	$ 458.837.00
DIDIER ALEXEI FLOREZ H.	$ 435.274.40
"MARIA EUGENIA ZUÑIGA ERASO	$1.874.561.43
OSCAR ANDRES ZUÑIGA	$ 686.900.20
YENIFER VANESSA AREVALO	$ 650.261.73

"TERCERO. - CONDENASE como consecuencia de lo indicado en el punto Primero a LA NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de **PERJUICIOS MORALES**, el valor equivalente en pesos colombianos en la fecha del fallo definitivo, según lo certifique el Banco de la República a TRECIENTOS TREINTA Y TRES (333) GRAMOS DE ORO para cada una de las siguientes personas: MARIA LIGIA HERNANDEZ VARGAS, MARIA BEATRIZ LUNA, los menores DIEGO ALBEIRO FLOREZ HERNANDEZ y DIDIER ALEXEI FLOREZ HERNANDEZ, representados por su madre MARIA LIGIA HERNANDEZ VARGAS; MARIA EUGENIA ZUÑIGA, OSCAR ANDRES ZUÑIGA representado por su madre MARIA EUGENIA ZUÑIGA y YENIFER VANESSA AREVALO representada por su madre de crianza MARIA EUGENIA ZUÑIGA.

"Y para VICTOR RAUL FLOREZ LUNA y MARIA ELENA HERRERA ILES el equivalente en pesos colombianos de CIEN (100) GRAMOS DE ORO.

"CUARTO.- DENEGAR las demás súplicas de las demandas.

"Este fallo deberá cumplirse dentro de los términos señalados en el Art. 176 del C.C.A.

"Pasados treinta (30) dias de la presentación de la respectiva cuenta de cobro, la Entidad condenada pagará en favor de los beneficiarios intereses del 24% anual".

I- ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones

a)Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de febrero de 1990, por María Ligia Hernández Vargas, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Diego Albeiro y Didier Alexei Flórez Hernández; Victor Raúl Flórez Luna y María Beatriz Luna, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"**PRIMERA.** LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA- Policía Nacional), es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto

morales, como materiales, ocasionados a MARIA LIGIA HERNANDEZ VARGAS y a sus hijos menores de edad, representados por la misma, DIEGO ALBEIRO y DIDIER ALEXEI FLOREZ HERNANDEZ; a VICTOR RAUL FLOREZ LUNA; y a MARIA BEATRIZ LUNA, mayores y vecinos de Mocoa (Putumayo), con la muerte violenta de que fue víctima el Sr. JOSE HERMES FLOREZ LUNA, compañero permanente de la primera, padre natural de los menores y hermanos de los dos últimos, en hechos sucedidos el dia 19 de febrero de 1988 en el casco urbano de la ciudad de Pasto, (Barrios Navarrete y Prado), cuando agentes de la Policía Nacional, en una evidente falla en el servicio, hicieron uso irresponsable de sus armas de dotación oficial, en un presunto operativo "antiextorsión", dando muerte injusta al mencionado al igual que el Sr. OSCAR HERRERA ILES. Se aclara que el occiso JOSE HERMES FLOREZ LUNA era hijo y no hermano de la Sra. MARIA BEATRIZ LUNA.-

"**SEGUNDA**. CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA) Policía Nacional - a pagar a MARIA LIGIA HERNANDEZ VARGAS y a sus hijos menores de edad, DIEGO ALBEIRO Y DIDIER ALEXEI FLOREZ HERNANDEZ; a VICTOR RAUL FLOREZ LUNA; y a MARIA BEATRIZ LUNA, mayores y vecinos de Mocoa (Putumayo), por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de JOSE HERMES FLOREZ LUNA, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000) por concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que el occiso JOSE HERMES FLOREZ LUNA dejó de producir en razón de su muerte prematura, injusta y violenta y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba (comerciante en general), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (29 años), y a la Esperanza de Vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"b) Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por gastos en funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado y, en fin, todas las erogaciones que se sobrevinieron con motivo de la muerte de JOSE HERMES FLOREZ LUNA, 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*", consistentes en el profundo tráuma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del art. 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho se ha cometido por miembros de la Policía Nacional, entidad que tiene el deber constitucional de velar por la vida de los asociados, y con él se ha arrebatado la vida a un ser querido, como lo es un hijo, un compañero permanente, un padre y un hermano.

"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".

b) Igualmente, en escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Nariño el 12 de diciembre de 1989, María Elena Herrera Iles, Jhon Wilson Herrera Iles y Salomé Iles de Herrera, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"**PRIMERA**.- LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - Policía Nacional), es responsable civilmente, de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales ocasionados a MARIA ELENA HERRERA ILES, JHON WILSON Y A SALOME ILES DE HERRERA, con la muerte violenta de que fue víctima el señor OSCAR HERRERA ILES, hijo de la última y hermano de los anteriores, en hechos sucedidos el día 19 de febrero de 1988 en la ciudad de Pasto (barrios Navarrete y El Prado), cuando agentes de la Policía Nacional, en una evidente falla en el servicio, hicieron uso irresponsable de sus armas de dotación oficial, en un presunto operativo "antiextorsión", dando muerte injusta al mencionado ciudadano al igual que al señor JOSE HERMES FLOREZ LUNA.

"**SEGUNDA**.- CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA Policía Nacional) a pagar a MARIA ELENA HERRERA ILES, a SALOME ILES DE HERRERA y a JHON WILSON HERRERA ILES, todos mayores y vecinos de la ciudad, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de Oscar Herrera Iles, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000.00), por concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que el occiso dejó de producir en razón de su muerte prematura, injusta y violenta y por todo el resto posible de vida que le quedaba en la actividad económica a que se dedicaba (construcción y comercio), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (32 años), y a la esperanza de vida calculada conforme a las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"b) Daños y Perjuicios patrimoniales directos o daño emergente por gastos en funerales, diligencias judiciales, etc., que se sobrevinieron con motivo de la muerte de OSCAR HERRERA ILES, 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*" consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido en la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del art. 106 del C. Penal máxime cuando el hecho se ha cometido por miembros de la Policía Nacional, entidad que tiene el deber Constitucional de velar por la vida de los asociados, y con él se ha arrebatado la vida a un ser querido, como lo es un hijo y hermano.

"d) Intereses aumentados con la variación mensual del índice de precios al consumidor.

"**TERCERA**.- LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 dias siguientes a su ejecutoria".

2o. Los fundamentos de hecho

Aparecen relacionados en cada una de las demandas. Sin embargo, como se trata de los mismos acontecimientos, la Sala resume lo sucedido en los siguientes términos:

En la mañana del 19 de febrero de 1988, la Policía Nacional de Pasto adelantó un operativo tendiente a capturar a un grupo de extorsionistas, supuestamente integrantes de un grupo subversivo, quienes le exigían a un comerciante de la región del Putumayo su colaboración en implementos logísticos o bien en dinero efectivo. En desarrollo de dicho procedimiento se presentó un cruce de disparos, al parecer con los compañeros o quienes reclamaban el dinero, es decir José Hermes Flórez Luna y Oscar Herrera Iles, quienes perdieron violentamente la vida a consecuencia de los disparos recibidos de

algunos de los miembros de la Policía Nacional que intervinieron en el procedimiento antiextorsivo.

3º. Actuación procesal

Surtidas las notificaciones de los autos admisorios de las demandas, la Policía Nacional, por intermedio de sus representantes judiciales dieron contestación a las demandas y solicitaron las pruebas que estimaron conducentes para la defensa de los intereses a su cargo. Por auto de 16 de agosto de 1990, se decretó la acumulación de los tres procesos (fls. 148-149) y tras de agotarse el período probatorio, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo. La parte demandante en escrito de folios 393 a 405, reitera los planteamientos de las demandas y reclama la declaración de responsabilidad como consecuencia de la comprobación de los tres elementos integrantes de la responsabilidad extracontractual de la administración.

El Fiscal Primero del Tribunal, conceptuó a los folios 407 a 414 en forma favorable a las pretensiones de los demandantes, pero solo en un 50% de las mismas, dado que las víctimas se pusieron por su voluntad en un riesgo frente a la autoridad".

4º. La sentencia recurrida

Encontró el Tribunal que en este proceso se presentan dos versiones de los hechos totalmente opuestas. Para los demandantes, las víctimas eran simples ciudadanos que visitaban a un "amigo mutuo" en la ciudad de Pasto. Para la Policía Nacional, los occisos eran miembros de una célula guerrillera que extorsionaba al comerciante Jorge Edmundo Caicedo Villota.

Luego de analizar varias declaraciones, cuyo texto se transcribe en el fallo impugnado, el *a-quo* concluyó "sin lugar a dudas que los señores JOSE HERMES FLOREZ LUNA y OSCAR HERRERA ILES, eran personas que actuaban al márgen de la ley, que pertenecían a un grupo guerrillero y que se dedicaban a extorsionar a las personas". Así mismo, consideró demostrada la extorsión al comerciante mencionado y el intercambio de disparos entre los extorsionistas y los miembros de la Policía Nacional.

De otra parte, al referirse a la muerte de Flórez Luna y Herrera Iles, el *a-quo* reconoce que estos no hicieron caso, inicialmente, a los requerimientos de rendición, sino que huyeron, por lo que fueron perseguidos por los agentes de la Policía Nacional. Posteriormente cuando pretendieron rendirse porque no podían huír, fueron ultimados por los policías quienes sin hacer esfuerzo

alguno para capturarlos vivos, "procedieron a rematarlos disparándoles a quemarropa tiros de gracia sin ninguna contemplación". Este proceder a criterio del Tribunal, constituye "una clara, ostensible e injustificada FALLA DEL SERVICIO, que genera la responsabilidad anónima a cargo de la Nación...." Tal responsabilidad la halló el *a-quo* atenuada en parte, "por cuanto quienes resultaron víctimas tuvieron culpa inicial por su conducta por fuera de la ley...", para concluir que "la indemnización deba reducirse a una tercera parte de lo que correspondería si ninguna culpa hubieren tenido, dichas víctimas...". Para liquidar los perjuicios se basó en el dictamen pericial elaborado durante el proceso.

5º. Razones de la apelación

El apoderado de la parte actora apeló de la anterior decisión para que se reconozca el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para la progenitora, esposa, compañera permanente e hijos de las víctimas y 500 gramos para los hermanos. Cuestiona así el recurrente la disminución indemnizatoria ordenada por el *a-quo*. En igual sentido pide el reconocimiento pleno de los perjuicios materiales. También censura la tasa de interés del 24% anual sobre el valor de la condena , que impuso el Tribunal, sin tener en cuenta que el artículo 177 del C.C.A., consagra una cuantía superior. Por último, pretende que el precio del oro para indemnizar los perjuicios morales sea el internacional y nó el interno o nacional.

En la oportunidad para alegar en la segunda instancia la parte demandada consideró "que el *a-quo* falló acertadamente al tener en cuenta las actividades y conductas que realizaban los hoy occisos", plantea que para efectos de liquidar la indemnización por perjuicios materiales se tenga en cuenta un 50% de los ingresos de la víctima para sus propias necesidades y descarta la posibilidad de que con ese salario la víctima pudiera atender a hermanos, padres, hijos y compañera permanente. Solicita que no se acceda a las pretensiones del recurrente.

Oficiosamente y para complementar la prueba sobre la legitimación en la parte actora, se dispuso allegar al proceso las pruebas sobre el estado civil de los demandantes. Sin embargo no fué satisfecha en su totalidad la exigencia probatoria de la Sala.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo recurrido deberá confirmarse en cuanto a la declaración de responsabilidad de la Nación. Se modificará, en cambio, respecto de los reconocimientos indemnizatorios.

SECCION TERCERA

Conviene advertir en primer lugar que para la Sala no se presenta. ninguna duda en cuanto respecta a la responsabilidad administrativa atribuída a la Nación - Policía Nacional, por la muerte violenta de José Hermes Flórez Luna y Oscar Herrera Iles. En efecto, del material probatorio recaudado en este proceso, así como del disciplinario y del penal que se adelantaron contra los integrantes de la Policía Nacional que participaron en el operativo, es dable concluír que si bien la fuerza pública actuó en cumplimiento de un deber de protección a un ciudadano víctima de un grupo subversivo extorsionista, el comportamiento de algunos de sus miembros fué ostensiblemente contrario a los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios que le imponen a los agentes denominados del orden, el respeto por la vida e integridad de las personas, así se trate de delincuentes, a quienes primordialmente deben procurar capturarlos, sin atentar innecesariamente contra su vida, como sucedió en el caso examinado.

La Sala no desconoce que los hoy occisos ejecutaban una conducta penal y socialmente reprochable, que hicieron caso omiso de los requerimientos para que se entregaran, que pretendieron huír o escapar de la fuerza pública, tipificando así comportamientos o conductas ostensiblemente ilegítimas e irregulares. Pero, igualmente, no puede la Sala ignorar o pasar por alto, las circunstancias en que las víctimas perdieron sus vidas a manos de miembros de la Policía Nacional, porque el proceso mismo es muy claro en evidenciar la irresponsabilidad, violencia y crueldad de quienes dispararon contra Oscar Herrera Iles y José Hermes Flórez Luna, en momentos en los cuales su escapatoria les era ya imposible, se encontraban atemorizados y suplicaban porque no los mataran, pedido angustioso del que hicieron caso omiso sus brutales ejecutores, quienes antes que procurar su captura para someterlos a un proceso penal, decidieron directamente quitarles la vida, cual si se tratara de verdugos ejecutando la pena de muerte.

Destaca la Sala, entre las declaraciones reseñadas en el fallo apelado, la de José Ignacio Villota, propietario de la carpintería donde falleció Hermes Flórez, quien relata la entrada en carrera de la víctima, "se colocó en un rincón y llegaron unos de una moto y dispararon, no le dieron campo a nada y a yo me sacaron...". O la de Ana Tulia Zuñiga Erazo quien, en lo pertinente, declaró: "...venía un muchacho corriendo por la carrera que sale por el barrio El Prado que sale a la calle 19 y llegó y cayó en una esquina, pedía auxilio que por favor no lo maten. Venían atrás en una moto unos policías y el herido gritaba que por favor no lo maten, pedía de rodillas y al momento le hicieron unos tiros que le pegaron en la cabeza, el muerto había sido Oscar Herrera Iles y en ese mismo sector había quedado Hermes Flórez....El no portaba armas, venía corriendo.... En ese momento yo ví que ellos (los policías) se agacharon como a tocarlo a él, miré que le pusieron una cosita redondita, creo que era una granada, pero yo miré que cuando el muerto venía pedía auxilio y no traía nada en las manos, traía las manos libres, mucha gente protestaba...".

En igual sentido declaró Dabeiba Montezuma Luna: " ... venía un joven herido, venía como tambaleándose... venía sangrando por la espalda y el frente, él llegó y se arrodilló ya que ellos (los policías) lo alcanzaron entonces él les colocaba las manos en alto, les imploraba que por favor no lo mataran y llegó un policía uniformado y sacó un arma corta un revólver o algo así, entonces le disparó en la cabeza...".

La conducta así presentada por la prueba recaudada, coincide además con la información contenida en las actas de levantamiento y necropsia de los respectivos cadáveres, y le permite a la Sala compartir el criterio del *a-quo,* en cuanto encontró probada la falla del servicio de la Policía Nacional, así como los perjuicios ocasionados por dicha falla y la evidente relación de causalidad entre esos dos elementos, para integrar así la responsabilidad patrimonial a cargo del ente oficial demandado.

Ahora bien, no obstante las reprobables circunstancias en que los hechos se produjeron, lo cierto es que las víctimas parcialmente dieron lugar a lo sucedido con su comportamiento a todas luces penalmente reprochable. Tal eventualidad da lugar a entender que se presentó una concurrencia de culpas, por cuanto las víctimas por su propio consentimiento aceptaron el riesgo que su actuar ilícito implicaba, por lo que, conforme al artículo 2357 del C.C., resulta procedente la atenuación indemnizatoria establecida prudente y razonablemente por el *a-quo* en una tercera parte de lo que correspondería si ninguna culpa hubieren tenido dichas víctimas...".

Ahora bien,, en relación con la indemnización por los perjuicios ocasionados, la Sala hace las siguientes precisiones:

Con relación a Oscar Herrera Iles, encuentra la Sala una evidente y delicada omisión probatoria. En el proceso no existe su registro civil de nacimiento. No se aportó con la demanda. En auto de oficio dictado en la segunda instancia, se dispuso: "4°. La parte actora deberá aportar directamente, copia íntegra y auténtica del Registro Civil de Nacimiento de Oscar Herrera". Sin embargo, el apoderado sobre el anterior requerimiento manifestó: "...ruego a usted se me libre de esa carga, pues de dicha persona solo tengo conocimiento de que fué muerta...". (fl. 497).

En las anteriores condiciones, resulta claro que quienes se presentarón al proceso como los pretendidos padres del occiso, o como sus hermanos, carecen de legitimación, toda vez que ante la falta del registro civil de nacimiento, procesalmente queda sin demostrar quiénes son sus progenitores y, consecuencialmente, quiénes son sus hermanos. Tan deficiente situación

probatoria no tienen el proceso consecuencia distinta a la del fracaso en las pretensiones de los demandantes.

De otra parte, ni siquiera los pretendidos padres y hermanos pueden considerarse como terceros afectados o damnificados, por cuanto la prueba aportada sobre el particular, para demostrar las relaciones afectivas con el occiso resulta insuficiente y proviene en su mayor parte de interrogatorios francamente sugestivos. Estima la Sala necesaria la exigencia de una adecuada y segura comprobación de la calidad de damnificados, en aquellos casos en que por deficiencia y falta de pruebas sobre el estado civil, se pretenda de todos modos la indemnización.

Similares consideraciones pueden formularse con relación a quien se presenta como compañera del occiso Oscar Herrera Iles, y como madre de los menores Oscar Andrés Zúñiga y Jennifer Vanessa Arévalo. Con relación al primero de los menores, debe observarse que nació después de la muerte de su supuesto padre y que judicialmente no se ha definido su filiación respecto del occiso. Y en cuanto a la menor, ni siquiera se presenta como hija natural de la víctima, sino como hija de crianza, en situación probatoria deficiente. En tales condiciones no hay lugar a reconocer indemnización alguna para estos menores, ni para su progenitora, cuya relación con el occiso Herrera Iles, apenas se insinúa, pero o se demuestra debidamente en el proceso.

En cuanto a los demandantes por la muerte de José Hermes Flórez Luna, la Sala encuentra probado que María Beatríz Luna es la madre del occiso, que Victor Raúl Flórez es su hermano; que Diego Albeiro y Didier Alexei Flórez Hernández son sus hijos, concebidos con María Ligía Hernández Vargas. Así se deduce de los registros civiles de matrimonio y nacimiento visibles a folios 17, 18, 194, 491 y 492 del cuaderno principal. Además, es abundante la prueba que demuestra las relaciones entre el occiso y María Ligia Hernández, de las cuales nacierón los dos menores representados en este proceso por su progenitora. Así se desprende de los testimonios de Claudio René Rivas (fl. 102), Pablo Narváez (fl. 104), y Jorge Eliécer Obando Ortíz (f. 106), así como de los registros civiles de nacimiento de los menores, en donde la misma víctima denunció el nacimiento de sus hijos, señaló a María Lígia Hernández como la madre y además los reconoció como sus hijos extramatrimoniales.

Para efectos de liquidar el valor de la indemnización se tendrá en cuenta el salario mínimo vigente en 1988 ($32.559.60), del cual se descuenta un 25% ($8.139.90) que se supone destinaba el occiso para sus gastos personales; el 75% restante ($24.419.70) se divide por partes iguales entre la madre de los menores y éstos, correspondiéndoles a cada uno la suma de $8.139.90. El

reconocimiento para la madre de los menores, abarcará hasta cuando el último de ellos arribe a la mayoría de edad.

Previamente se actualiza la base económica con la fórmula

$$Vp = Vh \quad \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}} \qquad Vp = 8.139.90 \ \frac{298.05}{83.98} = \$\ 28.888.98$$

Indemnización debida

Comprende desde la ocurrencia del hecho hasta la sentencia, es decir, 64 meses.

Se aplica la fórmula: $S = Ra \ \frac{(1+i)^n - 1}{i}$

$$S = 28.888.98 \ \frac{(1 + 0.004867)^{64} - 1}{0.004867} = \$\ 2.163.106.82$$

Valor de la indemnización debida para María Ligia Hernández, Diego Albeiro y Didier Alexei Flórez Hernández: $ 2.163.106.82 para cada uno.

Indemnización futura.

Abarca desde la sentencia hasta el cumplimiento de la mayoría de edad de los menores.

Didier Alexei Flórez Hernández

Cumple su mayor edad el 21 de abril del año 2.003, y le corresponde un período indemnizatorio de 117 meses.

Se utiliza la fórmula: $S = Ra \ \frac{(1+i)n - 1}{i(1+i)n}$;

$$S = 28.888.98 \ \frac{(1 + 0.004867)\ 117 - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)\ 117} = \$2.572.378.38.$$

Diego Albeiro Flórez Hernández:

Cumple su mayoría de edad el 25 de agosto del año 2.004, y le corresponde un período indemnizatorio de 134.2 meses.

Se aplica la fórmula anterior:

$$S = 28.888.98 \frac{(1 + 0.004867)^{134.2} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{134.2}} = \$ 2.841.840.58$$

Valor de la indemnización futura para Diego Albeiro Flórez Hernández y María Ligia Hernández Vargas: $ 2.841.840. Por ser el mismo período indemnizatorio, a la progenitora le corresponde idéntico valor que a su hijo menor.

Sin embargo, como se reduce la indemnización a una tercera parte, los valores a reconocer serán los siguientes:

Para Didier Alexei Flórez Hernández	$ 1.578.495.06
Para María Ligia Hernández Vargas	$ 1.668.315.80
Para Diego Albeiro Flórez Hernández	$ 1.668.315.80

Por perjuicios morales, en razón a que se acreditó el parentesco de madre de la víctima, hermano e hijos, así como de compañera permanente del occiso, se reconocerá una suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para Beatríz Luna, Diego Albeiro y Didier Alexei Flórez Hernández y María Ligia Hernández Vergara; a Victor Raúl Flórez Hernández se le reconoce el equivalente a 500 gramos de oro fino, cuyos montos se reducirán a una tercera parte.

Los intereses sobre el valor de la condena se pagarán en los términos del artículo 177 del C.C.A. y en cuanto al precio del oro, éste será el interno o nacional, que fue el pedido en la demanda.

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 el ordinal primero de la sentencia apelada, esto es, la de 26 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO. MODIFICANSE los ordinales Segundo, Tercero y Cuarto de la sentencia recurrida, los cuales quedan así:

Segundo. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional, a pagar, por concepto de perjuicios materiales a María Ligia Hernández Vargas

la suma de un millón seiscientos sesenta y ocho mil trescientos quince pesos con 80/100 ($1.668.315.80) moneda legal; a Diego Albeiro Flórez Hernández, la suma de un millón seiscientos sesenta y ocho mil trescientos quince pesos con 80/100 ($ 1.668.315.80) moneda legal y a Didier Alexei Flórez Hernández, la suma de un millón quinientos setenta y ocho mil cuatrocientos noventa y cinco pesos con 06/100 ($ 1.578.495.06) moneda legal.

Tercero. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales, los siguientes valores: en favor de María Beatríz Luna, María Ligia Hernández Vargas, Diego Albeiro Flórez Hernández y Didier Alexei Flórez Hernández, la suma equivalente en pesos a trescientos treinta y tres con treinta y tres (333.33) gramos de oro fino, para cada uno; y en favor de Victor Raúl Flórez Luna el equivalente en pesos a ciento sesenta y seis con sesenta y seis (166.66) gramos de oro fino.

El precio interno del oro será el que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia.

TERCERO. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

CUARTO. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A. para lo cual se expedirán copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C, de P. C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo* (Salvo el voto), *Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Comparto la decisión mayoritaria en cuanto a la responsabilidad del ente demandado, ya que el estudio de la sala no sólo es serio y concienzudo sino también justo.

Me separo de la condena por perjuicios materiales. Esta no debió imponerse. No me queda duda de que Herrera llés y Flórez Luna estaban dedicados a actividades delictivas. En estas condiciones no es aceptable pensar que sus damnificados perdieron la ayuda que con sus delitos estos les estaban proporcionando. Si la actividad de éstos era ilícita,la ayuda que proporcionaban carecía de título legítimo.

Cosa diferente es lo relacionado con los perjuicios morales,. porque con éstos se resarce un daño afectivo, subjetivo que se da cualquiera sea la actividad que cumplan o cumplían las víctimas.

Atentamente

Carlos Betancur Jaramillo

Santa Fe de Bogotá D.C., junio 22 de 1993

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / ADQUISICION DE PREDIO RURAL / PROCEDIMIENTO - Culminación

Iniciado el procedimiento de adquisición de un predio rural para el desarrollo de un programa agrario, deberá culminar con el traspaso de esa propiedad al Incora, bien en forma voluntaria o forzada, salvo razones de orden público o de interés social. En este sentido no es discrecional para el Incora culminar o no el proceso, porque no solo estarán en juego en éste, de un lado, los intereses prevalentes de la reforma agraria administrados por el Incora (quien antes de iniciar el proceso debió calificar el inmueble como adecuado para el programa y de otro, los intereses del propietario que también requieren protección legal por mandato de la misma carta constitucional. En éste orden de ideas se entiende a cabalidad en qué sentido la operación administrativa de adquisición de un bien rural cuando resulta fallada puede ser fuente de responsabilidad Patrimonial para el Estado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7467. Incora. Actor: HUMBERTO GOMEZ RESTREPO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de febrero 21 de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se dispuso:

SECCION TERCERA

"Declárase inhibido para resolver en el fondo este proceso por ineptitud de la demanda".

En la demanda presentada el 7 de septiembre de 1989, se pidió:

"PRIMERA: Declare el Honorable Tribunal que el INSTITUTO DE LA REFORMA AGRARIA -INCORA - es responsable de los perjuicios ocasionados a la parte actora con la operación administrativa de adquisición del predio rural denominado "LA RULETA" o "RULETA DE SAN PABLO", ubicado en la vereda de San Pablo, comprensión del municipio de Marialabaja, Departamento de Bolívar.

"SEGUNDA: Se condene, en consecuencia a INCORA a pagar a la parte actora, por concepto de daño emergente, el valor comercial de aquella parte del inmueble antes mencionado, según se demuestre dicho valor en el proceso, y con dinero de valor constante, comprendida su ubicación, linderos y extensión superficiaria, en la oferta de compra de primero (1°.) de diciembre de 1988, formulada al actor por el señor Gerente Regional de Incora, proyecto Bolívar.

"TERCERA: Se condene, también por consecuencia, a INCORA a pagar a la parte actora por concepto de lucro cesante, las ganancias por ella dejadas de percibir de la explotación económica de la parte comprendida en la ya citada oferta de compra, según estimación de peritos y en dinero de valor constante, desde el dia 22 de mayo de 1987, fecha del "ACTA DE ACUERDO", obrante a folio 26 del expediente que recoge la operación administrativa de adquisición del predio "LA RULETA".

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

1) Que mediante Resolución # 001671 de 1987, debidamente inscrita y con miras a la solución de problemas de tenencia de tierras el Incora ordenó el procedimiento de adquisición del predio "La Ruleta" (Marialabaja, Bolívar) de propiedad del Doctor Humberto Gómez Restrepo y de la señora Luz Elena Osorio de Gómez.

2) Que para facilitar la solución del conflicto social agrario, los propietarios de la región suscribieron acuerdo con el Incora, según el cual mientras se formalizaba la adquisición de dicho predio, los propietarios entregaron al Incora los predios "Casa Blanca" y "El Mago" para que en forma provisional se organizaran los campesinos. Esta entrega fué determinante para la negociación proyectada.

3) Que la negociación se continuó y el Incora hizo oferta formal para la adquisición del predio "La Ruleta"; en dicha oferta se acepta que el inmueble es objeto de explotación ganadera y económica adecuadas; reafirmándose las conclusiones tomadas por los funcionarios del Instituto.

4) Que el Doctor Gómez R. al recibir la oferta, le pidió al Incora en carta de 5 de diciembre de 1988 (a folios 132 que le diera aplicación a la nueva ley de reforma agraria (parágrafo 5 del artículo 58) para que el precio le fuera pagado en tres años y no en cinco.

5) Que el Incora como respuesta, puso fin al procedimiento de adquisición del predio "La Ruleta", con olvido no sólo, del acta de acuerdo de 12 de mayo de 1987, sino del derecho adquirido que tenían los propietarios a que el bien les fuera adquirido. Dicha decisión se tomó mediante la Resolución 03679 de 24 de mayo de 1989.

6) Que pese a ese acto administrativo los dueños se encuentran ante la imposibilidad de recuperar el predio dejado en poder del Incora a raíz de ese acuerdo de mayo de 1987; y ocupado desde entonces por un grupo numeroso de campesinos, cuyo sólo intento de desalojo originaría un serio problema social. Volviéndose, en otras palabras, prácticamente irreversible la recuperación del inmueble.

7) Que el Incora se contradice en su acto, ya que luego de invocar que debe dársele aplicación a la nueva ley agraria (lo que había solicitado el Doctor Gómez R.) y adecuar el procedimiento, decide dar por terminado el trámite.

Se citan en la demanda como fundamentos de derecho los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución; y 86 del C.C.A. El Tribunal luego del trámite correspondiente a la primera instancia se declaró inhibido por ineptitud sustantiva de la demanda.

Inconforme la parte actora con lo así decidido, apeló. El recurso fué sustentado en escrito de agosto 10 de 1992 (a folios 217 y siguientes). Allí insiste que el *a-quo* se equivocó al calificar la acción como de nulidad y restablecimiento; cuando la causa del perjuicio está constituido por la operación administrativa iniciada con el acto que ordenó la adquisición del inmueble y con el acuerdo de mayo de 1987 y culminó con la resolución que le puso fin al procedimiento agrario.

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

SECCION TERCERA

Durante esta etapa procesal intervino el Ministerio Público, con su vista de 2 de noviembre de 1992 (a folios 224 y siguientes). Así mismo presentaron alegaciones el Incora (a folios 235 y siguientes) y la parte actora (a folios 232 y siguientes).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Estima la Sala que, dada la complejidad del asunto en especial en lo que toca con la acción apropiada para conflictos como el aquí planteado, deberá señalar en primer término, así sea en forma un tanto esquemática, la orientación que en este campo ha mostrado la jurisprudencia:

En este orden de ideas, se destacan los siguientes hitos jurisprudenciales:

1) Sentencia de diciembre 17 de 1982 (Proceso 2686 David Calderón Rojas Incora (ponente Carlos Betancur Jaramillo) Favorable a las pretensiones del actor. Acción de reparación directa por daños causados por la operación administrativa de adquisición,

Síntesis de los hechos:

En el asunto juzgado, luego de iniciado el proceso de adquisición por el Incora en el año de 1964, entre las partes se firmó acta de entrega y recibo provisional de la finca "La Esmeralda". El Incora, tan pronto recibió el predio, lo adjudicó a varias familias y les prestó asesoría técnica y económica. Luego de 12 años de trámite, el Incora decretó la expropiación; acto administrativo que perdió eficacia cuando el Tribunal del Huila declaró "no viable la expropiación". Pedida la restitución del bien, el Incora manifestó que no tenía porqué devolver el inmueble, que no había adquirido ninguna obligación con el acta de entrega, porque esta le era inoponible.

La Sala sostuvo en ese entonces, en lo pertinente:

> "Pero existen casos de ocupación que requieren un enfoque diferente. Ya ésta no se produce por la entidad pública con ocasión de una obra o trabajo público, sino que la entidad pública por acción u omisión permite, facilita o hace posible que otra persona diferente entre a detentar, el bien. Aquí, esa conducta de la administración puede comprometer su responsabilidad si se cumple por fuera del ordenamiento, como constitutiva de una falla del servicio o por implicar el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

"En otros términos, si la administración recibe el inmueble y no lo incorpora a su patrimonio fiscal o a los bienes de uso público, sino que lo entrega, sin poder para ello, a terceras personas para que se beneficien de él, se tipifica una conducta que compromete la responsabilidad estatal y que permite al titular del derecho lesionado solicitar la indemnización. Igual consecuencia se produce cuando la ocupación del tercero se debe precisamente a la omisión de la administración en cumplir los deberes de protección que requería el titular del derecho.

"En las hipótesis vistas el perjuicio se produce bien por acción u omisión de las autoridades públicas.

"En los casos en que los particulares ocupen la propiedad privada a instancia de la administración o por su tolerancia, el titular del derecho vulnerado tiene diferentes clases de acciones: unas frente a los ocupantes (lanzamiento policivo por ocupación de hecho, en primer término; posesorias o reivindicatorias, luego); y otra, frente a la administración, de sentido indemnizatorio, y por el incumplimiento del deber de protección que le debió brindar.

"Visto el hecho fundamental planteado en la litis (el Incora recibió provisionalmente parte de la finca LA ESMERALDA que venía en proceso de adquisición, y la entregó a los campesinos de la región, quienes constituyeron para su explotación una empresa comunitaria) puede afirmarse que el asunto ni técnica ni jurídicamente es de ocupación permanente, sino de responsabilidad extracontractual pura y simple.

"El Incora inició un proceso de adquisición del inmueble LA ESMERALDA y cumplió sus trámites como operación administrativa hasta la expedición del acto de expropiación: el que sometido a consulta ante el Tribunal Administrativo del Huila fué declarado sin efectos.

"Si no se hubiere producido la entrega de parte del inmueble, los perjuicios no se habrían producido o serían mucho menores. Pero desde el 29 de septiembre de 1971 el doctor David Calderón "en su condición de propietario de la finca"hizo entrega al Incora de 75 hectáreas aproximadamente, correspondientes a los lotes "Remolino, Ceylan, Cafuche y la Cola.(ver acta a folios 13 del c. # 1). Ya con esos lotes en su poder, el Incora los cedió a los campesinos de la región y con su asesoría éstos constituyeron la empresa comunitaria La Esmeralda, la que ha venido explotando desde ese entonces las zonas recibidas.

"Se solucionó así un problema social, el que hoy es prácticamente irreversible. La empresa funciona normalmente con la asesoría del Incora y con la ayuda del crédito estatal.

"Todo venía dentro de la normalidad hasta que la expropiación fué considerada no viable; cerrándose así la posibilidad de la entrega definitiva del inmueble.

"Como era obvio el propietario solicitó la restitución, prevalido no solo de la constancia que había dejado en el acta de entrega (a folios 14, ordinal 40 del c. # 1) sino en la invalidación del proceso, de adquisición.

"Pero el Incora, en una actitud incomprensible, alegó que nada tiene que devolver porque la constancia dejada en el acta le era inoponible.

"Nadie puede dudar que la entrega se produjo a instancias del Incora y para satisfacer un programa agrario; que el mismo instituto propicio el hecho de la ocupación y dió asesoría a los ocupantes para la creación de la Empresa comunitaria.

"Muestran los hechos, entonces, que el propietario fué desposeído de parte de su finca en desarrollo de una operación administrativa de adquisición de la misma para un programa de ley agraria. Operación que se cumplió irregularmente y que por esa misma razón fué lesiva de los derechos de la parte actora.

"La responsabilidad en el derecho administrativo colombiano puede provenir de diversas fuentes, así: de un acto administrativo ilegal, en principio; de una operación administrativa igualmente ilegal, o sea de aquel conjunto de pasos procesales cumplidos por la administración para lograr un determinado cometido de una operación material de ejecución; o de un hecho o abstención administrativa.

"En el caso concreto, los perjuicios nacieron de la irregularidad de la operación de adquisición, la que de haberse cumplido dentro de los marcos legales hasta su culminación en la expropiación no habría causado perjuicios. Claro que también podría calificarse toda la actuación administrativa como una falla del servicio.

"Como se infiere de lo expuesto y de las voces de la demanda el titular de la acción debía ser el dueño de la finca La Esmeralda".

2) Sentencia de marzo 17 de 1983 (Proceso 2725 Guillermo Salas N-Incora) Denegatoria de las súplicas. Acción de reparación directa por daños causados por la operación, administrativa de adquisición. (Ponente Carlos Betancur Jaramillo).

Síntesis de los hechos: En este proceso se inició la etapa de adquisición por el Incora, sin entrega del inmueble a éste para culminar con el decreto de expropiación del predio, *"Igua"* Con resultado el acto con el Tribunal Administrativo del Huila se declaró no vía viable la expropiación.

En dicho fallo, sostuvo la Sala:

"La responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos. Por los primeros, mediante acciones de plena jurisdicción en las que el restablecimiento viene a ser la consecuencia de la nulidad del acto por razones de ilegalidad. Y por lo segundo, mediante acciones de reparación directa, en las que ese restablecimiento es la consecuencia de unos hechos ilegales o no, lesivos de los derechos subjetivos de una persona o de un conjunto de personas, constitutivos de una falla del servicio o configurativos de un riesgo especial. Hechos que, como es obvio, no permiten una declaración previa de anulación y que imponen la petición indemnizatoria ante la jurisdicción en forma principal y no condicionada.

"Pero la ley y la doctrina hablan también de la operación administrativa como posible productora de perjuicios indemnizables. Estima la Sala que aquí operación administrativa debe entenderse no como el procedimiento que debe seguirse para la expedición de un acto administrativo definitivo casos de liquidación de impuestos, declaración de extinción de dominio privado, adquisición de inmuebles para fines de reforma agraria, etc. etc.) sino como equivalente a actos materiales de ejecución de un acto administrativo.

"Baste leer el artículo 68 del C.C.A. norma que contempla, según la doctrina y la jurisprudencia, la acción de reparación directa por hechos u omisiones de la administración, para concluir que allí". Operación indica actos de ejecución y no actos administrativos, porque de serlos, el restablecimiento del derecho lesionado por los mismos no podría ordenarse sino como consecuencia de su anulación, con lo que se confundirían las acciones contempladas en los artículos 67 y 68 del Código Administrativo ".

"Precisando un poco se observa:

"a) Si la lesión la produce el acto ilegal, la acción es de plena jurisdicción (artículo 67). Su ejecución será siempre ilegal.

"b) Si el perjuicio lo causa la defectuosa ejecución de un acto que se estima legal la acción será la del artículo 68. Aquí esa ejecución conforma una operación administrativa.

"c) Si el perjuicio se deriva de un hecho legal o ilegal de la administración, incluyendo en éstos las abstenciones u omisiones, constitutivo de una falla del servicio o de un riesgo especial (por quiebra del principio de la igualdad ante las cargas públicas) la acción será igualmente la del artículo 68.

d) Pero si el perjuicio se hace derivar de la operación administrativa de expedición de un acto administrativo definitivo, no podrá hablarse de una acción de reparación directa o extracontractual, porque las distintas medidas que se cumplieron dentro de ese proceso tuvieron sus propios medios o recursos de impugnación que debió utilizar el afectado en tiempo; y porque, el acto final que lo culminó tiene a su turno, las acciones ordinarias o especiales señaladas en las leyes administrativas.

"Ejercidos o no esos derechos (recursos y acciones propios) el interesado no puede a continuación crear, a su arbitrio, una acción indemnizatoria con prescindencia de los mismos; algo similar a lo que sucede frente al acto administrativo perjudicial, el que no admite sino una acción de plena jurisdicción y no una reparación directa.

"Pero aún aceptando que pudiera en el presente caso ser viable una acción de responsabilidad por falla en el servicio, configurada por irregularidades cometidas durante el trámite de adquisición del predio IGUA, habría que denegar las súplicas de la demanda, no sólo porque no se configura esa falla, sino porque no se acreditó el perjuicio sufrido por el demandante.

"No cree la sala que pueda conformarse una falla del servicio con efectos indemnizatorios de la interpretación que de las normas que debe aplicar haga la administración. Porque si así fuera, habría que concluir que todo error de derecho con incidencia en un acto administrativo o en un procedimiento, sería, a la vez, constitutivo de ilegalidad y alegable en acción de plena jurisdicción; y conformador de falla del servicio enjuiciable en acción de reparación directa.".

3) Sentencia de 3 de marzo de 1989 (Proceso 2675, Rómulo Trujillo y Cía. Incora Ponente Carlos Betancur Jaramillo) Denegatoria de las súplicas, por falta de pruebas en cuanto a los perjuicios. Acción de reparación directa.

Síntesis de los hechos:

El Incora inició el proceso de adquisición del predio "La María" en 1976. Ante la incapacidad económica del Incora, manifestada por escrito, el dueño pidió la cesación del procedimiento de adquisición. Pese a esto el Instituto ordenó la expropiación. Consultado el acto, el Tribunal del Tolima declaró no viables los procesos correspondientes e ilegal la actuación.

De este fallo se transcriben solo los apartes distinguidos en este proveído con las letras a y c, ya que se da por reproducido el b por corresponder exactamente a lo transcrito de la sentencia enunciada en el numeral 2 precedente:

Aparte a)

"La acción
De los términos de la demanda se desprende que los actores formularon pretensiones de reparación directa por los perjuicios causados por el Incora con la operación administrativa de adquisición de unos predios, con fines de reforma agraria, que resultó fallida.

"La acción así intentada es viable, Se hace ésta afirmación pese a la orientación en sentido contrario que se venía aceptando a la sazón.

"La responsabilidad del Estado, tanto en el régimen anterior al nuevo código como en el actual, se compromete no sólo por los actos administrativos y los hechos de la administración, sino también por las operaciones administrativas. Y aunque esta figura no tenía mucha claridad en la Ley 167 de 1941, como que ese calificativo comprenda figuras más o menos disímiles, la jurisprudencia de la época aceptaba la responsabilidad extracontractual por los hechos y por las operaciones administrativas, tomando éstas como el conjunto de actos materiales de ejecución de un acto o decisión administrativa.

"Pero no aceptaba la responsabilidad derivada de los procedimientos mismos tomados como un todo, aunque resultaran fallidos por irregularidades en su desenvolvimiento y hubieran sido productores de perjuicios.

"Ese criterio restrictivo se ve claramente explicado en la sentencia de marzo 17 de 1983 (proceso 2725 de esta misma sala".

.....

Aparte b) (El mismo de la sent. de marzo 17/83)

Aparte c)

"La Sala considera que la jurisprudencia que se deja transcrita, en lo pertinente, merece algunas precisiones.

"Si bien es cierto la idea predominante era en ese entonces la que se expone en la sentencia transcrita, no es menos cierto que en algunos eventos de excepción los procedimientos cumplidos en forma irregular o con marcada ligereza también pueden ser fuente de responsabilidad como causantes de daño, máxime cuando con ellos se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, y cuando la culminación anormal de tales procedimientos no permite acciones de impugnación con efectos resarcitorios, tal como se observa en el caso *sub-judice* en el que el proveído que desata la consulta no permite debate jurisdiccional alguno. Y tal como podría darse cuando el Incora, sin razón valedera alguna, abandona de hecho los procedimientos de adquisición ya iniciados.

"Los propietarios rurales, en principio, dueños de ciertos predios están sometidos a la ley agraria. De allí que frente a ellos, el Incora pueda seguir procedimientos de adquisición de conformidad con la ley. En tal sentido tienen esos propietarios una carga igual y cuando el procedimiento se cumple dentro del ordenamiento y el bien pasa al Instituto, no se puede hablar propiamente de perjuicios por el sólo hecho del procedimiento así cumplido.

"Pero cuando a un propietario se le somete a un procedimiento irregular, con ausencia de estudios previos de factibilidad, con ligereza o carente de seriedad y por eso resulta fallido luego de lapso de tiempo más o menos largo, se rompe ese principio de igualdad y deberá ser indemnizado si se demostrara los perjuicios que afirma sufrió.

"Considera la Sala que los recursos establecidos en la ley y que pueden interponerse durante el trámite del proceso de adquisición controlan la legalidad de la actuación pero no sirven para obtener el resarcimiento de perjuicios, los que se pueden empezar a causar desde que se inscribe en la Oficina de Registro correspondiente la resolución que inicia el proceso de adquisición; inscripción que tiene el efecto, en la práctica, de sacar el bien del comercio.

"Efecto reparador que ni siquiera se lograba con la decisión final del Tribunal que lo declaraba inexpropiable, porque este organismo sólo definía si el bien era expropiable o no y nada ponía disponer en relación con los perjuicios que ese procedimiento hubiera podido causar.

"En síntesis:

"1) Los procedimientos agrarios seguidos regularmente por la administración y que cumplen el cometido querido por la ley, no pueden ser, en principio, causa de perjuicios y por ende, de responsabilidad.

"2) En cambio cuando ese procedimiento resulta fallido, podrá ser fuente de perjuicios, siempre y cuando la impugnación de esa decisión final no permita el resarcimiento de tales perjuicios mediante una acción de restablecimiento; perjuicios que no se presumen por el sólo hecho de ser fallido, sino que deberán acreditarse dentro del proceso.

"3) La responsabilidad surgirá así del resultado final, causado por las irregularidades en su procedimiento o por la cesación de hecho o intempestiva del mismo, como consecuencia inmediata del quebrantamiento del principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas".

"La Sala hace el recuento anterior para evitar equívocos y para mostrar cómo la jurisprudencia ha estudiado la viabilidad de las acciones de reparación directa por los daños causados,en ciertos eventos, por la operación administrativa de adquisición de inmuebles por parte del Incora para satisfacer programas agrarios.

La Sala mantendrá en esta oportunidad idéntica línea y para el efecto revocará la sentencia apelada, la que si bien se apoya en la última sentencia reseñada atrás, equivoca la conclusión final en relación con el caso planteado. Sobre el punto así mismo puede verse la sentencia de mayo 6 de 1988 (proceso 4314, Ponente: Doctor Julio Cesar Uribe Acosta)

En éste orden de ideas, se explican a continuación los siguientes aspectos: La acción viable, la operación administrativa y sus alcances; los perjuicios; y la conclusión.

La acción

Los términos de la demanda son inequívocos. Muestra el petitum que la acción intentada es de reparación directa, concretamente por los perjuicios

causados al actor por el Incora con la operación administrativa de adquisición del predio "La Ruleta" o "Ruleta de San Pablo"; operación que culminó en forma intempestiva mediante la Resolución # 03679 de 24 de mayo de 1989, que le puso fin con el siguiente agregado:

"Lo dispuesto en el artículo anterior no obsta para que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria pueda volver a intervenir el inmueble para el cumplimiento de los programas previstos en la Ley 135 de 1961". "Esta adición tiene su apoyo en el considerando final de la citada resolución que a la letra dice:

> "Es preciso entonces, poner fin al presente trámite administrativo y, en caso de requerir el fundo para los programas previstos en esa región, de conformidad con el Acuerdo # 044 de 1988, expedido por la Junta Directiva del Incora, adecuar el procedimiento a las nuevas disposiciones legales". (subrayas fuera de texto).

La parte actora fue consciente de lo que quería y entendió que la acción de nulidad y restablecimiento contra el acto del Incora que resolvió abortar la operación de adquisición del predio (prohijada en este proceso tanto por el *a-quo* como por la parte demandada y el procurador ante esta corporación) no le servía para los fines que buscaba (el resarcimiento de los perjuicios ya causados por la operación fallida) ya que la nulidad de dicho acto sólo lograría reabrir el proceso de adquisición, pero en forma alguna le repararía los perjuicios ya causados en su patrimonio, los que tampoco se le cubrirían al final con la enajenación del predio.

La Resolución 03679, aunque no tiene un carácter definitivo, si lo tiene formalmente. Porque no es cierto que se dictó para adecuar el proceso de adquisición a la nueva normatividad (a la Ley 30 de 1988), ya que si esa hubiera sido la intención no habría habido necesidad, de un lado, de terminar el procedimiento (artículo primero y de otro, decir que en el evento de que en el futuro se requiriera el inmueble se volvería a intervenir.

Y además, se dictó aduciendo un motivo falso: que en ese momento el Incora no necesitaba ese inmueble. Y se dice que falso porque la resolución que tal cosa dio a entender se dictó el 24 de mayo de 1989, cuando ya en el Acuerdo 44 de 31 de octubre de 1988 de la Junta Directiva del Incora, se había ordenado la conformación de nuevas zonas de reforma en 88 municipios de 6 departamentos, más 12 municipios pendientes de las zonas establecidas en 1988 y precisamente en la zona 2 estaba incluído el municipio de Marialabaja y dentro de este el predio "La Ruleta" (ver documentos a folios 42, 44 y 48 del cuaderno principal).

En otras palabras, el Incora al terminar el proceso de adquisición de este predio en forma intempestiva, sin motivo valedero y por simple capricho, aduciendo una razón contraria a la realidad, comprometió su responsabilidad y debe indemnizar al dueño del inmueble.

Para la Sala iniciado el procedimiento de adquisición de un predio rural para el desarrollo de un programa agrario, deberá culminar con el traspaso de esa propiedad al Incora, bien en forma voluntaria o forzada, **salvo razones de orden público o de interés social.** En este sentido no es discrecional para el Incora culminar o no el proceso, porque no sólo estarán en juego en éste, de un lado, los intereses prevalentes de la reforma agraria administrados por el incora (quien antes de iniciar el proceso debió calificar el inmueble como adecuado para el programa y de otro, los intereses del propietario que también requieren protección legal por mandato de la misma Carta Constitucional.

En éste orden de ideas se entiende a cabalidad en qué sentido la operación administrativa de adquisición de un bien rural cuando resulta fallada puede ser fuente de responsabilidad patrimonial para el Estado, bien que la actuación haya sido irregular ó perfectamente legal. Si lo primero (terminación caprichosa o irregular de la operación), la fuente del perjuicio estará en la conducta ilegal del Incora contenida en toda la actuación cumplida, o sea en toda la operación y no sólo en el acto administrativo que le puso fin; y si lo segundo, (terminación anticipada de la operación por razones de orden público o de interés social) porque el resarcimiento del daño antijurídico tendrá su fuente en el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. En éste evento, frente al artículo 90 de la carta, se pone de presente un daño antijurídico resarcible.

La operación administrativa

En el caso *sub-judice* la operación de adquisición del inmueble " La Ruleta" se inició, previos los estudios que hizo el Instituto en desarrollo del programa adoptado mediante Resolución #061 de abril 28 de 1976, para corregir los desequilibrios sociales existentes en materia de tierras en los municipios de Cartagena, Mahates,, **María la Baja**, Santa Catalina, San Estanislao, Santa Rosa y Turbaná, con la resolución 001671 de 9 de abril de 1987 y culminó con la Resolución 03679 de 24 de mayo de 1989, dictada por el Incora en forma Intempestiva y con motivación bastante deficiente, irrelevante y falsa, como si la nueva Ley 30 de 1988 impidiera la adquisición de dicho inmueble. Tan carente de seriedad resultó el motivo alegado que no sólo la misma resolución dejó abierta hacia el futuro la posibilidad de intervenir nuevamente ese inmueble, sino que el mismo Incora ordenó reiniciar el proceso de adquisición del predio en cuestión, tal como se desprende de la documentación aportada. por el mismo Incora y que obra a folios 38 y siguientes del cuaderno principal.

SECCION TERCERA

Pese a que el Instituto ha tratado de restarle importancia al acta de Acuerdo de 12 de mayo de 1987, como si fuera irrelevante en el proceso aquí analizado y como si ese documento le fuera inoponible, la Sala le concede un gran valor por el significado que tuvo durante la étapa de negociación del inmueble, en especial porque aligeraba la tensión social reinante en la región y facilitaba el desarrollo del procedimiento. Según se lee en dicha acta (a folios 26 del cuaderno principal) la reunión de esa fecha tuvo por objeto "llegar a un acuerdo para la explotación de la finca, mientras se define la negociación del predio "La Ruleta". Acuerdo que en sus dos numerales aparece concebido así:

> "1) Se informa a los campesinos el estado del procedimiento de adquisición y la oferta voluntaria que ha hecho el Dr. Humberto Gómez Restrepo de 200 hectáreas del predio a fin de que se ubiquen los campesinos ocupantes en las divisiones CASA BLANCA y el MAGO con los siguientes linderos conforme a la localización del predio RULETA en las planchas 30-IV-D y 37-11-B del I.G.A.C NORTE: Campamento del INCORA y Arroyo Hondo. OCCIDENTE: Carretera de Marialabaja, San Onofre, predio Salvador Valdez e INCORA. SUR: Predio Ruleta, ORIENTE: Predio Ruleta, Alfonso Váldez, Cayetano Salgado y Arroyo Hondo.
>
> "Los representantes campesinos aceptan ubicarse en las 200 hectáreas que se encuentran debidamente cercadas y responder por el buen uso de los portillos.
>
> 2) Debido a que en la Hacienda Ruleta se encuentra sembrado un maíz de propiedad de los campesinos ocupantes en la división Palma de Vino # 3, el señor Alonso Puerta en representación del propietario acuerda lo siguiente: a) Prestar la tierra por 4 meses mientras recogen el cultivo de maíz, entregándola debidamente cercada. b) Los campesinos se comprometen a no sembrar cultivos diferentes al maíz y entregarla al término pactado.
>
> "El Incora va a realizar la mensura de la parte ofrecida en venta".
>
> En el enunciado de dicha acta se lee:
>
> "En las oficinas del INCORA del campamento San Pablo, Municipio de Marialabaja, el dia 12 de mayo de 1987, a las 10 a.m. se reunieron las siguientes personas: Del Sindicato Agrario de Marialabaja, Octavio Muñoz Presidente, Arnulfo Hernández, Afiliado, Ubaldo Mendoza, Afiliado, del Comité de Usuarios de San Pablo, Francisco Morales, Presidente, en representación de los campesinos ocupantes del predio

RULETA; Alicia Rolón de Hadra, Jefe de la Sección Jurídica del INCORA y el señor Jorge Alonso Puerta; Administrador de la finca, en representación del propietario Humberto Gómez Restrepo."

Muestra esta acta que el acuerdo en cuestión fué factor decisivo en la operación de adquisición, como que formó parte del consentimiento del propietario del predio, quien al proceder así colaboró con el Incora para el cumplimiento de sus cometidos. Razón más para no justificar la conducta del Instituto, el cual, así, de nuevo mostró su inoperancia y su falta de cuidado en el manejo del problema agrario. Conductas como ésta dan a entender que el Incora más que un organismo para buscar soluciones es un factor propiciador y desencadenante de conflictos.

Como síntesis de todo lo anterior, se anota:

Toda operación de adquisición de un inmueble fallida por culpa o negligencia del Incora o bien por razones de orden público o de interés social es, en principio,no sólo susceptible de causar perjuicios al propietario del inmueble afectado con el programa agrario, sino de dar origen a una acción de reparación directa. En el primer evento, por la conducta ilegal o irregular de la administración; y en el segundo, por el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas.

Los perjuicios

La operación aquí estudiada causó prejuicios, El inmueble, aunque aparentemente quedó por fuera del programa agrario, siguió prácticamente fuera del comercio afectado con su enajenabilidad porque la inscripción ordenada en la Resolución 001671 no se ordenó cancelar en la 03679. Además, la entrega de la parte del predio en virtud del Acuerdo de 12 de mayo de 1987 ayudó a solucionar el problema social de la región, pero tornó impracticable la devolución del inmueble, rompiéndose así el principio de la igualdad ante las cargas públicas, y causando perjuicios su dueño, quien deberá ser resarcido.

Nadie puede dudar que la entrega se produjo a instancias del Incora y para facilitar la negociación del inmueble " La Ruleta ", requerida para el desarrollo del programa agrario adoptado para la región. Aunque la ocupación pudo iniciarse desde antes, no existe duda de que el Instituto propicio el hecho de la ocupación y prestó asesoría a los ocupantes.

Muestran los hechos entonces, que el dueño cedió la posesión de parte de su predio en desarrollo de la operación de adquisición del mismo iniciada por el Incora. Ocupación que tenía implícita la condición de compra del

inmueble y que al resultar fallida fue la causa de parte de los perjuicios demandados.

Estima la parte actora que el Incora le debe pagar, de un lado y como daño emergente, el valor comercial de la parte del inmueble que fué entregada en virtud del Acuerdo de 12 de mayo de 1987 (ver oferta de compra de 10 de diciembre de 1988 formulada por el Gerente Regional de Bolívar); y de otro, como lucro cesante, las ganancias dejadas de percibir por la explotación de dicho predio desde el dia 12 de mayo de 1987 hasta la fecha del pago. Condenas estas que deberán pagarse actualizadas.

Como es obvio estas pretensiones no buscan la devolución del inmueble, porque ésta sería prácticamente imposible dado el conflicto social que generaría y no se refiere a la totalidad del predio "La Ruleta", como se dijo, sino a la zona comprendida en el acta de acuerdo mencionada atrás (224 hets. 4.935) con una ocupación extra de 8 hets 8.845 mts ^{2}, constatada. durante la inspección judicial y el dictamen pericial que obran a folios 180 y siguientes del # 1 de pruebas. Sobre el punto las partes están de acuerdo que la ocupación comprende 233 hets. 3.280 mts y que la superficie total de "La Ruleta" es de 459 hets. 3.514 mts^2.

El valor de la zona reclamada, excluídas las mejoras plantadas por los ocupantes, es según el dictamen pericial de $104.997.600.o, a precios del 24 de mayo de 1990 (fecha del dictamen). Dictamen que puesto en conocimiento de las partes (a folios 187 c. # 1) no fué objetado ni mereció petición de adición o aclaración.

En cuanto al lucro cesante el dictamen arroja la suma de $25'199.424.o.

En la demanda se estima la cuantía, sin actualizar, en suma superior a los $33'000.000.o (a folios 6 cuaderno principal) discriminada en $28'000.000.o como daño emergente y $5'000.000.o como lucro cesante.

La suma de daño emergente coincide con la oferta que el Incora le hizo a los dueños, sobre el área ocupada, el día 1o de diciembre de 1988. En dicha oferta se señala como área ocupada 224 hets 4.935 mts. Se entiende esta superficie y no la de 233 hets. 3.280 mts porque cuando se hizo la oferta en la aludida fecha no existía la ocupación adicional constatada durante la inspección judicial de 22 de mayo de 1990 (8 hets. 8.845 mts ^{2}), aceptada expresamente por el Incora.

Hechas las operaciones tendientes a buscar el valor de la tierra ocupada resulta la suma de $29'101.884.90; como este valor hace referencia a la fecha

de la presentación de la demanda o sea 17 de septiembre de 1989, se actualizará a la fecha de este proveído para un valor de $71'006.953.oo.

Y en cuanto al lucro cesante, o sea lo que dejó de producir la zona ocupada desde el 12 de marzo de 1981 hasta la fecha, la Sala estima que como el inmueble deberá transferirse al Incora por un valor actualizado indicado atrás, el que, como se dijo, era de $29'101.884.90 a 17 de septiembre de 1989, no deberá reconocerse por este concepto sino un interés técnico del 6% de esta misma fecha, siguiendo en esto orientación reiterada de la jurisprudencia. Hechas las operaciones ese interés asciende a la suma de $6'518.822.22.

Como la sentencia impondrá el pago del valor de la zona ocupada, esta providencia constituirá el título de propiedad y deberá registrarse en la Oficina de Registro correspondiente (Marialabaja, Bolívar).

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 21 de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

En su lugar, se dispone:

1. Declárase responsable al Incora de los daños y perjuicios sufridos por los señores Humberto Gómez Restrepo y Luz Helena Osorio de Gómez con la operación administrativa de adquisición del predio "La Ruleta" (Marialabaja, Bolívar).

2. Como consecuencia, condénase a la mencionada entidad a pagar a las personas citadas, la suma de SETENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA/CORRIENTE ($77.525.775.o) por concepto de daño emergente y lucro cesante.

3. Esta sentencia es título de propiedad del inmueble en favor del Incora; por consiguiente, se remitirá copia de este fallo con constancia de ejecutoria al registrador de Instrumentos Públicos de Marialabaja (Bolívar) para "que tome nota y haga la inscripción respectiva en favor del Incora". La transferencia se entenderá como cuerpo cierto, desmembrado del predio "La Ruleta" y referido a un área de 233 hets 3.280 mts^2 deslindada en la forma indicada en la oferta de

compra de lo de diciembre de 1988 hecha por el mismo Instituto, en armonía con la constatación de ocupación adicional hecha durante la inspección judicial que obra a folios 180 y siguientes del cuaderno # 1 (pruebas)

4. Este fallo deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5. Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION - Inexistencia / ATENTADO TERRORISTA

La fuerza policiva si prestó la protección solicitada por el gerente del Grupo Radial Colombiano. Que no haya podido evitar el resultado dañino es conducta que no puede calificarse, en el caso que se estudia, de antijurídica, pues en puridad de verdad no puede predicarse que ella incurrió en conducta OMISIVA.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7533. Demandado: La Nación - Policía Nacional Actor: SOC. GAMBOA ORTIZ Y CIA. LTDA.

-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 doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, 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:

SECCION TERCERA

"La señorita EMMA CECILIA GAMBOA, quien actúa en representación de la sociedad GAMBOA ORTIZ & CIA. LTDA., otorgó poder especial a un profesional del derecho para demandar a la Nación -Policía Nacional-, en ejercicio de la acción de reparación directa, con el fin de que agotados los trámites correspondientes al procedimiento ordinario se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.- Que la Nación -Policía Nacional- es responsable administrativamente por los perjuicios causados a la SOCIEDAD GAMBOA ORTIZ & CIA. LTDA. con ocasión de los actos acaecidos el 27 de mayo de 1989 que determinaron la destrucción del inmueble ubicado en la carrera 33 nos. 42-90/92/94/ 98/104 y 106 de la ciudad de Bucaramanga, por falla en el servicio.

"Segunda.- Que como consecuencia de lo anterior la Nación Colombiana -Policía Nacional- deberá cancelar por concepto de perjuicios materiales a la sociedad demandante, la suma de $32.531.780.oo por el daño emergente y la suma que resulte de liquidarlos desde el momento del hecho hasta el de la sentencia por lucro cesante. O la suma que llegare a quedar demostrada en el transcurso del proceso.

"Tercera.- Si no quedare demostrado dentro del proceso una suma líquida por los perjuicios causados, solicita la condena en abstracto.

"Cuarta.- Al liquidarse las condenas descritas en la segunda pretensión se procederá de conformidad con el art.178 del C. C.A.

"Quinta.- Que la sentencia que se profiera en este caso se cumpla por la entidad demandada dentro de los términos del art. 176 del C.C.A. En caso contrario, que pague intereses comerciales por los primeros seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia y moratorios de ahí en adelante según lo establecido en el art. 177 del mismo código.

" FUNDAMENTOS DE HECHO

"La Sociedad GAMBOA ORTIZ & CIA. LTDA., adquirió mediante escritura No. 3608 de la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga el inmueble ubicado en la carrera 33 no. 42-90/92/ 94/98/104 y 106, que también se distingue con la nomenclatura 29A-39/41/43/47 y 53 de la calle 44. Dicho bien adquirido por la sociedad el 29 de octubre de 1982 fue adecuado para locales comerciales, los que fueron arrendados así: Local ubicado en la calle 44 29A-53 a la Empresa HERNANDEZ MORALES & CIA. LTDA. el lo. de mayo de 1982; Local ubicado en la

carrera 33 No. 42-104 al Grupo Radial Colombiano Ltda. el 17 de junio de 1983; Local ubicado en la cra 33 No. 42-94 y 98 a la señora Esther Peñaranda de Forero; Local ubicado en la cra 33 no. 42-90 arrendado a Multitécnicas Ltda. el lo. de septiembre de 1988; el inmueble ubicado en la calle 44 29A-47 arrendado a Manuel José Peralta Duran el 11 de agosto de 1.986. Dichos locales en su orden pagaban las siguientes sumas como canon mensual de alquiler: $79.350.oo; $65.520.oo; $46.200.oo; $60.000.oo;y $39.600.oo.

"Por circunstancias de orden público conocidas, el Gerente del Grupo Radial Colombiano, solicitó al departamento de Policía de Santander protección a las oficinas ubicadas en la cra 33 No. 42-104 de acuerdo al oficio fechado el 11 de mayo de 1989, pero dicho servicio no fué prestado oportunamente consagrándose así la falla del servicio.

"El 27 de mayo de 1989 fué colocada en las instalaciones del Grupo Radial Colombiano Ltda. una carga explosiva que ocasionó la destrucción de los locales ubicados en la calle 44 29A-05, carrera 33 42-44/98, carrera 33 42-90 y calle 44 29A-47, produciéndose perjuicios materiales estimados en la suma de $32'531.780.oo aproximadamente de acuerdo a avalúo pericial extra judicial, y un lucro cesante consolidado estimado en ($290.670.oo) M/cte., desde su destrucción hasta el momento del pago, teniendo en cuenta los reajustes pactados contractualmente del 20% anual, y los eventuales en la suma que el Tribunal fije."..... .....

"CONSIDERACIONES DE LA SALA

"La Corporación al iniciar el estudio del presente caso, encuentra que no existen causales de nulidad que puedan invalidar lo actuado, por lo cual se procede a resolver el asunto *sub-júdice* con fundamento en las siguientes consideraciones de orden fáctico y legal:

"En el proceso se ha debatido concretamente que la responsabilidad que se trata de establecer en cabeza de la Nación es por una falla en el servicio.

"De conformidad con el art. 16 de la C.N. anterior, hoy inciso 2°. art. 2°. del citado estatuto, las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Partiendo de este presupuesto Constitucional

los elementos constitutivos de la falla en el servicio o de la falta del mismo, son los siguientes:

"1) El hecho generador de la falla en el servicio. 2) El daño o perjuicio ocasionado a la víctima, y 3) la relación o nexo de causalidad entre el hecho ocurrido y el perjuicio causado.

"En relación con el primero de los elementos axiológicos se tiene en efecto que el dia 11 de mayo de 1989 el Gerente del Grupo Radial Colombiano Nelson Contreras Jerez, tal como aparece en la fotocopia al carbón auténtica leíble al fl. 21 del expediente, comunicó al señor Coronel Jorge Ernesto Ferrero Echeverry comandante del Departamento de Policía Santander, que en razón a la inseguridad y en atención a que hacía 15 dias atrás fué colocado un petardo explosivo en las instalaciones de esa red de emisoras en la ciudad de Bogotá, debía designarse un agente, en especial en las horas de la noche, con el objeto de vigilar las instalaciones ubicadas en la carrera 33 No. 42-104 de ésta ciudad, a fin de prevenir desgracias personales y poder seguir desarrollando las actividades normalmente. Dicho comunicado fue recibido por el Departamento de Policía Santander en la misma fecha en que fué expedido.

"Al fl. 68 del proceso se allegó una fotocopia enviada por el Jefe de la Policía Judicial -Sijin F-2 del departamento de Santander, en cumplimiento del oficio 1817 emanado de ésta corporación, que corresponde al informe rendido por el Comandante de la Policía Héctor Amador Pineda, técnico en explosivos SIJIN DESAN y dirigido al Jefe de la Policía Judicial Cuartel- de esta ciudad, fechado de mayo 27 de 1989 en el cual se establece que siendo las 04:45 aproximadamente del 27 de mayo de 1989 en la carrera 33 No. 42-104 en las instalaciones del Grupo Radial Colombiano, se colocó un artefacto explosivo de alto poder, en una cantidad de 16 libras aproximadamente no siendo posible recoger ninguna muestra del mismo, ni describir la forma y sistema de disparo. Indica que el sistema de disparo empleado por los terroristas en éste caso no se puede especificar, al parecer es de tiempo inétrico, por ser de fácil manejo y elaboración, y culmina señalando que la capacidad de destrucción del artefacto fué total y que debido a su alto poder explosivo la onda causó daños a los ventanales continuos al lugar y destrucción de un local adyacente.

"Igualmente se trajo a los autos, por petición de parte, un informe calendado del 31 de mayo de 1991 dirigido a Alberto Romero Otero -Director Central de Inteligencia- de la Policía, por el Director Seccional DAS Santander, Carlos Eduardo Becerra Corredor, (f. 72) en el que en forma detallada se

describen los atentados dinamiteros ocurridos el dia 27 de mayo de 1989, entre los que se encuentra el siguiente:

"El dia sábado 27 de mayo/89 a las 04:30 horas en las instalaciones de la emisora "Radio Ciudad de Bucaramanga" del Grupo Radial Colombiano, ubicada en la carrera 33 No. 42-104 hizo explosión una bomba dinamitera de regular poder que causó daños a la sede de la emisora y a los ventanales de las edificaciones vecinas. Los hermanos Quiroga Serrano, operadores de audio resultaron levemente heridos a consecuencia de la explosión. Un celador del Grupo Radial al notar la presencia de extraños alcanzó a disparar y alertó a una patrulla de la policía que transitaba por el lugar, la cual inició la persecución del sujeto Sergio León Hincapié López, quien en las instalaciones de la policía manifestó que el atentado se debía a venganzas del Cartel de Medellín contra el Cartel de Cali.

"De lo anterior se establece la ocurrencia del hecho materia de controversia que no admite discusión, pues los mencionados informes son documentos públicos expedidos por funcionarios públicos pertenecientes a la institución demandada, los cuales no fueron redargüidos de falsos.

"Tampoco existe duda sobre el daño sufrido, pues como se dijo, en las instalaciones de la Emisora Radio Ciudad de Bucaramanga del Grupo Radial Colombiano ubicada en la carrera 33 No. 42-104 hizo explosión una bomba de regular poder que causó averías a la sede de la emisora, a los ventanales de las edificaciones vecinas. En el informe leíble al fl. 72 y s.s . se indica que simultáneamente con el siniestro ocurrido, se registraron en la misma fecha atentados contra sucursales de "Drogas la Rebaja" ubicadas en la carrera 17 No. 35-13 y en la carrera 33 No. 3OA-09. La explosión mas grave ocurrío en la cra 17 No. 35-13 debido a que ésta originó un incendio que se propagó a almacenes aledaños entre ellos "Pierre Cardin", "Distinto", "Par Medias", "Lady Diana", la fuente de soda "Cosmos 2.000" y daños en los Bancos de Bogotá, Internacional, Santander, ubicados en la zona céntrica de la ciudad. El cuerpo de bomberos de Bucaramanga se vio en dificultades para sortear la emergencia ante la falta de equipos. Culmina su informe señalando que según estimativos, las pérdidas se calculan en más de 200 millones de pesos. Otro de los perjuicios ocasionados en el centro de la ciudad fueran los daños de la red telefónica y el cierre de la vía de la carrera 17 entre calles 35 y 36.

"Al plenario se trajeron tres fotografías que aparecen a los fls. 75, 76 y 77, enviadas a petición del Tribunal por el DAS de esta ciudad, que dan cuenta del estado en que quedó la casa ubicada en la esquina de la calle

44 con carrera 33 de Bucaramanga, sitio donde funcionaba la Emisora del Grupo Radial Colombiano y que fué objeto de un atentado dinamitero el día 17 de mayo de 1989, donde pueden apreciarse los daños que sufrió el inmueble referido con ocasión del atentado dinamitero ocurrido el 27 de mayo de 1989.

"A los autos allegó el demandante una fotocopia auténtica de la resolución no. 449 del 17 de julio de 1989, (f. 18) proferida por la Inspección Quinta Promiscua Municipal de Policía de Bucaramanga, que en su art. lo. parte resolutiva, ordena la DEMOLICION del predio localizado en la cra. 33 con calle 42 y 44 de esta ciudad de propiedad de la "Sociedad Gamboa Ortiz & Cía. Ltda", por amenazar ruina y peligro público, acto que debería llevarse a cabo en un plazo de 20 dias contados a partir de la notificación y ejecutoria de la resolución.

"Dicho inmueble cuyo dominio radica en cabeza de la mencionada sociedad GAMBOA ORTIZ & CIA. LTDA., según consta en la escritura pública No. 3608 del 29 de octubre de 1982 de la Notaría 2a. de Bucaramanga y fotocopia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria, documentos anexos a los fls. 26 a 30 del expediente se encontraba arrendado por la Sociedad Rodríguez & Mora Ltda. por locales, así: el distinguido con los números 29A-47 de la calle 44 a Manuel José Peralta Durán; el marcado con el número 42-94/98 de la carrera 33 a Esther Peñaranda de Forero; el de la carrera 33 No. 42-104 al GRUPO RADIAL COLOMBIANO; el número 42-90 de la carrera 33 a Multi-técnicas Ltda. y el 29A-53 de la calle 44 a la firma HERNANDEZ MORALES CIA. LTDA., y como consecuencia de la explosión tanto el propietario, como los arrendadores y arrendatarios del lugar, necesariamente tuvieron que verse perjudicados con la semidestrucción del inmueble.

"De lo antes analizado se concluye que los dos primeros elementos axiológicos se encuentran acreditados, más no así la relación de causalidad entre el hecho ocurrido y el daño o perjuicio causado, pues los medios de convicción traídos al proceso no son suficientes para endilgarse responsabilidad a la Nación - Mindefensa- Policía Nacional, por lo siguiente:

"Se afirma en los hechos de la demanda que en el caso *sub-lite* existe una situación de riesgo excepcional que es una modalidad de la responsabilidad estatal; frente a él se encuentran ciertas personas, como funcionarios, políticos, profesores, ganaderos, comerciantes, etc., y algunos bienes muebles e inmuebles que por su responsabilidad e importancia se ven continuamente amenazados, tal el caso de la propiedad destruida donde funcionaba el Grupo Radial Colombiano, que había sido objeto de otros

atentados en algunas capitales de Departamento, y que debido a este riesgo se solicitó la protección por escrito de la Policía. Se citan y transcriben los arts. 32 del C.N. de P. y lo. del C. de P. Departamental, que consagran procedimientos dirigidos a tutelar los derechos y libertades de las personas, cualquiera sea su sexo, naturaleza o condición. Posteriormente se señala que de conformidad con el art. 5o. del Decreto 1355 de 1970, "Las normas y los servicios de Policía son medios para prevenir la infracción penal"; que en ejercicio de la función punitiva del Estado, la policía es auxiliar técnico y que los arts. 2°., 3°. y 6°. del Código Departamental de Policía, son normas que consagran las obligaciones y los deberes de la Policía, desprendiéndose de ello la falla en la prestación del servicio público encomendado a esta institución. Culmina su argumentación, expresando que la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño es indudable, pues si en la madrugada del día 27 de mayo de 1989, "**se hubiera prestado eficientemente el servicio de policía**, la colocación de la bomba habría sido una empresa imposible".

"Pues bien, sobre el punto de la falla del servicio por omisión de la Policía, el Consejo de Estado se sentencia de 11 de octubre de 1990 -Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. Exp. 5737, Actor Orlando Nieto Forero, Extractos de Jurisprudencia, octubre, noviembre y diciembre de 1990, 2a.Parte, Pag. 47 y ss., hizo las siguientes precisiones:

" Cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión por la administración en la prestación de un servicio o en cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no solo que se pidió concretamente la protección, o la vigilancia de la autoridad ante determinado hecho ilícito que puede causar o está causando un daño o que las circunstancias que rodeaban el hecho o las personas en él involucradas imponían una especial protección o vigilancia y que tal protección no se prestó .... y cuando se trata de que la falla del servicio se originó en una actuación tardía de la administración, es indispensable que surja de lo probado en el respectivo proceso que la actuación revistió esa característica de inoportuna, por demorada..... Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad, no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieran

sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible".....

"Así lo ha reconocido en varias oportunidades esta Sala y al efecto puede citarse la sentencia de 7 de diciembre de 1977 en donde dijo: "hay responsabilidad en los casos en que la falla o falta administrativa es el resultado de omisiones, actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio-..... Si bien es cierto que en esta materia el juez de la administración debe tener en cuenta que "la pobreza (del Estado) no lo excusa de sus obligaciones", ello no quiere decir que en cada caso concreto no deba tener en cuenta por ejemplo, las disponibilidades con que pueda disponer el ente demandado para cumplir con las funciones que le correspondan, como sería en eventos como el *sub-lite*, la consideración de la imposibilidad de tener fuerza policial disponible en forma mas o menos permanente en cada una de las cuadras en que están divididas las avenidas, calles y carreras de una ciudad como Bogotá y con mayor razón cuando una parte importante de aquella tiene que ser destacada en un lugar donde estén desarrollando desórdenes o tumultos. Con esto, naturalmente no se quiere significar que la apreciación del juez sobre las anotadas circunstancias de tiempo, modo y lugar deba ser benigna (por el contrario, debe ser rigurosa), pero sin olvidar la máxima expuesta acerca de la no obligatoriedad a lo imposible y teniendo en cuenta que dicha máxima jamás debería utilizarse para justificar una indefensión de la administración a deber de protección a la vida de los ciudadanos, valor fundamental en un estado de derecho".

"En el proceso se recepcionaron las declaraciones de los señores Jorge Humberto García Hernández, Nelson Contreras Jeréz, Elisa García, (ver fls. 92 y 93, 96 y 97), quienes manifestaran al respecto:

"El deponente Humberto García Hernández al ser preguntado acerca de la ocurrencia del siniestro, manifestó que él se encontraba en su casa cuando escuchó la explosión como a eso de las 4:30 a.m.; se enteró del atentado y de los motivos de su ocurrencia por el decir de otras personas pero no por percepción propia y directa. Aduce que en ocasiones colaboraba con una hermana que tenía un local aledaño al sitio del siniestro, era su socio pero no desempeñaba ninguna labor administrativa. Dicho testimonio por su inconsistencia no le merece serios motivos de credibilidad a la Sala.

"Por su parte el testigo Nelson Contreras Jerez, no presenció los hechos según su propio dicho; para la época del accidente era el Gerente del Grupo Radial Colombiano de la Seccional de Bucaramanga. Preguntado si con antelación del atentado en las instalaciones de Bucaramanga se produjeron otros en diferentes ciudades del país, contestó con impresiciones: "Que me acuerde me parece que en Medellín", no tiene seguridad sobre el punto. Al ser preguntado sobre que tipo de seguridad prestó la policía Nacional a las instalaciones de la empresa, manifestó: "Haber, mandaron agentes, había veces que mandaron uniformados, aveces mandaban civiles o de civil". A la pregunta: "Dicha presencia policiva cubría las 24 horas del día o era una presencia esporádica" respondió :"Sí eran relevos de cada doce horas en lo que me puedo acordar, todos los dias". Al ser interrogado: "puede informarnos si dicha vigilancia fue prestada el día del atentado, contestó: no le puedo precisar con exactitud pues esa tarde fue un viernes y realmente yo no estuve presente ese día, no puedo precisar si ese día hubo vigilancia."

"De lo anterior se deduce con claridad que la protección policiva se solicitó y la misma se proporcionó de manera periódica y en forma de relevos. Precisa el testigo con exactitud sobre la prestación del servicio policial hasta el dia anterior a los hechos, pero curiosamente ignora sí la vigilancia se efectuó el día del siniestro. Por último informa que el día del atentado, en la emisora se encontraba el operador de sonido Gustavo Quiroga y un celador privado quien estaba en el lugar al momento del suceso, en consecuencia el lugar no se encontraba totalmente desprotegido pues se hallaba allí un vigilante, que sí bien no pertenecía a las fuerzas del orden, estaba cumpliendo una labor de protección.

"Por último, la declarante Elisa García manifiesta que escuchó la explosión, salió a la calle, no había nadie y después como a las 5:30 a.m. llegó la policía. Posteriormente los dueños de los establecimientos aledaños; no sabían a quiénes iba dirigida la bomba pero luego supo que era al Grupo Radial por comentarios de la gente.

"Afirma que antes del suceso transitaba todos los días en la mañana o en la noche porque vive a media cuadra del sitio, y que nunca vio por ahí cerca a algún policía. Este testimonio resulta contradictorio con el rendido anteriormente por el Gerente del Grupo Radial Colombiano, quien manifiesta que la presencia policiva era diaria en relevos de cada doce horas, unas veces por uniformados., otras por civiles o por policías vestidos de civil. Igualmente no concuerda su dicho cuando afirma que todo se originó a las 5 a.m. y sólo a las 5:30 llegó la policía al lugar pues con el informe de la Sijin F-2 del Departamento de Policía Santander que obra al fl. 104, en él

se hace constar que el sujeto Juan José Cadavid Díaz, quien posteriormente resultó llamarse SERGIO LEON HINCAPIE DIAZcomo se deduce de la lectura de la parte final del fl.74, fué aprehendido a las 04.50 horas., en la cra 27 con calle 42 por los agentes Cely Cárdenas Ramiro y Rincón Díaz Reynaldo, momentos después de haber colocado el petardo de alto poder explosivo, causando daños a las oficinas de la emisora del Grupo Radial Colombiano.

"A los fls. 109, 110, 111 y 112 del expediente aparecen las fotocopias enviadas por el Departamento de Policía Santander en respuesta al oficio no. 2474 expedido por el Tribunal, contentivas de las declaraciones rendidas en la investigación penal adelantada,por dicha institución, por los señores Gustavo Quiroga Serrano, Humberto Quiroga Serrano, Luis Domingo Pita y Luis Duarte, que no fueron ratificadas en este proceso, pues dicho medio de prueba no se solicitó por el actor en forma oportuna y por tanto carecen de valor probatorio. Aunado a lo anterior, dichos testimonios solo dan cuenta de la ocurrencia de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los rodearon, pero nada informan sobre si el servicio de vigilancia policial se prestó o no, o al menos si se hizo de manera defectuosa. Por ello no sirven como medio de acreditamiento para efectos de la responsabilidad que se pretende frente al Estado por la supuesta ineficiencia en la prestación del servicio de Policía.

"Conclúyese de lo anterior, que la policía de la ciudad desde dias antes del siniestro atendió el llamado de protección que le solicitó por escrito el Gerente del Grupo Radial Colombiano, enviando unas veces personal uniformado y otras privado de la institución a la emisora tantas veces citada, como lo afirma en su declaración el Gerente de entonces de dicho medio de radiodifusión Dr. Nelson Contreras Jerez.

"Razón le asiste a la apoderada del ministerio de Defensa cuando afirma que Bucaramanga no es un villorio, ni una pequeña ciudad donde el servicio de vigilancia policiva se pueda prestar fácilmente; es una ciudad grande con alto numero de habitantes y una zona de influencia mucho más vasta todavía. No obstante como se deduce de la prueba arrimada a los autos, la policía el día de los hechos estuvo vigilante en toda la periferia de la ciudad prestando su colaboración, la que en algunos sectores fracasó debido a la magnitud del atentado que involucró, no sólo al Grupo Radial, sino también, y en forma simultánea, a las sucursales de "Drogas la Rebaja" ubicadas en la carrera 17 No. 35-13 y en la cra. 33. No. 3OA-09 de la ciudad.

" Las autoridades del orden estuvieron vigilantes en el lugar de ubicación del lnmueble de autos a través de patrullas motorizadas y fué así que instantes después del suceso se le dió captura al sujeto promotor del atentado por dos agentes que patrullaban por el lugar. Es cierto que en el instante de ocurrida la explosión no se estaba prestando el servicio de vigilancia estacionario en el lugar, pues utilizar ese sistema conllevaría a colocar un agente como blanco personal de una posible carga explosiva, por eso el servicio se prestaba en forma rotativa a través de patrullas vigilantes; si los testigos que rindieron su versión en este proceso nunca vieron un policía en el sitio del siniestro ello obedeció a que en varias oportunidades el personal de policía cumplía turno de vigilancia en traje de civil.

"La Sala estima que la Policía Nacional cumplió con su deber constitucional de proteger a las personas en su vida honra y bienes en la noche del atentado y evitó con su intervención mayores daños, sin que pueda desconocerse sus propias limitaciones; infortunadamente algunos de los "golpes" no pudieron evitarse dada la imposibilidad de controlarlos a la vez en todos los lugares en que se produjeron; no probada la falla en la prestación del servicio, por no haberse establecido a plenitud todos los elementos estructurantes de la responsabilidad extracontractual del Estado, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda, sin otras consideraciones pues a la postre resultarían innecesarias.".(fls. 134 - 154 Cdno No. l).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO:

A los folios 156 y siguientes del cuaderno Nro 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, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"Sostiene el Tribunal en el fallo, que la extensión de Bucaramanga, no permite prestar el servicio de protección policiva de manera eficaz; con tal argumentación cualquier falla en la prestación del servicio estaría justificada, liberandose de cualquier responsabilidad a la Nación-Policía Nacional de las más flagrantes omisiones en el cumplimiento de sus deberes; para el caso en concreto existen los siguientes agravantes: A- el notorio riesgo que estaban sufriendo los propietarios del grupo radial colombiano por la época de los hechos (habían sufrido más de 10 atentados terroristas en el resto del país) .B- La solicitud de protección que había

elevado el representante legal de la empresa mencionada a las autoridades policivas. Si se acepta la decisión del Tribunal en ese sentido se estaría abriendo una compuerta peligrocisima elevándose jurisprudencialmente el principio mediante el cual la Nación-Policía Nacional no respondería de las omisiones en la prestación del servicio en ciudades donde por su extensión se dificultara la prestación del mismo. La carencia de medios o la dificultad en la prestación no puede justificar la omisión o la falla.

"En otros apartes del fallo, se pretende demostrar la eficaz prestación del servicio fundándose en la pronta presencia de los organismos de seguridad al lugar de los hechos, habiendo sido posible por tal circunstancia la detención de uno de los terroristas. Tales aseveraciones que encuentran asidero probatorio, demuestran precisamente lo contrario, a saber: 1- que no obstante la solicitud de protección, los organismos de seguridad, no estaban en el lugar de los hechos en el instante en que estos acontecieron.

"2- que si hubiesen estado, los hechos no hubiesen acontecido, puesto que su presencia había impedido el propósito criminal.

"3- que la actuación policiva no fue preventiva, como el particular lo solicitó, sino posterior.

"Ante tales evidencias resulta perentorio interponer el recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia preferida por el Honorable Tribunal de Santander, ordenando consecuentemente la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda.".

-III-

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEL DEMANDADO

Dentro del término de ley alegó de conclusión, para **EXPONER**

"POSICION DEL ENTE DEMANDADO

" De la responsabilidad Administrativa Extracontractual del Estado, está fundamentada en la falla del servicio", requiriendo en consecuencia, la persona perjudicada con dicha falla, probar los siguientes elementos:

"1.- Una falta o falla del servicio, implicando con esto la administración ha actuado o dejado de actuar. Esto excluye la actuación o no del agente

administrativo y la actuación de éste en hechos que ha realizado como simple ciudadano.

"2.- La existencia de un daño, que implica el desconocimiento o lesión o perturbación de un bien, tutelado o protegido por el derecho.

"3.- La existencia de la relación causal entre la falla del servicio y el daño.

"Centra la parte actora la falla del servicio en que existió por parte del ente demandado omisión en la prestación del servicio en el momento de los hechos, es decir, que su labor ha debido ser preventiva porque sabía de los atentados que por esos dias se estaban realizando especialmente contra el Grupo Radial Colombiano y porque además se le había pedido expresamente protección, razones suficientes para concluir que no actuó conforme lo pedido y sólo lo vino hacer posteriormente cuando ya había sucedido el hecho.

"No comparte el ente demandado los planteamientos de la parte actora. En efecto, aparece a folio 96 del proceso la declaración del señor Nelson Contreras Jerez, gerente en esos momentos del medio de Radiodifusión afectado, donde afirma que la Policía días antes de la explosión acudió al llamado de protección que el mismo había solicitado, enviando personal uniformado unas veces y otras, personal de civil durante las 24 horas del dia por turnos de 12 horas.

"Si bien el artículo 16 de la antigua carta, hoy inciso 2°. del artículo 2°. de la Constitución de 1991, previene que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes....." de allí no puede concebirse que el estado asume una obligación de resultado, de seguridad, pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todos los hechos violentos ocurridos en el país.

"No eso no es ni puede ser el alcance de la aludida norma. Es por contrario la "meta" que se propone el Estado. Es una obligación de medio, un compromiso de poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de tales bienes.

"Distinto hubiese sido que la autoridad ante la solicitud de protección hubiera rehuzado en forma inexcusable, la prestación del servicio causando daño con su pasividad, pero en el presente caso sucedió todo lo contrario, la Policía Nacional actuó dentro de las limitaciones que tenía. Consta en el proceso que el mencionado dia 27 de mayo de 1989, fueron desactivadas

otras bombas por parte del técnicos en explosivos de la institución, lo que significa que el personal estaba atento a cualquier intento terrorista, y tan cierto es que momentos después de la explosión ocurrida en el sitio donde funcionaba la Emisora del Grupo Gran Colombiano, patrulla de la Policía logró la captura de la persona que había colocado el artefacto.". (fls. 167 -168 Cdno no. l).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, pues en ella se hace una seria y justa valoración de todas las circunstancias legales del caso, por lo que se impone concluir que el fallo en todo su universo, se ajusta a la ley y al derecho.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida afirmar que es cierto que el día 27 de mayo de 1989, en la carrera 33 No. 42-104 de la ciudad de Bucaramanga, en las instalaciones del Grupo Radial Colombiano, se colocó un artefacto explosivo, en cantidad de 16 libras aproximadamente, el cual causó a la sede de la Emisora y a los ventanales de edificaciones vecinas. Se probó, igualmente, que el dia 11 de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), esto es, diez y seis dias antes del atentado, el Señor Nelson Contreras Jerez, Gerente del citado Grupo, envió al Comandante del Departamento de Policía Santander, la nota que obra al folio 21 del cuaderno No. 1, en la cual le solicita que, en razón a la inseguridad, y habida consideración de que quince días antes fue colocado en petardo explosivo en las instalaciones del Grupo, en la ciudad de Bogotá, se designe ".... en especial en horas de la noche, con el objeto de vigilar nuestras instalaciones ubicadas en la Carrera 33 No. 42-104 de esta ciudad, a fin de prevenir desgracias personales y poder seguir desarrollando nuestras actividades normalmente".

No obstante la realidad anterior, el acervo probatorio muestra que el mismo Señor NELSON CONTRERAS JEREZ, al rendir declaración dentro del proceso, reconoce que la autoridad policiva le prestó la vigilancia solicitada. En lo pertinente de su deposición, ilustra al sentenciador dentro del siguiente marco:

"...Preguntado: Sírvase informarnos sí la comunicación enviada a la policía a que ud. hace referencia es la misma que le pongo de presente y que obra al fl. 21 del expediente" Contestó: "Sí es la misma, es auténtica". Preguntado: "Sírvase informar que tipo de seguridad prestó la Policía Nacional a las instalaciones de la empresa" Contestó: "Haber, mandaron

agentes, había veces que mandarón uniformados, a veces mandaban civiles o de civil". Preguntado: "Dicha presencia policiva, cubría las 24 horas del día o era una presencia esporádica" Contestó: "Si eran relevos de cada 12 horas en lo que me puedo acordar, todos los dias" preguntado: "puede informarnos si dicha vigilancia prestada el dia del atentado" Contestó: "No le puedo precisar con exactitud pues esa tarde fue un viernes y realmente yo no estuve presente ese dia, no puedo precisar si ese dia hubo vigilancia". Preguntado: "Alguna persona vinculada al o a lo que se denominaba Grupo Radial Colombiano pudo darse cuenta de la presencia o ausencia de la fuerza pública en el momento del atentado" Contestó: "Pues la única persona que estaba de turno ese dia y como operador de sonido era el Señor Gustavo Quiroga, en el momento del atentado él estaba ahí, incluso la emisora ese dia tenía su celador privado y ese día el celador privado estaba ahí"."(fl. 96 vto).

La Sala valora el testimonio anterior, en todo su testimonio anterior, dadas las condiciones personales, sociales y profesionales del deponente, que, por lo demás, resulta jugando un papel muy importante en el manejo de las distintas circunstancias del caso, pues fué él quien solicitó la protección policiva.

Agrégase a todo lo anterior que, como lo destaca muy bien el *a-quo*, las autoridades del orden sí estuvieron ".... vigilantes, en el lugar de ubicación del inmueble de autos a través de patrullas motorizadas..." Sólo así se explica la policía, que transitaba por el lugar, iniciara la persecución de los terroristas, " ... logrando la captura del sujeto SERGIO LEON HINCAPIE LOPEZ de Envigado (Ant), quien una vez en las instalaciones de la policía, manifestó que el atentado se debía a venganzas del cartel de Medellín contra el cartel de Cali y que no investigara nada; agregó que para ejecutar el atentado había sido contratado en Medellín, para lo cual le ofrecieron la suma de 5 millones de pesos y en los hechos había 4 personas más....", como se lee en el informe que el Director de la seccional del Das envió el dia 31 de mayo de 1989 al Director central de inteligencia (C 1., fol 72).

B) A la luz de la realidad fáctica que se deja analizada, la Sala concluye que en el caso en comento no es viable deducir responsabilidad alguna en contra de la administración, pues como se dijo en sentencia de 17 de noviembre de 1967, Anales 415 y 416, Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, "... sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual, hasta el último riesgo, y hasta la más imprevisible amenaza. Constituiría ésto una nueva versión del Estado-Gendarme,tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece. Existen autoridades a Instituciones para prevenir y castigar los delitos, y asegurar así el respeto de los derechos conforme al discurrir

ordinario de la vida social. Dentro de este orden de cosas, que contempla las relaciones de particular a particular, sin saltar al campo de las cosas públicas, así cumple sus fines la administración.

"Pero cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias se requiere entonces la presencia especial de la autoridad si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia, causante de perjuicios y originaria de responsabilidad. No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública, Y AQUEL NO INTENTA SIQUIERA CONTRARRESTARLO.(subrayas de la Sala).

Aplicada la anterior filosofía al caso.*sub-exámine*, se repite, se tiene que la fuerza policiva si prestó la protección solicitada por el gerente del Grupo Radial Colombiano. Que no haya podido evitar el resultado dañino es conducta que no puede calificarse, en el caso que se estudia, de antijurídica, pues en puridad de verdad no puede predicarse que ella incurrió en conducta OMISIVA.

Para casos como el presente se impone estudiar y valorar la falla con la perspectiva que sugiere el profesor Jean Rivero, quien enseña que en cada conflicto de intereses se impone indagar, primero, qué podía esperarse, razonablemente, del servicio, pues a la nación tampoco se le puede exigir que haga lo imposible.

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 calendada el dia doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones dadas en los considerados de este proveído.

SEGUNDO : Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

EXP. -7533

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LICITACION PUBLICA - Deserción / RESOLUCION MOTIVADA - Inexistencia

El motivo de rechazo fue SUPERFLUO o mejor, el acto carece de la motivación exigida por el último inciso del artículo 42 del Decreto No. 222 de 1983. La ausencia de motivación necesariamente determina la nulidad del acto, pues ella implica no solo un vicio de forma, sino de ARBITRARIEDAD. La Resolución No. 004703, de 16 de diciembre de 1985 es nula, pues su única motivación consiste en afirmar que la Junta de Licitaciones y Contratos recomendó declarar desierta la licitación por no cumplir los proponentes los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones. La motivación posterior, que se recoge en la carta que el dia 20 de diciembre de 1985 envió el Secretario General del centro de imputación jurídica demandado, al señor Guillermo Ceballos no alcanza a sanear el vicio, pues la motivación debe ser CONCOMITANTE al acto y estar incluida en el mismo.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS A PROPONENTES - Improcedencia

Aunque para la Sala resulta razonable que, en casos como el presente, los proponentes puedan recuperar los costos invertidos en la presentación de sus propuestas, resulta igualmente cierto, que la condena, tal como fué solicitada, implicaría que el juez, en la étapa precontractual, sustituyera a la administración en la elección del mejor proponente, posibilidad que no es de recibo porque se invadiría la órbita misma de la administración, quebrantando así el principio de la separación de poderes, "...y porque en los casos de plena jurisdicción (hoy de

restablecimiento) el resarcimiento no puede ser sino la directa consecuencia de la nulidad decretada, y en el evento planteado no puede ser una adjudicación y celebración de un contrato sin que previamente se haya resuelto el proceso de adjudicación frente a todos los licitantes o proponentes"

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7680 Demandado: Empresa Puertos de Colombia. Actor: GUILLERMO LEON CEBALLOS FLOREZ.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicio la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por los procuradores judiciales de ambas partes, contra la sentencia calendada el dia dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

"1°. ANULAR PARCIALMENTE LA RESOLUCION Nro. 004703 de diciembre 16, de 1985, proferida por la Gerencia de la Empresa Puertos de Colombia -Terminal Marítimo de Buenaventura-, por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública Nro. DRT 033-85 para la firma Guillermo León Ceballos & CIA LTDA.

"2°. NEGAR LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA" (fl. 388. C.l).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"El Sr. GUILLERMO LEON CEBALLOS FLOREZ, por intermedio de apoderado, demanda en Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, al Establecimiento Público EMPRESA "PUERTOS DE COLOMBIA", para que se hagan las siguientes declaraciones:

"**PRIMERA.** Que es nula la Resolución Nro. 004703 de diciembre 16 de 1985; "Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública, Nro.

SECCION TERCERA

DRI-85 "Servicio de administración y suministro de alimentos en el casino comedor del terminal marítimo de Buenaventura y se autoriza su contratación directa"; acto proferido por el sr. Gerente de la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura Dr. Miguel Angel Sepúlveda Lozano y el Secretario General Dr. Luis Eduardo Morales Serna. (Transcribe la Resolución 004703).

"**SEGUNDA.** Que como consecuencia de la anterior declaración en uso del restablecimiento del derecho se condene a la Empresa Puertos de Colombia (Terminal Marítimo de Buenaventura), por conducto del pagador de dicho organismo a pagar a la Sociedad GUILLERMO CEBALLOS Y CIA LTDA representada por el sr. GUILLERMO LEON CEBALLOS FLOREZ al pago de los perjuicios causados por no adjudicarle la Licitación Pública Nro. DRI 003-85 "Servicio de Administración y suministro de alimentos en el casino comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura" y posteriormente por la no celebración del contrato administrativo derivado de dicha adjudicación; perjuicios estimados en los valores que se había podido ganar de haber resultado favorecido y haber ejecutado el contrato en la forma indicada teniendo en cuenta los intereses legales y moratorios que se causen; perjuicios que serán deducidos por peritos expertos en materia de suministro de alimentos, donde obviamente se descontarán los valores que se hubieren causado en la compra de los elementos comestibles destinados al suministro de alimentos en el casino comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura.

TERCERA. Que la Empresa Puertos de Colombia (Terminal Marítimo de Buenaventura) debe dar cumplimiento de la sentencia proferida en el término de treinta (30) dias, dictando a la comunicación de la providencia favorable la correspondiente Resolución en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento, especialmente la de aportar las reservas presupuestales que garanticen el pago de los perjuicios. (Art. 174-176 y 177 del C.C.A)".

"**HECHOS:**

"1o) Mediante Resolución Nro. 004209 de agosto 14 de 1875 (sic) se autorizó la apertura de la licitación Pública DRI 003-85 "Servicio de Administración y Suministro de Alimentos en el Comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura". Licitación cuya fecha de apertura fue en octubre 15 de 1985 y cuya fecha de cierre fue en octubre 31 de 1985.

"2o) En el pliego de Condiciones se estipularon las normas generales para participar en la Licitación Pública DRI 003-85.

"3°) El contrato tendría un termino de doce (12) meses contados a partir de la fecha del Acta de entrega del Casino Comedor a el contratista y el valor de cada una de las raciones se estipuló en un precio de $130.oo por almuerzo y de $130.oo por cada comida durante todo el año de 1985 y $153.oo tanto para el almuerzo y comida por el año de 1986, de conformidad al artículo 97 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente.

"4°) En la Licitación Pública participaron los oferentes siguientes: a) Coincar Ltda. b) Guillermo Ceballos y Cía Ltda. c) Margarita D/Amaire Colli. d) Jotagomez Ltda.

"5°) La Junta de Licitaciones y Contratos por Acta Nro. 032 del 26 de noviembre de 1985 recomendó declarar desierta jurídicamente la Licitación Pública No. DRI 003-85 por cuanto los proponentes no cumplieron los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones, procediendo de esta forma la Junta Directiva del Terminal Marítimo en su sesión Nro. 025 de diciembre 9 de 1925, aprobar y declarar desierta la Licitación pública y en su lugar autorizar al Gerente para efectuar el contrato por Contratación Directa.

"6o) Por lo resuelto en el numeral anterior, el sr. Gerente de la Empresa Puertos de Colombia-Terminal Marítimo de Buenaventura resolvió por Resolución Nro. 004703 de diciembre 16 de 1985, en su artículo único declarar desierta la Licitación Pública Nro. DRI-003-85 y en ese mismo acto el Gerente se autoriza para efectuar la contratación directa del "servicio de administración y suministro de alimentos en el casino comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura.

"7°) El motivo por el cual la Empresa Puertos de Colombia no adjudicó la licitación pública a mi mandante fué explicado por el Secretario General que transcribe en el oficio No. 615555 de diciembre 20 de 1985 aparte del concepto jurídico legal, emitido por la oficina correspondiente que da cuenta del inconveniente encontrado en la propuesta, "El balance, estado de pérdidas y ganancias, fue presentado sin la firma del proponente".

"8°) La Empresa Puertos de Colombia -Terminal Marítimo, al desestimar la propuesta de mi Mandante que era la más favorecida de las presentadas en condiciones de precios, plazos, calidad, cumplimiento, en los contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo del oferente y además la mas ajustada al pliego de condiciones, se violó con esa conducta administrativa claras normas del estatuto contractual, motivo por el cual deberá declararse la nulidad de la Resolución impugnada y ordenarse el restablecimiento del derecho en las condiciones solicitadas en este *libelo*".

"Estima como norma violada, el artículo 42 del Decreto Nacional 222 de 1983 Estatuto de Contratación Administrativa. Expresa el concepto de violación.

"El ente administrativo demandado, contestó la demanda y alegó de conclusión, proponiendo la excepción de "Falta de Jurisdicción y competencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento del Valle para conocer de esta controversia".

"Haciendo referencia a la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, ha expresado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado:

" "4) En plena armonía con los artículos 6 del Decreto Ley 1050 de 1968 y 31 del Decreto Ley 3130 de 1968, sobre los actos y hechos de las empresas comerciales del Estado, dispone el artículo 29 del Decreto Ley 561 de 1975, que "los actos que realice la empresa para el desarrollo de sus actividades comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las reglas de competencia sobre la materia. Los que realice para el cumplimiento de sus funciones administrativas que le confió la ley, son actos administrativos..... (Auto del 27 de agosto de 1987 -Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango, Expe. 5092.)

"En el caso *subjudice,* la Empresa "Puertos de Colombia, en su sede de Buenaventura, al iniciar la apertura de la Licitación Pública #DRI 003-85 para el "Servicio de administración y suministro de alimentos en el comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura" y posteriormente por Resolución No. 004703 de 16 de diciembre de 1985, declaró desierta la Licitación; no deben entenderse estos actos como encaminados al desarrollo de sus actividades comerciales, sino de aquellos dirigidos al cumplimiento de sus funciones administrativas; y siendo un acto administrativo la resolución antedicha, y según los criterios establecidos en los artículos 106 y 132 del Código Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer y fallar el asunto sometido a su decisión.

"Sobre el fondo de las pretensiones, la Sala expresa las siguientes consideraciones:

"Se solicita en la demanda se declare nula la Resolución 004703 de diciembre 16 de 1985 por medio de la cual se declara desierta la Licitación Pública No. DRI-85 "Servicio de administración y suministro de alimentos en el casino comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura y se autoriza

su contratación directa, proferida por el Gerente de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA- TERMINAL MARITIMO DE BUENAVENTURA, consecuencialmente se condene a dicha empresa a pagar a la Sociedad demandante los perjuicios causados.

"La causa comporta para la Sala, el análisis del artículo 42 del Decreto 222 de 1983 (Estatuto de Contratación Administrativa), que a su letra, expresa: "De cuando se declara desierta la licitación o concurso de méritos: El Jefe del organismo respectivo, declarará desierta la licitación o concurso de méritos: 1) Cuando no se presente el número mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación. 2) Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretensión de alguno de los requisitos previstos en este Estatuto o en sus normas reglamentarias. 3) Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación. 4) Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas, de manera ostensible, y antes del cierre de la Licitación o Concurso. 5) Cuando a su juicio las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante".

"A folio 259, numeral 3.8 del Pliego de Condiciones, se observa las causales para declarar desierta la Licitación, apreciándose una reproducción corta de la norma antes transcrita:

"a.- Cuando siendo pública no se presente el número de mínimo propuestas exigidas en el pliego de condiciones.

"b.- Cuando se hubiere pretermitido alguno o algunos de los requisitos legales.

"c.- Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la base del concurso.

"d. Cuando a juicio de Colpuertos se hubiere violado la reserva de las propuestas antes del cierre de las mismas.

"e.- Cuando a juicio de Colpuertos las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para ella.

"f.- Cuando a juicio de Colpuertos hayan variado las condiciones iniciales que motivaran la apertura de dicha solicitud de propuestas".

SECCION TERCERA

"La Resolución No. 00473 de diciembre 16 de 1985, por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública No. DRI-003-85, en uno de los apartes de la parte considerativa, dice:

"TERCERO: Que en Junta de Licitaciones y Contratos #032 del 26 de noviembre de 1985, se recomendó declarar desierta jurídicamente la Licitación Pública DRI-003-85 por cuanto no cumplen los proponentes los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones".

"La Sala se permite observar, como la lacónica motivación no señala que causal de las que trae el artículo 42 del Decreto 222 de 1983, reproducidas (sic) en el numeral 38 del Pliego de Condiciones sirvieron de base para que el ente público procediera a la declaratoria de desierta, dejando al albur de la imaginación la elaboración de toda clase de hipótesis al respecto.

"En cuanto a la firma GUILLERMO CEBALLOS LTDA., uno de los proponentes que participó en la Licitación DRI 00385, a folio 284, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, expone el siguiente concepto jurídico:

"2. GUILLO -GUILLERMO CEBALLOS CIA. LTDA.

"a. El Balance, estado de pérdidas y ganancias, fué presentado sin la firma del proponente".

Y al final de su comunicación, concluye:

"Las cuatro (4) ofertas, a juicio de esta oficina se deben rechazar por irregularidades". (Subrayas nuestras)

"Si volvemos sobre el Pliego de Condiciones, en el numeral 4 que establece los requisitos que deben cumplir los licitantes, apreciamos que el literal e) señala que "El Balance General debe estar certificado por Contador Público Juramentado, debidamente registrado en la Junta de Control de Contadores, y anexar fotocopia debidamente autenticada del registro".

"Queda claro, entonces, que lo establecido es que el Balance debe estar certificado por un Contador Público..... y no con la firma del proponente como equivocadamente afirma el Jefe de la Oficina Jurídica.

"Sobre este tópico se manifiesta la experticia pericial realizada -fl. 347-cdno ppal.

"....."

"CUARTO. La firma del Gerente o titular de Un Balance General no es requisito *sine qua non* para su validez, la firma que hace presumir su autenticidad es la del Contador Público, desde el punto de vista legal, además, esa condición no estaba expresada en las condiciones previas del pliego a cumplir por los licitantes.

"Hechas las consideraciones anteriores, dictaminamos que el licitante: GUILLERMO CEBALLOS Y CIA LTDA., si cumplió con las condiciones o requerimientos preestablecidos y no solamente cumplió, sino que se ajustaron a las disposiciones legales, aparentemente desconocidas por Puertos de Colombia".

"No necesita la Sala ahondar en mayores consideraciones para que asome lo que es fácilmente perceptible en el caso *sub-lite,* que siendo las cláusulas del Pliego de Condiciones normas de interés general, y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la propia administración, el ente público, las ha desconocido exigiendo requisitos no establecidos en el Pliego de Condiciones. La administración le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, originándose un acto administrativo como el que declaró desierta la licitación, donde se hace afirmación, que los proponentes no cumplieron las condiciones, cuando precisamente uno de ellos, Guillermo Ceballos, se atemperaba a lo requerido. Como consecuencia, el acto impugnado caerá en el campo de la anulabilidad e invalidez, y así lo declarará la Sentencia.

"Reclama la Sociedad actora, se condene a pagar a la administración, los perjuicios causados, estimados en los valores que se habían podido ganar al haber resultado favorecida con dicha licitación y la consiguiente firma del Contrato, perjuicios que serán deducidos por peritos expertos en materia de suministro de alimentos.

"Sobre este punto, la Sala se permite precisar, que el acto administrativo demandado no es un acto de adjudicación, circunstancia en la cual sería consecuencia la anterior pretensión formulada por el actor; procedía en el caso sublite reclamar ante ésta jurisdicción los perjuicios por lo que invirtió en el proceso de licitación el demandante, razón que lleva a la Sala no reconocer suma alguna por este concepto". (fl. 381-388, C.l)

SECCION TERCERA

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

A folios 395 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el apoderado del demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"1.) El artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, en su parte final, preceptúa que la "sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esa declaración a su favor".

"Es decir, que el *petitum* de la demanda, como en efecto ocurrió debía contener dos pretensiones; una buscando la nulidad del Acto acusado, que no era otro que aquel contenido en la primera de las declaraciones que buscaba mi mandante, consistente en:

"PRIMERA: Que es nula la Resolución No. 004703 de diciembre 16 de 1985; "Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública número DRI-003-85 "Servicios de Administración y Suministro de alimentos en el casino comedor del terminal marítimo de Buenaventura y se autoriza su contratación directa", acto proferido por el señor Gerente de la empresa Puertos de Colombia-Terminal marítimo de Buenaventura, Dr. Luis Eduardo Morales Serna", individualizando después el acto atacado. La otra, consecuencia de la PRIMERA, ordenando el restablecimiento del derecho, según la segunda declaración, que dice: SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración en uso del restablecimiento del derecho se condene a la Empresa Puertos de Colombia (Terminal Marítimo de Buenaventura), por conducto del pagador de dicho organismo a pagar a la sociedad GUILLERMO CEBALLOS Y CIA. LTDA, representada por el señor Guillermo León Ceballos Flórez, al pago de los perjuicios causados por la no adjudicación de la Licitación Pública Nro. DRI-003-85 "Servicios de Administración y suministro de alimentos en el casino comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura" y posteriormente por la no celebración del contrato administrativo derivado de dicha adjudicación; perjuicios estimados en los valores que se había podido ganar de haber resultado favorecido y haber ejecutado el contrato en la forma indicada teniendo en cuenta los intereses legales y moratorios; que se causen; perjuicios que serán deducidos por peritos expertos en materia de suministro de alimentos, donde obviamente se descontarán los valores

que se hubieren causado en la compra de los elementos comestibles destinados al suministro de alimentos en el casino del terminal Marítimo de Buenaventura".

"Pues bien. En esta oportunidad, el Tribunal luego de hacer largas consideraciones, anuló parcialmente el Acto acusado en lo referido puntualmente a la empresa "GUILLERMO CEBALLOS Y CIA LTDA". Quiere lo anterior decir que la Resolución número 004703 de diciembre 16 de 1985, emanada por la gerencia del Terminal Marítimo de Buenaventura, "Por medio de la cual se declara desierta la Licitación Pública DRI 003 de 1985 "Servicio de Administración y Suministro de Alimentos en el casino comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura y se autoriza su contratación directa", no es aplicable a mi mandante, pues como lo anota en su providencia la Sala, resulta que "es fácilmente perceptible en el caso *sublite*, que siendo las cláusulas del Pliego de Condiciones normas de interés general, y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la propia administración, el ente público, las ha desconocido exigiendo requisitos no establecidos en el pliego de Condiciones. La administración le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, originándose un Acto Administrativo como el que declaró desierta la licitación, donde se hace la afirmación, que los proponentes no cumplieron las condiciones, cuando precisamente uno de ellos, Guillermo Ceballos, Se atemperaba a lo requerido. Como consecuencia, el acto impugnado caerá en el campo de la anulabilidad e invalidez, y así lo declarará la Sentencia".

"Por consiguiente, Puertos de Colombia-Terminal Marítimo de Buenaventura estaba obligado a adjudicarle la licitación en cuestión a Guillermo Ceballos y Cía Ltda. Y, lógicamente, también esa adjudicación tanto para Puertos de Colombia Terminal marítimo de Buenaventura cómo para Guillermo Ceballos y Cía, Ltda, debió producir sus efectos, a través de la firma del respectivo contrato, lo cual no se hizo.

"Violado el derecho de "GUILLERMO CEBALLOS Y CIA LTDA", empresa que se sometió al pliego de condiciones de la licitación, que compromete en un todo a la administración, por cuanto contiene las bases de la relación contractual, ha debido restablecerse ese derecho. Lo otro sería aceptar que los funcionarios en nombre de la Administración con inexactitudes, pretextos, como las demostradas, violando la ley y el pliego declaren desiertas las licitaciones públicas y contraten directamente con quien quieran, sin que esto ocasione perjuicio alguno para nadie. Es decir, ni para los licitantes ni para la empresa. Patente de corzo para darle vía

libre a lo que podríamos denominar como la "contratación de los compadres".

"2.) Refiriendo a la reclamación de la actora, para que se condene a pagar a la administración, los perjuicios causados, estimados en los valores que se había podido ganar al haber resultado favorecida con dicha licitación y la consiguiente firma del contrato, precisa la Sala que el Acto administrativo demandado no es un Acto de Adjudicación.

"Respetuosamente me permito discrepar de tal aseveración, pues el proceso de licitación termina con una resolución, como la 004703 de diciembre 16 de 1985, bien sea adjudicándola o declarándola desierta, como el caso que ahora nos ocupa, con el agravante que en ella no solamente se declaró injustificadamente desierta, sino que el gerente se auto-autorizó para contratar directamente el suministro de alimentos, violando, se repite, la ley y el Pliego de Condiciones.

"En consideración de lo anterior, apelo de la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca -Sección Primera, para que el Honorable Consejo de Estado la revoque en cuanto al numeral segundo de la parte resolutiva que dice: "NEGAR LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA", a fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

"Que como consecuencia de la anterior declaración en uso del restablecimiento del derecho se condene a la empresa PUERTOS DE COLOMBIA (Terminal Marítimo de Buenaventura), por conducto del pagador de dicho organismo a pagar a la sociedad GUILLERMO CEBALLOS Y CIA. LTDA representada por el señor Guillermo León Ceballos Flórez el pago de los perjuicios causados por no adjudicarle la licitación Pública Nro. DRI-003-85 "Servicio de Administración y suministro de alimentos en el casino comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura" y posteriormente por la no celebración del contrato administrativo derivado de dicha adjudicación; perjuicios estimados en los valores que se había podido ganar de haber resultado favorecido y haber ejecutado el contrato en la forma indicada teniendo en cuenta los intereses legales y moratorios que se causen; perjuicios que serán deducidos por peritos expertos en materia de suministro de alimentos, donde obviamente se descontarán los valores que se hubieren causado en la compra de los elementos comestibles destinados al suministro de alimentos en el casino comedor del terminal Marítimo de Buenaventura.

"Que la empresa Puertos de Colombia (Terminal Marítimo de Buenaventura) debe dar cumplimiento de la sentencia proferida en el termino de treinta (30) dias, dictando a la comunicación de la providencia favorable la correspondiente Resolución en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento, especialmente la de apropiar las reservas presupuestales que garanticen el pago de los perjuicios (art. 174-176 y 177 del C.C.A)" (fl. 395-398. C. 1).

- III -

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL MANDATARIO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

En lo pertinente del alegato que obra al folio 391 y del cuaderno No. 1, expone su inconformidad con la sentencia dentro del siguiente marco:

"Los fundamentos de derecho de las pretensiones, fundamentos de hecho y de derecho, las normas violadas y el concepto de la violación, que esgrime el actor, no son oponibles a las normas y procedimientos que utilizó la empresa que representó judicialmente, por cuanto que esta, no está sujeta, ni estaba para este tipo de contrato de suministro que pensaba realizar de resultar favorecido alguno de los oferentes, al Decreto No. 222 de 1983. El inciso segundo del art. 1o. del decreto ley 222 de 1983 prescribe: LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA ESTE ESTATUTO: "...A las Empresas industriales y Comerciales del estado y a las sociedades de Economía Mixta, en las que el Estado posea más de el 90% de su capital social, le son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de Empréstito y de Obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades".

"El tipo de contrato que pensaba realizar mi poderdante, por medio de la Licitación pública, no está referido expresamente dentro del Estatuto contractual (DL. 222/83), y otros que lo hayan complementado.

"La Empresa Puertos de Colombia, para llevar a cabo una contratación, como la que discute el demandante, tiene su propio acuerdo de contratación No. 021 de fecha 31 de octubre de 1985, el cual se haya vigente, así mismo, la resolución No. 020 del 27 de enero de 1986 y el acuerdo 030 del 25 de noviembre del/86. En la oferta o pliego de cargos no eran admisibles omisiones y menos las que pudieran tacharse de casiosas (Sic) o fuera del pliego, por eso se formuló un pliego de condiciones y en el se señaló el rechazo de propuestas irregulares. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimientos

de éste y se somete a sus exigencias. (Sección Tercera. ponente Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ. Actor PABLO DE NARVAEZ. Expediente 1503. De todo esto resultan expresiones doctrinarias en cuánto al Pliego de Condiciones e interpretación del contrato que podemos señalar así. "Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o face imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión, y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado "La Ley del Contrato". Por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de Derechos y Obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación (...).

"Adjudicada la Licitación y celebrado el contrato, el pliego de Condiciones forma parte del mismo y tiene importancia incuestionable en su interpretación. En otros términos, el pliego es la principal fuente de donde se derivan los Derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir, en primer termino, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicarla y durante la ejecución del contrato" (DROMI, JOSE ROBERTO, La Licitación Pública, Buenos Aires, Ed. Lastrea, 1980, ps. 196-197).

"En relación con la oferta mas conveniente los doctrinantes opinan así:

"La oferta mas conveniente no es necesariamente la de menor precio (...) El precio más bajo es uno de los posibles criterios de selección, pero de ninguna manera constituye una pauta uniforme y constante para las adjudicaciones de obras públicas.

"El menor precio es una pero no la única forma de conveniencia, pues influyen también otros factores, como la capacidad técnica, económica y financiera del oferente (...).

"De lo expuesto surge indubitablemente que el precio inferior o la simple circunstancia del menor precio debe ser conectada con otros criterios relativos a las cualidades del objeto, plazos de entrega, forma de realización y antecedentes técnicos y economicofinancieros del adjudicatario. Compartimos, por lo tanto, la conclusión de Fiorini y Mata cuando dice que las reglas seguidas para adjudicar varían en función del contenido del contrato que se persigue pudiendo pasar del precio ofrecido a un segundo rango en mérito a otras pautas de selección: a) idoneidad técnica y moral del contratista; b) cualidades del objeto del contrato, y c) solución

financiera" (DROMI JOSE ROBERTO, la Licitación Pública, ob. cit. págs. 394-395).

'La resolución declarada nula parcialmente por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en forma parcial, debe ser declarada válida en su totalidad por cuanto se ajusta en todas sus partes para la declaración de desierta por incumplimiento del pliego de condiciones por parte de los licitantes al artículo 42 numeral 3°. del Decreto 222/83, y además por cuanto no tiene los visos de ilegalidad que señala el artículo 84 de la Ley 01/84, que los requisitos *sine qua non* que deben obrar como vicios que nulitan un acto administrativo y que permite que se ejercite la acción de nulidad" (fl. 391-393, C. 1).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada aunque con las precisiones de carácter doctrinario y jurisprudencial que mas adelante se precisarán.

En el caso *sub-examine* resultó bien probado que el Gerente de la Empresa Puertos de Colombia, por Resolución No. 004703 de 16 de diciembre de 1985, declaró desierta la licitación pública DRI- 003-85 "Servicios de Administración y Suministros de alimentos en el Casino-Comedor del Terminal Marítimo de Buenaventura", motivando su determinación con el argumento de que en la Junta de Licitaciones y Contratos No. 032 del 26 de noviembre de 1985, se recomendó proceder en tal sentido por cuanto los proponentes no cumplen con los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones. Pero es lo cierto que en el citado acto administrativo, como lo destaca muy bien el sentenciador de instancia, no se señala ni determina qué vacíos presentaba los distintos proponentes, "dejando al albur de la imaginación la elaboración de toda clase de hipótesis al respecto", como se lee en la sentencia de primera instancia.

Dentro del marco anterior el fallador se encuentra con la especial circunstancia de que, como lo destaca el demandante, bajo el rubro "Fundamento de Derecho de las Pretensiones. Normas Violadas. Concepto de la Violación", el motivo de rechazo fué SUPERFLUO o mejor, el acto carece de la motivación exigida por el último inciso del artículo 42 del Decreto No. 222 de 1983, que a la letra reza:

"En los casos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de éste artículo, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada".

SECCION TERCERA

La ausencia de motivación necesariamente determina la nulidad del acto, pues ella implica no sólo un vicio de forma, sino de ARBITRARIEDAD, como lo destaca bien el profesor ZELAYA cuando enseña:

> "La falta de explicitación de los motivos o causa del acto administrativo....nos pone en presencia de la arbitrariedad. Es el funcionario que dice "esto es así y así lo dispongo porque es mi voluntad". La antijuridicidad de tal conducta me impide ver en tal acto un vicio leve. Lo veo gravísimo, privando el acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad".

Al discurrir sobre el mismo tema el Profesor Agustín Gordillo, destaca:

> "La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerados" del acto, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea, los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto, la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindiese en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales e incluso en algunos de los actos expresados por signos. Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden", sirviendo además para la interpretación del acto.
>
> "4.2. Fundamentos:
>
> "La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de Derecho: no creemos, en consecuencia, que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos o intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos, a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los "actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derecho", es indiscutida e indiscutible la necesidad de una "motivación razonablemente adecuada", como tiene dicho la Procuración del Tesoro de Nación".....
> .....

"4.4 Requisitos de una motivación suficiente

"En todos los casos, debe destacarse que la necesidad de motivación no se satisface con arbitrarias expresiones tales como "por razones de mejor servicio", "por ser conveniente y necesario a los superiores intereses del Estado", "en virtud de las atribuciones que le confiere claramente la ley número...", etc. En cada caso será indispensable explicar claramente cuáles son los hechos que se consideran probados, cuál es la prueba que se invoca, qué valoración reciben, qué relación existe entre tales hechos y lo que el acto dispone, qué normas concretas son las que se aplican al caso (no bastando, según quedó dicho, la genérica invocación de una ley), y por qué se las aplica, etc. Esto demuestra que la motivación no es un problema de forma, sino de fondo, y que su presencia u omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido de acto y a la razonabilidad de la decisión. Ello, desde luego, la hace más imprescindible aún.

"4.5 La motivación previa, concomitante y ulterior

"Si bien lo normal es que la motivación sea concomitante al acto y éste incluida en el mismo texto en que se inserta la parte dispositiva, se ha admitido a veces que puedan servir como motivación previa de un acto los informes y dictámenes que lo preceden; pero ello es un criterio peligroso que sólo puede admitirse con limitaciones y a condición de que los informes y dictámenes sean: a) expresamente invocados como fundamento de la decisión; y b) comunicados al interesado. El acto que no tiene motivación ni invoca los motivos que puedan estar expuestos en informes o dictámenes previos, no puede considerarse fundado porque se encuentre en alguna parte un informe relativo al asunto.

"A su vez la doctrina sostiene que es inadmisible la motivación ulterior del acto, lo que es correcto a nivel de principio aunque causa cierta incertidumbre frente a una viciosa práctica administrativa en la cual no siempre se cumple -sobre todo en los niveles inferiores- el principio de la motivación. ni se declara la nulidad del acto que no lo ha cumplido. Una prueba de ello es que ya se haya admitido la motivación "previa" que emana de los informes y dictámenes que preceden al acto; si bien la motivación ulterior generalmente será una motivación "fabricada", ad hoc del acto ya dicho, aún en tales hipótesis es preferible exigir una motivación ulterior antes que permitir la ausencia de toda motivación. Entendemos que a este principio responde precisamente el procedimiento seguido en varios sistemas "contencioso-administrativos, en los cuales se pide a la Administración que informe sobre los motivos que tuvo para dictar cierto

acto impugnado por un recurso de anulación: si los motivos expuesto son satisfactorios (probados, fundados, lógicos, etc.), la validez del acto puede sostenerse; de lo contrario, ha de caer.

"En suma, la motivación debe en principio ser concomitante; por excepción puede admitirse la motivación previa si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados y comunicados. En ausencia de ambos el acto estará viciado por falta de motivación, pero este vicio no necesariamente es insanable y puede excepcionalmente ser suplido por una motivación ulterior, siempre que ella sea suficiente razonada y desarrollada; es decir, que sea una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de hecho y de derecho que llevaron al dictado del acto, y no un escrúpulo puramente formalista. Si tales razones no son amplias y convincentes, o si por la importancia del acto es inadmisible que no se lo haya motivado oportunamente, el acto deberá entonces anularse. La regla, por tanto, es que la motivación no puede sanearse y su falta causa la nulidad del acto; la excepción, que lo haga solo anulable y pueda motivárselo tardíamente, pero siempre es un vicio que, o es saneado, o produce la extinción del acto. No cabe confirmación ni ratificación alguna a su respecto" (Principios Fundamentales del Derecho administrativo en Latinoamérica II. Ediciones Rosaristas. 1986, pag. 22 y ss.ss).

Aplicada la anterior filosofía jurídica a la realidad fáctica que dió origen al presente conflicto de intereres, el sentenciador encuentra que la Resolución No. 004703, de 16 de diciembre de 1985 es nula, pues su única motivación consiste en afirmar que la Junta de Licitaciones y Contratos recomendó declarar desierta la licitación por no cumplir los proponentes los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones. La motivación posterior, que se recoge en la carta que el dia 20 de diciembre de 1985 envió el Secretario General del centro de imputación jurídica demandado, al señor Guillermo Ceballos no alcanza a sanear el vicio, pues la motivación debe ser CONCOMITANTE al acto y estar incluida en el mismo.

B) Por lo que hace relación con la indemnización de perjuicios, solicitada por el demandante, éste impetra en el libelo que se condene a la Empresa Puertos de Colombia a pagarle "...los valores que se habían podido ganar de haber resultado favorecido y haber ejecutado el contrato en la forma indicada teniendo en cuenta los intereses legales y moratorios que se causen...", pretensión que así formulada no tiene vocación de prosperidad, pues aunque para la Sala resulta razonable que, en casos como el presente, los proponentes puedan recuperar los costos invertidos en la presentación de sus propuestas, resulta igualmente cierto, que la condena, tal como fue solicitada, implicaría que el juez, en la étapa-precontractual, sustituyera a la administración en la elección

del mejor proponente, posibilidad que no es de recibo porque se invadiría la órbita misma de la administración, quebrantando así el principio de la separación de poderes, "...y porque en los casos de plena jurisdicción (hoy de restablecimiento) el resarcimiento no puede ser sino la directa consecuencia de la nulidad decretada, y en el evento planteado no puede ser una adjudicación y celebración de un contratos **sin que previamente se haya resuelto el proceso de adjudicación frente a todos los licitantes o proponente".** (Sentencia de 8 de febrero de 1985, Actor Edinson Sotomayor Arismendy. Expediente Nro. 2748. Consejero ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.)

Dentro del universo jurídico que se deja expuesto se impone concluir que los proponentes sí pueden cuestionar jurídicamente el alcance del acto administrativo que declara desierta la licitación, pero en el evento de prosperar la acción, sólo tienen derecho a que se les reconozca, si expresamente así lo piden, los gastos en que hayan incurrido con ocasión de la adquisición de pliego, estudios, proyectos, etc, que tuvieron que hacer para hacerse presentes en la licitación. Nada más, pero tampoco nada menos.

En la materia que se estudia la Sala acoge la perspectiva jurídica que maneja el Profesor José Roberto Dromi, cuando enseña:

> "El pre-contrato o período preliminar al contrato, más allá de las meras tratativas previas -o los *pourparters* como los llama la doctrina francesa- supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato por venir, que si bien no puede aún calificarse de voluntades contractuales, como presentación y recepción de oferta, rechazo de oferta, retiro de oferta, exclusión de oferente, etc., -a las que veremos mas adelante al estudiar las diversas faces de la licitación pública-, engendran de suyo un vínculo jurídico obligacional con todas las consecuencias que predicativamente ello implica.
>
> "Las tratativas previas no crean por sí solas ninguna vinculación jurídica en tanto no se conforme una comunicación recíproca de voluntades a nivel precontractual, mediante alguno de los actos separables referidos. Estos, como alternativa previa al contrato, generan una relación jurídica,un vínculo regulado por el derecho con efectos jurídicos recíprocos implicados en los derechos y deberes de cada parte, v.gr., los gastos e intereses negativos" que se originen con motivo de una ruptura intempestiva o arbitraria separación de la negociación. Esta es la cuestión de la denominada culpa in contrahendo, o sea la regulación de las responsabilidades derivadas de los tratos previos al contrato, se celebra éste o no.

"Es precisamente en esta face pre-contractual donde se dan, quizás con mas frecuencia que en la etapa postcontractual, conductas que contradicen o faltan a la buena fé, es decir que con finalidad de obtener ventajas se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación e interpretación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso confianza en ella.

"Como dijimos, estas tratativas (SIC) preliminares no son ya indiferentes para el derecho; crean una "vinculación jurídica especial" que origina derechos y deberes anteriores al contrato, pre-contractualmente, y no confundibles con los derechos y deberes derivados del contrato. Sería sin duda arbitrario, y mas aún para una concepción del contrato en función social, reconocer que una de las partes tenga un derecho limitado a retirar su oferta, o que el Estado licitante revoque por razones de oportunidad un llamado a licitación después que el oferente irrogó a su costa todos los gastos que genera presentar una oferta, o deje sin efecto un concurso de ante proyectos cuando los terceros concursantes hubieren concluido el trabajo, etcétera. Creemos que no puede negarse fuerza vinculante a la actividad pre-contractual" (La Licitación Pública. Editorial Astrea, 1985).

Dentro del marco jurisprudencial y doctrinario que se deja expuesto, el sentenciador no condena al pago de los gastos en que incurrió el demandante para hacer su propuesta, porque el universo indemnizatorio que se recoge en el petitum es muy distinto.

c) La anulación de la resolución No. 004703 de 16 de diciembre de 1985, proferida por el Gerente de la Empresa de Puertos de Colombia, por medio de la cual se declaró desierta la licitación pública No. DRT 003, 85 será Total y no Parcial, pues no se vivencia ninguna razón, de alcance jurídico, que permita mantener, parte del acto administrativo que careció, como ya se dijo, de MOTIVACION.

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:

1°) CONFIRMASE la sentencia calendada el dia dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo

del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, con la precisión de que la nulidad de la Resolución Nro. 004703 de 16 de diciembre de 1985, es TOTAL y no PARCIAL, como se dijo por el *a-quo*.

2º) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO Y CARCELARIO / INTERNO / DILIGENCIA JUDICIAL - Cumplimiento / ACTIVIDAD PELIGROSA

El manejo del personal detenido impone a las autoridades en los lugares de reclusión un especial cuidado y diligencia. Cuidado que aumenta en proporción a la mayor peligrosidad de ese personal. Y si esa actividad especial se impone dentro de los lugares de reclusión, que cuentan con especiales condiciones de seguridad, no sólo en cuanto a las instalaciones mismas, sino también en lo que dice con el personal y el armamento, qué no podrá decirse cuando ese manejo debe hacerse por fuera de los aludidos lugares, por ejemplo, cuando hay que sacarlos para el cumplimiento de diligencias judiciales o incluso por motivos de salud! Cuando en ejercicio de una actividad peligrosa se produce un daño, se presume la responsabilidad del que la ejerce. Aunque inicialmente se habló de una presunción de culpa (presunción que sólo cobijaba a uno de los supuestos de la responsabilidad), con apoyo en la noción del daño antijurídico contemplado en la nueva Carta Constitucional (artículo 90) la presunción se extendió a la responsabilidad misma y no a uno de sus supuestos. Daño antijurídico que deberá indemnizarse cuando la persona que lo sufrió no tenía porqué soportarlo.

Consejo De Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C. diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7774.- Indemnizaciones. Actor: MARIA ROCIO GALLEGO CARDONA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 23 de julio de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Pretensiones o súplicas que en la demanda formulada por María Rocío Gallego C. y otros contra la Nación -Ministerio de Justicia, se presentaron así:

"Declárase a la NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE JUSTICIA, administrativamente responsable de la muerte del Guardián RODRIGO LOPEZ CAMACHO y por consiguiente la totalidad de daños y perjuicios ocasionados a MARIA ROCIO GALLEGO CARMONA (esposa), JOHANA ALEJANDRA Y RODRIGO ARTURO LOPEZ GALLEGO (hijos), lo mismo que a MARIA NEPOMUCENA CAMACHO (madre).

"Los hechos sucedieron en la ciudad de Pereira, precisamente cuando el guardián de prisiones RODRIGO LOPEZ CAMACHO, efectuaba la remisión del detenido JUAN DAVID QUIÑONEZ O NELSON IZAGUIRRE, siendo abordado por varios individuos quienes de inmediato dispararon en su contra, logrando la fuga del mencionado sujeto con sacrificio de la vida del susodicho guardián el 3 de noviembre de 1988.
"Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:

"1°.- **POR PERJUICIOS MATERIALES**.- Condénase al ente público demandado a pagar a la señora MARIA ROCIO GALLEGO CARMONA(esposa) y a sus hijos JOHANA ALEJANDRA Y RODRIGO ARTURO LOPEZ GALLEGO (hijos) o a quien o quienes sus derechos representaren los daños y perjuicios materiales concretados en la frustración de la ayuda económica que venían recibiendo de su esposo y padre el guardián RODRIGO LOPEZ CAMACHO, teniendo en cuenta la Variación Porcentual del índice de Precios al Consumidor, entre las fechas de causación del daño y perjuicios; y la ejecutoria de la sentencia.

"2°.- **POR PERJUICIOS MORALES**.- Condénase al ente público demandado a pagar a MARIA ROCIO GALLEGO CARMONA(esposa), JOHANA ALEJANDRA Y RODRIGO ARTURO LOPEZ GALLEGO(hijos) y MARIA NEPOMUCENA CAMACHO(madre), o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los

daños y perjuicios MORALES representados en el equivalente en pesos a un mil gramos oro para cada uno de ellos, 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.

"3°.- **POR INTERESES.** Se pagará a la totalidad de los actores o a quien o quienes sus derechos representaron al momento del fallo, los INTERESES que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoria.

"Atendiendo lo dispuesto en el Artículo 1653 de C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

"Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia y transcurridos seis (6) meses los de mora.

"4°.- Se dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 dias siguientes a la fecha de la ejecutoria de conformidad con los Arts. 176, 177 y 178 del C.C.A."

En esa misma demanda se narraron, en síntesis los siguientes hechos:

1) Que el 3 de noviembre de 1988 murió el guardián Rodrigo López Camacho cuando en compañía del agente Jesús María Rubio Torres conducía de regreso a la cárcel de Pereira, luego de una diligencia cumplida ante el juzgado primero superior, al sujeto Juan David Quiñónez o Nelson Izaguirre Quiñónez.

2) Que el retorno a la cárcel se hizo en taxi, el cual fué asaltado por dos sicarios que se movilizaban en una motocicleta de alto cilindraje, a la altura de la calle 19 con carrera 8a.

3) Que como consecuencia de ese encuentro el señor López Camacho fué herido con arma de fuego y falleció poco después.

4) Que debido a la sorpresa de que fueron víctimas los agentes, el sujeto Quiñónez o Izaguirre cuya peligrosidad era conocida de todos, logró fugarse. Dicho sujeto estaba requerido, entre otros, por el juzgado 5o. penal del circuito de Bogotá y por el juzgado 11 de Instrucción Criminal de Pereira

5) Que pese a esa peligrosidad no se pidió escolta especial ni se tomaron medidas apropiadas, ya que los agentes sólo portaban sus armas de dotación de corto alcance (2 revólveres 38 largo y 6 cartuchos cada uno).

6) Que la muerte se debió a una típica falla del servicio, porque: "a) No fué solicitada escolta para la remisión de sujeto tan peligroso; b) Todo el personal del centro de reclusión de varones del Distrito de Pereira, conocía la peligrosidad; c) No fué asignado con carácter permanente un vehículo para la remisión; d)Eran insuficientes dos guardianes con dos revólveres para misión tan peligrosa; y e) Ninguno de los funcionarios de la Cárcel de Varones tomó ninguna precaución para la remisión después de recibir la orden del Juzgado Primero Superior, pues debieron,en su orden,el Director, Subdirector, Comandante de Guardia, oficial del día o Asesora Jurídica, tomar alguna medida y no se hizo".

7) Que el señor Quiñónez o Izaguirre se encontraba procesado por homicidio agravado y hurto calificado, por el atraco hecho al Banco Cafetero de Pereira.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Inconforme la parte actora, apeló. Y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 132 y siguientes.

Tramitada la nueva etapa procesal es oportuno decidir:

PARA ELLO SE CONSIDERA:

El señor apoderado de la parte actora, además de sustentar su recurso, presentó alegato de conclusión, en el cual insiste en que se dió la falta del servicio y se comprometió la responsabilidad del ente demandado. Tanto éste como el ministerio público guardaron silencio.

Para la Sala, la sentencia deberá revocarse porque no comparte el análisis hecho por el *a-quo* ni sus conclusiones.

Para una mejor comprensión del asunto se transcribe lo pertinente del fallo recurrido. Allí, se lee:

> "Las declaraciones e informes acotados antes permiten concluir que la remisión se dió atendiendo a lo que se tenía por norma en el penal: con dos guardianes, provistos del armamento que se tenía destinado para ello, revólveres. El Interno iba esposado y fué remitido en el furgón de la cárcel. Las instrucciones dadas a los guardianes, como norma general, son las de llamar para recogerlos al término de la diligencia o esperar al recorrido programado para ello. Ordinariamente ese recorrido se da, a menos que se den circunstancias que lo impidan. El dia de los hechos los guardianes

fueron despachados en aproximadamente media hora, respecto de la diligencia que cumplían en el juzgado. No llamaron al penal para que los recogiera el vehículo, ni esperaron a la hora programada, de ordinario, para ser recogidos por el furgón: a las 4.p.m. y de 5 a 5 y 30 p..m.; y al contrario después de esperar unos pocos minutos decidieron abordar un taxi y se presentó lo que se conoce.

"La misma demanda, folio 33, se responde inmediatamente a su desiderativa expresión de enviar un vehículo exclusivamente con el interno. En tal folio se lee: "por supuesto que esto no podía hacerse, cuando apenas cuentan en dicho centro penitenciario con un solo automotor que debe entre otras cosas cumplir con el transporte de los detenidos a tres dependencias a más donde funcionan los juzgados y las diferentes inspecciones de Policía."

"No existe norma alguna que señale que se deben solicitar escoltas para las remisiones; tampoco se probó, en éste caso, que se hubiera dado alguna circunstancia especial: llamada, alerta, proceder avieso o solicitud que reclamaran un comportamiento especial: el llamado de escoltas, como ha sucedido en las ocasiones referidas en los testimonios analizados.

"Por lo anterior, entonces, la razón está de parte del señor agente del Ministerio Público, la que se comparte, al decir, folio 95, que no se ha operado la falla o falta del servicio, ni por activa ni por pasiva.

"La muerte del guardián no se debió a una conducta de administración positiva o negativa. La génesis de ello se encuentra irrefutablemente en un proceder de unos terceros, delincuentes, que a sangre y fuego atacaron el vehículo en que se conducía al interno, para recuperarlo. Para ello hirieron mortalmente al esposo y padre de los demandantes, produciéndose como consecuencia su deceso. Tales delincuentes no hacían parte de la administración, ningún vínculo los unía con esta.

"Con los medios que tenía a su alcance la Dirección Seccional de la cárcel de Pereira atendió al deber que le correspondía: remitir al detenido ante el Juzgado que lo requería.

"Sería lo ideal ha dicho el H. Consejo de Estado que la suma de habitantes, territorio y gobierno, cumpliera con sus obligaciones y deberes, los de la Constitución Nacional, artículo 16 por ejemplo: mas hay muchas ocasiones en que ello no ocurre, **en algunos casos por la imposibilidad de los órganos estatales de cumplir con los fines establecidos**, no

prestando los servicios necesarios por carencia de medios generalmente económicos adecuados.

"Lógicamente, sólo podrá deducirse la responsabilidad estatal en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones, actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio. "(Sentencia de diciembre 7 de 1977, Sección III H. Consejo de Estado).

"En tal providencia se cita apartes de sentencia de la misma sala del 17 de noviembre de 1967, así: No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes..." Rayas fuera del texto.

"En esta ocasión la Sala se pregunta: bastaba una escolta para evitar la lamentable muerte del servidor público? La respuesta no podrá darse afirmativamente. Se había podido salvar o no. Pero lo que sí puede afirmarse y en grado superlativo es que, en este caso, si el proceder delincuencial de los terceros compinches del interno fugado no se dá, la muerte del guardián Rodrigo López Camacho tampoco se había operado. Ahí tal conclusión para afirmar que le endilga falla o falta del servicio no se dió y que el desenlace fatal halla su etiología única y exclusivamente en proceder de terceros

Para la Sala, tal como se dijo atrás, la sentencia deberá revocarse para, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

El manejo del personal detenido impone a las autoridades en los lugares de reclusión un especial cuidado y diligencia. Cuidado que aumenta en proporción a la mayor peligrosidad de ese personal.

Y si esa actividad especial se impone dentro de los lugares de reclusión, que cuentan con especiales condiciones de seguridad, no sólo en cuanto a las instalaciones mismas, sino también en lo que dice con el personal y el armamento, qué no podrá decirse cuando ese manejo debe hacerse por fuera de los aludidos lugares, por ejemplo, cuando hay que sacarlos para el cumplimiento de diligencias judiciales o incluso por motivos de salud.

Ha dicho la jurisprudencia de la Sala, en forma reiterada, que cuando en ejercicio de una actividad peligrosa se produce un daño, se presume la responsabilidad del que la ejerce. Aunque inicialmente se habló de una presunción de culpa (presunción que sólo cobijaba a uno de los supuestos de la

responsabilidad), con apoyo en la noción del daño antijurídico contemplado en la nueva Carta Constitucional (artículo 90) la presunción se extendió a la responsabilidad misma y no a uno de sus supuestos. Daño antijurídico que deberá indemnizarse cuando la persona que lo sufrió no tenía porqué soportarlo.

Por esa razón, presumida la responsabilidad de la persona pública, autora del hecho o de la abstención, y probados aquél o ésta y el perjuicio, no le queda a esta persona otra salida para exonerarse que probar la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho del tercero, también exclusivo y determinante. Se destaca así la diferencia con las hipótesis de presunción de culpa, como sucede frente a los servicios médicos oficiales, en los cuales podrá la entidad prestataria de los mismos exonerarse también probando la diligencia y cuidado en la prestación del servicio.

Aplicando éstas ideas al caso concreto puede concluirse con apoyo en el acervo probatorio:

a) Que el guardián de la cárcel de Pereira, señor Rodrigo López Camacho, murió el día 3 de noviembre de 1988, cuando en compañía de otro agente, el señor Jesús María Rubio Torres, conducía de regreso a su lugar de reclusión al interno Juan David Quiñónez o Nelson Izaguirre Q. luego de cumplir con él una diligencia judicial ante el juzgado superior.

b) Que pese a la peligrosidad del recluso, reconocida por todos pero ignorada, increíblemente, por las autoridades del penal, el traslado de regreso se hizo en un vehículo particular, taxi, acompañado solo por dos agentes armados con revólveres de corto alcance.

c) Que durante el retorno a la cárcel, el vehículo en que viajaban fué asaltado intempestivamente por dos sicarios fuertemente armados, quienes hirieron de muerte al agente López C. y rescataron al delincuente y huyeron en motocicleta de gran cilindrada.

d) Que si bien la diligencia de traslado hasta el juzgado se cumplió en el furgón apropiado para el efecto, el viaje de regreso se hizo en un taxi particular, porque aquél vehículo no los recogió, ya que estaba en ese momento cumpliendo otras labores de servicio.

e) Que antes de sacar al recluso de la cárcel para que pudiera cumplirse con la diligencia judicial, ya las autoridades habían detectado que existía un plan para liberarlo y quién tenía conocimiento de ésto, en lugar de hacérselo saber inmediatamente a la dirección de la cárcel, citó telefónicamente a su directora

para que se presentara a su oficina para contarle lo que sucedía.

Tan cierto es esto que la misma doctora Gloria Sierra Parra, que ejercía dicho cargo, declaró a este respecto:

> "Cuando llegamos al F-2 , entré en compañía del Capitán Morales a la oficina del sargento y éste cuando nos vió dijo: mire doctora como le parece que nosotros teníamos una información sobre el rescate del interno el Ecuatoriano, pero realmente no sabíamos si lo iban a rescatar dentro o fuera de las dependencias de la cárcel, inclusive en ese momento que él me dijo eso, le dije: es increíble sargento que por culpa suya hayan matado una unidad de guardia, porque cuando usted me llamó, pudo haberme dicho: no mueva personal esta tarde para remisión y con eso hubiera sido suficiente para entender su información. Yo no se si el suboficial del F-2 sabia o no que ese dia se movilizaba el Ecuatoriano, pero él sí sabía que a ese señor lo iban a rescatar, yo de éste hecho informé a la Dirección General de Prisiones y a la Procuraduría acá en Pereira."

f) Que el señor López C. murió a consecuencia de los disparos hechos por los sicarios que asaltaron el vehículo en que regresaban a la cárcel.

Muestran los hechos así narrados, de un lado, que la muerte fué causada por terceros; y de otro, que la conducta de las autoridades concurrió con la acción de los delincuentes.

Pues bien. Tendrá ese hecho de terceros el carácter de exclusivo y determinante como para afirmar que la administración no tuvo nada que ver con la muerte del agente López C.? O, por el contrario, mostrará que su muerte fué el efecto de la concurrencia de varias conductas responsables? Para la sala la primera respuesta es negativa. La administración sí tuvo que ver con esa muerte. Si el servicio hubiera funcionado correctamente, lo más seguro es que no se habría producido la muerte del agente.

No tiene justificación alguna la forma como se cumplió el traslado del detenido; forma que fué casi una invitación al rescate; detenido de alta peligrosidad, según los antecedentes probados y que, aunque se quiera afirmar lo contrario por los responsables del servicio carcelario, tenía que ser conocida por ellos, ya que en esa dependencia carcelaria debían figurar las hojas de vida de todos los detenidos, con sus anotaciones y antecedentes de rigor.

La segunda respuesta guarda armonía con lo que se acaba de observar. De un lado se presentó la notoria falla del servicio que propició la ocurrencia del hecho de los terceros. Se dió así una concurrencia de sujetos responsables,

sin que la falla de la una excluya la conducta de la otra en el campo de la responsabilidad. Sujetos así responsables solidariamente en los términos del art. 2344 del c.c

El hecho de tercero para ser exonerativo de responsabilidad tiene que ser exclusivo y determinante. O sea que cuando se da con ese alcance, no existe la relación causal entre el hecho de la administración y el perjuicio causado a la víctima. Y aquí fué tan evidente la irregular prestación del servicio que si no hubiera sido por ella la tragedia no se habría presentado o hubiera sido menor.

Descartada esta causal de exoneración, se pregunta la Sala: Se dió la culpa de la víctima?. Si esta respuesta fuera afirmativa, seria esa culpa exclusiva y por ende, también exculpativa de la responsabilidad endilgada a la nación

Para la Sala la respuesta a la primera pregunta es negativa, pese a que formalmente pudiera pensarse en su ocurrencia, en especial por el hecho de no haber reclamado los agentes el furgón y tomar un taxi para regresar a la cárcel.

Y es negativa, porque según lo narra el agente Rubio Torres, asignado como acompañante de López, ellos decidieron regresar al lugar de reclusión porque notaron la presencia de sospechosos en el lugar, poco antes de la diligencia judicial. Uno de los cuales al saludar al detenido lo tranquilizó, "por que todo iba a salir bien." El mismo Rubio afirma en su informe a folios 21 del cuaderno principal), que coincide en lo fundamental con su declaración que obra a folios 193 y ss del cuaderno # 2, que López estaba tan nervioso cuando salió del juzgado que le dijo: "Ahora que bajemos cojamos un taxi lo mas rápido que se pueda porque la movida está como chueca y yo le contesté esperemos el furgón un rato puede que Vélez pase por aquí ligero, en seguida bajamos y esperamos en la salida del Palacio unos diez o quince minutos, entonces él me dijo Rubio vamos ahí viene un taxi, luego abordamos el taxi....".

Está, pues, demostrado que el furgón no estaba esperándolos a la salida y que ni siquiera los iba a recoger oportunamente porque en esos momentos cumplía diligencia con la Directora del Penal Diligencia que, por ironía, tenía por objeto recibir información sobre el plan que para rescatar al delincuente Quiñónez se habrá detectado con anterioridad a los hechos estudiados. Aquí se recuerda que la administración es una sola y que nada justificó la demora en la información que había podido evitar la tragedia.

No hubo culpa de la víctima; y ésta con su conducta no hizo sino tratar de corregir el defectuoso funcionamiento del servicio y por eso trató de regresar al recluso cuanto antes a la cárcel. Y en el peor de los casos, de haberse

presentado, no seria exclusiva y sólo tendría el efecto de reducir la indemnización pretendida, en los términos del art. 2357 del c.c. Aquí se insiste en la negativa, porque fué tan protuberante la falla del servicio que haría desaparecer la del agente que quiso regresar, cuanto antes, al lugar de reclusión.

LOS PERJUICIOS:

Pretende la parte actora el reconocimiento de perjuicios a favor de la cónyuge sobreviviente, señora María Rocío Gallego Carmona; de los hijos del occiso, Johanna Alejandra y Rodrigo A López y de su madre, señora María Nepomucena Camacho.

La relación de parentesco estuvo bien acreditada, tal como se desprende de los documentos del estado civil que obran a folios 5 y ss; documentos éstos que acreditan el matrimonio de Rodrigo López C. con María Rocío Gallego Carmona; el nacimiento de sus dos hijos, uno de ellos póstumo (Johanna Alejandra nacida el 18 de abril de 1989, o sea cuatro meses largos después de la muerte de su padre) y el carácter de madre legítima de la señora Nepomucena Camacho.

En este orden de ideas y ante la prueba de la legitimación por activa, la Sala, siguiendo la orientación de la jurisprudencia, impondrá condena por perjuicios morales equivalente a 1000 gramos oro para cada una de las siguientes personas: María Rocío Gallego C, Johana Alejandra, Rodrigo Arturo López G y María Nepomucena Camacho.

En cuanto a los perjuicios materiales se reconocerán a favor de la cónyuge María Rocío Gallego C y de sus hijos, Johanna y Rodrigo Arturo que dependían económicamente de aquél.

Frente a aquélla por el lapso comprendido entre el 3 de noviembre de 1988, fecha de la muerte de Rodrigo López C, y la vida probable de éste, dado que nació el 24 de junio de 1948. Y en cuanto a los hijos, esa indemnización irá hasta que cada uno de ellos cumpla su mayoría de edad.

Se acreditó que el señor López Camacho devengaba $ 52.100.oo mensuales. De éstos, el 25% se estima era lo que gastaba en vida para su propia subsistencia. El 75% restante se dividirá así: 50% para la cónyuge y el resto, por partes iguales para sus dos hijos.

Hechas las operaciones de rigor, correspondientes a los dos períodos

vencido y futuro) y con sujeción a las fórmulas matemáticas adoptadas por la jurisprudencia, la liquidación será la siguiente:

PERJUICIOS MATERIALES:

Ingresos: $ 52.100.oo

R = 52.100 - 25% = 39.075

Indices = Nov. /88 = 97.87; mayo /93=298.05

Ra = 39.075 x 298.05/97.87=$ 118.997.69

N= nov. 3/88 a junio 3/93 4 años 7 meses=55 meses.

1.- INDEMNIZACION DEBIDA O VENCIDA

a) Para María Rocío Gallego Carmona (cónyuge):

Ra = $ 59.498.85; i = 0.004867; n = 55

S = (59.498.85 x (1.004867) a la 55 - 1)/0.004867

S = 59.498.85 x 0.0306871/0.004867

S= 3.741.906.94

b) Para cada uno de los hijos, Rodrigo Arturo y Johanna Alejandra:

$ 3.741.906.94/2 $ 1.870.953.47

2o. INDEMNIZACION FUTURA:

a) Para María Rocío Gallego Carmona:

Rodrigo López C (víctima), nació: junio 24/48

A noviembre 3/88 (muerte) tenía: 39 años 7 meses 23 dias.

Vida probable =35.01 años=525.15

n = 525.15 - 55=470.15; Ra = $ 59.498.95

S = (59.498.95 (1.004867) a la 470.15 -1)/(0.004867(1.004867) a la 470.15)

S = 59.498.95 x 8.8028158/0.047710304

S = 59.498.95 x 184.5055483

S = $ 10.977.886.39

b) Para Rodrigo Arturo López Gallego:

Nació: abril 13/87 (fl. 7), Mayoridad: abril 13/2005

n = junio 3/93 a abril 13/2005 = 11 años 10 meses 10 días.
n = 142,33 Ra = $ 29.749.48; i = 0.004867

S = (29.749.48 (1.004867) a la 142.33 -1)/0.004867 (1.004867) a la 142.33

S = 29.749.48 x 0.9957897/0.0097135084

S = 29.749.48 x 102.5159705
S = $ 3.049.796.81

c) Para Johanna Alejandra López Gallego:

Nació: Abril 18/89 (folio 6). Mayoridad: abril 18/2.007

n = Junio 3/93 a abril 18/2007 13 años 10 meses 15 días

n = 166.5; Ra = $ 29.749.48; i = 0.004867

S = (29.749.48 (1.004867) a la 166.5 -1)/0.004867 (1.004867) a la 166.5

S = 29.749.48 x 1.2442915/0.0109222966

S = 29.749.48 x 113.9221551 = $ 3.389.124.87

RESUMEN

Para María Rocío Gallego Carmona:

a) Indemnización Debida	$ 3.741.906.94	
b) Indemnización Futura	$10.977.886.39	$ 14.719.793.33

2) Para Rodrigo Arturo López Gallego:		
a) Indemnización Debida	$ 1.870.953.47	
b) Indemnización Futura	$ 3.049.796.81	$ 4.920.750.28
3) Para Johanna Alejandra López Gallego:		
a) Indemnización Debida	$ 1.870.953.47	
b) Indemnización Futura	$ 3.389.124.87	$ 5.260.078.34
Total Perjuicios Materiales	$ 24.900.621.95	

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:

Revócase la sentencia de 23 de julio de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

En su lugar:

Declárase responsable a la nación -Ministerio de Justicia- de los perjuicios causados a los damnificados con la muerte del agente Rodrigo López Camacho, acaecida el 3 de noviembre de 1988 en la ciudad de Pereira.

En consecuencia, se le condena a pagar por concepto de perjuicios morales, en su equivalente en pesos, a María Rocío Gallego Carmona (cónyuge), Johanna Alejandra y Rodrigo Arturo López Gallego (hijos) y María Nepomucena Camacho, 1.000 gramos oro para cada uno. El valor del gramo oro, precio interno, lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Condénase también a la misma entidad al pago de las siguientes sumas, por concepto de perjuicios materiales: A María Rocío Gallego Carmona, Catorce Millones Setecientos Diecinueve Mil Setecientos Noventa y Tres pesos con 33/100 centavos m/cte ($ 14.719.793.33), a Johanna Alejandra López Gallego Cinco Millones Doscientos Sesenta mil Setenta y Ocho Pesos con 34/100 centavos M/cte ($ 5.260.078.34) a Rodrigo Arturo López Gallego Cuatro Millones Novecientos Veinte Mil Setecientos Cincuenta pesos con 28/100 centavos m/cte ($4.920.750.28).

Deniéganse las demás súplicas.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que ésta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del dia diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA / RETENCION DE PERSONAS / INDICIOS

En varias ocasiones ha tenido la Sala oportunidad de manejar casos como el presente, en los cuales no aparece la prueba directa para demostrar la autoría de un homicidio, ni las circunstancias mismas de tiempo, modo y lugar en que aquel se ejecutó. En tales ocurrencias se ha dicho que exigir esa prueba directa equivaldría a pedir una prueba imposible, por lo que se hace necesario mediante un manejo inteligente, técnico y adecuado de los demás elementos probatorios disponibles, procurar establecer desde el punto de vista administrativo cual ha sido la participación oficial en el hecho dañoso correspondiente. Lo anterior con el objeto de que en casos como el examinado se pueda establecer lo más seguramente posible cual fué el destino de quienes por una u otra razón se ven privados de su libertad por cuenta de organismos estatales de seguridad y mas tarde aparecen lesionados o desaparecen para luego encontrarlos como cadáveres, en muchos casos torturados. Innecesaria y arbitrariamente los jóvenes fueron mantenidos privados de la libertad por parte de la policía a sabiendas de que la causa de su retención carecía de fundamento. Tal comportamiento sin duda alguna resulta comprometedor para la institución demandada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7918. Demandada: Policía Nacional. Actor: EFRAIN MANUEL PATIÑO Y OTRA.

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en la cual dispuso:

"PRIMERO: Declárase a la Nación Policía Nacional, administrativamente responsable por la muerte violenta de EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL, ocurrida el dia 5 de febrero de 1988, cuyo cadáver fué encontrado en el Corregimiento de la Esperanza Municipio de Cáchira, comprensión del Departamento Norte de Santander.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración la Nación Policía Nacional pagará a los actores las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

"a) A los padres EFRAIN MANUEL PATIÑO y EDILMA SANDOVAL DUARTE el equivalente en pesos a 1000 gramos de oro fino para cada uno.

"b) A los hermanos OSCAR ENRIQUE, ESPERANZA, LUIS RAMON y CARLOS HUMBERTO PATIÑO SANDOVAL el equivalente en pesos a 500 gramos oro fino para cada uno.

"La equivalencia en pesos se establecerá de acuerdo con el precio interno del oro que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de éste fallo. Tal certificación deberá acompañarse con las respectivas cuentas de cobro.

"TERCERO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

"CUARTO: Con el objeto que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de las sentencias, con constancias de su ejecutoria, con destino a las partes, con las observaciones previstas en el artículo 115 del C. de P.C.

"QUINTO: Compulsar copias de las piezas procesales señaladas en la parte motiva de ésta providencia con destino al señor Comandante de Policía del Departamento del Cesar, con el fin de que se investigue las torturas a que fueron sometidos los jóvenes EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL y RENE FRANCO RAMOS, durante su detención el dia 4

de febrero, de 1988 en el Puesto de Policía de San Alberto Departamento del Cesar.

"SEXTO: Téngase a la doctora MARIA DEL PILAR DE FRANCISCO ALDANA, como apoderada sustituta de la Nación Policía Nacional, conforme a poder que obra en autos.

"SEPTIMO: Si esta sentencia no fuere APELADA CONSULTESE ante el Superior". (folios 193 y 194)

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1º. La demanda

OSCAR ENRIQUE PATIÑO SANDOVAL quien obra en nombre propio y el de EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL, quienes a su vez obran en nombre y representación de los menores ESPERANZA, LUIS RAMON, y CARLOS HUMBERTO PATIÑO SANDOVAL, por medio de apoderado debidamente constituido, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda contra la POLICIA NACIONAL para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que la Nación Colombiana-Policía Nacional es responsable de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los mandantes como consecuencia de la falla en el servicio provocada por la Policía Nacional que produjo el deceso de EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL;

"SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, la Nación-Policía Nacional debe pagar a los actores:

"A. Los perjuicios de orden material que resultaren probados, ocasionados a los actores por la muerte de EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL, y en subsidio los que resulten de la liquidación prevista en los artículos 308 del C. de P.C. Y 178 DEL C.C.A..

"TERCERA: Que a la sentencia se le dé el cumplimiento, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2º.- Fundamentos de hecho.-

Se resume lo que al respecto dice la demanda:

En el mes de noviembre de 1987 el joven EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL, después de terminado su año escolar, viajó a la finca Santa Teresa Corregimiento de la Pedregoza para pasar las vacaciones a donde su abuela en el municipio de Cáchira, Departamento de Norte de Santander.

Terminadas sus vacaciones, el dia 4 de febrero de 1988, viajó a San Alberto Departamento del Cesar, para comprar algunos víveres e igualmente avisarle a sus padres de su regreso a Cúcuta. Allí mismo se encontró con un amigo RENE FRANCO RAMOS con quien decidió tomarse una gaseosa y estando en esto, llegó una patrulla de la policía y los retuvo aduciendo que era para una averiguación de conducta. La señora FRANCO RAMOS los acompañó hasta la estación de Policía, volviendo a las dos de la tarde encontrándolos cargando arena en el parque del poblado, permitiendo los policías que les dieran gaseosa y comida; así pasaron todo ese dia y a eso de las seis y treinta de la tarde la señora volvió para preguntar por ellos y los encontró esposados y retenidos en una celda, más tarde fué a llevarles comida pero los policías no se lo permitieron y tuvo que quedarse esa noche en San Alberto; al día siguiente la señora volvió al puesto de policía, donde le manifestaron que los habían dejado en libertad y ella se devolvió al Corregimiento de la Pedregoza, Municipio de Cáchira Norte de Santander.

"El viernes 5 de febrero de 1988 fué encontrado en el sitio denominado la Curva del Diablo, Corregimiento de la Esperanza, municipio de Cáchira Departamento de Santander muerto el joven EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL, con once impactos de bala calibre 9 m.m. y claras huellas de tortura.

La patrulla que detuvo a EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL estaba integrada por los agentes ESNEYDER MONTENEGRO FERREIRA, JOSE LUIS ORTIZ POLO, LEOPOLDO DELGADO ANGARITA y otros la muerte violenta la conoció el Juzgado 63 de Instrucción Penal Militar del Departamento del Cesar, encontrándose actualmente el proceso en el Juzgado 3º. de Instrucción Criminal del municipio de Pamplona.

Según la certificación expedida por el Inspector Departamental de Policía La Esperanza, de la muerte de EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL "acaeció el día 5 de febrero de 1988 a la 1 a.m. en el kilómetro 86 vía que conduce al Corregimiento de San Alberto y se produjo en forma violenta con arma de fuego". (folio 3).

"Cita como normas trasgredidas los artículos 16, 20, 29, y 52 de la Constitución Nacional de 1886, artículos 106 y 107 del Decreto No. 0100 del 23 de enero de 1980 (Código Penal); resolución No. 6134 del 14 de agosto de 1975; artículo 8°. de la ley 153 de 1887, resolución No.00168 de 1961 por la cual se aprueba el reglamento de vigilancia Urbana rural de la Policía Nacional, artículos 66 y 74; artículos 1°., 4°., 6°., 29., del decreto No.1355 de 1970 (Código Nacional de Policía y demás. Artículo 30 del Código de policía modificado por el artículo 109 del Decreto No.522 de 1971, literales c) q) del artículo 119 y artículos 125 y 16 del Decreto 1835 de julio 31 de 1979 (Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional), apoyándose igualmente en jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos de Departamento, contenidos en innumerables fallos condenatorios de la Nación, en casos y procesos muy semejantes al presente". (fol. 173)

3°. Actuación Procesal.

La apoderada de la parte demandada contestó la demanda y solicitó práctica de pruebas; también solicitó que se negaran las súplicas de la demanda y absolución de la Policía Nacional, apoyándose en que en ningún momento los accionantes demostraron legitimación en la causa por activa, respaldando sus alegaciones con apartes de una sentencia del Consejo de Estado.

Igualmente el Procurador Judicial del actor solicitó a la Corporación acceder a la totalidad de las pretensiones, conforme a jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, "relacionada con la responsabilidad extracontractual del Estado", como son: a) un hecho dañoso imputable a la Policía Nacional; b) un daño sufrido por el actor, la muerte de Efraín Manuel Patiño Sandoval y, c) la relación de causalidad entre el daño y el hecho, probada como se dijo con los indicios que obran en el proceso y la prueba testimonial ya indicada ...".

4°.- La sentencia consultada.-

En el fallo visible a folios 193 y 194 el *a-quo* declaró "que la Nación Policía Nacional, deberá responder por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con ocasión de la muerte del joven EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL en circunstancias ya suficientemente reseñadas".

Para arribar a la conclusión de responsabilidad a cargo de la administración, el *a-quo* realizó un detenido análisis del material probatorio recaudado, del cual indiciariamente dedujo que por la actuación de algunos miembros de la Policía Nacional a ésta entidad le correspondía responder administrativamente por la muerte del joven EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL.

Finalmente el *a-quo* llega a la conclusión de que la Nación Policía Nacional es administrativamente responsable por la muerte violenta de EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL y que está demostrada la falla, puesto que "como el objeto de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no es buscar culpables; sino establecer si la conducta de la Policía como cuerpo funcional del Estado dió lugar o propició que el servicio público por ellos prestado fallara y como consecuencia de ello, entrara en compromiso la responsabilidad extracontractual del mismo".

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo consultado deberá confirmarse dado que la valoración y análisis de las pruebas recaudadas en él realizados permiten concluir que efectivamente hay lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial extracontractual a cargo de la entidad demandada.

La forma como se desarrollaron los hechos y el comportamiento oscuro y elusivo advertido en el personal de la Policía Nacional para explicar y justificar la desaparición del estudiante EFRAIN PATIÑO SANDOVAL sirven como fundamento y respaldo del fallo condenatorio consultado. De ahí que para la Sala resulta pertinente la valoración indiciaria efectuada por el *a-quo* y sobre la misma se sustentará esta providencia.

En varias ocasiones ha tenido la Sala oportunidad de manejar casos como el presente, en los cuales no aparece la prueba directa para demostrar la autoría de un homicidio, ni las circunstancias mismas de tiempo, modo y lugar en que aquél se ejecutó. En tales ocurrencias se ha dicho que exigir ésa prueba directa equivaldría a pedir una prueba imposible, por lo que se hace necesario mediante un manejo inteligente, técnico y adecuado de los demás elementos probatorios disponibles, procurar establecer desde el punto de vista administrativo cuál ha sido la participación oficial en el hecho dañoso correspondiente. Lo anterior con el objeto de que en casos como el examinado se pueda establecer lo más seguramente posible cuál fué el destino de quienes por una u otra razón se ven privados de su libertad por cuenta de organismos estatales de seguridad y más tarde aparecen lesionados o desaparecen para luego encontrarlos como cadáveres, en muchos casos torturados.

En éste orden de ideas y como indicio en contra de la entidad demandada cabe destacar el contenido de la contestación de la demanda en donde ninguna alusión se hace a los hechos y cargos en aquélla contenidos, limitándose a solicitar genéricamente algunas pruebas francamente ajenas a lo sucedido.

SECCION TERCERA

Puede señalarse también como indicio en contra de la Policía Nacional, la capacidad moral de los miembros involucrados en estos hechos, para quienes ninguna dificultad les significó maltratar y torturar a los jóvenes detenidos, conductas por las cuales disciplinariamente sus autores fueron sancionados. La declaración de Betsabé Ramos de Franco y del médico legista que observó marcas en las muñecas de uno de los cadáveres respaldan el anterior concepto.

Otro aspecto que obra contra la entidad demandada es el resultante de la contradicción que se presenta sobre los antecedentes de los jóvenes retenidos por la Policía Nacional pedidos al Batallón Santander de Ocaña y la demora en conceder la libertad luego de conocer tales informes, favorables desde luego, a Franco y Patiño Sandoval. Si a las tres de la tarde el agente Delgado se comunicó con el Batallón Santander y le informaron que los detenidos carecían de antecedentes, información que trasladó de inmediato al cabo Segundo Bonilla. Por que éste sub-oficial manifiesta haber salido a las seis de la tarde y regresó a las ocho de la noche. Como no encontró al agente Delgado fué a buscarlo a su casa y una vez obtenida su información puso en libertad a los retenidos a las 8:08 de la noche. Se deduce de lo anterior que innecesaria y arbitrariamente los jóvenes fueron mantenidos privados de la libertad por parte de la Policía a sabiendas de que la causa de su retención carecía de fundamento. Tal comportamiento sin duda alguna resulta comprometedor para la institución demandada.

Otro hecho en contra del ente oficial surge de la incriminación contra los jóvenes Patiño y Franco por carencia absoluta de documentos. Tal manifestación se desvirtúa cuando al practicar el levantamiento del cadáver de Efraín Patiño se dejó constancia de que portaba un carnet que lo acreditaba como estudiante y en el de René Franco una partida de bautismo. La explicación que al respecto ofreció el agente Leopoldo Delgado Angarita a la Procuraduría resulta francamente absurda e ilógica al pretender que tales documentos los habían recibido después de salir en libertad.

También obra contra la entidad demandada la justificación o explicación que el cabo Segundo Bonilla pretende dar a lo sucedido valiéndose de una llamada anónima de quien dijo haber visto que a los jóvenes los había matado personal del ejército. Coincidencialmente el suboficial Bonilla departió con Víctor Mora y éste al calor de los tragos le manifestó haber sido el autor de la anónima llamada. Para complementar la coincidencia el nombre de Víctor Mora sólo sale a la luz pública después de que había muerto. Por elementales razones de buen sentido y sana lógica la posición de éste suboficial antes que favorecer los intereses de la institución a la que presta sus servicios, le ocasiona los perjuicios procesales que como indicio en su contra constituye su actuación.

Cabe señalar cómo algunos de los proyectiles recuperados en los cuerpos de las víctimas coinciden en cuanto a su calibre 38 largo, con algunas de las armas que portaban los miembros de la Policía Nacional.

Se trató entonces de una situación en la que los miembros de la Policía Nacional acantonados en San Alberto privaron de su libertad a los jóvenes Rene Franco Ramos y Efraín Manuel Patiño Sandoval, a quienes sometieron a maltratos injustificados y los obligaron a desempeñar labores a las que no estaban obligados. Posteriormente los mantienen retenidos, los amarran de las muñecas, los someten a vejámenes y atropellos, con absoluta omisión de sus deberes como autoridades públicas y total desconocimiento de los más elementales derechos de los retenidos, para más tarde hacerlos aparecer en libertad y cuando fueron encontrados torturados y sin vida evadir cualquier responsabilidad con explicaciones y actitudes que, como se analizó, se convirtieron en hechos indicadores contra la propia administración.

Ciertamente tuvo razón el Tribunal Administrativo de Norte de Santander al declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado con fundamento en la prueba indiciaría de la cual en este fallo se ha hecho expresa referencia y por tal razón la sentencia consultada habrá de confirmarse, incluida desde luego la indemnización que por concepto de perjuicios morales allí se consignó en favor del padre y hermanos de EFRAIN MANUEL PATIÑO SANDOVAL, cuya legitimación resulta acreditada de las actas de registro civil de nacimiento que obran a los folios 220, 221, 222, 223 y 224 del cuaderno principal, de los que se infiere que Efraín Manuel Patiño es el padre extramatrimonial de la víctima y de los demás hermanos demandantes de acuerdo con su manifestación expresa de reconocimiento para cada uno de ellos contenida al respaldo de los respectivos registros. No sucede igual con la señora Edilma Sandoval Duarte cuya calidad de madre no aparece debidamente acreditada en el proceso, ni siquiera como tercera damnificada. En las anteriores condiciones hay lugar a reconocer el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino en favor del padre y el equivalente a 500 gramos del mismo metal para los hermanos. Dada la calidad de estudiante del joven Efraín Manuel Patiño Sandoval no hay lugar a reconocimiento de perjuicios materiales en favor de los demandantes.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales Primero, Segundo b), Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto y Septimo de la sentencia consultada esto es, la de 8 de

septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander.

SEGUNDO: Modifícase el ordinal Segundo a) del fallo consultado, el cual queda así:

a) Al señor Efraín Manuel Patiño el equivalente en pesos a mil (1000) gramos de oro fino.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DEMANDA - Ineptitud / ACCION DE NULIDAD Y REESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia / ACCION DE REPARACION DIRECTA

Cuando el demandante se equivoca en la escogencia de la acción impide que el Juzgador pueda entrar a resolver de mérito la controversia planteada, dado que dentro de la autonomía propia del actor fue su voluntad plantear equivocadamente el debate, sin que le sea permitido al juzgador, aún por mucho esfuerzo interpretativo que haga de la demanda sustituir íntegramente ese querer del demandante. Una cosa son los poderes deberes que le asisten al Juez para desentrañar el alcance de frases oscuras y llenar ciertos vacíos en que pudo incurrir cualquiera de las partes en litigio, pero cosa bien distinta es la de reemplazarla o sustituirla íntegramente, como equivocadamente lo hizo el *a-quo* en el *sub lite*, arrogándose, por consiguiente, poderes que no le ha asignado la Ley, pues, la demanda como acto introductorio necesita actuación de parte y no puede ser reemplazada o suplida por el Juzgador. La demanda en el caso que ocupa a la Sala es inepta y por lo mismo impide pronunciamiento de fondo, por lo que deberá de revocarse íntegramente la sentencia consultada y en su lugar proferir la inhibitorio por la ineptitud de la demanda al haberse ímpetrado una acción totalmente equivocada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

SECCION TERCERA

Referencia: Expediente No. 8282., Actor: JORGE GUALTEROS SOLANO.

Decide la Sala el grado jurisdiccional de **consulta** de la sentencia de fecha 27 de enero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en la cual dispuso:

> "Primero: DECLARASE administrativamente responsable a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Aduanas, de los daños y perjuicios ocasionados a JORGE GUALTEROS SOLANO a raíz del decomiso de 500 kilos de Cromo Curtícrom realizado por las autoridades de la Aduana Nacional el dia 20 de mayo de 1988 en el Retén Los Curos sobre la vía Bucaramanga Bogotá.
>
> "Segundo: Condenase a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Aduanas, a pagar al señor Jorge Gualteros Solano la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS ($871.500.oo) por concepto de perjuicios materiales.
>
> "Tercero:Deniéganse las restantes peticiones de la demanda.
>
> "Cuarto:La Nación deberá dar cumplimiento a este fallo dentro de los términos indicados en el Art.176 y 177 del C.C.A.". (folios 211 y 212).

I- ANTECEDENTES PROCESALES:

1o. La demanda.-

MARGOTH CORTES SILVA, obrando en nombre propio y en representación de Jorge Gualteros Solano, en escrito presentado el 16 de abril de 1991, por intermedio de apoderado debidamente constituído interpusieron demanda contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> "1o. Que es nula la decisión tomada por la Dirección General de Aduanas Administración de Aduanas de Bucaramanga Jefatura de Enajenaciones respecto de negar el valor de las mercancías o en nuestro caso los 500 Kilos de cromocurticron decomisados por la administración de aduanas de Bucaramanga y rematados por esta entidad a un precio irrisorio a pesar de tener en su presencia la determinación del Juzgado Segundo del Distrito Penal Aduanero de Bucaramanga que dispuso la Cesación de procedimiento de Jorge Gualteros Solano.

"2o Que como consecuencia de la declaración anterior y a titulo de restablecimiento del derecho se disponga el reconocimiento y pago en favor de mi patrocinado de los 500 kilos de cromocurticron a un precio de $854.oo cada kilo o del valor que se llegaré a demostrar en la etapa probatoria.

"3o. Se condene igualmente a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de 1000 gramos de oro por los perjuicios morales sufridos por el señor GUALTEROS SOLANO por la conducta asumida por agentes de la Institución Aduanera al incautar químicos que no eran de contrabando y que habían sido adquiridos en la ciudad de Bogotá de forma legítima.

"4o. Se tenga como negación del derecho la falta de respuesta a la solicitud de fecha 22 de octubre de 1990 efectuada al Fondo Rotatorio de Aduanas Subdirección Fondo Rotatorio de Aduanas mediante la cual se solicitaba: a) el valor de los 500 kilos de cromocurticrom a $854.oo cada kilo o su precio actual más los intereses corrientes del guarismo anterior hasta su pago correspondiente y b) el pago de 1000 gramos oro Por los perjuicios que sufriere mi patrocinado". (folio 47).

2o. Fundamentos de Hecho:

El Tribunal los sintetiza de la siguiente manera:

"EI 22 de mayo de 1988 en el retén de Los Curos, en el trayecto Cúcuta Bogotá, la División General de Aduanas del Resguardo Nacional de Rentas, incautó al señor Jorge Gualteros Solano mercancía consistente en 500 kilos de Cromocurticrom, por presunción de contrabando".

Que el demandante fue vinculado por este hecho a un proceso penal aduanero ante el Juzgado Segundo de Distrito Penal Aduanero de esa ciudad. La mercancía fue vendida en el transcurso de la investigación Por el Fondo Rotatorio de Aduanas por venta directa el 14 de febrero de 1989, por la suma de $350.000 valor inferior a lo que realmente valían los 500 kilos del producto a razón de $854.oo cada kilo.

El Juzgado que conoció del asunto mediante providencia de 9 de agosto de 1990 ..."ordenó la cesación de todo procedimiento contra el implicado Gualteros Solano".

"Con las equivocadas actuaciones de las autoridades Aduaneras, se causó a los demandantes los perjuicios materiales y morales cuya indemnización se reclama"

SECCION TERCERA

3o. Actuación Procesal:

La demanda anterior fue presentada oportunamente y contestada, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones, la caducidad de la acción a partir de la decisión del Juzgador Segundo y declarando la cesación de procedimiento; Se calificó como inepta la demanda por no definir qué entidad es la responsable de los perjuicios causados.

4o. La sentencia consultada:

Para llegar a las determinaciones contenidas en la sentencia consultada el Tribunal, en primer término se ocupa de las excepciones propuestas por la demandada, para concluir que ninguno de los medios de defensa expresamente aducidos pueden prosperar. En efecto, razona que el término para impetrar la demanda no puede contabilizarse desde el momento mismo de la incautación de las mercancías, sino desde la ejecutoria de la decisión tomada por la justicia penal aduanera que cesó todo procedimiento contra Jorge Gualteros Solano y ordenó la restitución de los bienes decomisados. Niega, pues que se hubíere consolidado el fenómeno de caducidad de la acción. En cuanto respecta a la indebida escogencia de la acción judicial por parte del demandante, quien expresamente dijo instaurar "la acción de nulidad y restablecimiento del derecho", sin que el Tribunal hubiere hecho observación alguna sobre tal irregularidad, dado que en verdad debió impetrarse la acción de reparación directa, el Tribunal hace esfuerzos interpretativos hasta el punto de sustituir la acción de nulidad con restablecimiento por la acción de reparación directa, pues, en su sentir una y otra se tramitan por el mismo procedimiento y, adicionalmente por cuanto no se vislumbra violación del derecho de defensa de las partes.

Con respecto a los dos medios exceptivos que se vienen refiriendo, el *a-quo* concluye de la siguiente manera:

> "Partiendo de estas premisas podemos entonces señalar que no prospera la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada, porque el término para presentar la demanda debe computarse desde la fecha de la ejecutoria de la providencia del Juzgado Segundo de Distrito Penal Aduanero que declaró la cesación de todo procedimiento contra el proceso JORGE GUALTEROS SOLANO, hecho que tuvo ocurrencia el 17 de agosto de 1991. Como la acción de reparación directa caduca en dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho, es claro que la demanda fué presentada oportunamente.

"Tampoco le asiste razón a la parte demandada al formular la excepción de inepta demanda por no haber identificado la parte demandada, pues a folio 56, tuvo ocasión de corregir el libelo y allí se consigna expresamente que la entidad demandada es la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público Administración de la Aduana de Bucaramanga, habiéndose notificado legalmente el auto admisorio y corrido traslado de la demanda, para establecer la relación jurídico procesal (fols-63 a 67). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del C.C.A., en los asuntos del orden nacional que se tramiten en el Tribunal, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional, procedimiento que se agotó en la forma indicada según constancia que obran a los folios citados". (folios 204 y 205).

En cuanto respecta al tema de la responsabilidad el *a-quo* encuentra probados los elementos estructurales de la misma, bien conocidos jurisprudencialmente, para desembocar en la condena pretendida por el actor, como consecuencia de perjuicios materiales, a la vez que deniega las restantes súplicas, entre las que se encuentra la petición de indemnizar por supuestos perjuicios morales.

5o.Actuación durante la Consulta:

Rituado el grado jurisdiccional de consulta, durante el mismo, las partes y el señor Procurador como Delegado ante esta Corporación, presentaron sus alegaciones finales visibles a folios 223 a 243 del expediente, reiterando, en lo fundamental sus apreciaciones conocidas desde la primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Primera: La Sala se encuentra frente a un caso curioso, en donde la apoderada de la parte actora reiteradamente quiso manejar el asunto bajo la óptica de la acción de nulidad con restablecimiento (articulo 85 C.C.A.) cuando, en verdad, las circunstancias fácticas imponían su conducción bajo el ejercicio de la acción de reparación directa (artículo 86 C.A.A.).

Son múltiples las intervenciones procesales de la parte actora, comenzando desde la demanda inicial, siguiendo con la modificación, corrección o aclaración de esta, pasando por la alegación final de primera instancia hasta concluir en el alegato final durante la consulta, donde hace disquicisiones relacionadas con un supuesto acto administrativo ficto o presunto, dado que ella reclamó ante el Ministerio de Hacienda Dirección General de Aduanas para que cumpliera el fallo de la justicia Penal Aduanera sin que hubiere obtenido respuesta alguna a

dicha petición. Entiende, equivocadamente, por supuesto, que al no contestársele tal pedimento operó el silencio administrativo negativo, por lo que su primera pretención la hace consistir en la nulidad del acto ficto que entiende cobró realidad y, consecuencialmente entrelaza los posteriores pedimentos, se repite, todo bajo la orientación de la acción de nulidad con restablecimiento, tipificada en el artículo 85 del C.C.A.

Segundo: Desde el Decreto 01 de 1984 en su artículo 86, modificado por el artículo 16 del Decreto 2304 de 1989, se hizo claridad en que si la responsabilidad se funda en un hecho, una omisión, una operación administrativa o en la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, la acción correspondiente es la llamada de reparación directa, cuyo término legal para impetrarla según el artículo 136 del C.C.A. es de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde cuando tuvo ocasión la omisión, la operación administrativa o la ocupación temporal. Por el contrario, la acción de nulidad y restablecimiento consagrada por el artículo 85 del C.C.A., parte del supuesto de un acto administrativo cuya nulidad es el objetivo principal de la acción y sin la cual no podrá abrirse paso las demás pretensiones consecuenciales, tales como el restablecimiento del derecho en especie, o la reparación del daño por equivalente. El término de caducidad fué fijado por el propio artículo 136 *ibídem* en 4 meses, contados desde la notificación del referido acto administrativo.

Tercera.- De la simple lectura de los artículos 85 y 86 del C.C.A. se deduce claramente que una y otra categoría de acciones obedecen a distinta filosofía, tienen diferente objeto jurídico, dispar término de caducidad para su ejercicio y, en fin, perfiles bien caracterizados que las hacen distintas entre si.

Por lo anterior, cuando el demandante se equivoca en la escogencia de la acción impide que el Juzgador pueda entrar a resolver de mérito la controversia planteada, dado que dentro de la autonomía propia del actor fué su voluntad plantear equivocadamente el debate, sin que le sea permitido al juzgador, aún por mucho esfuerzo interpretativo que haga de la demanda sustituir íntegramente ese querer del demandante. Una cosa son los poderes-deberes que le asisten al Juez para desentrañar el alcance de frases oscuras y llenar ciertos vacíos en que pudo incurrir cualquiera de las partes en litigio, pero cosa bien distinta es la de reemplazarla o sustituirla íntegramente, como equivocadamente lo hizo el *a-quo* en el *sub lite*, arrogándose, por consiguiente, poderes que no le ha asignado la Ley, pues, la demanda como acto introductorio necesita actuación de parte y no puede ser reemplazada o suplida por el Juzgador. La demanda en el caso que ocupa a la Sala es inepta y por lo mismo impide pronunciamiento de fondo, por lo que deberá de revocarse íntegramente la sentencia consultada y en su

lugar proferir la inhibitorio por la ineptitud de la demanda al haberse impetrado una acción totalmente equivocada.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia consultada, esto es la de 27 de enero de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: Declárase la inhibición para proferir decisión de mérito, por indebido ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO - Inexistencia / RIESGOS DEL OFICIO - Toro

Si como dicen los testigos el animal era peligroso y conocido por su bravura, la víctima cometió la culpa imperdonable al darle la espalda, de cerca, para atarlo al poste. Pero, además, y este es el argumento capital, para los vaqueros y manejadores de toda clase de ganados esos son los riesgos normales de su profesión. Ellos no pueden ignorar los estados de excitabilidad y de cambio que viven los reproductores; y entre éstos, aunque existan algunos mansos, no todos son iguales en ciertas épocas. La víctima llevaba muchos años en el Instituto, conocía los animales que trataba y no podía ignorar los antecedentes del que lo hirió; quizás su trato por largo tiempo lo volvió descuidado y no lo manejó con la diligencia debida. El señor Pabón murió dentro de los riesgos normales y propios de su oficio. Es algo similar al riesgo que sufre un militar, el cual, en razón de su profesión, puede hallar la muerte en un encuentro guerrillero o con la delincuencia, sin que por esto pueda hablarse, de entrada, en una falla del servicio. Pero sí puede hablarse de esa falla cuando el riesgo no cae dentro del rol propio de sus actividades.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8323. Consulta. Actor: OLGA GARCIA VIUDA DE PABON.

Procede la Sala a conocer en grado de consulta la sentencia de 15 de febrero de 1993 dictada por el Tribunal administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: DECLARASE NO PROBADA la excepción de indebida representación de los demandantes.

"SEGUNDO: DECLARASE administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - por los perjuicios causados a la señora OLGA GARCIA PARRA como consecuencia de los hechos ocurridos en la localidad de Pamplona Norte de Santander el dia 15 de julio de 1987.

"TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior CONDENASE a la Nación Colombiana - Ministerio de Educación Nacional a pagar a la señora OIGA CARCIA PARRA identificada con cédula de ciudadanía No. 27.778.960 de Pamplona, por concepto de PERJUICIOS MORALES, el valor equivalente a QUINIENTOS DOCE PUNTO DOCE (512.12) GRAMOS DE ORO.

"CUARTO: NIEGANSE Los perjuicios materiales.

"QUINTO: El pago se hará en los términos y bajo las previsiones de los artículos 176 y 177 del C.C.A."

"SEXTO: RECONOZCASE al Doctor ALVARO NIÑO DUARTE como apoderado sustituto de la señora OLGA GARCIA PARRA, conforme al poder que obra en autos.

En la demanda presentada el 30 de enero de 1989 por la señora Olga García Viuda de Parra contra la Nación Ministerio de Educación, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el 15 de julio de 1987 el señor Juan de la Cruz Pabón, cuando desempeñaba las funciones de establero del Instituto de Educación Rural (Iser) de Pamplona, fué embestido por un toro reproductor Holstein de propiedad de dicho Instituto cuando lo sacaba para el pastoreo; a consecuencia de lo cual murió; que dicho semoviente tenía antecedentes conocidos de bravura.

Que el señor Pabón C había nacido en Silos (Norte de Santander) el 25 de febrero de 1939, estaba casado con la señora Olga García y laboraba en el Instituto desde el 29 de abril de 1968, como obrero de mantenimiento.

SECCION TERCERA

El Tribunal luego del procedimiento propio de la instancia decidió en la forma indicada atrás. Conformes las partes, debió enviarse el proceso a esta corporación en grado de consulta. Cumplido el rito legal, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA:

En esta etapa procesal, las partes no intervinieron. Guardó silencio una vez más el ministerio público.

El *a-quo* al analizar el fondo del proceso, en providencia bastante escueta, en especial en lo que toca con la falla del servicio, anota:

> "En sentir de la Sala a la luz de la filosofía que informa tal régimen se puede resolver el caso sub examine dado que sus elementos constitutivos se hallan evidenciados:
>
> "Actuación negligente del Instituto Superior de Educación Rural.
>
> Doctrinariamente se ha considerado a la negligencia como uno de los extremos de la culpa, siendo por lo mismo de interés conocer su noción jurídica. Guillermo Cabanellas de Torres así la define:
>
> "Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas. Dejadez, Abandono. Desidia. Falta de aplicación. Falta de atención. Olvido de órdenes o precauciones." (Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S. .R. L., 1979, pág. 211).
>
> "La realidad histórica de que da cuenta los testimonios de los trabajadores del mismo Instituto Jorge Isidro Wilches Vera, Rodrigo Flórez Vera y Alvaro Antelinez Parada permiten deducir que los directivos del plantel no prestaron la atención debida frente a dos hechos antecedentes de extrema gravedad, la fiereza del toro reproductor que allí se mantenía y la embestida que les había hecho a Virgilio Bohada y al propio Flórez Vera a quien enganchó por su pierna derecha produciéndole graves lesiones en el fémur y arteria femoral que por poco le producen la muerte, lo que tuvo ocurrencia el 19 de agosto de 1986 (folios 61 a 65)".

Para la Sala la sentencia será revocada porque la Sala no hace suya la perspectiva que manejó el Tribunal.

Se desprende del proceso que el señor Juan de la Cruz Pabón desempeñaba sus funciones en el Iser, manejando por varios años el ganado

del establo; dentro del cual estaba el toro Holstein reproductor, de muy buenas condiciones, que le causó la muerte.

Cuentan los hechos, bien probados, que el dia trágico el señor Pabón sacó a pastar el toro y cuando le dió la espalda para atarlo a un poste de madera lo embistió por detrás y lo dejó gravemente herido.

Lo precedente permite estas reflexiones:

Si como dicen los testigos René Octavio Barroso A, Rodrigo Flórez V y Alvaro Antelinez Parada (a folios 61 y ss), el animal era peligroso y conocido por su bravura, Pabón cometió una culpa imperdonable al darle la espalda, de cerca, para atarlo al poste.

Pero, además, y este es el argumento capital, para los vaqueros y manejadores de toda clase de ganados esos son los riesgos normales de su profesión. Ellos no pueden ignorar los estados de excitabilidad y de cambio que viven los reproductores; y entre éstos, aunque existan algunos mansos, no todos son iguales en ciertas épocas. Pabón llevaba muchos años en el Instituto, conocía los animales que trataba y no podía ignorar los antecedentes del que lo hirió; quizás su trato por largo tiempo lo volvió descuidado y no lo manejó con la diligencia debida.

En otras palabras, el señor Pabón murió dentro de los riesgos normales y propios de su oficio. Es algo similar al riesgo que sufre un militar, el cual, en razón de su profesión, puede hallar la muerte en un encuentro guerrillero o con la delincuencia, sin que por esto pueda hablarse, de entrada, en una falla del servicio. Pero sí puede hablarse de esa falla cuando el riesgo no cae dentro del rol propio de sus actividades.

Aquí ni siquiera podría aplicarse, publicizándola, la regla que trae el código civil en su artículo 2354 cuando ordena:

> "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fué posible evitar el daño, no será oído."

Y no se aplica porque ese toro reproductor no puede incluirse en la categoría de los animales fieros o salvajes; porque, además, estaba al servicio y para la Utilidad de la granja; y, porque, así mismo, con mediana diligencia y cuidado el vaquero habría podido evitar el hecho que le causó la muerte.

En estas condiciones se dió la causal exonerativa de culpa exclusiva de la víctima y la sentencia deberá revocarse, tal como lo pide, con acierto, el apoderado de la nación (a folios 75 y ss).

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 15 de febrero de 1993 dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en sesión del dia diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RIESGOS DEL OFICIO / FALLA DEL SERVICIO / CULPA DE LA VICTIMA (Salvamento de Voto)

Como se señala en la sentencia, la víctima, por razón de su oficio "había podido evitar el hecho que le causó la muerte" utilizando mediana diligencia y cuidado, no es circunstancia que de suyo excluya la responsabilidad del daño ocasionado por el animal. Así las cosas, lo que correspondía era declarar dicha responsabilidad, aunque disminuída o reducida prudencialmente, tal como lo prevé el artículo 2357 del C.C., pues hubo concurrencia de culpa de la víctima.

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

Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8323. Actor: OLGA GARCIA VIUDA DE PABON.

Con el comedimiento debido a mis distinguidos compañeros de Sala, paso a consignar el Salvamento de Voto que hice a la sentencia de la referencia, en los siguientes términos.

1o. Por definición legal en materia de semovientes, existen tres categorías tradicionalmente conocidas, a saber: a) salvajes o bravios; b) domésticos; y c) domesticables o domesticados.

2o. En el asunto *subjudice*, no cabe la menor duda, que nos encontramos frente a un semoviente de los calificados como domésticos, pero de toda suerte, por su configuración, conformación y aptitud envuelve ciertos riesgos, especialmente para las personas que los manejan o cuidan, como era el caso

del señor Juan de la Cruz Pabón, quien en su condición de trabajador de la entidad demandada, encontró su muerte en desempeño de su trabajo.

3o. Si bien cierto, como se señala en la sentencia, el señor Juan de la Cruz Pabón, por razón de su oficio "había podido evitar el hecho que le causó la muerte" utilizando mediana diligencia y cuidado, no es circunstancia que de suyo excluya la responsabilidad del daño ocasionado por el animal. Así las cosas, lo que correspondía era declarar dicha responsabilidad, aunque disminuída o reducida prudencialmente, tal como lo prevé el artículo 2357 del C.C., pues hubo concurrencia de culpa de la víctima.

Con todo comedimiento,

Daniel Suárez Hernández

Fecha *Ut Supra*

FALLA DEL SERVICIO DE ALMACENAJE

El almacenaje en las bodegas oficiales constituye una especie de depósito necesario y en tal virtud el organismo estatal está obligado a responder por todo deterioro o pérdida que se produzca desde cuando recibe los bienes y mientras no se haya producido su devolución en legal forma; una falla en la prestación del servicio público, que tuvo su orígen en la desobediencia al mandato judicial por medio del cual se ordenaba a la administración restituír a su propietario los bienes retenidos y dados en depósito necesario a la entidad por disposición de la ley

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

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

Referencia: Expediente No. 7002. Demandado: Fondo Rotatorio de Aduanas. Actor: RAUL MESA Y COMPAÑIA LIMITADA.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, resuelve, la Sala el grado de consulta de la sentencia que pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar el 2 de agosto de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1o. Declárase que el Fondo Rotatorio de Aduanas es administrativamente responsable de los perjuicios causados a la Sociedad Raúl Mesa Orozco y Cía Ltda, representada por su representante legal, señor Raúl Mesa Orozco, por la omisión en la entrega de 1.124 tubulares para bicicletas marca Clement, que fueron retenidas el día 11 de marzo de 1987 en el Retén de

Planeta Rica, jurisdicción aduanera de Cartagena, por Miembros del Resguardo Nacional, mediante Recibo de retención No. 4367 de 11 de marzo de 1987 cuya devolución fue ordenada por el Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanero y Tribunal Superior de Aduanas; devolución que sólo fué cumplida en parte el 20 de abril de 1988, por cuanto sólo se entregó la suma de 376 tubulares, cuando la orden era de 1500, cuyo monto histórico ascendía a la suma de SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS ($7.868.000.oo).

"2o. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Fondo Rotatorio de Aduanas a devolver o restituir a la Sociedad actora, el monto histórico antes mencionado, actualizado, teniendo en cuenta el índice de precios al por mayor certificado por el Banco de la República, vigente el día en que se debió entregar la mercancía, (20 abril 1988) y para la fecha de ejecutoria de esta sentencia."

"3o. Sobre el valor histórico anotado se liquidarán intereses técnicos a la base del seis por ciento anual (6%), teniendo buen cuidado de no cobrar intereses de intereses."(fl. 104, c. 1).

La demanda promovida en ejercicio de la acción que consagra el artículo 86 del C.C.A, fue presentada en término hábil, buscando obtener que la entidad pública fuera declarada pecuniariamente responsable de todos los daños y perjuicios que se le ocasionaron a la parte actora por el desacato en que incurrió respecto de la orden impartida por la Justicia Penal Aduanera consistente en la devolución de 1.224 tubulares para bicicleta ligera profesional para carreras marca Clement.

El soporte fáctico de las pretensiones, se narra de la manera siguiente:

1.- La firma demandante adquirió por compra hecha a la Compañía B.G.B. Piazzola Sur Brenta de la ciudad de Liorna en la República de Italia, un total de 1.500 tubulares para bicicletas, de la clase y marca que se dejaron referenciados, según consta en la factura Comercial No. 01237 del 27 de noviembre de 1986.

2.- Para el ingreso al país de esa mercancía, se otorgó la licencia de importación distinguida con el No. 053872 del 17 de junio de 1986, expedida en Bogotá; la nacionalización se tramitó a nombre de la actora por la Compañía Granandina de Aduanas Ltda. y quedó amparada por el Manifiesto de Importación radicado bajo el No. 00345 de 13 de febrero de 1987, de la Aduana de Santa Marta, Departamento del Magdalena.

3.- Cumplida la etapa de nacionalización, aquellas partes conjuntamente con otros tubulares pegantes y bombas para inflarlos, fueron enviados del puerto de Santa Marta a Medellín en el vehículo de placas UG- 2193 afiliado a transporte Tairona, según Planilla No. 11181160 a cargo de transportes Sutragun.

"4. En el retén de Aduanas, que funciona en la ciudad de Planeta Rica, Departamento de Córdoba, fué retenido el vehículo que transportaba la mercancía descrita en los hechos anteriores, y Decomisada por los agentes del Resguardo, por presunción de contrabando, la cual fué puesta a disposición del Resguardo de la Aduana Nacional de Cartagena (Bolívar). Por la aprehensión se expidió el recibo No. 4367 del día 11 de marzo de 1987.

"5. El Resguardo Nacional de la Aduana de Cartagena, por medio del oficio No. 0236 del 17 de marzo de 1987, puso a disposición del Juez Unico Superior de Aduanas de Cartagena, la mercancía decomisada, con el informe respectivo, quien a su vez, por auto del dia 31 de marzo comisionó al Juzgado Unico de Instrucción Penal aduanero para que iniciara la correspondiente investigación penal.

"6. La mercancía retenida, fue entregada por los agentes encargados del decomiso, al Almacén de Depósito del Fondo Rotatorio de Aduanas, distrito Aduanero de Cartagena, el día 12 de marzo de 1987, el cual expidió el Acta de ingreso Nro. 078, suscrita por el Jefe almacenista con el visto bueno del auditor General regional.

"7. La mercancía decomisada y depositada en el Almacén de Depósito del Fondo Rotatorio de Aduanas, Distrito Aduanero de Cartagena, fué avaluada administrativamente en la suma de QUINCE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL PESOS ($15.313.000.oo) ML, en la forma como se relaciona en el Acta de ingreso 078.

"8. El Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanero de Cartagena mediante sentencia del 19 de diciembre de 1987, declaró que la acción penal no podía proseguirse por estar plenamente demostrado que el hecho imputado no existió y ordenó cesar todo procedimiento con respecto al procesado Luis Alfredo Ramírez, representante de la firma encargada de la nacionalización y envío de la mercancía a la ciudad de Medellín, además de que ordenó la entrega definitiva de la misma, por no ser de contrabando.

"9. El Tribunal Superior de Aduanas, al resolver en grado de consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanera, declaró la mercancía decomisada, que era de propiedad del señor Asdrúbal Salazar,

como de contrabando (sic), y ordenó la entrega definitiva de la mercancía amparada con el manifiesto de Aduanas Nro. 00345, es decir, 1500 tubulares.

"10. El Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanera de Cartagena, en cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal de Aduanas, por medio de oficio Nro. 613 de abril 8 de 1988, ordenó al Fondo Rotatorio de Aduanas, almacén de depósito, distrito aduanero de Cartagena, devolver la cantidad de MIL QUINIENTOS (1.500) tubulares al señor Luis Alfredo Ramírez, representante de la firma Granandina de Aduanas Ltda.

"11. La Dra. Gladis García Almeida, apoderada del señor Luis Alfredo Ramírez, se presentó el dia 20 de abril de 1988, al Almacén de Depósito con el fin de recibir la mercancía cuya entrega se ordenaba, por medio de oficio 613 de abril 8 de 1988, y solamente le fueron entregados la cantidad de TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS (376) tubulares, según consta en el Acta de entrega, o de egreso Nro. 035, de la misma fecha precitada, suscrita por el jefe del almacén, el auditor y la apoderada judicial, Dra. Gladis García A.

"12. El señor Jefe del Almacén de Depósito, por medio del oficio No. 219, del 21 de abril de 1988, dirigido a la señora apoderada, Dra. Gladis García A, justificó la no entrega del resto de la mercancía, manifestando que: "había sido hurtada y formulado oportunamente la respectiva denuncia penal".

"13. El Fondo Rotatorio de Aduanas, dejó de entregar MIL CIENTO VEINTICUATRO (1.124) tubulares, pretextando hurto, y es ésta la cantidad por la que se demanda o su respectivo valor en moneda Colombiana, más los intereses comerciales, mas el incremento con base en el índice de precios al consumidor, lo que aquí se impetra". (fl. 4 a 6, C. 1).

Agotadas las formalidades procesales previstas para la primera instancia, el Tribunal se pronunció de fondo en el sentido de acoger las súplicas que se le plantearon en el libelo introductor del proceso; las partes no interpusieron recurso por este motivo se surte el grado de consulta previsto en la ley para casos como el que se examina de conformidad con el C.C.A.

En la etapa de alegatos de conclusión de este segundo grado, tanto la parte actora como el Ministerio Público mantuvieron silencio (Fl. 111 a 120); la demandada presentó el escrito que obra a folios 117 a 118, en el cual le objeta al *A-quo*: el haber deducido la responsabilidad gubernamental con aplicación del régimen de la falla o falta presunta, cuando según su parecer, debió hacerlo a través del título jurídico denominado falla o falta probada del servicio; que la administración debió ser exonerada por cuanto la pérdida de los bienes se produjo

por la culpa exclusiva de un tercero que los hurtó, dando lugar a que se entablara la correspondiente denuncia penal. Para terminar, destaca que también se equivocó al deducir la violación del art. 55 de la ley 79 de 1931, en atención a que esta fue norma derogada por el art. 336 del Decreto Ley 2666 de 1984.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala el fallo materia del grado de consulta será confirmado en todas sus partes, pues el análisis del plenario permite concluir que el *a-quo* evaluó correctamente los supuestos que comprometen la responsabilidad patrimonial del ente público demandado; de la misma manera, puede deducirse que acertó en la evaluación de los elementos de juicio que otorgan a la firma demandante el derecho a recibir indemnización deprecada.

De las pruebas allegadas a las diligencias se desprende con claridad meridiana que las mercancías ingresaron legalmente al país, según manifiesto No. 00345 del 13 de febrero de 1987 (fl. 17 y 18). Que en su traslado de Santa Marta a Medellín fueron retenidas bajo la presunción de contrabando como constancia de la aprehensión se expidió el recibo No. 4367 de 1o. de marzo de 1987.

Según oficio No. 0236 del 17 de marzo de 1987, el resguardo de Aduanas de Cartagena puso los bienes retenidos a disposición de la Justicia Penal Aduanera (fl. 19 a 21), según Acta de Ingreso No. 078 de la misma fecha.

Mediante sentencia del 19 de diciembre de 1987, el Juzgado único de Instrucción Penal Aduanera declaró que las mercancías no habían entrado de contrabando al país y ordenó la entrega de todo lo retenido al interesado (fl. 25 a 31). El Tribunal Superior de Aduanas por medio de la providencia del 23 de marzo de 1988 resolvió confirmar la decisión del *a-quo*, pero limitado únicamente a los tubulares a que se contrae la presente acción y desde luego, ratificó la orden de restituirlos de manera definitiva a su propietario. (fl. 32 a 36).

En firme la decisión del superior, el Juzgado libró el oficio No. 613 del 8 de abril de 1988 para que el Jefe del Almacén del Fondo Rotatorio de Aduanas procediera de conformidad (fl. 46).

Según Acta de Devolución No. 035 del 20 de abril de 1988, la restitución solo se cumplió en relación con 376 tubulares (fl. 41); por medio del Oficio No. 219 del 21 de abril de 1988, el citado Jefe de Almacén de Depósito trató de explicar el faltante aduciendo que había sido hurtado y por ello se había formulado la correspondiente denuncia penal (dl. 42).

SECCION TERCERA

Conforme a las pautas trazadas por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el almacenaje en las bodegas oficiales constituye una especie de depósito necesario y en tal virtud el organismo estatal está obligado a responder por todo deterioro o pérdida que se produzca desde cuando recibe los bienes y mientras no se haya producido su devolución en legal forma; a la luz del artículo 2263 del C.C., en casos como el que se examina la responsabilidad del ente público se extiende hasta la culpa leve.

Una vez que la Justicia Penal Aduanera estimó que las mercaderías habían ingresado legítimamente al territorio nacional, a la entidad depositaria no le quedaba opción distinta de proceder en forma inmediata a su devolución al interesado; en los elementos de juicio allegados al *sub-judice*, según se vió, se pretende explicar desacato que se produjo a la decisión judicial al devolver solo una pequeña parte de los tubulares, afirmando que ello no fué posible ya que el resto había sido hurtados pero sin traer a los autos ningún medio de prueba que indicara que efectivamente se había consumado ese delito en circunstancias tales que eventualmente pudiera relevarla de responsabilidad.

La situación antes descrita, muestra de manera clara y contundente la existencia de una falla en la prestación del servicio público, que tuvo su origen en la desobediencia al mandato judicial por medio del cual se ordenaba a la administración restituir a su propietario los bienes retenidos y dados en depósito necesario a la entidad por disposición de la ley; esta omisión compromete la responsabilidad de la administración e impone como consecuencia acceder al resarcimiento pecuniario que reclama el actor. La decisión del *a-quo* se confirmará.

Para la actualización de la condena, trabajo que el *a-quo* defirió en su totalidad para el segundo grado, se tendrá en cuenta la fórmula que aplica la Corporación a procesos de esta naturaleza, así:

Vp= Vh índice final/índice inicial, en donde:

Vp = Es el valor presente que se busca.

Vh = Representa el valor asignado por la administración a las mercancías que dice se perdieron.

Los índices, son los de precios al consumidor que lleva el DANE, en el cual el inicial será conforme a lo dispuesto por el Tribunal "el del dia en que se debió entregar la mercancía, o sea, el 28 de abril de 1988", 89.12 e índice final, el de la fecha de este fallo, o sea de 298.05.

Vp = 7.868.000.oo 298.05/89.12

Vp = 7.868.000.oo x 3.344367145.

Vp = 26.313.480.

No se hará la liquidación de los intereses legales, ordenada en el fallo, porque no se pidió hacerlo así en la demanda.

A partir de la ejecutoria de esta providencia, sobre el valor neto de $26.313.480.oo se liquidará los intereses comerciales y de mora que establece el artículo 177 del C.C.A.

Habida consideración a que el artículo 107 de la ley 6a. de 1992, además de suprimir el Fondo Rotatorio de Aduanas dispuso que la Dirección de Aduanas Nacionales asumiera tanto los derechos como las obligaciones de aquella entidad, en la parte resolutiva de este fallo se dispondrá lo pertinente a fin de que se dé cabal cumplimiento a la condena.

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: CONIFRMANSE los ordinales 1o. y 2o. de la sentencia consultada dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar el 2 de agosto de 1991, con la precisión hecha en la parte motiva sobre la actualización de la condena cuyo monto definitivo y hasta la fecha queda en la suma de VEINTISEIS MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS MCTE ($26.313.480.oo).

SEGUNDO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias a la parte actora y a la Dirección de Aduanas Nacionales (artículo 176 y 177 del C.C.A., 115 del C.de P.C. y 106 y 107 de la ley 6a. de 1992.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SECCION

CUARTA

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO / BASE GRAVABLE ACTIVIDAD EXCLUIDA / / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El Impuesto de Industria y Comercio se debe determinar con base en el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior, pero dentro de la órbita de jurisdicción de cada municipio. Esto es, que las actividades realizadas fuera del ámbito municipal no pueden ser objeto de imposición, porque la tasación del tributo no puede llegar a comprometer las rentas atribuíbles a otra jurisdicción territorial. Esto no se trata de una "deducción" porque no corresponde a ninguno de los conceptos enumerados en el artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983 sino de una exclusión de la base gravable por corresponder a ingresos por servicios prestados fuera del territorio Distrital.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: EXPEDIENTE N°. 4395 Actor: C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. IMPUESTO INDUSTRIA Y COMERCIO -FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A., contra la sentencia del 31 de julio de 1992, 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 Industria, Comercio y Avisos por el año 1985, vigencia 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS:

Con fundamento en la declaración tributaria 1985 y en la respuesta al Requerimiento 961 del 28 de septiembre de 1987, la administración de Impuestos Distritales practicó y notificó la Liquidación Oficial 0464 del 18 de marzo de 1988.

Adicionó a los ingresos gravables la suma de $831.522 por concepto de valores omitidos, rechazó por improcedentes las deducciones solicitadas por:

Fletes recuperados.....	$	85.742.524
Ingresos por exportaciones.....		17.353.951
Ingresos por muellaje y servicio de puerto.....		116.354.537
Rendimientos financieros		51.957.460
Y aplicó sanción por inexactitud por valor de....		2.177.928

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, la Dirección Distrital de Impuestos por Resolución 1007 de octubre 6 de 1988 confirmó la decisión oficial. Después la Junta Distrital de Hacienda por Resolución 225 de agosto 30 de 1989, resolvió el de apelación. Revocó el cobro de $384.548 liquidado por concepto del "parágrafo transitorio" y modificó los actos administrativos anteriores.

Con base en la visita practicada por la Oficina de Impuestos, determinó por comprobados ingresos brutos reales por valor de $2.384.434.734 y deducciones por la suma de $1.831.485.839; lo cual dió como resultado una base gravable anual así:

Código 210.....	$ 528.089.156	
Código 308.....	24.859.739	

Esto es, incrementó la base gravable anual declarada en el código 210 en la suma de $168.401.125, diferencia discriminada así:

Rendimientos financieros recibidos en dólares.....	$ 26.407.552	
Servicios portuarios.....	111.891.497	$138.299.049

SECCION CUARTA

Ingresos brutos no incluídos dentro de la base gravable declarada:		
Ingresos por otros servicios.....	4.463.040	
Rendimientos financieros y aprovechamientos.....	25.549.909	
Disminución ingresos no operacionales	89.127	30.102.076
TOTAL DIFERENCIA.....		$ 168.401.125

Mantuvo la sanción por inexactitud en la suma de $1.347.216.

Agotada la vía gubernativa, el apoderado judicial de la sociedad demanda ante la jurisdicción la nulidad de la operación administrativa y reclama la practica de una liquidación definitiva del gravamen en la cual retire de la base gravable los ingresos que la Administración gravó indebidamente y levante la sanción por inexactitud, que también considera improcedente.

Entre las disposiciones que considera quebrantadas, cita:

La Ley 14 de 1983, Artículos 32 y 33
Acuerdo 21 de 1983, Artículos 20, 16, ordinales 2° y 5° y 53.

Considera en síntesis el demandante que en virtud del principio de territorialidad y la exención que recae sobre operaciones de exportación, la Administración local no debió gravar con el tributo de Industria y Comercio, el ajuste del monto de las divisas adeudadas por compradores del exterior, ni los servicios prestados con motivo de exportación, y menos aún ingresos originados en la venta de activos fijos porque éstos están excluídos expresamente de tal gravamen por el Artículo 33 de la Ley 14 de 1983, reiterado por el Artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983. Pide por tanto no se computen dentro de la base imponible los siguientes ingresos por $26.407.552, $111.891.497 y $89.127.

Entiende que tampoco es procedente la sanción por inexactitud porque ésta se tipifica cuando el contribuyente informa hechos distintos de los que realmente ocurrieron, que es diferente al error jurídico en que se incurre al juzgar si es procedente o no la deducción de un ingreso para excluirlo de la imposición.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca no acepta la excepción de inepta demanda planteada por incierta designación de la parte demandada por considerar que el sujeto pasivo sí quedó plenamente determinado y fué irrelevante el hecho de que se hubieran agregado otros entes que forman parte de la

Administración Distrital. En la sentencia del 31 de julio de 1992, no hizo pronunciamiento de fondo en relación con el punto sobre ingresos por venta de activos fijos, como quiera que sobre éste no hubo agotamiento de la vía gubernativa.

Aceptó excluir de la base gravable los ingresos ocasionados fuera del Distrito Especial de Bogotá comprobados con certificados del Banco de la República pero, por falta de prueba idónea sobre los convenios celebrados con Carbocol, mantuvo dentro de aquella base el valor de "muellaje y servicios de puerto".

Levantó en forma proporcional a la prosperidad de los cargos, la sanción por inexactitud.

DE LA APELACION:

El apoderado judicial de la sociedad apela. Se muestra inconforme con la sentencia porque en su sentir la sociedad tiene derecho a que se le excluya de la base gravable, la suma de $111.891.497 que corresponde a servicios portuarios de exportación, realizados fuera de Bogotá. Este es el único punto objeto de la apelación.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado de la parte demandada insiste en la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida determinación del sujeto pasivo de la relación jurídico procesal. Pide se dicte fallo inhibitorio o en su defecto se nieguen completamente las pretensiones de la demanda, puesto que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos impugnados.

La Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, solicita se revoque la sentencia y en su lugar se excluya de la base gravable la suma representativa de los ingresos por servicios prestados por fuera de Bogotá.

Para el Ministerio Público es claro que los servicios portuarios se prestaron por fuera del Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital, como quiera que los mismos se suministraron en el puerto de embarque y siendo así al incluirse su valor en la base gravable se desconoció el principio de territorialidad del tributo a que se refiere el Artículo 32 de la Ley 14 de 1983, no pudiéndose presumir cosa distinta en virtud de la anulación del parágrafo 4° del Artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, en sentencia proferida por esta Corporación el 22 de junio de 1990.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

LA EXCEPCION DE LA INEPTA DEMANDA:

Lo primero que hizo el fallador de primera instancia fue analizar la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado del Distrito Especial de Bogotá en el momento de contestación de la demanda.

El *a-quo* no la aceptó por considerar que sí había sido bien designado el sujeto pasivo de la relación procesal.

La sentencia no fué objeto de apelación por parte del Distrito Especial, luego debe entenderse que este tema quedó resuelto y no es posible modificarlo ni entrar a considerarlo en la segunda instancia, así se haya planteado en alegato de conclusión.

SERVICIOS PRESTADOS POR FUERA DE BOGOTA:

En cuanto a los aspectos de fondo, la Sala debe dilucidar si es procedente o no excluir de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio año 1985, el valor de los servicios portuarios prestados por la reclamante por la suma de $111.891.497.

La Corporación ha interpretado reiteradamente la Ley 14 de 1983 en el sentido de que el Impuesto de Industria y Comercio se debe determinar con base en el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior, pero dentro de la órbita de jurisdicción de cada municipio. Esto es, que las actividades realizadas fuera del ámbito municipal no pueden ser objeto de imposición, porque la tasación del tributo no puede llegar a comprometer las rentas atribuibles a otra jurisdicción territorial.

En el caso que se debate, el ingreso se obtuvo no por la venta del carbón que aparentemente fué exportado por Carbocol, sino por servicios prestados en puerto por la sociedad o sea, como la misma Administración Distrital expresó en la Resolución 1007 de 1988 que "son ingresos recibidos por sus operaciones en puerto. Es decir, son exportaciones efectuadas por Carbocol y el concepto del servicio es por servicios portuarios que PRODECO le cobra a esta empresa".

Está acreditado que son ingresos obtenidos fuera de Bogotá: durante todo el proceso gubernativo y ante la jurisdicción la reclamante ha sostenido y la Administración Local ha admitido (Res.1007 de octubre 6 de 1988 pág.4 fl.25) que los ingresos declarados por la suma de $111.891.497, son producto de los servicios portuarios prestados por la empresa dentro de su actividad que es

fundamentalmente su objeto social, concretamente a la sociedad Carbocol S.A. en el puerto de embarque del mineral, y siendo así éstos no se prestaron en el Distrito Especial de Bogotá, de suerte que al gravarse con el impuesto se desconoció el principio de territorialidad del tributo a que se refiere el Artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y por ende procede se excluya de aquella base.

No se trata de una "deducción" porque no corresponde a ninguno de los conceptos enumerados en el Artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983 sino de una exclusión de la base gravable por corresponder a ingresos por servicios prestados fuera del territorio Distrital.

Para concretar la decisión adoptada en esta instancia se procede a practicar nueva liquidación en los siguientes términos:

OPERACIONES	**BASE**	**IMPUESTO**
Las gravadas con tarifa 4% código 210 en la Res.225 del 30 de agosto/89.....	$528.089.160	
Menos:Operaciones que se excluyen:		
a)Ingresos por fuera de Bogotá: Rendimientos financieros correspondientes a exportaciones, deducidos por el tribunal.....	$ 26.407.552	
b)Servicios portuarios y de muellaje prestados fuera de Bogotá, reconocidos en esta instancia.....	111.891.497	138.299.049
Base gravable.....		389.790.111	1.559.160
Las gravadas con tarifa 4% código 308 Resolución 225 del 30 de agosto/89 no varía Total Impuesto Industria y	24.859.160	99.439
Comercio.....		1.658.599
Impuesto anual de Avisos.....		248.789
Subtotal a cargo.....		1.907.388
Más: Sanción por inexactitud sobre.....	120.408	240.816
TOTAL A CARGO		$ 2.148.204

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,

SECCION CUARTA

FALLA

1o. Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de julio de 1992, en el juicio No. 7315.

2o. Anúlanse Parcialmente los actos administrativos que determinaron a cargo de la sociedad C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. NIT.: 60.041.312, el Impuesto de Industria, Comercio y Avisos por el año 1985, vigencia 1986.

3o. Fíjase en la suma de DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL DOS CIENTOS CUATRO PESOS ($ 2.148.204) M/CTE. el valor a cargo de la sociedad C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. NIT.: 60.041.312 por concepto de Impuesto de Industria, Comercio y Avisos y sanción por inexactitud año gravable 1985, vigencia 1986.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devúelvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

BONOS DE DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA. REDENCION / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

Se reitera lo sostenido en el auto que ordenó la suspensión provisional de los términos: "...o en efectivo, entre el 1° y 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h.." por cuanto se trata de una previsión que trasciende la norma reglamentada, lo cual se confirma con el argumento de que se trata de una forma subsidiaria de redención, la cual independientemente de su conveniencia, ha debido ser consagrada a nivel legal y no en un reglamento, toda vez que la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente de la República, no puede modificar, ni ampliar lo previsto por la Ley. (Este a lo dispuesto en la parte resolutiva numerales 1° y 3° de la sentencia proferida por esta Sala el 18 de marzo de 1993 en el expediente 4379). Anúlanse los términos " o en efectivo, entre el 1o. y el 10 de noviembre de 1988 por la Institución Financiera determinada en el literal h)" contenidos en el literal c) del artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 4418. Nulidad y Suspensión Provisional de los literales c) y d) del artículo 2° del decreto 1132 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Fallo. Actor: CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO.

SECCION CUARTA

Procede la Sala a resolver sobre la acción de nulidad instaurada por el doctor Camilo Ernesto Ramírez Baquero contra el artículo 2°, literales c) y d) del decreto 1132 del 6 de julio de 1992, proferido por el Gobierno Nacional.

1. EL ACTO ACUSADO:

Las normas acusadas son los literales c y d del artículo 2° del decreto 1132 de 1992, por el cual se establecen las "Características de los BDSI" y que dicen textualmente:

"Decreto número 1132 de 1992.

"Artículo 2° Características de los "BDSI". Los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad interna (BDSI), tendrán las siguientes características"

"a) ...

"c) A su vencimiento se amortizará por el cien 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 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. LA DEMANDA:

Se fundamenta en la violación de los artículos 16 y 17 de la ley 6a. de 1992, cuyo concepto precisa en el argumento de que la obligación impuesta por el artículo 17 de la citada ley, es una forma de empréstito, en el cual existe una relación directa entre el acreedor y el ente público, que se concreta en la obligación del Estado de dar una contraprestación directa y equivalente al desembolso en favor de quien lo realiza.

Anota que por mandato de la ley dicha contraprestación exige que el valor del capital invertido obligatoriamente sea reembolsado en su totalidad y no simplemente por su valor inicial, ya que de otra manera, el reembolso sería parcial por el menor poder adquisitivo de la suma devuelta y ello implicaría que

lo no reembolsado entre al erario sin contraprestación y por consiguiente como impuesto.

Si el legislador creó un empréstito forzoso, las características dadas por la norma reglamentaria han debido establecer previsiones que mantuvieran el valor de la inversión, tal como lo dispone el inciso tercero del artículo 17 de la ley 6a. de 1992.

Otro concepto de violación lo hace consistir en que el decreto demandado establece la posibilidad del pago en efectivo al momento de la redención mientras que la ley dispuso que sólo son amortizables por el pago de deudas fiscales.

Finalmente agrega que las normas demandadas el prohibir el pago de intereses también violan la norma reglamentada en cuanto no cumplen con lo previsto en la ley como contraprestación del valor total de la suma invertida.

Y concluye que todo lo anterior convirtió la inversión prevista en el artículo 17 de 11 ley 6° de 1992 en un impuesto, lo que implica también el desconocimiento del artículo 16 de la misma ley.

3. SUSPENSION PROVISIONAL

El actor solicitó la suspensión provisional de las normas demandadas. La Sala, en providencia del 9 de octubre de 1992 (fl. 7 y ss.) decretó la suspensión provisional de los términos "nominal" y "o en efectivo entre el 1° y el 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h) ..."

El señor Apoderado judicial de la Nación Ministerio de Hacienda, Dirección de Impuestos Nacionales interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia, el cual fue resuelto por la sala en providencia del 27 de noviembre de 1992, confirmando el auto recurrido.

4. ALEGATOS DE CONCLUSION:

4.1. De la parte actora

El actor insiste en que la naturaleza de la obligación impuesta es la de un empréstito y que por lo tanto su amortización debe realizarse dentro del contexto de la naturaleza de dicha erogación.

Lo anterior, porque siendo un empréstito el cumplimiento de la obligación legal genera para el inversionista, el derecho de obtener la amortización de los

títulos con el pago de deudas fiscales y por su valor, es decir que genera un derecho contra el fisco, relacionado con la suma entregada.

Siendo un empréstito forzoso hay para el inversionista una sustitución de activos, es decir, se cumple la obligación mediante la entrega de una suma de dinero a cambio de una especie que representa un crédito en contra del fisco, sin que pueda existir recorte patrimonial alguno.

Insiste en que cuando la ley habla del "valor" debe entenderse como el valor real de la inversión, para que al particular no se le afecte patrimonialmente, de modo que reciba lo mismo que entregó y no una suma inferior, ya que el artículo 17 de la ley 6a. de 1992 estableció una obligación de valor y no simplemente una nominal, como la pretenden los literales acusados.

Finalmente hace una "petición especial", en el sentido de que teniendo en cuenta los efectos de los fallos que declaran la nulidad de los actos administrativos, en la sentencia se determine el alcance de la ley con relación a la amortización de los BDSI.

4.2. **De la parte demandada:**

El apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al alegar de conclusión en extenso memorial con abundantes citas doctrinarias y jurisprudenciales, señala que el pago de las obligaciones pecuniarias es sin lugar a dudas nominalista, como claramente se concluye de la manifestación contenida en el inciso 1° del artículo 2234 del Código Civil que consagra la solución del pago con la suma numérica de lo contratado, y que por lo tanto, cuando el Gobierno Nacional en la reglamentación respectiva, indicó que lo que se reconocía era el valor nominal, simplemente, acudiendo al principio anunciado, dio exacta interpretación a la ley. Cita en apoyo apartes de la sentencia de 15 de diciembre de 1979, de la Sección Segunda de la Sala Contenciosa Administrativa, expediente 1344, Consejero Ponente doctor Alvaro Orjuela Gómez, y concluye que el cargo basado en la diferenciación "valor" y "valor nominal", no está llamado a prosperar.

En cuanto a la naturaleza de la inversión, afirma que no es cierto que el no reconocimiento de intereses vulnere el concepto de valor, contenido en el artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, porque no se puede sostener que la inversión lleve, de suyo, un rendimiento, pues ello sería tanto como afirmar que en los negocios en quiebra no hubo inversión.

A su juicio la inversión por su carácter aleatorio, permite un campo de acción en donde operan una serie de factores económicos que pueden llevar

hacia uno y otro extremo la rentabilidad y en ente orden de ideas, se puede afirmar que la inversión es "contraproducente". Por lo que cuando el accionante se refiere al significado de la palabra inversión, "olvida que la aplicación productiva no implica necesariamente un rendimiento".

Adicionalmente anota que el actor desconoce "que la inversión forzosa no es una forma por excelencia por medio de la cual se aumenta la acumulación del capital al inversionista", y que tal interpretación constituye un desconocimiento de la función social de la propiedad que con tanto celo ha puntualizado la Corte Constitucional.

Concluye que el Gobierno cumplió a cabalidad con la facultad conferida por el inciso final del artículo 17 de la Ley 6a. de 1992 al determinar la forma de suscripción de los bonos y al concluir que se trata de aquellas inversiones que no producen intereses.

5. EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante la jurisdicción, conceptúa que debe prosperar el cargo de violación del ordenamiento superior contenido en el artículo 17, por cuanto éste se refiere a la redención de los bonos por su valor, mientras que el decreto reglamentario establece para dicho efecto el valor nominal, lo cual no fué previsto por el legislador, e implica la consagración de una especie de género, adicionando la ley.

Considera que la disposición del legislador, fué la de que, los títulos se rediman por su valor, que debe ser el de inversión y no propiamente el nominal que, de seguro tendrá un poder adquisitivo menor al momento en que se haga efectivo el reembolso.

Estima que con relación al literal c) del artículo 2° del decreto 1132 de 1992, el demandante, si bien lo cita para traerlo a juicio no ensayó argumentación alguna de acusación específica y que en consecuencia no se conocen las razones por las cuales se censuró el literal.

Y aunque se acusa al literal c) en cuanto dispone que los BDSI no generan intereses, no indica cual era la norma legal que dice que por esta clase de empréstitos se deban pagar intereses y que por otra parte si la Ley 6a. de 1992, no dispuso el reconocimiento de éstos, el reglamento tampoco podía hacerlo.

SECCION CUARTA

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De conformidad con los términos de la demanda y los alegatos de conclusión la Sala debe resolver sobre la legalidad de los términos valor nominal, del pago en efectivo y del reconocimiento de intereses previstos por las normas demandadas en relación con los BDSI.

En relación con el término nominal, como calificativo del valor con que se deben redimir los citados bonos y el reconocimiento de intereses, ya se pronunció la sala en sentencia del 18 de marzo del presente año, expediente 4379, mediante la cual se anuló el término "**nominal**" y se negó la nulidad del literal d) sobre reconocimiento de intereses, con base en argumentos que la Sala se releva de repetir, para disponer acatar lo dispuesto en dicha providencia, parte resolutiva numerales 1° y 3°.

En cuanto a los términos "...o en efectivo, entre el 1° y 10 de noviembre de 1998 por la institución Financiera determinada en el literal h", los cuales fueron suspendidos provisionalmente en el presente juicio, se observa que la parte demandada no adujo ningún argumento el interponer el recurso de reposición contra la citada suspensión y sólo en el alegato de conclusión afirma sobre el tema:

> "En lo que se refiere a la redención en efectivo, debe entenderse ésta como subsidiaria a la establecida en el artículo 17 inciso 3° pues puede ocurrir que el monto en descuento con el pago de impuesto, retenciones y sanciones no cubra esas deducciones. En este caso, , el decreto fue una interpretación clara de una eventual situación de reconocimiento del monto el cual quede obligado el Gobierno Nacional. Esto explica, palmariamente, la prescripción realizada en el decreto *sub-judice*."

Lo anterior lleva a la Sala a reiterar lo sostenido en el auto que ordenó la suspensión provisional de los términos:"... o en efectivo, entre el 1° y 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h ..." por cuanto no trata de una previsión que trasciende la norma reglamentada, lo cual se confirma con el argumento de que se trata de una forma **subsidiaria** de redención, la cual independientemente de su conveniencia, ha debido ser consagrada a nivel legal y no es un reglamento, toda vez que la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente de la República, no puede modificar, ni ampliar lo previsto por la ley.

Por último, la petición especial hecha por el actor, en su alegato de conclusión para que se determina por la Sala el alcance de la ley, en relación con la amortización de los BDSI, resulta a todas luces improcedente y por lo

tanto la Sala no se pronuncia al respecto, toda vez que la acción que dió origen al presente juicio fue una acción de nulidad, al resolver la cual el juzgador sólo puede pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad del acto demandado.

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. Estése a lo dispuesto en la parte resolutiva numerales 1° y 3° de la sentencia proferida por esta Sala el 18 de marzo de 1993 en el expediente 4379.

2. Anúlanse los términos "o en efectivo, entre el 1° y el 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h)" contenidos en el literal c) del artículo 2o del decreto 1132 de 1992 proferido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 18 de septiembre de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos de determinación del impuesto de Industria, Comercio y Avisos a cargo de Compañía Colombiana de Envases S.A. "Colenvases S.A." Nit. 8-60.507.871 correspondientes al año gravable 1986, vigencia de 1987.

ANTECEDENTES.

La sociedad contribuyente presentó la respectiva declaración de Industria y Comercio declarando en los renglones de la actividad Industrial (códigos 108 y 112) ingresos brutos totales obtenidos dentro y fuera de Bogotá por $348.380.965 y $1.195.517.677 respectivamente.

Las autoridades de impuestos mediante liquidación oficial 1451 de febrero 24 de 1989 los determinó en $1.063.121.832 y $2.894.362.776 en su orden, en razón de que la diferencia de tales ingresos ($2.515.222.279) correspondían a los obtenidos en otras jurisdicciones municipales diferentes al Distrito Especial de Bogotá y que por ello no eran descontables de la base gravable (Parágrafo 2, artículo 20, Acuerdo 21 de 1983).

Con motivo del recurso de reposición la Dirección Distrital de Impuestos por medio de la resolución 681 de agosto 25 de 1989 mantuvo sus puntos de vista, disminuyendo sólo el valor de la liquidación oficial en la suma de $1.368.196 en lo relativo al Parágrafo Anual (artículo 8o. del Acuerdo 7 de 1986) en virtud de la suspensión provisional decretada en providencia del 30 de noviembre de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (fls. 14/21).

Como la contribuyente además de la adición de los ingresos antes mencionados discute un mayor valor de la deducción ($21.099.247) por concepto del impuesto al consumo ($112.904.997 menos $91.805.750), en la apelación surtida ante la Junta Distrital de Hacienda (resolución 040 de marzo 16 de 1990) esta dependencia aceptó tal diferencia por considerarla debidamente demostrada por parte de la recurrente, efectuando la respectiva liquidación. Respecto a la adición de los ingresos a la base gravable, la mantiene reiterando que la suma de $2.515.222.279 debe seguir formando parte de ésta, en virtud de lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983. Con la anterior decisión de la Junta Distrital de Hacienda quedó agotada la vía gubernativa (fls. 26/33).

En la demanda ante el Tribunal la actora impugnó la adición a las bases declaradas correspondientes a la actividad industrial (códigos 108 y 112) aduciendo que el Consejo de Estado mediante sentencias de junio 1o. de 1990

(proceso 2440) y 25 de septiembre de 1989 (proceso 0082) declaró la nulidad del parágrafo 2o. del artículo 20 del acuerdo 21 de 1983 y el inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 3070 de 1983 respectivamente.

Asimismo, la sociedad impugnó la sanción por inexactitud impuesta porque a su juicio no infringió el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983.

Tramitado el proceso, en el cual la Fiscalía 3a. del Tribunal rindió concepto favorable a las pretensiones de la actora (fls. 145/153), el *a-quo* profirió sentencia de mérito apoyándose para ello en el fallo del Consejo de Estado que anuló el parágrafo 2o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 al encontrarlo violatorio del artículo 5o. de la Constitución Política de 1886, toda vez que el Concejo de Bogotá carecía de competencia para regular hechos y situaciones impositivas ajenas a su jurisdicción territorial. Por tanto consideró que como efecto de la nulidad de la mencionada norma es permitido legalmente descontar de la base gravable el impuesto de Industria y Comercio los ingresos percibidos en otros municipios; y así lo decidió declarando la nulidad de los actos acusados dejando en firme la liquidación privada presentada por la sociedad. Por lo demás, estimó que habiendo desaparecido las causas que originaron la sanción por inexactitud, obviamente debía levantarse ésta (fls. 157/166).

RECURSO DE APELACION.

El Distrito Especial de Bogotá por conducto de apoderada judicial impugna el fallo del Tribunal arguyendo que la actora en la vía gubernativa no comprobó que los ingresos adicionados efectivamente fueron obtenidos fuera de Bogotá; y que si posteriormente se aportó prueba para justificarlos (certificación de revisor fiscal), tal probanza no es admisible porque la ley fiscal exige prueba específica como lo son las declaraciones de Industria y Comercio presentadas en municipios distintos a Bogotá acompañadas de los respectivos recibos de pago (parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983).

Por lo tanto, solicita se revoque la sentencia del *a-quo* porque a su entender la actora no comprobó en forma legal el lugar donde se percibieron los ingresos adicionados por la Administración Distrital en la liquidación oficial atacada y en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda. (fls. 173/175).

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSION.

En primer lugar, descorre el traslado la apoderada judicial de la parte demandada quien luego de hacer un recuento de la actuación surtida en este proceso precisa que, si bien la norma que permitía incluir en la base gravable ingresos obtenidos en otros municipios fué declarada nula por la jurisdicción de

lo contencioso administrativo, la contribuyente no demostró con las correspondientes declaraciones presentadas en otros municipios, que efectivamente esos ingresos habían sido obtenidos fuera de Bogotá. Reitera que se debe revocar la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda. (fls. 178/181).

En segundo lugar, descorre el traslado el Delegado Tercero de la Procuraduría General de la Nación, doctor Jaime Ossa Arbeláez quien puntualiza que el Distrito gravó el total de los ingresos obtenidos por las ventas en todo el territorio de la Nación, a pesar de que el impuesto de Industria y Comercio solo recae sobre ingresos percibidos en cada jurisdicción municipal.

Anota además que la Administración Distrital aplicó el parágrafo 2o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 el cual había sido anulado por el Consejo de Estado en sentencia del 1o. de junio de 1990.

Con fundamento en las anteriores premisas concluye que las autoridades de impuestos del Distrito de Bogotá, al no permitirle a la contribuyente descontar de la base gravable los ingresos percibidos en otras municipalidades, por actividades industriales llevadas a cabo fuera del Distrito Capital, transgredió la normatividad vigente en las disposiciones de la Ley 14 de 1983; fuera de que la misma Administración debió tener en cuenta el fallo aludido que dejó sin efectos *erga omnes*, la argumentación central de su actuación. Concluye entonces que su despacho auspicia la confirmación de la sentencia recurrida. (fls. 182/184).

Por último, la apoderada de la sociedad actora también descorre el traslado para alegar de conclusión, señalando que en virtud de la nulidad del parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 (sentencia de abril 30 de 1992, proceso 3746, Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano) que exigía una prueba específica para demostrar los ingresos obtenidos fuera del Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital), quedó totalmente sin piso la argumentación esgrimida por la parte demandada, por lo que es procedente demostrar el lugar y monto de los ingresos obtenidos fuera del Distrito Capital con otros medios probatorios como son los aportados por Colenvases S.A. (certificación del Revisor Fiscal), los cuales son plena prueba al tenor del artículo 73 del Acuerdo 21 de 1983. (fls. 185/186).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

De acuerdo con lo reseñado anteriormente, para la Sala es claro que a la Administración Distrital le estaba vedado incluir dentro de la base gravable de la actividad industrial (códigos 108 y 112) desarrollada por la actora en el año

gravable 1986 ingresos brutos obtenidos en municipios distintos a Bogotá en virtud de lo dispuesto por la ley 14 de 1983.

En efecto al adicionar los ingresos denunciados en la respectiva declaración privada de Industria y Comercio en la suma de $2.515.222.279 no solo infringió las normas contenidas en la ley 14 de 1983, sino que además ignoró las sentencias de nulidad del Consejo de Estado respecto a los parágrafos 1o, y 2o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 porque estas disposiciones, contrariaban la Constitución Nacional y normas de la ley 14 de 1983, pues preceptuaban los mencionados parágrafos la obligación de comprobar con copia auténtica que el contribuyente declaró y pagó el impuesto de Industria y Comercio en los municipios en donde afirma haber realizado actividades gravables en otros municipios; y además, la prohibición del descuento de la base gravable de las actividades industriales los ingresos percibidos en otros municipios respectivamente.

Con base en lo brevemente expuesto y lo puntualizado por el señor Agente del Ministerio Público, la Sala habrá de confirmar la sentencia apelada proferida por el *a-quo*.

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 de 18 de septiembre de 1992 proferida en el juicio 7843 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos de determinación del impuesto de Industria, Comercio y Avisos del año gravable 1986, vigencia 1987 a cargo de COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S.A. Nit. 8-60.507.871 y además confirmó la liquidación privada No. 073237 presentada por la sociedad contribuyente.

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.

Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado, Secretario.

COMPETENCIA POR CUANTIA / COMPETENCIA FUNCIONAL / CONSEJO DE ESTADO / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / RENTA PRESUNTIVA - Reducción / ACTO ADMINISTRATIVO

Las Resoluciones que profiere el señor Ministro en materia de autorización de reducción de renta presuntiva tienen el carácter de actos administrativos independientes, completos, susceptibles de control jurisdiccional mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Aunque en verdad no se trata del acto que determina el impuesto, que sigue siendo en principio la liquidación oficial de revisión, no puede negarse que la solicitud de reducción de renta presuntiva encierra una cuantía propia consistente en el valor de la disminución de la base gravable a que aspira el solicitante y es dicho valor el constitutivo del factor cuantía qué influye para determinar la competencia en esta jurisdicción en primera o en única instancia en el Tribunal.

REDUCCION DE RENTA PRESUNTIVA.-

La acción contra las Resoluciones del Ministro tienen por CUANTIA el monto de la reducción de la base gravable a la cual aspira el solicitante.

En consecuencia la compañía es del Tribunal en primera instancia y en segunda el Consejo de Estado.

No se acepta la NULIDAD del proceso por incompetencia del Tribunal en estos casos.

SECCION CUARTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4547. Impuesto (Renta) -AUTO- Actor: CAFEPAS LTDA. C / LA NACION

Como parte de la sustentación del recurso de apelación, el señor apoderado de la Dirección de Impuestos Nacionales plantea la nulidad del proceso, que procede la Sala a decidir previamente una vez surtido el respectivo trámite del incidente.

Los hechos alegados como causal de nulidad se refieren a la incompetencia del Tribunal, encuadrada en el numeral 2o. del Artículo 140 del C.P.C..

INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

La acción de nulidad y restablecimiento, del derecho en este proceso ha estado dirigida contra las dos resoluciones del Ministerio de Hacienda, en virtud de las cuales negó la reducción proporcional de la renta presuntiva conforme a la competencia asignada al Ministerio por el artículo 50 de la Ley 55 de 1985.

Plantea el recurrente que tales resoluciones no tienen cuantía y no determinan ningún impuesto a cargo por el año de 1988, luego el acto es incuantificable.

Considerando que lo anterior es improcedente por cuanto en las resoluciones impugnadas se trataba de aceptar o negar la reducción de la renta presuntiva, la competencia para conocer de este proceso era privativa y en única instancia del Consejo de Estado según el numeral 3o. del artículo 128 y no del Tribunal en primera instancia como lo aceptó el *a-quo*, generándose así, nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda.

SE CONSIDERA:

El tema planteado es una de las tantas dificultades que ha generado en el proceso de determinación y discusión del impuesto de renta tanto a nivel gubernativo como judicial, la imprevisión del legislador de 1985 cuando sustrajo de la competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales la autorización de la reducción de la renta presuntiva por control de precios para pasarla al Ministro de Hacienda, sin adoptar correlativamente las medidas pertinentes para coordinar

el proceso de determinación y discusión del Impuesto y el que corresponde a los actos administrativos producidos por el Ministro.

Esta Sección ha aceptado que las resoluciones que profiere el señor Ministro en esta materia tienen el carácter de actos administrativos independientes, completas, susceptibles de control jurisdiccional mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aunque en verdad no se trata del acto que determina el impuesto, que sigue siendo en principio la liquidación oficial de revisión, no puede negarse que la solicitud de reducción de renta presuntiva encierra una cuantía propia consistente en el valor de la disminución de la base gravable a que aspira el solicitante, y es dicho valor, el constitutivo del factor cuantía que influye para determinar la competencia en esta Jurisdicción en primera o en única instancia en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca según las reglas de competencia fijadas en los artículos 131 y 132 del C.C.A..

En el caso que se estudia, la demanda señaló como cuantía la cantidad de $1.358.000 que corresponde a la diferencia del impuesto que se causaría por la inadmisión a reducir la renta presunta.

Pero la Sala encuentra que no estando en discusión los actos que determinaron el impuesto, sino las Resoluciones del Ministro la cuantía no se determina por aquél sino por la diferencia de las bases para el cálculo de la Renta presunta. Según anexo a la solicitud ante el Ministro este cálculo sin reducción sería de $6.846.113 contra $440.359, es decir, $6.405.754 que es la cifra a la que llega la Sala como "cuantía" del interés económico del demandante.

En consecuencia tal cifra da lugar a fijar la competencia en el Tribunal en primera instancia y la del Consejo de Estado en segunda instancia, por todo lo cual no resulta aceptable la nulidad planteada por supuesta incompetencia del Tribunal.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Unitaria,

RESUELVE:

No se accede a decretar la nulidad del proceso, solicitada por la parte demandada.

Notifíquese.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

Nota de Relatoría : En sentido semejante puede consultarse la primera parte de las consideraciones del fallo del 16 de abril de 1993, expediente 4386, Ponente: Dra. Consuelo Sarria de Olcos, Actor: Compañia Upjohn SA.

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO / ACTIVIDAD INDUSTRIAL / INGRESOS EXCLUIDOS / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

A la administración Distrital le estaba vedado incluir dentro de la base gravable de la actividad industrial desarrollada por la actora en el año gravable 1986 ingresos brutos obtenidos en municipios distintos a Bogotá en virtud de lo dispuesto por la ley 14 de 1983 En efecto al adicionar los ingresos denunciados en la respectiva declaración privada de Industria y Comercio no solo infringió las normas de la ley 14 de 1983, sino que además ignoró las sentencias de nulidad del Consejo de Estado respecto a los parágrafos 1° y 2° del art. 20 del Acuerdo 21 de 1983, ya que dichos parágrafos preceptuaban la obligación de comprobar con copia auténtica que el contribuyente declaró y pagó el impuesto de Industria y Comercio en los municipios en donde afirma haber realizado actividades gravables en otros municipios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.

Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4512. Apelación sentencia de 18 de septiembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto Industria y Comercio, Avisos año gravable 1986).- Fallo.- Actor: COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S.A. "COLENVASES S.A.".

de agosto de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad PAN-AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY, contra las Resoluciones 013 de 26 de abril y 004 de 8 de junio de 1988, expedidas por la sección de Cobranzas y la División de Recaudo, respectivamente, de la Amnistración de Impuestos Nacionales de Bogotá, que fallaron las excepciones propuestas dentro del proceso de cobro coactivo adelantado sobre impuesto de renta adeudado por el año de 1978.

ANTECEDENTES

1) La sociedad presentó declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1978, el 26 de abril de 1979.

2) Previo requerimiento, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le practicó la liquidación de revisión 100374 del 26 de mayo de 1981, en la que determinó en mayor valor a pagar por concepto de impuesto por $552.320.

3) Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en reconsideración ante la misma administración la cual mediante Resolución 00076 del 7 de Febrero de 1983, confirmó la resolución recurrida.

4) La sociedad actora se liquidó definitivamente, tal como consta en la Escritura Pública #4889 de 12 de Septiembre de 1985 de la Notaria Séptima de Bogotá y para el efecto presentó el paz y salvo #LA-1524 expedido por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, el 4 del mismo mes y año.

5) El 1° de marzo de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, libró mandamiento de pago contra la sociedad y su representante por la suma de $552.320.

6) Posteriormente, la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá citó a la sociedad para notificarle el mandamiento de pago ejecutivo por la suma de $552.320, por concepto de un saldo del impuesto sobre la renta y complementarios de 1978; dicha notificación se efectuó personalmente al señor FERDINAND CLAUDE MAYORAL en calidad de representante legal y liquidador de la actora, el 10 de marzo de 1988, según consta a folio 33 del cuaderno de antecedentes.

7) El 13 de mayo de 1988 el apoderado judicial de la ejecutada propuso las excepciones de falta de notificación del título ejecutivo, inexistencia de la

obligación por pago, prescripción e inexistencia del sujeto pasivo de la obligación.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, expidió la Resolución # 013 de 26 de abril de 1988, que negó por improcedentes las excepciones propuestas y ordenó llevar adelante la ejecución contra la actora.

Contra la anterior resolución, la actora interpuso recurso de apelación, el cual fué resuelto por medio de la Resolución #004 de 8 de junio de 1988, la cual confirmó en todas sus partes la anterior Resolución, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

En síntesis precisa así las normas violadas y el concepto de la violación:

- Artículo 38 del Decreto Ley 3803 de 1982, porque la Resolución No 076 de 7 de febrero de 1986 mediante la cual se revolvió negativamente el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación de revisión No. 100374 de 26 de mayo de 1981 (correspondiente al año gravable de 1978), no fué notificada personalmente, ni se envió aviso de citación por correo, sino que únicamente se notificó por edicto.

- Artículo 114 del Decreto Ley 1651 de 1961, porque la actora al proponer la excepción de inexistencia de la obligación por pago presunto, adjuntó un paz y salvo especial, a través del cual garantizó a terceros, a la Administración y al liquidador, que la sociedad que se liquida se halla a paz y salvo y no tiene ninguna obligación con la Administración de Impuestos.

- Artículo 107 del Decreto Ley de 2503 de 1987, porque en este caso se presentó la prescripción de la acción de cobro.

La acción de cobro ejecutivo en este litigio se originó por causa del impuesto establecido en la liquidación oficial de revisión No.100374 de 26 de mayo de 1981 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y "desde entonces la obligación es exigible, pero la ley admite recursos que si no prosperan, queda la obligación en mora de cubrirla, con los intereses que se causan desde entonces, y no, cuando el fallo del recurso niega la legalidad de la obligación pendiente. La notificación del acto que se resuelve los recursos no suspenden (sic) la prescripción ni la vigencia de la obligación, ni requiere de la ejecutoria del reclamo, ni plazo alguno para que el contribuyente quede en mora de pagar lo que esta debiendo.." (Fl. 39)

SECCION CUARTA

LA OPOSICION

El apoderado de la entidad demandada se opone a la prosperidad de la peticiones de la demanda, argumentando que:

- La Resolución No 76 del 7 de febrero de 1983 por medio de la cual se resolvió negativamente el recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión correspondiente al año gravable de 1978, fue notificada legalmente mediante edicto fijado el 3 de marzo de 1983 y desfijado el 10 de marzo del mismo año. "... y al agotarse la vía gubernativa con dicha notificación, la resolución quedó debidamente ejecutoriada, luego no puede hablarse de inexistencia de ejecutoria....", puesto que ésta se ajustó a lo preceptuado por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 105, numeral 3° del Decreto 2503 de 1987.

- Con respecto a la excepción de prescripción de la acción de cobro considera que no es procedente, ya que de conformidad con el artículo 107 del Decreto 2503 de 1987 el término de prescripción corre a partir del momento de resolución expedida por la Administración adquiera firmeza (con su ejecutoria). En este caso la resolución No 76 del 7 de febrero de 1983 notificó el 10 de marzo de 1983 quedando ejecutoriada el 21 de marzo de 1983.

Con la ejecutoria de la providencia que resolvió el recurso de reconsideración se verificó el 21 de marzo de 1983, a partir de tal fecha se inició el término de prescripción el cual fué interrumpido el 10 de marzo de 1983, cuando se notificó el mandamiento de pago.

En relación con la alegada excepción de inexistencia por la obligación por pago, el apoderado de la Administración manifestó que el certificado de paz y salvo no constituye plena prueba de la cancelación de las obligaciones tributarias ya que el carácter de plena prueba se demuestra con los documentos expedidos por al administración de impuestos, tales como recibos de pago, constancias de traslados, compensaciones correspondientes a los años gravables objeto de la acción de cobro y providencias ejecutoriadas que exigen las obligaciones fiscales del contribuyente.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

Las normas administrativas y en especial el artículo 38 del Decreto 3803 de 1982 establecen que las providencias que deciden recursos se notificarán

personalmente, o por edicto si el contribuyente no compareciere dentro el termino de 10 dias contados desde la fecha de introducción al correo el aviso de citación.

Teniendo en cuenta que a la actora no le enviaron aviso de citación y así lo manifestó al formular la respectiva excepción (manifestación que constituye una negación indefinida que no requiere prueba, y que la Administración, ni durante el proceso coactivo administrativo ni ante la jurisdicción contenciosa indicó que se hubiera citado a la contribuyente para la notificación personal, no obra prueba en el expediente que indique lo contrario, el Tribunal considera que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, por encontrarse probada la excepción de falta de título ejecutivo.

Además, afirma el Tribunal que en el expediente a folio 53 del cuaderno de antecedentes, obra fotocopia de paz y salvo especial expedido el 4 de septiembre de 1985, que constituye un indicio mas en favor de la sociedad.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada de la entidad demandada, interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustento así:

A diferencia de lo señalado por el Tribunal, considera que existe un título ejecutivo que permite a la Administración librar mandamiento de pago para el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de la sociedad actora, en relación con el impuesto de renta del año gravable 1978.

A su juicio, la resolución que resolvió el recurso de consideración fué expedida por funcionario competente con contenido determinado, motivada y proferida de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 38 del Decreto 3803 de 1982. Teniendo en cuenta lo anterior, si la actora consideraba que tal acción no producía efectos jurídicos por vicios en su notificación debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; pero como la actora no demandó dicho acto administrativo éste es válido y constituye título administrativo en su contra en relación con las obligaciones fiscales relacionadas con el impuesto de renta por el período gravable de 1978.

La irregularidad en la notificación no ha sido demostrada en el proceso, y así como lo plantea la magistrada que aclaró su voto, no se puede considerar que por ello no exista título ejecutivo, ya que en la resolución que resolvió el mencionado recurso de reconsideración, consta una obligación clara, expresa y exigible.

SECCION CUARTA

El paz y salvo que obra en el expediente no demuestra que se halla cumplido con la prestación de lo que se debe, toda vez "...que la misma actora propuso las excepciones al mandamiento de pago ..." (Fl. 127).

La condena a la Nación a que se devuelva la suma de $2.659.421 con los interes a que haya lugar a favor de la actora, vulnera los principios de derecho y especialmente el artículo 1617 del Código Civil que prohíbe el cobro de intereses sobre intereses.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la entidad demandada reitera lo expuesto al sustentar el recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos :

1.- Existencia de título ejecutivo.

La Resolución No. 076 del 7 de febrero de 1983, que contiene el título ejecutivo que determinó el cobro de la obligación fiscal a cargo de la actora por el período gravable de 1978, no ha sido demandada y menos anulada por la jurisdicción contenciosa y por lo tanto es válida y conservando plena vigencia el título ejecutivo, contentivo de una obligación clara, expresa y exigible a favor de la Nación y a cargo de la actora por la suma de $522.320.

Alega de conformidad con el artículo 835 del Estatuto Tributario, dentro del proceso administrativo coactivo, solo son demandables ante la jurisdicción contenciosa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, la cual implica que no se puede "...siquiera arguirse en contra de una providencia que agotó la vía gubernativa y se encuentra en firme puesto que no fué recurrida." Cita la providencia del Consejo de Estado de 5 de junio de 1992, expediente No. 4092, Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano.

2.- Excepción de pago.

En oposición a lo expuesto por el Tribunal, el certificado de paz y salvo no constituye indicio que favorezca a la contribuyente, toda vez que tal documento no muestra la excepción de pago previo.

3.- Devolución de la suma pagada y con intereses.

Como no prosperó la excepción contra el mandamiento de pago en relación con la devolución de una suma igualmente pagada y cobrada no puede aceptarse que se reconozcan intereses sobre el capital ni moratorios.

4.- Prescripción.

La Resolución No. 076 de 7 de febrero de 1983 que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación fué notificada por edicto el 10 de marzo de 1983, quedando ejecutoriada el 24 de marzo y contra ella no se presentó demanda ante la jurisdicción contenciosa.

La obligación fiscal contenida en la Resolución No. 076 tiene un término de exigibilidad que se cuenta igual que el de prescripción, a partir del 24 de marzo de 1983 (fecha de la ejecutoria).

Finalmente alega, que el término de prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago (10 de marzo de 1988), contándose el lapso de cinco (5) años a partir de la fecha.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante la Jurisdicción, conceptúa que la sentencia apelada debió ser revocada, porque:

1.- El Tribunal se equivocó al declarar probadas las excepciones de inexistencia de título ejecutivo y de pago.

En relación con la excepción de inexistencia de título ejecutivo, alega que en la demanda se planteó la excepción consagrada en el artículo 831 numeral 3° del Estatuto Tributario denominado "falta de ejecutoria del título", pero que de conformidad con los artículos 62, 64, 66, y 68 numerales 1° y 3° del Código Contencioso Administrativo y 828 numerales 2° y 3° del Decreto 624 de 1989, la Resolución No. 076 de 7 de febrero de 1983, expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, constituye un acto administrativo ejecutoriado, de obligatorio cumplimiento ya que no ha sido anulado ni suspendido por la jurisdicción contenciosa, presta mérito ejecutivo y la Administración estaba facultada para iniciar el cobro coactivo y proferir el respectivo mandamiento de pago.

"La supuesta falta de notificación de esta Resolución, que fué proferida en un proceso administrativo diferente, no puede tomarse como motivo para anular los actos administrativos que rechazaron las excepciones y ordenaron llevar adelante la ejecución..." Fl. 152) sin desconocer las normas enunciadas anteriormente y el principio según el cual las decisiones administrativas son de obligatorio cumplimiento.

SECCION CUARTA

2.- En relación con la excepción de pago, alega que el paz y salvo aportado por la actora no prueba la existencia del pago.

3.- Que no prospera la excepción de prescripción porque la Resolución No 076 fué notificada por edicto que fué desfijado el 10 de marzo, contándose el término de los cinco (5) años (art. 107 del Decreto 2503 de 1987) a partir del 11 de marzo de 1983 y se completó el 11 de marzo de 1983, razón por la cual a notificarse el mandamiento de pago el 10 de marzo de 1988, fué oportuno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En materia de los impuestos nacionales, administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, el artículo 109 del Decreto 2503 de 1987, norma que estaba en vigencia cuando se intimó al mandamiento ejecutivo disponía:

"Excepciones.

Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones:

1) El pago efectivo.

2) La existencia de acuerdo de pago.

3) La falta de ejecutoria del título.

4) La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente.

5) La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

6) La prescripción de la acción de cobro, y

7) La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió."

Precisamente la sociedad ejecutada propuso las excepciones señaladas en los numerales 1, 3, 4 y 7.

El Tribunal aceptó como probada la excepción de título ejecutivo, en razón de que la providencia que falló el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto administrativo de liquidación no fue notificado según lo exigía el artículo 38 del Decreto 3803 de 1982, puesto que no se citó al contribuyente

para notificación personal, e invocada en su favor por la actora la negativa de carácter indefinido en tal sentido ésta no requería prueba y que por su parte la Administración ni siquiera alegó haber efectuado la citación para efectos de la notificación mencionada.

Cuando se produjo la Resolución 000076 de 1983, con base en la cual la Administración adelantó el proceso de cobro, no estaba aún vigente el Decreto 2503 de 1987 y por lo tanto los títulos que prestaban mérito ejecutivo estaban consagrados en el Código de Procedimiento Civil artículo 562 cuyo numeral 2° señaló como tales a "las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas, que practiquen los funcionarios fiscales a cargo de los contribuyentes.."

No obstante, para que el contribuyente sea obligado al cumplimiento de la obligación impuesta por una acto administrativo, es requisito indispensable que éste se notifique de conformidad con lo dispuesto en la misma ley, porque de lo contrario carece de eficacia y de poder vinculante, y en consecuencia no puede afirmarse válidamente que la obligación en él contenida sea exigible.

En el *sub-lite* precisamente la actora sostiene la inexistencia del título (no del acto administrativo), por falta de exigibilidad por no haberse notificado en forma exigida por el artículo 38 del Decreto 3803 de 1982, es decir la notificación personal de la providencia que decidió el recurso gubernativo, previa citación del interesado por 10 días. Sólo en la medida en que vencido el plazo señalado éste no se presentara, procedía la notificación por edicto, pero sino se cumple el procedimiento previsto en la ley no procede la notificación supletoria.Tampoco se produjo en este caso la notificación presunta establecida en artículo 12 del Decreto 2733 de 1959, en razón de que la parte interesada no solo no convino en ella sino que por el contrario la propuso como excepción, y de otra parte no interpuso en tiempo los recursos legales que procedían contra la decisión administrativa, precisamente porque al omitir el requisito de citación personal para notificación del acto no pudo entenderse del resultado del acto interpuesto.

No se cuestiona en esta oportunidad la validez del acto administrativo *per se*, ni su existencia, como erradamente lo estima la apoderada judicial de la Nación, ni se controvierte que el funcionario que intervino sea el competente, ni la facultad legal, y menos aún los hechos económicos que dieron base a la imposición del tributo, pues el acto en sí se presume ajustado a derecho, solo que carece de efecto vinculante y por lo tanto de exigibilidad, pues no basta que en él conste una obligación clara y expresa, sino que se requiere que sea notificado de acuerdo con la ley, para que produzca efectos jurídicos.

SECCION CUARTA

El agotamiento de la vía gubernativa a términos del artículo 63 de la Ley 52 de 1977, a partir de la fecha de notificación de la providencia que resolviera el recurso, implicaba el cumplimiento de las exigencias que para el efecto establecía el artículo 38 del Decreto 3803 de 1982, so pena de no producir efectos legales la decisión conforme lo señalaba claramente el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959.

En consecuencia la decisión de primera instancia que declara probada la excepción de falta de título ejecutivo será confirmada por las razones aquí expuestas.

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 14 de agosto de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2) RECONOCESE a la doctora Nora Matiz Santos como apoderada de la demandada a términos del poder que obra a folio 154 de cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y devuélvase al Tribunal de origen, cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sección de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva; Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado, Secretario.

Nota de Relatoría: Mediante Sentencia de abril 2 de 1993, expediente No. 4292, Dr. Luis Lizaralde Cala, Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE, la Sección Cuarta ANULO LA RESOLUCION 329 de 24 de junio de 1991, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud

Nota de Relatoría (Para Boletín): Mediante sentencia de abril 16 de 1993, Expediente No. 4367, Actora: LUCY CRUZ DE QUIÑONES, la Sección Cuarta, con Ponencia del Dr. JAIME ABELLA ZARATE, DECLARO LA NULIDAD de los artículos 8 y 29 del Acuerdo 7 del 9 de

diciembre de 1986 expedido por el Consejo del Distrito Especial de Bogotá; al igual que la de los artículos 8 y 29 del Dereto 2080 del 19 de diciembre de 1986, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá. El fallo refirió el tema de la improcedencia de la sustracción de materia.

Nota de Relatoría (Para Boletín): Mediante Sentencia de abril 23 de 1993, exp. 4225, Actor: Luis Miguel Urrego Delgado, Ponente Dr. JAIME ABELLA ZARATE, la Sección anuló los artículos 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo No. 4 de mayo 5 de 1988, expedido por el Consejo del Distrito Especial de Bogotá.

RETENCION EN LA FUENTE - Naturaleza / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La retención en la fuente es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido que a título de impuesto se retiene, cuando se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para el beneficiario del mismo. Sólo para el caso de los contribuyentes no declarantes y de los pagos por la ganancia ocasional por rifas, loterías y apuestas, se entiende que el valor del impuesto correspondiente al ingreso, es exactamente igual al que se le retuvo en la fuente. Para los demás, solo en el momento de la finalización del ejercicio, cuando se consolide definitivamente su obligación fiscal, podrá establecerse el valor del impuesto a cargo, parte del cual ya fué retenido en la fuente. Se trata entonces de una especie de pago anticipado, pero no definitivo del posible impuesto a cargo.

PAGO EN EXCESO / DEVOLUCION / SALDO A FAVOR / RETENCION EN LA FUENTE / LIQUIDACION PRIVADA

Es evidente que sí en determinado ejercicio la retención en la fuente es superior al impuesto a cargo, se configura un "pago en exceso" de impuesto a la renta en dicho año. Si bien las normas sobre devoluciones de saldos a favor, siempre se han referido a las "liquidadas en las declaraciones tributarias" no pueden llegar a interpretarse de una manera tan restrictiva, que lleve a concluir que en ellas hay implícita una prohibición: que si la retención que da lugar al impuesto pagado en exceso no se "consignó" en el formulario de la declaración tributaria, se pierde el derecho a obtener su devolución. Pero lo que sí es indispensable para obtener la devolución es la existencia de una liquidación privada

del impuesto, en la cual se haya efectuado la autotasación del impuesto a cargo por dicho año.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No.4613. Impuesto de Renta. FALLO. Actor: SICIM S.P.A. Sucursal en Colombia.

Acuden en apelación tanto el apoderado judicial de la Nación, como el Procurador Sexto en lo Judicial Administrativo -Ministerio Público- contra la sentencia de 26 de octubre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la sociedad SICIM S.P.A. Sucursal de Colombia, contra los actos administrativos que le negaron la devolución de retenciones en la fuente correspondientes al ejercicio fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

Por medio de escrito presentado ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el 29 de septiembre de 1988, la sociedad SIGIM S.P.A., solicitó a la Oficina correspondiente, la devolución de retenciones en la fuente practicadas durante 1985 por un valor de $121.651.828. Por medio de la Resolución No. 0005 de 15 de noviembre de 1988, la División de Devoluciones rechazó la anterior petición, argumentando principalmente que la contribuyente se encontraba obligada a consignar en su denuncio rentístico el valor correspondiente a las retenciones practicadas en 1985, para que al formar parte de su liquidación privada y afectar el impuesto liquidado por el ejercicio, pudiera configurarse ese saldo a favor, objeto del trámite de devolución.

Al interponer el recurso de reconsideración, la actora afirmó que por el hecho de no haber utilizado la posibilidad de descontar del impuesto liquidado la retención de 1985, no puede concluirse válidamente que la sociedad perdió su derecho a obtener la devolución de los valores pagados en exceso, con respecto al impuesto liquidado a su cargo. La División de Recursos Tributarios, en Resolución 0486 de 22 de noviembre de 1989, previo el rechazo de las nulidades planteadas en el recurso, mantuvo el rechazo de la solicitud de devolución formulada por la sociedad.

SECCION CUARTA

En el libelo que dió inicio a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la anterior actuación administrativa, se plantean dos cargos fundamentales; A) La nulidad de los actos administrativos por infracción de las normas en que debían fundarse y B) Nulidad por falsa motivación. Se citan numerosas normas de rango constitucional y legal como violadas por la actuación acusada y se argumenta sobre la interpretación errónea que le dió la División de Recursos Tributarios a las normas sobre devoluciones de los saldos a favor resultantes de los pagos efectuados a través del mecanismo de la retención en la fuente.

Se concreta la petición a que previa la revocatoria de los actos acusados, se restablezca el derecho ordenando la devolución de la retención en la fuente pagado en exceso, más los intereses corrientes que se causen entre el 1o. de junio de 1986 y la fecha de ejecutoria de la providencia que ordene la devolución y los intereses moratorio causados entre el 2 de octubre de 1988 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ordene devolver el saldo, liquidados los dos a la tasa de intereses vigente al momento del pago.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, después de transcribir algunos apartes de los actos acusados y al analizarlos a la luz de las normas citadas por la Administración y otras que rigen la materia, concluyó que no asistía a ésta la razón en el asunto debatido. Sin desconocer la importancia de informar las retenciones en la fuente en las declaraciones tributarios, consideró que si se omite el requisito formal de relacionar las retenciones en la fuente en una declaración, esta circunstancia no puede acarrear para el declarante la pérdida de su derecho a que contrario, se estaría ante un enriquecimiento sin causa del Tesoro Público.

Las normas que autorizan la devolución o abonos de saldos a favor en las declaraciones tributarias, no pueden interpretarse como una prohibición de efectuar devoluciones o abonos que no figuren en declaraciones tributarios. Por el contrario, el inciso 1o. del artículo 148 del decreto 2503 de 1987 da competencia funcional para la devolución de "pagos en exceso", admitiendo así que se pueden hacer devoluciones sobre saldos diferentes a los que aparezcan comprobados en las declaraciones de renta.

Ordenó así a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, la devolución de $121.651.828 más sus intereses, a la sociedad SICIM S.P.A. por retenciones en la fuente practicadas durante la vigencia fiscal de 1985.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la entidad demandada, apela la anterior decisión, afirmando que en la sentencia de primera instancia no se desvirtuó la fundamentación legal de los actos acusados, pues a pesar de sostener que se tuvieron en cuenta las normas citadas en su defensa por la Administración, la decisión no obedeció a la aplicación de las normas que regulan la materia. El fallo a favor de la actora atenta contra el principio de la equidad de las partes, pues está obligando a la Administración al pago de unas sumas de dinero no debidas, ya que el rechazo de la devolución se fundamentó en una negligencia atribuible solamente a quien pretende el beneficio.

Los mayores valores resultantes de retención en la fuente, no pueden equipararse a pagos en exceso, pues éste último proviene de una circunstancia distinta a aquella y por ello no se exige que figuren en una declaración para obtener su devolución, pues bien pueden provenir de un acto administrativo. Pero si el contribuyente incumple la regulación legal que exige el cumplimiento de formalidades para obtener la devolución, la consecuencia es la pérdida de su derecho.

Realiza igualmente cuestionamientos al origen mismo de las retenciones en la fuente, por haberse originado en un impuesto de remesas diferido. Hace nuevamente referencia a cada una de las normas cuyo concepto de violación se consignó en la demanda.

La apelación del Procurador Sexto en lo Judicial Administrativo se sustenta en el concepto emitido en la primera instancia, en el que comparte la tesis de la Administración, sobre la obligatoriedad de incluir las retenciones en la fuente en las declaraciones tributarios, como requisito indispensable para poder tramitar la devolución bajo el concepto de "Saldo a Favor".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Tercer Delegado del Procurador General ante la jurisdicción, se ratifica en la apelación interpuesta por el Ministerio Público y solicita a la Corporación se revoque el fallo recurrido y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se trata entonces de decidir si la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá estaba obligada a devolver la retención en la fuente le fue practicada en exceso a la sociedad actora en el año de 1985 y que no fué incluida como tal en el denuncio rentístico, de dicho año, o si como,lo sostiene el ente demandado,

incumplida por la contribuyente la formalidad de consignar el dato de la retención en la fuente en la declaración, perdió el derecho a obtener su devolución.

Como ha sido ya expuesto a lo largo del proceso, la retención en la fuente es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido que a titulo de impuesto se retiene, cuando se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para el beneficiario del mismo. Sólo para el caso de los contribuyentes no declarantes y de los pagos por la ganancia ocasional por rifas, loterías y apuestas, se entiende que el valor del impuesto correspondiente al ingreso, es exactamente igual al que se le retuvo en la fuente. Para los demás, solo en el momento de la finalización del ejercicio, cuando se consolide definitivamente su obligación fiscal, podrá establecerse el valor del impuesto a cargo, parte del cual ya fué retenido en la fuente. Se trata entonces de una especie de pago anticipado, pero no definitivo del posible impuesto a cargo.

Quedando entonces suficientemente claro que la retención en la fuente es un pago de impuesto, solo que efectuado a través de un mecanismo especial, podrá afirmarse que cuando la retención en la fuente es superior al impuesto definitivamente establecido en la liquidación privada no se configura un pago en exceso?. Para la Sala es evidente que al en determinado ejercicio la retención en la fuente es superior al impuesto a cargo, se configura un "pago en exceso" de impuesto a la renta en dicho año. No comparte así la Sala el argumento central de la defensa, que considera que el pago en exceso sólo podría configurarse con respecto al pago efectivamente realizado del impuesto "más no así para las retenciones en la fuente practicadas puesto que éstas no corresponden a un pago en exceso sino a un impuesto anticipado practicado en el momento de su causación...". (folio 131 c.p., memorial de contestación de la demanda).

En cuanto al requisito formal exigido por la Administración, de la necesidad de incluir el valor de las retenciones en la fuente en la declaración tributario del ejercicio respectivo, como factor indispensable para configurar un saldo crédito y así lograr su devolución, la Sala efectúa las siguientes consideraciones:

Si bien las normas sobre devoluciones de saldos a favor, citadas por la Administración como fundamento legal de su rechazo, así como las pertinentes del decreto 2503 de 1987, vigente al momento de presentarse la solicitud y las contempladas en el decreto 624 de 1989, (Estatuto Tributario) que enmarcan, definen y establecen los procedimientos para obtener las devoluciones, siempre se han referido a las "liquidadas en las declaraciones tributarias", no pueden llegar a interpretaras de una manera tan restrictiva, que lleve a concluir que en

ellas hay implícita una prohibición: que si la retención que da lugar al impuesto pagado en exceso no se "consignó" en el formulario de la declaración tributaría, se pierde el derecho a obtener su devolución. Las normas señaladas son meramente enunciativas de la posibilidad de obtener la devolución de los saldos créditos arrojados por las liquidaciones privadas de los impuestos liquidados en las declaraciones tributarias, pero ellas no consagran legalmente una prohibición de devolver impuestos que, retenidos en la fuente, excedieron el valor a pagar por impuesto liquidado en un año fiscal.

Pero es necesario definir que lo que sí es indispensable para obtener la devolución, es la existencia de una liquidación privada del impuesto, en la cual se haya efectuado la autotasación del impuesto a cargo por dicho año, a fin de tener ese punto de confrontación con las retenciones practicadas durante el ejercicio y llegar así a demostrar que sí se retuvo en exceso a título de impuesto de renta, con respecto a lo definitivamente liquidado al finalizar el ejercicio. Una cosa es que sea necesaria una liquidación privada del impuesto como presupuesto básico para demostrar el pago en exceso y otra que se exija la formalidad de la inclusión de las retenciones en la fuente en dicha liquidación privada, como un requisito fatal, cuya inobservancia acarrearía para el contribuyente la pérdida de su derecho a obtener la devolución del mayor valor pagado.

Comprobado en el presente caso, que la sociedad actora al presentar su declaración de renta de 1985 se liquidó un impuesto a cargo de $190.080 el cual canceló oportunamente en la Administración y que aunque no las incluyó en dicha declaración demostró que se le habían efectuado retenciones en la fuente por $121.651.828, como evidentemente se trata de un pago en exceso y con base a las consideraciones expuestas anteriormente, no encuentra la Sala procedente la objeción efectuada por la Administración, para sustentar su rechazo.

En cuanto a las argumentaciones sobre el resultado de la verificación efectuada por la División de Auditoría para determinar la procedencia de la devolución de los mayores valores de retención en la fuente, estas se encaminaron en la vía gubernativa a cuestionar el procedimiento empleado para su causación y contabilización, lo cual al ser suficientemente aclarado por certificación del Revisor Fiscal de la actora, mereció de la Administración la siguiente afirmación plasmada en la Resolución No. 0486 de 22 de noviembre de 1989:

> "Además se debe señalar que el desconocimiento de la Devolución se debe no a la falta de contabilización sino que (sic) la Sociedad no cumplió con las exigencias legales para su procedencia. Por lo tanto la certificación

del Revisor Fiscal no es la prueba conducente para determinar la Devolución". (folio 107 c.p)

No puede entonces ahora la entidad demandada, con motivo de la apelación, entrar a hacer un estudio de las declaraciones de renta de 1985, 1986 y 1987, para con base en el manejo del impuesto de remesas, tratar de demostrar la improcedencia de la devolución de las retenciones correspondientes a éste impuesto de remesas, pues dichos cuestionamientos no se efectuaron en la oportunidad del debate gubernativo, para permitir a la demandante ejercer su derecho de defensa, constituyendo así su planteamiento en ésta instancia, un elemento extemporáneo.

La forma ambigua e imprecisa en que la apoderada de la Nación formula la petición de realización de una Audiencia Pública, solicitud formulada en el memorial en que se descorrió el traslado de la segunda instancia, releva a la Sala de pronunciamiento alguno sobre ella.

Por lo demás comparte la Sala la apreciación del Tribunal de que negar una devolución de un pago en exceso de impuesto, por el incumplimiento de un requisito formal que no está consagrado como tal en la ley, constituye un enriquecimiento sin causa en favor del Tesoro Público y va en contra del principio del derecho tributario que informa que el Estado no pretende de los particulares sino aquello que realmente les corresponda frente a las cargas públicas de la Nación.

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 del 26 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso No. 7.599.

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.

EXP. - 4613

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección*; Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado , Secretario.

CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / LICITACION PUBLICA / LEY ESPECIAL

El artículo 62 de la Ley 45 de 1990 dió vocación a todas las compañías de seguros legalmente autorizadas en todo el país , para obrar como aseguradoras de tratamiento especial otorgado en el in. 2o. del art.244 del Decreto 222 de 1983, en favor de la Previsora S.A.,Compañía de Seguros, o de cualquier otra compañía estatal que se hubiere creado para el efecto. Igualmente el artículo 63 ibídem establece: a) De manera general la obligación de las entidades oficiales de acceder al sistema de licitación pública, para la contratación de los casos establecidos en el título V del Decreto 222 de 1983, es decir cuando las normas de contratación administrativa no permitan la licitación privada o la contratación directa. No estableció ninguna excepción para los contratatos de seguros cuando éstos se celebran entre entidades públicas por lo que, los contratos interadministrativos de seguros, también obligatoriamente deben celebrarse previa licitación pública, salvo los casos en que de conformidad con el capítulo V del Decreto 22 de 1983 sea admisible, por darse las circunstacias allí previstas, la licitación privada o la contratación directa. En consecuencia el art. 43 del Decreto 222 de 1983, que permitía prescindir de licitación previa en las convenciones celebradas entre entidades públicas, no es aplicable en caso de contratos seguros, por existir disposición especial posterior a esta materia, que regula expresamente la adjudicación de estos contratos, suprimiendo los privilegios que establecía el Decreto 222 de 1983, toda vez que todas las sociedades que presten el servicio de seguros, incluidas aquellas en que el Estado posea el 50% o más de su capital debe concurrir en igualdad de condiciones con las demás aseguradoras.

EXP. -3510

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente Nº 3510. Actor: SEGUROS TEQUENDAMA S.A.

Juicio de nulidad contra la Circular Externa Nº 013 de 15 de febrero de 1991, proferida por la Superintendencia Bancaria. Autoridades Nacionales.
FALLO

Decide la Sala sobre la acción de nulidad interpuesta por **SEGUROS TEQUENDAMA S.A.**,contra la Circular Externa 013 del 15 de febrero de 1991 expedida por la Superintendencia Bancaria sobre la Contratación de Seguros por entidades públicas.

ANTECEDENTES

El acto acusado

El Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización, expidió la Circular 013 de 15 de febrero de 1991 sobre Contratación de Seguros por parte de entidades públicas, en la cual instruye sobre los alcances de las modificaciones efectuadas en esa materia por la Ley 45 de 1990, artículos 62 y 63 al Estatuto Contractual de la Administración.

En dicha circular,después de hacer algunas consideraciones en torno a las condiciones de contratación de seguros por parte de entidades públicas, la Superintendencia concluye en los numerales 4° y 5° de la siguiente manera:

> "4. Como conclusión de todo lo expuesto debemos afirmar, con fundamento en las disposiciones legales mencionadas y en los criterios de interpretación de la ley citados, que los seguros de las entidades oficiales, deben contratarse mediante licitación pública, la cual se sujetará a las reglas generales sobre la materia y que, además, a dicha licitación las entidades aseguradoras concurrirán en igualdad de condiciones, sin que para este contrato en particular resulte admisible la celebración de contratos entre entidades públicas, que supongan un mecanismo por el cual pueda prescindirse de la licitación.

"5. Igualmente resulta conveniente recordarles que, al tenor del artículo 267 del decreto ley 222 de 1983, son entidades públicas "la Nación , los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social".

"Les solicito que los contratos de seguro que celebren las compañías a su cargo con las entidades públicas se sometan a los criterios reseñados en la presente circular, propósito para el cual les agradecería impartir las instrucciones internas que juzguen pertinentes". (Fl.20)

LA DEMANDA

La sociedad actora interpuso demanda de nulidad contra la anterior circular aduciendo básicamente que:

a) El Estatuto Contractual de la Administración , en materia de contratos de seguros, no se aplica a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado,ni a las Sociedades de Economías Mixta en las que el Estado posea más del 90% del capital social, con lo cual la circular demandada, al ampliar a tales entidades su aplicación, estar violando los artículos 1°, 243, 254, 257, 266 y 267 del Decreto 222 de 1983, artículos 62 y 63 de la Ley 45 de 1990, artículos 6° y 8°del Decreto 1050 de 1968 y el artículo 34 del Decreto 3130 de 1968 (pág. 4 de la demanda).

b) Alega que las entidades públicas aseguradoras existentes y por crearse, pueden celebrar contratos interadministrativos sin licitación previa, con otras entidades públicas, de acuerdo con el artículo 267 del Decreto 222 de 1983 y por lo tanto la circular mencionada, al exigir tal requisito, viola los artículos 43 numeral 21 y 266 del Decreto 222 de 1983, por falta de aplicación, y los artículos 62 y 63 de la Ley 45 de 1990 por errónea interpretación (pág. 10 de la demanda).

c) Que la Superintendencia Bancaria con la Interpretación contenida en la Circular 013 de 1991, "lejos de estimular en este caso el cumplimiento de las disposiciones legales, ha sus términos e impuesto conductas no previstas en ellas" (pág. 14 de la demanda). Viola así los artículos 1° literal c) y 3° literal g) del Decreto 1939 de 1986.

d)Solicito la suspensión provisional de la circular mencionada que fué negada en auto de 14 de junio de 1991 (fl. 20).

OPOSICION A LA DEMANDA

Mediante apoderado constituido para el efecto la Superintendencia Bancaria dió contestación a la demanda en los siguientes términos:

a) La contratación de seguros, por parte de Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de Sociedades de Economía Mixta, con aporte estatal superior al 90% del capital social, se rige por el Decreto 222 de 1983, y por tanto, sí requiere licitación, hecho que no fué, modificado por la Ley 45 de 1990, siendo la única variación introducida, la eliminación de la prerrogativa de contratar directamente con la Previsora S.A. (Fl. 31), dado que el artículo 243 del Decreto 222 de 1983, al referirse a entidades públicas, para efectos de contratación, incluye a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta (con capital estatal 90% o más), y además al remitir al artículo 1°, no distingue entre las mencionadas en el inciso primero y las del inciso tercero (fl. 34).

b) Ha quedado insubsistente (no derogado ni tácita ni expresamente), para todas las entidades mencionadas en el artículo 267 del Decreto 222 de 1983, a la luz del artículo 63 de la Ley 45 de 1990, la disposición del artículo 43 numeral 21 del Decreto 222 de 1983, en cuanto al contrato de seguro, pues, fué el propósito del legislador del 1990, al expedir la Ley 45, "restablecer condiciones de mercado, favorecer libre concurrencia, estimular la libre competencia y en fin, promover el tránsito hacia una economía abierta, productiva y competitiva" (Fl. 39), por lo que eliminó, la mencionada norma, que establecía la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos en materia de seguros, sin necesidad de licitación previa. (fl. 38)

LOS ALEGATOS

a) La parte actora

Reitera los argumentos esbozados en la demanda, refiriéndose además a que la posición de la Superintendencia Bancaria implica cambios a la situación hasta el momento existente, pues ella involucra la exigencia de someterse a trámites de licitación, para la contratación de seguros a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, y, desconoce además, la Superintendencia Bancaria, la naturaleza jurídica de este tipo de Entidades, para las cuales la aplicación de las reglas de contratación administrativa excepcional, y al negar a las aseguradoras de naturaleza pública la posibilidad de, celebrar contratos interadministrativos, "niega además la única razón que fundamenta hoy la existencia de aseguradoras de naturaleza pública." (Fls. 66 y ss.).

SECCION CUARTA

b) La parte demandada

Indica la Superintendencia Bancaria, que la circular acusada se limitó a reiterar la obligación de licitación para la contratación de seguros, aún para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta con capital público superior al 90% de su capital social, existente en la legislación anterior, precisando los alcances de los artículos 62 y 63 de la Ley 45 de 1990 en el sentido que dicha contratación "requiere como requisito previo la **"licitación"**, independientemente no sólo de la cuantía o intéres asegurable, sino incluso de que el contrato se celebre entre entidades públicas" (Fl.91), y aclarando además, dicha circular, el hecho de la insubsistencia del artículo 43 numeral 21 del Decreto 222 de 1983, para estos eventos, según indicó en la contestación de la demanda. (fls.87 y ss).

El MINISTERIO PUBLICO

Representado en dicha oportunidad por el Fiscal Tercero de la Corporación, solicita se anule la circular acusada por estimar que:

a) A la luz de la filosofía del régimen contractual de la Administración, no es admisible la aplicación de normas especiales del Decreto 222 de 1983 a las Sociedades de Economía Mixta, salvo para los contratos de empréstito y de obras públicas, pues "un organismo regido por el derecho privado, que no cumple ninguna función estatal, ni siquiera una actividad propia del Estado, que no es ente público estatal, que no emite actos administrativos, en principio, no tiene razón para acudir al Decreto 222 cuando cumpla una actividad contractual". (Fl.128).

b) Por tanto, no se aplica el régimen de contratación de seguros del Decreto 222 de 1983 ni a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, ni a las Sociedades de Economía Mixta, en las que el Estado posea más del 90% del capital social, situación no modificada por la Ley 45 de 1990, artículos 62 y 63 (Fl.129).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El Estatuto Contractual de la Administración.

El Decreto 222 de 1983 con las modificaciones introducidas, contiene el estatuto de contratación general a que deben someterse las entidades administrativas descritas en su artículo 1°, cuando celebren los contratos previstos en el mismo decreto. Contiene así mismo el estatuto, regulaciones especiales para los diferentes contratos, así como para aquellos que se refieren a la

contratación interadministratíva, que indican excepción la regulación general cuando las partes contratantes son entidades públicas (artículos 266 y 267).

En este sentido, constituye una unidad normativa que debe ser entendida, interpretada y aplicada como tal, por cuanto constituye la regulación integral de una materia específica: la contratación de la administración.

De esta manera, la nueva normatividad, que modifique expresamente o no sus disposiciones, en forma parcial, debe integrarse con el texto completo, de modo que de su interpretación se deriven soluciones, compatibles con aquél, y por tanto, ante varias alternativas de interpretación, se esté preferentemente por la conciliatoria.

2.- Campo de aplicación. Entidades Contratantes.

Así las cosas, el tema del campo (institucional) de aplicación del Estatuto Contractual de la Administración, contenido básicamente en el decreto 222 de 1983, artículo 1°, debe orientar los casos de aplicación a cada tipo de contrato en particular, y a las situaciones exceptivas.

Para el efecto, debe entenderse necesariamente la naturaleza jurídica de las entidades destinatarias del Estatuto Contractual de la Administración, así como la misma naturaleza y clasificación que de los contratos administrativos prevén el artículo 16 del Estatuto y las condiciones especiales que para cada uno de los contratos señala la ley.

Tratándose de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, en las que el Estado posee más del 90% de su capital social, por disposición del artículo l° Inciso 3° del Decreto 222 de 1983, se les aplican las normas de contratación administrativa consagradas en el mismo sobre contratos de empréstito, obras públicas y "las demás que expresamente se refieran a dichas entidades".

Dentro de estas últimas normas no puede perderse de vista que si bien los artículos 3° del Decreto 3130 de 1968 y 3° del Decreto 130 de 1976 establecen que las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado o sus entidades descentralizadas tengan aportes iguales o superiores al 90% del capital social, se sujetan al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, no se trata de someterlas al derecho público, porque en materia contractual a estas empresas también por lo general se les aplica el derecho privado, pero presentan mayor número de excepciones en las que se les aplica el derecho público.

SECCION CUARTA

3.-Excepción para los Contratos entre Entidades Públicas.

El Capítulo V contempla los contratos entre entidades públicas y de acuerdo con lo dispuesto de manera general por el artículo 266 del Decreto 222 de 1983:

> "Los contratos que no sean de empréstito, que celebren entre sí las entidades públicas, se sujetarán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares...".

Por su parte el artículo 267 del mismo capítulo establece que:

> "Son entidades públicas la Nación, los departamentos,las intendencias, las comisarías, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social".

Los planteamientos generales contenidos en las normas transcritas se aplican siempre que no existan normas especiales de aplicación preferencial, según los principios establecidos por la Ley 153 de 1887, pues si éstas existen, deben aplicarse en forma obligatoria de manera primordial tal como ocurre en el contrato de seguros.

4.- Contratación de seguros.

El capítulo XVIII del Decreto 222 de 1983, que contempla de manera especial la contratación de seguros disponía:

> "Artículo 243. De la obligatoriedad de su contratación. Con el objeto de garantizar una efectiva protección de sus bienes y demás intereses patrimoniales, las entidades públicas a que se refiere el artículo 1° de este estatuto, cuando a ello hubiere lugar, deberán contratar los correspondientes seguros, atendiendo a las reglas consagradas en los artículos siguientes.
>
> "Artículo 244. De la forma de contratación. Todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas y de los bienes pertenecientes a las mismas, se contratarán con compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país.
>
> Cuando los seguros cuya cuantía o interés asegurable no exceda de ciento veinte millones de pesos ($120.000.000) por riesgo asegurable,

forzosamente se contrataran en forma directa con La Previsora S.A., Compañía de Seguros, o con cualquier otra compañía estatal que se llegaré a crear para tal efecto.

"Artículo 245. De la licitación en la contratación del seguro. La contratación de los seguros a que se refiere el artículo anterior, con excepción de los previstos en su inciso 1°, se hará mediante licitación pública conforme a las reglas que sobre la materia establece el título V de este estatuto.

En las licitaciones públicas señaladas en que fuere partícipe La Previsora, S.A., Compañía de Seguros, ofreciendo igualdad de condiciones, deberá preferírsele.

"Parágrafo. No obstante lo anterior, la entidad podrá optar entre contratar el seguro directamente con La Previsora, S.A., Compañía de Seguros, o seleccionar al asegurador o aseguradores mediante el procedimiento de licitación pública".

"Artículo 246. Vigilancia. La Contraloría General de la República, o la Superintendencia correspondiente, en lo de su competencia, deberán vigilar el cumplimiento de lo prescrito en el presente capítulo.

Del texto literal del artículo 245 se infiere que en materia de contratación de seguros, por norma general debe hacerse mediante la licitación pública, conforme con las reglas que para el efecto prevé el título V del mismo estatuto.

Como única excepción estableció el legislador que cuando el valor del seguro a contratar no excediera del valor de $120.000.000 por riesgo asegurable debía contratarse forzosamente y en forma directa con la Previsora S.A., o en cualquier otra compañía estatal que se llegara a crear para el efecto. Es decir, que para los seguros a contratar por entidades públicas se estableció prácticamente un monopolio en favor de la Previsora. S.A. o de otras compañías estatales que se crearon para prestar el servicio de seguros, condicionando la excepción al monto del valor del seguro, pero no estableció ninguna consideración distinta por el hecho que los intervinientes (asegurador o tomador del seguro) fueran entidades públicas (contratación interadministratíva).

Esta situación se mantuvo hasta el 18 de diciembre de 1990, fecha en la cual el Congreso de la República expidió la ley 45 del mismo año que entre otras materias, regulo la actividad de seguros. Y para efectos del Aseguramiento de los bienes oficiales y demás intereses patrimoniales de las entidades públicas

modificó expresamente lo hasta entonces dispuesto por los artículos 244 y 245 del Decreto 222 de 1983 así:

"Artículo 62. Aseguramiento de los bienes oficiales. El artículo 244 del Decreto-ley 222 de 1983 quedará así:

"Todos los seguros requeridos para una" adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas y los bienes pertenecientes a las mismas, de los cuales sean legalmente responsables, se contratarán con cualquiera de las compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país.

"Los representantes legales, las juntas y consejos directivos de las entidades oficiales serán responsables de que la contratación se efectúe con entidades aseguratorías que ofrezcan adecuadas condiciones en materia de solvencia, coberturas y precios".

"Artículo 63. Licitación pública para el aseguramiento de bienes oficiales. El artículo 245 del Decreto-ley 222 de 1983 quedará así:

"La contratación de los seguros a que se refiere el artículo anterior se hará mediante licitación pública en los casos que establece el título V de este estatuto, conforme a las reglas generales sobre la materia.

"Las entidades aseguradoras en las cuales participe el capital estatal, en un porcentaje, igual o superior al cincuenta por ciento (50%), celebrarán los contratos de seguros en igualdad de condiciones con las demás aseguradoras, y deberán asumir, con carácter subsidiario, en la forma que lo establezca el Gobierno Nacional, aquellos riesgos que presenten características especiales". (Subraya la Sala).

De esta manera tal artículo 62 de la Ley 45 de 1990 introdujo la siguiente modificación:

Dió vocación a todas las compañías de seguros legalmente autorizadas en el país, para obrar como aseguradoras de los intereses patrimoniales y bienes de las entidades públicas, eliminando el tratamiento especial otorgado en el inciso 2° del artículo 244 del Decreto 222 de 1983, en favor de La Previsora S.A., Compañía de Seguros, o de cualquier otra compañía estatal que se hubiere creado para el efecto.

Igualmente el artículo 63, *Ibídem* establece:

a) De manera general la obligación de las entidades oficiales de acceder al sistema de licitación pública, para la contratación de seguros en los casos establecidos en el título V del Decreto 222 de 1983, es decir cuando las normas de contratación administrativa no permitan la licitación privada o la contratación directa.

b) Que todas las compañías aseguradoras en las cuales el Estado participe en un cincuenta por ciento (50%) o más de su capital, tendrían que sujetarse en la celebración de contratos a una igualdad de condiciones con las demás aseguradoras. Con lo cual expresamente las excluye de cualquier privilegio otorgado por la legislación anterior.

c) Les impuso la obligación de asumir, con carácter subsidiario, en la forma que establezca el Gobierno Nacional, aquellos riesgos que presenten características especiales.

d) No estableció ninguna excepción para los contratos de seguros cuando éstos se celebran entre entidades públicas, por lo que, los contratos interadministrativos de seguros, también obligatoriamente deben celebrarse previa licitación pública, salvo los casos en que de conformidad con el capítulo V del Decreto 222 de 1983 sea admisible, por darse las circunstancias allí previstas, la licitación privada o la contratación directa.

e) En consecuencia el artículo 43 del Decreto 222 de 1983, que permitía prescindir de licitación previa en las convenciones celebradas entre entidades públicas, no es aplicable en caso de contratos de seguros, por existir disposición especial posterior en esta materia, que regula expresamente la adjudicación de estos contratos, suprimiendo los privilegios que establecía el Decreto 222 de 1983, toda vez que todas las sociedades que presten el servicio de seguros, incluidas aquellas en que el Estado posea el 50% o más de su capital deben concurrir en igualdad de condiciones con las demás aseguradoras.

Estos son los lineamentos que orientaron la modificación de los artículos 244 y 245 del Decreto 222 de 1983, al expresar la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes que:

> "De otra parte el modelo de mercado propuesto tiene como uno de sus pivotes la abolición de prerrogativas o gabelas que desdibujen o hagan improcedente la libre concurrencia de los sujetos de la industria. Por ello se prevé el desmonte del monopolio que hoy consagra la ley en favor de las aseguradoras que tienen capital estatal, señalándoles que deben

competir en las mismas condiciones con las entidades de capital privado. Para ellas, adicionalmente, se prevé una función esencialmente residual, en cuanto les corresponde asumir los riesgos de naturaleza especial que señale el Gobierno". (Ponencia para el primer debate del proyecto de ley, Saulo Arboleda Gómez, Reforma Financiera, Colección Legislación Financiera. Superintendencia Bancaria.).

Sostener lo contrario, es tanto como afirmar que las entidades públicas cuando contratan los seguros como aseguradoras privadas requieren de licitación pública, pero, si la aseguradora es entidad pública, no se requiere , vale decir, la contratación puede ser directa, con lo cual se rompería el equilibrio que la ley ha querido se produzca en una economía abierta, esto es, de libre competencia.

Hechas las anteriores precisiones sobre el contrato de seguros cuando el tomador es una entidad pública, y establecida en la obligación de ésta de sujetarse al estatuto contractual de la administración contenido tanto en las normas generales del Decreto 222 de 1983, como las especiales que para este contrato señala el mismo estatuto, junto con las modificaciones introducidas por la Ley 45 de 1990 artículos 62 y 63, no encuentra la Sala que la Superintendencia Bancaria al proferir la circular acusada haya violado el ordenamiento superior, ni desbordado su propia competencia al exigir el cumplimiento del requisito de la licitación previa para contratos de seguros celebrados por las entidades públicas, en primer lugar, porque esta obligación ya estaba consagrada en el artículo 245 del Decreto 222 de 1983 como norma general, salvo excepción para aquellos contratos de cuantía inferior a $120.000.000, que forzosamente debían contratarse con la Previsora S.A.

Este requisito, está igualmente consignado de manera absoluta por el artículo 63 de la Ley 45 de 1990, tal como lo precisa la circular acusada, la que solo limitó a interpretar y difundir los alcances de las normas modificatorias, para exponer que todas las compañías de seguros , sin distinción al contratar con las entidades públicas deben sujetarse al trámite de previa de licitación.

Tampoco la circular acusada impuso a las sociedades de economía mixta en las que éste posea más del 90% del capital social al estatuto de contratación administrativa, toda vez que como se precisó anteriormente, fueron los artículos 1° y 267 del Decreto 222 de 1983, los que se refirieron a ellas y si bien es cierto que el 1° hace mención a los contratos de empréstito y obra pública, para efectos de la contratación de seguros los artículos 243 y 245 *Ibídem*, normas especiales dentro del estatuto contractual, no hicieron diferenciación alguna al referirse a las entidades públicas, es decir que cobijo tanto a las sociedades de economía mixta y Empresas industriales y comerciales del Estado atendiendo a su composición de capital según lo señalado por el artículo 1° del mismo decreto.

No prospera el cargo de violación del artículo 257 del Decreto 222 de 1983, porque este se limita a reiterar de manera general que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social, se someten a las reglas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, y como contraposición, que los contratos de las demás sociedades se someten a las reglas del derecho privado salvo disposición en contrario. Obviamente que el artículo debe armonizarse con las disposiciones especiales que para el contrato de seguros contienen tanto el Decreto 222 de 1983 como las modificaciones introducidas por la Ley 45 de 1990 artículos 62 y 63.

Por último no incurre el acto demandado en violación de los artículos 43 numeral 21, 266 y 267 del Decreto 222 de 1983 , que se refieren a los contratos entre entidades públicas, porque como bien precisó la Sala de Consulta en el concepto 0608 de 26 de abril de 1991 al absorber la consulta formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, sobre la celebración de contratos interadministrativos en materia de seguros, sin necesidad de licitación precisó:

> "8. Con fundamento en las normas que regulan la contratación administrativa, la entidad pública denominada "La Previsora S.A., Compañía de Seguros", puede celebrar contratos interadministrativos con las demás entidades públicas mencionadas en el artículo 267 del Decreto-ley 222 de 1983, a saber: "La Nación, los Departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social".
>
> "Esos contratos interadministrativos que celebre "La Previsora S.A., Compañía de Seguros", por regla general, como se indicó están sometidos a los requisitos y formalidades que la ley exige para la contratación entre particulares, sin embargo, cuando disposiciones de carácter especial, establezcan un régimen diferente, éste prevalece sobre los procedimientos generales.
>
> "Así las cosas, en el asunto materia de estudio se tiene que, para la celebración del contrato de seguro, las entidades públicas contratantes, deben adelantar los correspondientes procesos de licitación pública para seleccionar, dentro de la igualdad de condiciones, a la compañía de seguros pública o privada que haya establecido la oferta más favorable, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 62 y 63 de la Ley 45 de 1990, que modifican respectivamente, a los artículos 244 y 245 del Decreto 222 de 1983, tal como se indicó.

SECCION CUARTA

9. La Sala concluye que por estar sometidos a un régimen especial, a los contratos interadministrativos de seguros que se celebren con La Previsora S.A., no les es aplicable el artículo 43, numeral 21, del Decreto-ley 222 de 1983, que permite que se prescinda de la Licitación o del concurso, cuando se trate de contratos entre entidades públicas. Porque, como se indicó, por expresa disposición, de la Ley 45 de 1990, se suprimió la contratación directa en esta clase obligatoriamente el procedimiento de la licitación Pública, sin ninguna excepción.(sic).

10. En este arden de ideas, se tiene que, desde que entró en vigencia la Ley 45 de 1990, no se pueden celebrar directamente contratos de seguro entre entidades públicas porque el legislador quiso que se escogiera en igualdad de condiciones a cualquiera de las compañías de seguros legalmente establecidas en el país, por lo mismo los contratos de seguro celebrados directamente con "La Previsora S.A." quo se están ejecutando, no pueden prorrogarse, a su vencimiento, porque con ello se estarían violando las disposiciones de la citada Ley 45 de 1990, al evadir con este procedimiento, la obligación de permitir a otras compañías de seguros que presenten propuestas a través de la licitación pública.

"Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, en el mismo orden de la Consulta:

"1. Las entidades públicas no pueden celebrar directamente contratos de seguros con La Previsora S.,A. Compañía de Seguros, so pretexto de que son interadministrativos, porque por expresa disposición de la Ley 45 de 1990, esos contratos deben celebrarse mediante el procedimiento de la licitación pública, norma que por ser especial y posterior prevalece, únicamente para efectos del asunto regulado, sobre las normas generales al Decreto-ley 222 de 1983". (Extracto de jurisprudencia abril, mayo y junio de 1991. Primera Parte. Tomo XII - Consejo de Estado pág. 97/ 100).

Quiso así el legislador que en materia de contratos de seguros para protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas, de los bienes pertenecientes a los mismos, o de los cuales estas sean legalmente responsables, el riesgo fuera asumido por la compañía aseguradora que diera mayor garantía de amparo y cumplimiento, en las mejores condiciones pero el Estado, dentro de una sana competencia y libre mercado, que estimulen la mayor eficiencia en la Prestación del servicio de seguros, de acuerdo con las normas que los regulan.

De tal manera que no encuentra la Sala que la Superintendencia Bancaria haya excedido el ámbito de la ley al expedir el acto acusado y por lo tanto habrán de negarse 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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ESTATUTO CONTRACTUAL - Aplicación / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA (Salvamento de Voto)

El art. 1o. del Decreto 222/83 indica que el Estatuto contractual de la Administración se aplicar en tres variantes: A la Nación y a los Establecimientos Públicos en su integridad; a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta. A su vez la asimilación al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, no se aplica a las sociedades de Economía Mixta con aporte estatal al capital inferior al 90%, las cuales "se someterán a las reglas del derecho privado, salvo disposición en contario" (inc. 2º art. 257 Decreto 222/83), con lo cual cierra el legislador de excepción del 83, el ámbito de aplicación del decreto 222/83 para las Sociedades de Economía Mixta.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA / CONTRATO DE SEGUROS / EMPRESA COMERCIAL DEL ESTADO / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA (Salvamento de Voto)

Los arts. 62 y 63 de la Ley 45/90, modificaron los arts. 244 y 245 del decreto 222/83, suprimiendo el privilegio existente hasta el momento para la Previsora S.A. y demás Sociedades de Economía Mixta aseguradoras que se llegaren a crear al efecto, en materia contractual, cuando quiera que fueren contratadas por la Nación a los Establecimientos Públicos; determinó la responsabilidad de los directivos de entidades oficiales en materias de contratación de seguros; indicó que se dieran igual tratamiento a las Sociedades de Economía Mixta aseguradoras con capital social conformado en un 50% o más con aportes estatales, que el correspondiente a

las demás aseguradoras, dejando insubsistentes por tanto, en este punto los art. 43, 266 y 267 del D. 222/83 e impuesto el deber adicional para estas entidades de asumir riesgos especiales a voluntad del Gobierno.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / ASEGURADORA OFICIAL / LICITACION PUBLICA / PREVISORA S.A. / (Salvamento de Voto)

La Ley 45/90 dispuso que dispensara de licitación a las entidades publicas contratantes de seguros, cuando contraten seguros con la Previsora S.A. u otra compañía estatal, y suprimiendo también el tratamiento preferencial que debía dársele a la Previsora S.A. en igualdad de condiciones, cuandoquiera que la entidad pública contratante no se hubiera acogido a la posibilidad de contratar en forma directa con la previsora de acuerdo con las normas para contratación administrativa. Respecto a las Sociedades de Economía Mixta que sean aseguradoras oficiales, la misma ley establece dos novedades: que celebrarán contratos en igualdad de condiciones con las demás aseguradoras, y que asumirán subsidiariamente algunos riesgos de especiales características.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Referencia: Expediente No. 3510. Actor: SEGUROS TEQUENDAMA S.A.

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Como el proyecto que en mi calidad de ponenté inicial presente a la Sala en junio de 1992 fué negado habida cuenta de que según mi criterio, ha debido anularse la disposición demandada, me limito a consignar a continuación como motivo de mi salvamento de voto, las consideraciones que entonces propuse y que no obtuvieron el favor de la mayoría de mis colegas:

"1.- **El Estatuto Contractual de la Administración.** El decreto 222/83 con las modificaciones introducidas contiene el estatuto de contratación a que deben someterse las entidades administrativas descritas en su artículo 1o., colocadas en posición de entidad contratante, salvo los eventos que se refieren a la contratación interadministrativa, que indican la regulación cuando la parte contratista es también una entidad pública (arts. 266 y 267).

2.- En este sentido, constituye una unidad normativa o código que debe ser entendido, interpretado y aplicado como tal, por cuanto constituye regulación integral de una materia específica: la contratación de la administración.

3.- De esta manera, la nueva normatividad, que modifique expresamente o no sus disposiciones, en forma parcial, debe integrarse con el texto completo, de modo que de su interpretación se deriven soluciones, compatibles con aquél, y por tanto, ante varias alternativas de interpretación, se esté preferentemente por la conciliatoria.

4.- Desde este punto de vista, la legislación anterior (en tanto regula íntegramente un tópico) establece un marco orientador de la nueva regulación de asuntos especiales, la cual a su vez interactúa con aquélla, enriqueciéndola y vislumbrando nuevas tendencias; sin embargo, ello supone necesariamente unos límites para la nueva regulación especial, la cual, salvo que definitivamente no sea conciliable con la previa, (por derogación expresa o tácita), debe circunscribirse a los principios inspiradores y marco general de la regulación previa, más general, aún en el caso que constituya una excepción, lo cual debe ser percibido como manifiesta voluntad del legislador para sustraer el caso particular de la regulación general.

5.- Así los principios expresos o derivados por inducción de cláusulas específicas, él campo de aplicación, temas como la capacidad, terminación, modificación, e interpretación unilaterales, normas de contratación, nulidades, etc., deben inspirar la interpretación de las modificaciones sobre aspectos específicos de cada contrato, a menos que haya exclusión expresa de la regulación general, o por supuesto, modificación integral del Estatuto Contractual de la Administración (subrogación).

6.- **Campo de aplicación. Entidades Contratantes.** Así las cosas, el tema del campo (institucional) de aplicación del Estatuto Contractual de la Administración, contenido básicamente en el decreto 222/83, art. 1 debe orientar los casos de aplicación a cada tipo de contrato en particular y a las situaciones exceptivas.

7.- Para el efecto, debe determinarse necesariamente la naturaleza jurídica de las entidades destinatarias del Estatuto Contractual de la Administración, a la luz del espíritu general de la legislación en dicha materia.

8.- En el caso específico de las Sociedades de Economía Mixta, los arts. 8 decreto 1050/68 y 461 del C. Co., al definirlas, indican con claridad la intención del Estado de participar en el capital de tales organismos, para asumir actividades de índole comercial o industrial, en posición jurídica equiparable a la de los

demás entes privados que se ocupan de tales actividades, pero entrañando una vinculación oficial, pero excepcional a través de mecanismos que la garantizan, como el control de tutela (art. 8 decreto 1050/68), nombramiento de representantes del Gobierno en las Juntas Directivas (art. 28 decreto 1050/68, 9 decreto 3130/68), aprobación de ciertos actos por el Gobierno (cfr. decreto 130/76 art. 3 Inciso 2o.).

9.- Esta voluntad de excluir del régimen de derecho administrativo a tales entidades, en virtud del objeto social que desarrollan (actividad industrial o comercial), manifestada claramente en los mencionados decretos del año 68, encuentran claro reflejo en la normatividad contractual de la administración, expedida por el legislador extraordinario del 83.

10.- Es así como el art. 1o. decreto 222/83, indica que el Estatuto Contractual de la Administración se aplicara en tres variantes:

a.- A la Nación (Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias) y a los Establecimientos Públicos, en su integridad.

b.- A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y especial del Estatuto de Contratación, así como deja abierta la posibilidad en que el legislador, según lo considere, involucre en dicho tratamiento excepcional, otros asuntos. Conviene señalar, que la celebración de contratos, es el medio por excelencia, por el cual, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta desarrollan su actividad industrial o comercial, lo cual explica plenamente el que se dé a los mismos, aplicación de las formas del derecho privado (art. 31 decreto 3130/68).

12.- Las Sociedades de Economía Mixta. Por su parte, el título IX, capítulo III, referente a las normas especiales para las entidades descentralizadas, establece para las Sociedades de Economía Mixta con aporte estatal al capital social igual o superior al 90% la asimilación al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (art. 257 decreto 222/83 cfr. arts. 3o. decreto 3130/68 y 3o. decreto 130/76, para las cuales, a su vez, indica, en armonía con el espíritu general de la legislación, que salvo disposición en contrario, los requisitos y cláusulas de los contratos que celebren, "no serán los previstos en este decreto, si no los usuales para los contratos entre particulares" (art. 254. conc. art.34 decreto 3130/68), señalando como excepcional, cuando a ello hubiere lugar, lo relativo a renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero y disponiendo regulación especial, para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en cuanto a contratos de obras públicas (art.255) y de empréstito (art. 256).

SECCION CUARTA

13.- La asimilación del régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, no se aplica a las sociedades de Economía Mixta con aporte estatal al capital inferior al 90%, las cuales "se someterán a las reglas del derecho privado, salvo disposición en contrario" (inc.2o. art. 257 decreto 222/83. cfr. art. 2o decreto 130/76), con la cual cierra el legislador de excepción del 83, el ámbito de aplicación del decreto 222/83 para las sociedades de Economía Mixta.

14.- **Contratación interadministrativa.** Tratándose no ya del caso en que la contratación se efectúa entre entidades públicas (contratantes) y particulares (contratistas), sino de contratación entre entidades públicas (interadministrativas), por razones de evidente agilidad y coveniencia a dispuesto el legislador del 83, que tales contratos, siempre que no sean de empréstito, " se sujetarán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares" (art. 266), debiéndose pactar, por razones obvias, la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales, llevarse a cabo el registro presupuestal y ordenarse su publicación en el Diario Oficial. En concordancia con esto, el art. 43 numeral 21 del Estatuto Contractual de la Administración, contempla la posibilidad de que en la contratación interadministrativa se prescinda de la licitación pública, es decir que se contrate directamente.

15.- Para efectos del campo de aplicación en materia contractual interadministrativa, y sólo para esos efectos, dispuso el Estatuto Contractual de la Administración que son entidades públicas la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en cuyo capital participe el Estado en el 90% o más (art. 267).

16.- La mención en el art. 267 a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta con la indicada participación estatal en el capital, señala que quiso el legislador incluir a tales entidades, según lo anunció indirectamente en el inciso 3o, del art. 1 decreto 222/83, en el tratamiento preferencial dado a las demás entidades públicas en materia de contratación interadministrativa, excluyéndolas por tanto, del régimen ordinario aplicable a ellas y a las demás entidades de derecho privado (es decir según las reglas del derecho privado, si son contratantes, o las del título V del Estatuto, si son contratistas de la nación o de establecimientos públicos).

17.- **Contratación oficial de seguros** hasta ahora se ha tratado lo referente al marco general, aplicable a la contratación de la administración. En el título VIII, contempla el Estatuto Contractual de la Administración, la regulación específica para cada tipo de contrato (contratos administrativos típicos,

por exclusión de los administrativos atípicos y de los de derecho privado de la administración).

18.- El capítulo XVIII de este título, contiene la regulación especial para el contrato de seguros. Establece, en primer lugar el art. 243 del Estatuto, las entidades que deben regirse por las normas de este capítulo, cuando deban contratar seguros (entidades públicas destinatarias como contratantes), indicando que "las entidades públicas a que se refiere el artículo 1o. de este estatuto, cuando a ello hubiere lugar deberán contratar los correspondientes seguros, atendiendo a las reglas consagradas en los artículos siguientes". Este artículo, no modificado por la ley 45/90, inspira el sentido de las normas subsiguientes (dos de ellas modificadas por la ley 45/90).

19.- La remisión al art. 1o. del Estatuto Contractual de la Administración, no puede entenderse, como lo sugiere la Superintendencia (fls. 34 y 93), como una remisión escueta a todas las entidades mencionadas en la norma remitida (art. 1o.), sin atención a la forma en que se consagra la aplicación del Estatuto a cada una de ellas, sino que debe entenderse, por sentido común, en forma sistemática, de modo que la remisión, se dirige a las entidades a las que se aplica el Estatuto Contractual de la Administración por norma general, sin que sea viable predicar la aplicación a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta de las normas del capítulo XVIII en mención, por el sólo hecho de la remisión al art. 1o., puesto que según el principio esbozado antes (aplicación por regla general de las normas de derecho privado, aparte de los contratos de obras públicas, de empréstito y aquéllos en que se pacte cláusula de caducidad), se aplica el Estatuto a estas entidades, en los casos que expresamente así lo indique, y ninguna de las dos normas en comento (arts. 1 y 243), las menciona para hacerles aplicables todas las disposiciones de contratación oficial de seguros. Decir lo contrario, sería constituir un círculo vicioso que no conduciría a resultado práctico, sería, establecer la remisión (art. 243) a la remisión (art. 1), sin que a su vez consagre el art. 243, como le correspondería, la aplicación exceptiva de estas normas de contratación a las mencionadas entidades.

20.- Aplícase, en conclusión, la regulación del contrato de seguros del capítulo XVIII, título VIII decreto 222/83, a la Nación y a los establecimientos públicos, en tanto entidades contratantes, no así a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado ni a las Sociedades de Economía Mixta, cualquiera que sea el monto estatal de participación en su capital social.

21.- **La reforma de la ley 45 de 1990. Entidades contratantes de seguros oficiales.** La situación descrita anteriormente no fué variada por la ley 45 de 1990, pues, no modificó el mencionado artículo 243 decreto 222/83, ni

era ese el tema de regulación (su encabezamiento reza: "por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones") y además, la fórmula utilizada para la modificación de los artículos 244 y 245 del Estatuto Contractual de la Administración, por parte de los arts. 62 y 63 de dicha ley, fué: "El artículo 244 (o 245) del Decreto-ley 222 de 1983 quedará así:...", (insertándolos e integrándolos al clausulado del estatuto y por ende a su filosofía y principios), pero principalmente, no cambió la situación descrita, por cuanto las disposiciones enunciadas de ley 45/90, son compatibles en esta materia (contratación de seguros oficiales), con aquéllas que consagran los principios generales al respecto (diferente lo sucedido en relación con la contratación interadministrativa de seguros, según se verá)

22.- El texto del artículo 62 de la ley 45/90, es como sigue,

"Aseguramiento de los bienes oficiales. El artículo 244 del Decreto - Ley 222 de 1983 quedará así 'Todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas y de los bienes pertenecientes a las mismas, o de las cuales sean legalmente responsables, se contratarán con cualquiera de las compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país'."

Este artículo, al modificar el 244 del Estatuto Contractual de la Administración, eliminó el privilegio que existía para la Previsora S.A., compañía de seguros oficial (Sociedad de Economía Mixta) o para "cualquier otra compañía estatal que se llegare a crear para tal efecto" (art. 244 decreto 222/83) en tanto que contratistas, para ser contratadas en forma obligatoria por parte de la Nación o Establecimientos Públicos cuando quiera que hubieren de contratar seguros, siempre que la cuantía no excediera de $120.000.000,oo. Ahora puedan hacerlo, con cualquier otra entidad aseguradora.

23.- Por su parte el artículo 63 de la ley 45/90, dispuso en sustitución del artículo 245 decreto 222/83:

"Licitación Pública para el aseguramiento de bienes oficiales. El artículo 245 del Decreto-ley 222 de 1983 quedará así: 'la contratación de los seguros a que se refiere el artículo anterior se hará mediante licitación pública en los casos que establece el título V de este estatuto, conforme a las reglas generales sobre la materia.

'Las entidades aseguradoras en las cuales participe el capital estatal, en un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%), celebran los contratos de seguros en igualdad de condiciones con las demás

aseguradoras y deberán asumir, con carácter subsidiario, en la forma que lo establezca el Gobierno Nacional, aquellos riesgos que presenten características especiales,'"

Expedida esta norma para que armonizara con la anterior suprimiendo la aclaración necesaria para la anterior redacción, pero hoy, a la luz de la ley 45/90, innecesaria, en cuanto a la dispensa de licitación para las entidades públicas contratantes de seguros, cuando contraten seguros con la Previsora S.A., u otra compañía estatal, y suprimiendo también el tratamiento preferencial que debía dársele a la Previsora S.A. en igualdad de condiciones, cuandoquiera que la entidad pública contratante no se hubiera acogido a la posibilidad de contratar en forma directa con la Previsora de acuerdo con las normas para contratación interadininistrativa (arts. 266 y 43 numeral. 21 decreto 222/83).

24.- **La reforma de la Ley 45 de 1990. Entidades contratistas de seguros oficiales.** Introduce por su parte, el Inciso 2o., art. 63 ley 45/90, regulación no destinada directamente a entidades públicas contratantes (como lo hacen el art. 62 y el inc. 1o. de éste, ley 45/90), sino a entidades públicas contratistas de seguros, cuando contraten con la nación o los establecimientos públicos, es decir, se refiere a la contratación interadministrativa de seguros, pero en relación con un sólo tipo de entidades aseguradoras oficiales, las Sociedades de Economía Mixta en cuyo capital participe el Estado en el 50% o más.

25.- Respecto de ellas establece dos novedades: que celebrarán contratos en igualdad de condiciones con las demás aseguradoras, y que asumirán subsidiariamente algunos riesgos de especiales características.

26.- En cuanto a este último aspecto, se trata de crearles una carga adicional, a voluntad del Gobierno, respecto de los riesgos que por su naturaleza no son asumidos por otras entidades y que dada la participación del Estado no sólo en su capital sino también en su dirección (accionista mayoritario), estimó que son las entidades más adecuadas para asumirlos.

27.- En relación con el factor de igualdad frente a las demás aseguradoras, determina esa equivalencia, sin distingos, para todas las Sociedades de Economía Mixta con capital social conformado en un 50% o más por aporte estatal, con lo que evidentemente, al incluir también a las Sociedades de Economía Mixta aseguradoras con aporte estatal igual o superior al 90% del capital social (para las cuales regía la regulación general del título IX, capítulo V, ya estudiada, sobre contratación interadministrativa), consagró una consecuencia jurídica diferente a la de la antigua normatividad, para una misma hipótesis, es decir dar

el tratamiento de igualdad ante las demás aseguradoras y no el preferente de los artículos 266 y 267 decreto 222/83.

28.- Esta incompatibilidad entre una norma general anterior (arts. 266 y 267 decreto 222/83), y una norma especial posterior (art. 63 inc. 2o. ley 45/90), debe resolverse a favor de la aplicación preferente para los casos en ella contemplados (contrato de seguros), de la norma posterior (ley 45/90), según la regla de hermenéutica del art. 3o. de la ley 153 de 1887, estimándose por tanto insubsistentes para las hipótesis normativas de la norma especial posterior (ley 45/90 art. 63 inc. 2o.), las disposiciones generales anteriores, a saber, el artículo 43 numeral 21 (en cuanto se refiere al contrato de Seguros oficiales) y los arts. 266 y 267 (en los mismos casos) del decreto 222/83.

29.- Esta solución al conflicto normativo, quiere decir que, consideró el legislador que tampoco en este caso hay motivo para dar a las Sociedades de Economía Mixta aseguradoras con capital social constituído en un 50% o más con aportes estatales, un tratamiento exceptivo del general aplicable a toda la Sociedad de Economía Mixta (de derecho privado), y por lo tanto elimina respecto de éstas, la prerrogativa hasta el momento concedida por los arts. 43 numeral 21, 266 y 267 del Estatuto Contractual de la Administración, para el procedimiento de contratación por parte de las entidades públicas a las que se aplica el Estatuto.

30.- Esta intención del legislador quedó expresada en la ponencia para primer debate al respectivo proyecto de ley así:

> "En el artículo 62 se enuncia uno de los postulados necesarios para que el sistema de competencia abierta en el sector asegurador funcione cabalmente: el desmonte del monopolio oficial que hoy tiene la aseguradora La Previsora, en un segmento de los seguros oficiales. El nuevo entorno no debe permitir la existencia de prerrogativas o ventajas comparativas para ninguno de los agentes, si se trata de propiciar una competencia sana, libre y abierta. En tal sentido, se faculta a las aseguradoras en cuyo capital participe el Estado para que compitan en las mismas condiciones con las aseguradoras de capital privado. Sin embargo, de una manera residual, el Estado se reserva el artículo 63 la posibilidad de utilizar las aseguradoras oficiales como un elemento corrector de distorsiones que puedan presentarse en el mercado y como instrumento de última instancia para salvaguardar el aseguramiento de sus intereses patrimoniales, hecho que no es concebible como una prerrogativa en favor de estas entidades, sino como un instrumento estatal de aseguramiento cuando medie la necesidad de protección de ciertos intereses o riesgos." (Reforma Financiera, Superintendencia Bancaria, Colección legislación Financiera, 1991, pág. 92).

31.- En síntesis, los artículos 62 y 63 de la ley 45/90, modificaron los artículos 244 y 245 del decreto 222/83, suprimiendo el privilegio existente hasta el momento para la Previsora S.A. y demás SEM aseguradoras que se llegaren a crear al efecto, en materia contractual, cuandoquiera que fueren, contratadas por la Nación o los Establecimientos Públicos; determinó la responsabilidad de los directivos de entidades oficiales en materias de contratación de seguros; indicó que se diera igual tratamiento a las Sociedades de Economía Mixta aseguradoras con capital social conformado en un 50% o más con aportes estatales, que el correspondiente a las demás aseguradoras, dejando insubsistentes por lo tanto, en este punto los arts. 43 núm. 21, 266 y 267 decreto 222/83; e impuesto el deber adicional para estas entidades de asumir riesgos especiales, a voluntad del Gobierno.

32.- **Los alcances de las modificaciones de la ley 45/90.** Corresponde ahora, precisar el alcance de la nueva regulación introducida por los arts. 62 y 63 de la ley 45/90, en el contexto del decreto 222/83.

33.- El decreto 222/83 se aplica, por regla general según se vió, a la Nación (Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias) y a los establecimientos públicos. Excepcionalmente a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta en que el Estado posea el 90% o más de su capital social (art. 1 Estatuto de Contratación de la Administración).

34.- En materia de seguros, se rigen por dicho estatuto, en cuanto entidades contratantes, solamente dichas entidades, excluyéndose por tanto de su regulación, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, sin interesar su conformación patrimonial.

35.- De modo que cuando la Nación o los Establecimientos Públicos hayan de contratar seguros, deben someterse al régimen del título V del Estatuto Contractual de la Administración al efecto y por tanto al proceso de licitación.

36.- Pero si las contratantes son las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o las Sociedades de Economía Mixta, por no serles aplicables el decreto 222/83 en esta materia (no hay remisión expresa), sino las normas de derecho privado,pueden hacerlo libremente en los términos de la normatividad del derecho común (comercial).

37.- Si la nación o los establecimientos públicos toman el seguro como una Sociedad de Economía Mixta que se dedique a la actividad aseguradora se trataría de un contrato interadministrativo, que podría presentar dos alternativas:

SECCION CUARTA

a.- Si la aseguradora es una Sociedad de Economía Mixta con participación estatal inferior al 90% de su capital social, la contratación se efectúa como con cualquier entidad aseguradora, por regirse por normas de derecho privado (por su naturaleza y por indicación expresa de los arts. 8 decreto 1050/68, 31 y 34 decreto 3130/68 y 257 inc. 2 decreto 222/83), sin que le sea aplicable el decreto 222/83, ni en materia de seguros ni en cuanto al régimen de contratación interadministrativa.

b.- Si la aseguradora es una Sociedad de Economía Mixta con participación estatal superior o igual al 90% de su capital social, tampoco se les dá un tratamiento preferencial y debe ser contratada por tanto, en igualdad de condiciones a las demás aseguradoras privadas, pues no sólo no hay remisión expresa en las normas que regulan el contrato de seguros oficiales (título VIII, capítulo XVIII decreto 222/83), sino que precisamente una de las disposiciones de este capítulo incorporada por inciso 2o. del artículo 63 de la ley 45/90 (nuevo art 245 inc. 2o.), excluye la aplicación a este evento del régimen de contratación administrativa y al consiguiente tratamiento preferencial otorgado por los arts. 266 y 267 a los contratos interadministrativos, normas éstas, que han quedado por tanto insubsistentes en esta materia.

38.- En este orden de ideas, podemos concluir que la regulación especial del inc. 2o. del art. 63 de la ley 45/90 tiene limites precisos de aplicación, pues, de un lado, supone que la entidad contratante es la nación o los establecimientos públicos, y del otro, la entidad contratista es una Sociedad de Economía Mixta con aporte estatal al capital igual o superior al 50%, y por ende, ni en un extremo, ni en otro, incluye a todas las entidades públicas descritas en el art. 267 Decreto 222/83.

39.- **La circular acusada.** Procede ahora, la confrontación de la circular acusada, con las normas estudiadas, para verificar, su concordancia o no y por lo tanto si supone extralimitación o no del Superintendente Bancario en el ejercicio de sus funciones. Para tal efecto, se tomarán uno a uno los numerales de la misma, determinando en cada caso el correspondiente juicio respectivo de su legalidad:

40.- En mencionada circular se pueden distinguir dos partes, claramente diferenciadas:

a.- La primera que abarca de los numerales 1 a 3, contiene una serie de consideraciones en torno a la contratación de seguros por parte de las entidades públicas y

b.- La segunda, entre los numerales 4 y 5, que a más de contener una conclusión de los anteriores, constituye una verdadera instructiva para la actuación de las entidades.

41.- La interpretación de los artículos 62 y 63 ley 46/90, efectuada por la circular se puede sintetizar así:

a.- El art. 62 ley 45/90 eliminó el monopolio a favor de La Previsora S.A., contemplado en el antiguo art. 244 decreto 222/83.

b.- El art. 63 Ley 45/90, corrobora la anterior modificación, "con el propósito inequívoco de reafirmar la idéntica situación en que por mandato legal están hoy día situadas las aseguradoras con capital público, frente a las aseguradoras con capital privado,..." (fl. 19).

c.- Para la contratación de seguros por parte de Entidades Públicas, es preciso que acudan al procedimiento de contratación del título V, sin que puedan hacerlo más en forma directa, en el caso de que el contratista sea una Sociedad de Economía Mixta aseguradora.

d.-. El numeral 21 del art. 43 decreto 222/83, sobre contratación interadiministrativa directa, ha quedado insubsistente en materia de seguros, en los términos del art. 3 de la ley 153/1887, al ser expedido el art. 63 de la ley 45/90.

42.- Los dos primeros puntos de los numerales 1 y 2 de la Circular (lit. a, b, y c, anteriores) coinciden, en criterio de la Sala, con el sentido de las modificaciones introducidas en materia de contratación oficial de seguros, por la ley 45/90, para lo cual se remite a las consideraciones efectuadas en los numerales 22 y ss. de esta providencia.

43.- El argumento 3o., contiene algunas imprecisiones que deben ser señaladas:

a.- Si bien se coincide en la insubsistencia del numeral 21 art. 43 decreto 222/83, no debe entenderse que ello es aplicable a todo tipo de entidades públicas (como contratantes), cuandoquiera que contraten seguros, sino según se vió, a la nación y a los establecimientos públicos (no a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado ni las Sociedades de Economía Mixta), y para contratistas sólo respecto de las Sociedades de Economía Mixta con aporte estatal al capital igual o superior al 50%, significando una auténtica modificación al respecto, sólo en cuanto incluyó allí a las Sociedades de Economía Mixta en

las que posee el Estado el 90% o más de su capital, las cuales, se regían en materia de seguros, por el art. 266 decreto 222/83.

b.- De otra parte la Sala estima conveniente aclarar, que a diferencia de lo afirmado por la Superintendencia. (fl. 90 y ss.) en la anterior regulación si existía la posibilidad de contratar con La Previsora S.A., o con cualquier otra entidad oficial de seguros, directamente, independiente del monto del interes asegurable, sin necesidad de someterse al trámite dificultado del título V, según se ha indicado en los numerales 14 a 20 de estas consideraciones.

44.- Por su parte, los numerales 4 y 5 de la circular, contienen instrucciones precisas a los entes aseguradores, como conclusión de las apreciaciones de los numerales anteriores de la misma, sobre los cuales versará, por lo consiguiente, la decisión que se tome y según el *petitum* del *libelo* demandatorio (pág. 1 de la demanda).

45.- Al respecto se observa que las imprecisiones señaladas en las apreciaciones previas esbozadas por la Superintendencia, determinan necesariamente, imprecisiones en la parte instructiva de la circular. Se observa:

46.- El numeral 4o. del acto acusado, instruye sobre la obligación de contratar seguros oficiales según las reglas generales, sin que se admita un tratamiento preferencial para las entidades públicas.

Esta interpretación, según se vió (núms. 25 a 31 y 37 *supra*) es la que se desprende de la nueva regulación según quedó integrada al estatuto contractual de la administración, por lo que, con la precisión que se indicará en el numeral siguiente se estima que supone una simple aclaración e instrucción de las normas legales en comento, que por lo demás facilita su aplicación, y por tanto se circunscribe a las funciones del Superintendente Bancario, descritas en los artículos 1o. lit, c y 3o. lit. g del decreto 1939/1986.

47.- Por su parte el numeral 5o. de la circular, indica que las entidades públicas son las del art 267 decreto 222/83, sugiriendo (fls. 32 y ss. y 92 y ss.), que en este sentido deben entenderse las expresiones contenidas en la ley 45/90 arts. 62 y 63, interpretación que corrobora la misma demanda en la contestación de la demanda (fls 32 y ss.) y en el alegato de conclusión (fls. 92 y ss.), y por tanto a él se refiere la instructiva del numeral 4o. de la circular, apreciación que según se vió, no corresponde con el sentido acertado de la normatividad contractual administrativa, ni aun a la luz de la nueva legislación, pues ni como contratantes, ni como contratistas, la regulación de la contratación oficial de seguros, incluye a todas las entidades públicas descritas en el mencionado art. 267 decreto 222/83 (ver *supra* núm. 18 a 20 y 32 a 38).

48.- Las anteriores consideraciones permiten a la Sala, concluir que procede la anulación del num. 5 de la circular demandada, en cuanto amplió el sentido que le corresponde a la expresión entidades públicas y a los destinatarios de las normas, utilizada en la ley 45/90 arts. 62 y 63, dándole a la ley un alcance que no tiene, extralimitándose por tanto el Superintendente Bancario en el ejercicio de sus atribuciones legales."

Atentamente,

Guillermo Chahín Lizcano

RENTA GRAVABLE - Determinación / METODO BANCARIO

Si bien es cierto que el lit. a) del art. 10 del Decreto 2218 de 1978 autoriza a las oficinas de impuestos para investigar la capacidad económica real del contribuyente mediante la utilización de métodos directos e indirectos esta facultad no se extiende hasta el punto de determinar renta gravable mediante dicho sistema, pasando por alto el sistema de depuración ordinaria previsto por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 y en consecuencia tomando como renta gravable todas las sumas que por diferentes conceptos hubiere consignado el contribuyente en su cuenta corriente bancaria. Los depósitos bancarios constituyen solo una prueba indiciaria, pero en manera alguna la prueba plena de constituir enriquecimiento para el contribuyente que es lo que de conformidad con el artículo en cita, le da carácter de renta.

LIBROS DE CONTABILIDAD - Pérdida

Resulta insólita la actuación de la Administración de Impuestos que en respuesta a la información del contribuyente sobre la pérdida de los libros de contabilidad y demás documentos que la soportaban, formulada el 13 de septiembre de 1984, ordenó a los ocho dias 26 de septiembre de 1984, una inspección general a los libros de contabilidad y demás documentos que la integran, con el fin de determinar los impuestos del año gravable de 1982. Tal proceder resulta a todas luces ilegal y contrario al principio de justicia y equidad que consagra el art. 31 de la ley 52 de 1977 del cual debe estar presidida la aplicación recta de las leyes por parte de los servidores públicos.

EXP. -3996

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C. dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 3996. Impuestos (Renta-1982). Fallo. Actor: ANTONIO BELTRAN BALLESTEROS.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de fecha septiembre 6 de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la cual el contribuyente ANTONIO BELTRAN BALLESTEROS, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 2.033.242 de Bucaramanga, impugnó los actos administrativos que determinaron, a su cargo el impuesto de renta y complementarios, correspondiente a la anualidad tributaria de 1982.

ANTECEDENTES:

Por el año gravable de 1982, el contribuyente en cita presentó oportunamente su declaración de renta y complementarios, el dia 24 de junio de 1983, ante la Administración de Impuestos de Bogotá, fijando los impuestos a su cargo en la suma de $556.046.

En comunicación de fecha 13 de septiembre de 1984, el contribuyente informó a la Administración de Impuestos la pérdida de los libros de contabilidad y demás documentos que la integran, acompañando copia de la respectiva denuncia.

Por auto comisorio Nro. 000334 de fecha 26 de septiembre de 1984, la Sección de Auditoría Externa, ordenó visita e inspección general a los libros de contabilidad con el fin de determinar los impuestos sobre la renta y/o complementarios por el año gravable de 1982. Como obviamente estos no fueron presentados, la investigación se orientó al método indirecto de consignaciones bancarias a través del cual estableció una diferencia en cuantía de $34.546.290 entre las consignaciones netas de las cuentas corrientes del Banco Popular e Industrial Colombiano y los ingresos declarados.

Con base en esta investigación, se produjo el requerimiento especial Nro. 000255 del 21 de junio de 1985, en el cual se propuso adición a la renta

declarada de la suma de $34.546.290, desconociendo deducciones, pasivos y la imposición de sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

Con fecha 30 de septiembre de 1985, el contribuyente presentó los correspondientes descargos.

Y, con fecha 20 de septiembre de 1985, la Administración practicó la liquidación de revisión Nro. 010853 en la cual determina los impuestos a cargo del contribuyente en la suma de $59.283.354, por el sistema ordinario de depuración de la renta y de acuerdo con los hechos anunciados en el requerimiento.

Contra el acto liquidatorio de los impuestos se interpuso el recurso de reconsideración, sobre el cual recayeron las resoluciones Nros. A-0015-P del 9 de febrero de 1987, y la Nro. R-0950-H del 29 de diciembre de 1987, esta última decidió el Grado de Consulta al cual se encontraba sometida la decisión inicial, habiendo quedado confirmada la decisión recurrida en cuanto a la adición de ingresos determinada de los saldos bancarios, rechazo de deducciones y las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

LA DEMANDA:

En desacuerdo con lo decidido en los actos administrativos mencionados, el contribuyente elevó demanda fundado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual cita las siguientes disposiciones que a su juicio fueron transgredidas por los actos administrativos acusados. Ellos son: Los artículos 15, 16 del Decreto 2053 de 1974; 17 del Decreto 189 de 1975; 34 de la Constitución Nacional 72 literales b y c, 126 del Decreto 1651 de 1961., 23 del Decreto 825 de 1978 y 35 de la Ley 52 de 1977, especialmente en cuanto se adicionaron ingresos con base en el sistema de saldos bancarios que no está autorizado por la ley para el efecto.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda, aceptando los cargos propuestos sobre la adición de ingresos a la renta declarada, establecidos por la Administración de Impuestos por el método indirecto de saldos bancarios, amparado en sentencia de esa Corporación de fecha noviembre 17 de 1989, en donde se argumentó que dicho sistema puede servir de indicio, pero que no es suficiente para determinar la renta al contribuyente, mucho menos para desvirtuar la presunción de veracidad que ampara a la declaración de renta, motivo por el cual concluyó el *a-quo,*

que al adicionarse la renta con el monto de las consignaciones bancarias incurrió la Administración en un claro vicio de ilegalidad.

Respecto a los demás cargos formulados, por el desconocimiento de las deducciones y la sanción por libros de contabilidad, el Tribunal no los acepta al encontrar fundamento legal a la actuación administrativa.

En consecuencia se practicó nueva liquidación de impuestos excluyendo de la base gravable la adición de ingresos por valor de $34.546.290 basada en el cuestionado sistema, y la sanción por inexactitud impuesta como consecuencia de ese hecho.

LA APELACION:

El representante judicial de la Dirección de impuestos Nacionales, interpone recurso de apelación oportunamente y solicita a la Corporación confirmar la operación administrativa en cuanto a la adición de ingresos, argumentando que al no tener acceso la Nación a los libros de contabilidad podía como en efecto lo hizo, acudir al método indirecto de consignaciones bancarias autorizado por el literal a) del artículo 10 del Decreto 2218 de 1978. Agrega, que el contribuyente tuvo todas las oportunidades de defenderse en las diferentes etapas procesales con el fin de desvirtuar el proceder de la Administración y como el lo no ocurrió dedujo como consecuencia una confesión presunta de los ingresos que se adicionaron. Finalmente invoca el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 para justificar una vez más el método de las consignaciones bancarias utilizado por la Administración en la determinación de ingresos.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Doctora ANA MARGARITA OLAYA DE OBANDO, en calidad de Procurador Sexto de esta Corporación, presenta su concepto, manifestando que adhiere al criterio del Tribunal por cuanto reiteradamente el Consejo de Estado, ha sostenido, "que si bien la Administración está facultada para investigar por métodos directos e indirectos con miras a la correcta determinación del tributo, el hecho de acoger simplemente el monto de los depósitos bancarios y presumir los ingresos para fijar la renta del contribuyente, no consulta el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, ni es equitativo, ni justo, pues aunque el sistema puede contribuir al objetivo señalado, debe ir complementado con pruebas cuya eficacia no deje duda acerca de que tales depósitos, verdaderamente representan ingresos constitutivos de enriquecimiento". Por lo cual considera procedente la nulidad de la actuación

administrativa en cuanto a que aplicó el método bancario para determinar renta gravable.

La apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales luego de hacer un recuento de los hechos que componen la actuación administrativa, destaca, que es evidente la actitud evasiva del contribuyente que burla a la postre la acción administrativa y que el desconocimiento de la prueba indiciaria base de la actuación administrativa, deja a voluntad del contribuyente la utilización de métodos poco claros tendientes a impedir la efectividad de la investigación tributaria ya que extravía los libros y luego se niega a suministrar a la Administración cualquier información o prueba que permita establecer su real situación fiscal.

En su concepto en el caso *sublite*, deben tenerse en cuenta los antecedentes y circunstancias que rodearon la investigación en pro de una decisión favorable al Estado, porque no existe prohibición expresa en la ley de utilizar la información bancaria como indicio de ingresos, y por el contrario, conforme al artículo 786 del Estatuto Tributario, cuando exista alguna prueba distinta de la declaración de renta, sobre la existencia de un ingreso y el contribuyente alega haberlo recibido en circunstancias que no lo hacen constitutivo de renta, está obligado a probar tales circunstancias.

Con los argumentos que anteceden, pide a la Corporación revocar la sentencia del Tribunal en la parte que desfavorece los intereses de la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La apelación se contrae entonces, a la pretensión del apoderado de la Dirección de Impuestos Nacionales que considera válido y legal el método de las consignaciones bancarias con base en el cual su representada determinó Ingresos adicionales por valor de $34.546.290, a los inicialmente declarados por el contribuyente valor que se adicionó al factor declarado.

Conforme lo reconoce la apoderada de la Nación, esta Corporación frente al tema que es objeto de debate ha sido reiterativa y uniforme en objetar y rechazar el método de las consignaciones bancarias que en el *sublite* aplicó la Administración de Impuestos para determinar ingresos adicionales a los declarados por el contribuyente.

En efecto, si bien es cierto que el literal a) del artículo 10 del Decreto 2218 de 1978, autoriza a las oficinas del impuestos para investigar la capacidad económica real del contribuyente mediante la utilización de métodos directos e indirectos, esta facultad no se extiende hasta el punto de determinar renta

gravable mediante dicho sistema, pasando por alto el sistema de depuración ordinaria previsto por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 y en consecuencia tomando como renta gravable todas las sumas que por diferentes conceptos hubiere consignado el contribuyente en su cuenta corriente bancaria. Los depósitos bancarios constituyen sólo una prueba indiciaria, pero en manera alguna la prueba plena de constituir enriquecimiento para el contribuyente que es lo que de conformidad con el artículo 15 en cita, le dá el carácter de renta.

Además y a contrario de lo que se sostiene en la apelación, el discutido sistema carece de respaldo legal, puesto que no existe norma alguna en la legislación tributaria que lo consagre como tal y menos aún como sistema de la determinación de la renta, tal como lo aplicó la Administración de Impuestos cuando adicionó el valor neto de las consignaciones bancarias que sobrepasaban la renta gravable declarada dándoles el tratamiento de renta gravable.

El artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, que se invoca para justificar la aplicación de tan cuestionado método, consagra dos consecuencias para el evento de que el contribuyente no presente los libros cuando la Administración se los ha exigido, una, que no puede invocarlos posteriormente como prueba y dos, que se tiene como un indicio en su contra; y autoriza en esos eventos a desconocer los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos, sin que pueda inferirse de este ordenamiento legal como se observa una investigación mediante el auditaje bancario.

Pero es que además en el caso que se debate resulta insólita la actuación de la Administración de Impuestos que en respuesta a la información del contribuyente sobre la pérdida de los libros de contabilidad y demás documentos que la soportaban, formulada el dia 13 de septiembre de 1984 radicación Nro. 055184, ordenó a los ocho dias, 26 de septiembre de 1984, una inspección general a los libros de contabilidad y demás documentos que la integran, con el fin de determinar los impuestos del año gravable de 1982.

Este hecho que dió lugar a la investigación por parte de las autoridades de Impuestos, no favorece propiamente a los intereses del Estado, que de una parte divulga (Concepto Unificado de 1982 e Instrucciones) la obligación de informar a la Administración de Impuestos sobre la pérdida de los libros de contabilidad y se proceda a la reconstrucción de los mismos, en la práctica, como aconteció en el caso que se debate, el contribuyente no tuvo la opción pues ordenó inmediatamente una inspección contable que obviamente ante el hecho denunciado e informado no podía verificarse.

Tal proceder, a juicio de la Sala resulta a todas luces ilegal y contrario al principio de justicia y equidad que consagra el artículo 31 de la Ley 52 de

1977, del cual debe estar presidida la aplicación recta de las leyes por parte de los servidores públicos.

Por ello, fué necesario dar claridad y precisión a este aspecto tal como lo hizo en el Decreto 1798 de 1990, al consagrar un procedimiento especial cuando se presenta la pérdida, extravió o destrucción de los libros de contabilidad (artículo 29), fijando un término de seis meses para su reconstrucción.

En armonía con las consideraciones que anteceden la Sala concluye que no es procedente acceder a lo solicitado por la apelante, ya que frente al tema de los saldos bancarios ratifica su criterio una vez más, y del exámen de los antecedentes que rodearon la investigación lejos de favorecer a la Nación, confirma el proceder arbitrario desde el inicio de la investigación.

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:

Confírmase la sentencia de fecha septiembre 6 de 1991, emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAJA SOCIAL DE AHORROS / SUJETO PASIVO / ANIMO DE LUCRO / IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La CAJA SOCIAL DE AHORROS es pasivo del Impuesto de Industria y Comercio, independientemente de como fué concebida, de su naturaleza jurídica, de su condición de fundación sin ánimo de lucro y de que su objeto social finalmente sea el de prestar servicios de interés social o de utilidad común. A partir de la expedición de la Ley 14 de 1983, al determinar los parámetros generales de aquel tributo se descartó por ley, el ánimo de lucro como factor relevante de la actividad ejercida o característica del sujeto pasivo, motivo por el cual resulta inútil invocar la caridad de entidad de beneficencia, sin ánimo de lucro, como lo hace la actora, para relevarse de la obligación tributaria.

SANCION POR INEXACTITUD / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En la declaración de Industria y Comercio presentada se establece que ni en el "cuadro de Ingresos, Cálculo de bases gravables e Impuestos del Sector Financiero" ni en la liquidación privada preimpresa en el formulario oficial, se registró suma ni dato alguno sobre el particular. Vale decir, no se suministró ninguna de las informaciones requeridas para determinar la obligación tributaria, de donde resulta procedente la sanción por inexactitud que le fué aplicada a la entidad, porque precisamente su caso se encuentra contemplado en el parágrafo del citado art. 53 cuando quien afirmando ser exento o excluído del gravámen no comprueba las respectivas circunstancias.

SECCION CUARTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4207. INDUSTRIA Y COMERCIO - FALLO-.Actor: CAJA SOCIAL DE AHORROS S.A. C / DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada Judicial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, contra la sentencia del 27 de marzo de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la CAJA SOCIAL DE AHORROS S.A., contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable 1985 (vigencia 1986).

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en la declaración de Industria, Comercio y Avisos correspondiente al año gravable 1985, radicada en la Dirección Distrital de Impuestos el 23 de abril de 1986, bajo el número 190077, en donde la declarante se determinó un impuesto por aquél concepto igual a cero.

En la respuesta al Requerimiento 003 del 29 de enero de 1987 en la cual aquella entidad dijo no ser sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio y Avisos, con base en lo previsto en el Artículo 39, inciso 2o. literal d) de la Ley 14 de 1983, que consagra el beneficio de no sujeción del tributo a las entidades de beneficencia.

En lo establecido en el Artículo 97 del Acuerdo 21 de 1983, en Artículo 78 de la Ley 75 de 1986 que adiciona los Artículos 37 de la citada Ley 14 de 1983 y el Artículo 200 del Decreto 1333 del mismo año, entre otras disposiciones legales, que grava con el tributo en cuestión a los bancos, las corporaciones de ahorro y vivienda, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, compañías de seguros de vida, generales y los demás establecimientos de crédito que defina como tales la Superintendencia Bancaria e Instituciones Financieras reconocidas por la ley, la Dirección Distrital de Impuestos por Resolución 852002 de noviembre 10 de 1987, liquidó el Impuesto de Industria, Comercio y Avisos e impuso sanción por inexactitud a la entidad reclamante, por el año gravable 1985.

Estimó la dependencia oficial que la CAJA SOCIAL DE AHORROS S.A., es una entidad financiera, vigilada por la Superintendencia Bancaria, que clasifica dentro de las actividades consagrados en el Capítulo III de la Ley 14 de 1983 concordante con el Capítulo VIII del Acuerdo 21 del mismo año y consecuentemente es sujeto pasivo del impuesto en mención independientemente de sus fines altruistas que contemplan sus estatutos.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, la misma dependencia Administrativa, primero, por Resolución 419 del 24 de mayo de 1988 confirmó en todas sus partes la liquidación oficial. Después la Junta Distrital de Hacienda por Resolución 471 de octubre 14 del mismo año, revoca la anterior. Modificó la Liquidación de Impuestos número 852002 de noviembre 10 de 1987. Dejó sin efectos el impuesto anual de Avisos por valor de $8'086.268 y mantuvo la cuantía del Impuesto de Industria y Comercio y la sanción por inexactitud liquidados inicialmente.

Agotada la vía gubernativa el apoderado judicial de la actora, demanda ante la jurisdicción la nulidad de las Resoluciones números 852002 de 1987 y la No. 471 de octubre de 1988. Subsidiariamente la nulidad parcial de las mismas providencias en cuanto ellas liquidan por concepto de sanción por inexactitud la suma de $41'150.236.

Considera fueron violadas entre otras, las siguientes disposiciones:

- Artículos 16, 20 y 43 de la Constitución Nacional

- Artículo 39 numeral 2o. literal d) de la Ley 14 de 1983

- Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 y

- Numeral 4o. del Artículo 4o. del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá.

Argumenta en síntesis el apoderado de la actora que la CAJA SOCIAL DE AHORROS, cuya personería Jurídica le fué reconocida mediante Resolución Ejecutiva 07 de 1931, creada bajo el auspicio de la FUNDACION CIRCULO DE OBREROS, es una entidad de beneficencia por cuanto no tiene ánimo de lucro, no reparte utilidades a personas naturales durante su existencia ni con motivo de su liquidación, según sus estatutos y sus excedentes los entrega en su totalidad al ente que la creó, la Fundación Social, para atender servicios de interés social o utilidad común.

SECCION CUARTA

Agrega que de acuerdo con los postulados del Artículo 5o. del Decreto Ley 3130 de 1968, es una fundación o institución de utilidad común y que no obstante tener esta condición "se encuentra sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria por así disponerlo expresamente el Artículo 52 de la Ley 68 de 1924. Así mismo debe reconocerse que de conformidad a esta misma disposición, que el "fomento del ahorro privado" y por tanto el ejercicio de actividades propias del sector financiero en nada reducen su carácter de fundación o institución de utilidad común, puesto que tales actividades son un medio para la obtención del fin último, de conformidad con la voluntad del ente creador, fin que no es otro que el de prestar ser vicios sociales a la comunidad, en los términos precisos que se incluyen en el Artículo 4o. de los estatutos de la Fundación Social".

Entiende que las fundaciones o instituciones de calidad común, por estar comprendidas entre las entidades de beneficencia, no pueden ser gravadas con el Impuesto de Industria y Comercio, en los términos del literal d) del numeral 2o. del Artículo 39 de la ley 14 de 1983. De suerte que teniendo la CAJA SOCIAL DE AHORROS aquel carácter no es sujeto pasivo de tal tributo, como lo han reconocido varios organismos estatales, entre otros, la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria en Concepto OJ-394 de noviembre 28 de 1984; la Superintendencia de Industria y Comercio en Concepto 2089 del 3 de abril del mismo año y la propia Secretaría General de la Dirección Distrital de Impuestos en certificación expedida el 22 de noviembre de 1979, conceptos que transcribe en el cuerpo de la demanda.

De otra parte afirma, que de acuerdo con los Artículos 32 a 48 de la Ley 14 de 1983 que fijan los conceptos de materia imponible, base gravable y demás parámetros aplicables al Impuesto de Industria y Comercio, solamente las FUNDACIONES O ENTIDADES DE BENEFICENCIA que realicen actividades industriales o comerciales son sujetos pasivos de aquel impuesto de manera que como la reclamante no realiza ni una ni otra actividad, "no está comprendida entre las fundaciones sometidas a tal tributo".

Estima que de acuerdo con lo previsto por el Artículo 6o. del Decreto 3070 de 1983 a las entidades a que se refiere el literal d) del numeral 2o. del Artículo 39 de la Ley 14 de 1983, para acogerse al tratamiento preferencial solo les basta con presentar "a las autoridades locales las respectivas certificaciones con copia auténtica de sus estatutos" requisitos que cumplió la CAJA SOCIAL DE AHORROS, al presentar su liquidación privada correspondiente al año gravable 1985.

Por último tilda de improcedente la sanción que por inexactitud se le impuso a la entidad, porque no se tipificó en el caso la conducta anómala que

prevé el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982. Hubo dice, diferencia de criterio entre la Administración Distrital y la declarante, relativa a la interpretación del derecho aplicable, pero no inexactitud entendida ésta en los términos en que la define el citado artículo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 27 de marzo de 1992, atendió las súplicas de la demanda, anuló los actos administrativos impugnados y practicó una nueva liquidación de impuestos en la que determina un impuesto de Industria y Comercio igual a cero.

Examina el *a-quo* el origen, la naturaleza jurídica y el objeto principal de la fundación social para concluir que "se trata de aquellas fundaciones o instituciones de utilidad común sin ánimo de lucro, creadas a la luz del título XXXVI del Libro 1 del Código Civil, que se constituye como una fundación de beneficencia pública y que en tal virtud la CAJA SOCIAL DE AHORROS como entidad destinante de sus excedentes, se hace acreedora a los beneficios a que hace referencia el Artículo 39 numeral 2o. literal d) de la Ley 14 de 1983, en armonía con el Artículo 4o. numeral 4o. del Acuerdo 21 de 1983".

Fundamenta su corolario en sentencia proferida por esta Corporación el 6 de febrero de 1987, Consejero Ponente Dr. Policarpo Castillo Dávila. Cita tomada de los Anales del Consejo de Estado, Tomo CXII, año LXII, primer semestre 1987, V.2.

La apoderada judicial de la entidad demandada apela. No comparte la decisión del Tribunal porque entiende que en materia del Impuesto de Industria y Comercio, tanto la Ley 14 de 1983, como el Acuerdo 21 del mismo año, regularon en forma especial y distinta al sector común y corriente de la economía que se dedica al ejercicio de actividades mercantiles como lo son, las industriales, comerciales y de servicios y, al sector financiero que realiza una típica actividad comercial en los términos del Código de Comercio y del Artículo 8o. del citado Acuerdo 21 de 1983. A las entidades comprendidas dentro de este último, dice, tengan o no propósitos lucrativos no le son aplicables ni el Artículo 39 de la Ley 14 de 1983 ni el Artículo 4o. del anotado estatuto local. Tan evidente es que éstas no gozan en general de prerrogativa alguna, que fue necesario que el legislador contemplara expresamente la situación de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y de la Financiera Eléctrica Nacional, previniendo en el parágrafo del Artículo 43 de la antes referenciada Ley 14,que las mismas no serían sujetos pasivos del Impuesto de Industria y Comercio.

SECCION CUARTA

Reitera la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta oportunamente ante el Tribunal porque no se impugnaron los tres actos administrativos proferidos por la Administración Tributaría Distrital, a saber: la Liquidación Oficial 852002 del 10 de noviembre de 1987; la Resolución 419 del 24 de mayo de 1988 y la Resolución 471 de octubre 14 del mismo año. Se omitió atacar la Resolución 419 que confirmó en todas sus partes la liquidación oficial, "lo que significaría que en evento de que se accediera a las súplicas de la demanda, quedaría indemne esta última resolución no discutida, con lo cual no se podría cumplir la finalidad de la acción que es el restablecimiento del derecho".

Finalmente solicita la apelante no se atiendan los reclamos de la actora respecto de la sanción por inexactitud, por cuanto la norma a que se acoge, Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, no es aplicable en el caso sometido a discusión y en la que se fundamentó aquélla ni siquiera se le mencionó.

Dentro de la oportunidad procesal prevista por el inciso 4o. del Artículo 212 del C.C.A. el apoderado de la parte actora solicitó y la Sección por Auto de septiembre 21 de 1992 aceptó tenerse como pruebas las Resoluciones 034 del 21 de junio de 1989, 66 del 25 de julio de 1990, 037 del 9 de julio de 1991 y 032 del 11 de junio de 1992, expedidas todas por el Comité de Entidades Sin Animo de Lucro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Escritura Pública No. 3080 de fecha 30 de diciembre de 1991, otorgada por la Notaría 42 del Círculo de Bogotá.

Por considerar que los documentos aportados corresponden a vigencias posteriores a la discutida, la entidad demandada interpuso recurso de súplica contra el Auto anterior, pero éste fue rechazado por improcedente por Auto del 13 de octubre de 1992.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la actora se muestra en desacuerdo con los argumentos consignados en el memorial de apelación, primero, porque entiende que es improcedente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por la Administración local, por no haberse impugnado el acto complejo. La Resolución 419 de la Dirección Distrital de Impuestos, dice, fue revocada oficiosamente por la misma Administración mediante Resolución 471 de 1988 y siendo así aquella es inexistente, no tiene la virtud de crear situaciones jurídicas abstractas o concretas, de suerte que no es susceptible del control jurisdiccional de anulación. Se fundamenta en lo expuesto en las obras: "El Acto Administrativo" y "Derecho Procesal Administrativo" de los tratadistas Gustavo Penagos y Miguel González, respectivamente.

Después, en cuanto al fondo del asunto debatido, reitera lo ya expuesto en la demanda para concluir que la CAJA SOCIAL DE AHORROS, por ser una entidad de beneficencia no es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio a pesar de formar parte del sector financiero.

Agrega entre otras razones, que el Artículo 39 numeral 2o. literal d) de la Ley 14 de 1983, norma especial, significa que en el evento de que cualquiera de las personas o entidades que en principio son sujetos pasivos del impuesto por realizar actividades industriales, comerciales, de servicios, o por pertenecer al sector financiero, dejan de serlo por destinar sus excedentes operacionales al beneficio comunitario, social.

Admite que si bien es cierto en el Capítulo VIII del Acuerdo 21 de 1983 se determinan algunas normas que son especificas del sector financiero, de ello no se puede inferir que las demás disposiciones del citado estatuto no le sean aplicables al mismo sector económico.

En lo que se refiere a la sanción por inexactitud, considera que le es aplicable el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, porque ni el Acuerdo 21 de 1983 ni las normas locales posteriores definen el concepto de "inexactitud, debe recurrirse a aquella disposición de conformidad con lo preceptuado por la Ley 153 de 1887.

La apoderada judicial del Distrito por su parte, solicita en su alegato se tenga en cuenta lo expuesto en el memorial sustentario de la apelación y en el de súplica a que antes se hizo referencia.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Son tres los puntos que debe dilucidar la Sala en esta oportunidad saber:

- Si es procedente o no la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por haberse impugnado el acto complejo.

- En caso negativo, si la CAJA SOCIAL DE AHORROS, en su calidad de entidad de beneficencia es o no sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio y

- Sí lo es, la viabilidad o no de levantar la sanción por inexactitud que se le impuso a la entidad, por el año gravable en discusión.

SECCION CUARTA

1. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDABLES

Reiteradamente la Sala ha dicho que en materia tributarla la actividad administrativa que es una sola, se desenvuelve en dos etapas bien definidas: la de determinación del tributo y la que corresponde a su discusión, las cuales finalizan cuando se resuelven los recursos.

Para efectos de establecer cuáles son los actos administrativos principales que deben ser objeto de impugnación y por ende acompañarse con la demanda, es preciso distinguir las presentadas antes del 7 de octubre de 1989, (como es la que se estudia) con las presentadas después de esa fecha que corresponde a la de expedición del Decreto 2304 de 1989 que modificó el Artículo 138 del C.C.A..

Esta última norma, antes de la citada modificación disponía: "Cuando se demanda la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa".

Lo que significa que lo obligatorio era demandar el acto definitivo y lo potestativo los "actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados" vale decir, el acto inicial.

En el caso que se debate, el acto acusado estuvo bien individualizado como quiera que el actor acusó no sólo la Resolución 852002 del 10 de noviembre de 1987, sino también la Resolución 471 del 14 de octubre de 1988 por medio de la cual la Junta Distrital de Hacienda revocó la Resolución 419 del 24 de mayo de 1988 confirmatoria de la primera y modificó la liquidación oficial contenida en ésta incluyendo en el Artículo 2o. de la parte resolutiva loa factores y cifras finales así:

Base gravable anual.....	$	3.978'779.738
Base gravable mensual.....		31'564.978
Tarifa.....		5.0 por mil
Impuesto mensual de Industria y Comercio liquidación privada		- 0 -
Impuesto mensual Industria y Comercio liquidación oficial.....		1'657.825
Impuesto anual Industria y Comercio Liquidación oficial.....		19'893.900
Impuesto anual Industria y Comercio Sucursales (47).....		681.218
Sanción por inexactitud.....		41'150.236
Total diferencias a favor de Tesorería.....		20'575.118
Total sanciones a favor de Tesorería.....		41'150.236

Está de acuerdo la Sala con el Tribunal en el concepto de que no era procedente la decisión inhibitoria, motivo por el cual resulta pertinente el análisis de fondo de las pretensiones de la actora y de cuya aceptación por parte del *a-quo* apela la Administración Distrital.

2. SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La Sala, así como la Dirección Distrital de Impuestos, estima que la CAJA SOCIAL DE AHORROS es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio, independientemente de la forma como fué concebida, de su naturaleza jurídica, de su condición de fundación sin ánimo de lucro y de que su objeto social finalmente sea el de prestar servicios de interés social o de utilidad común.

Como en otra oportunidad dijo esta Sección, a partir de la expedición de la Ley 14 de 1983, al determinar los parámetros generales de aquél tributo se descartó por ley, el ánimo de lucro como factor relevante de la actividad ejercida o característica del sujeto pasivo, motivo por el cual resulta inútil invocar la calidad de entidad de beneficencia, sin **ánimo de lucro**, como lo hace de manera insistente la actora, para relevarse de la obligación tributaria.

Ejerce ésta una actividad eminentemente financiera permitida por sus estatutos y autorizada por la Superintendencia Bancaria, circunstancia que la ubica en una situación especial fuera de las normas generales para el común de los sujetos pasivos del impuesto en cita.

Como se anotó en sentencia proferida por esta Sección el 29 de mayo de 1992, expediente 3805, actor: Fundación para la Educación Superior FES, para este sector existía de tiempo atrás el gravamen sin consideración al fin lucrativo, sino simplemente a su condición de entidades de crédito cualquiera que fuera su organización jurídica y la finalidad perseguida en sus operaciones.

El régimen especial para este sector de la economía reestructurado en la citada Ley 14 de 1983 en el Capítulo III (Artículos 41 a 47), en términos generales rige en la actualidad por incorporación en los Artículos 206 y 213 del Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal.

> "Las características propias del sector financiero han enseñado que el sistema de gravamen de industria y comercio no puede ser igual al de las actividades industriales, comerciales o de servicios en que tradicionalmente se han distinguido las actividades gravadas. Es así como el Artículo 4o. de la Ley 33 de 1968 dispuso que 'Los establecimientos de crédito y....podrán ser gravados con impuesto de industria y comercio'....."

Posteriormente la Ley 57 de 1981 modificó el sistema, anterior y en su Artículo 1o. dispuso que "Los Concejos Municipales podrán gravar con el Impuesto de Industria y Comercio a los bancos,.....compañías de financiamiento comercial.....de conformidad con las normas establecidas por la presente ley".

Y finalmente, a partir de 1983 con base en la Ley 14 de 1983 el Concejo de Bogotá Distrito Especial profirió el Acuerdo 21 de 1983 que reguló completamente el gravamen a partir de entonces, en el Capítulo VIII específicamente al citado sector económico y dentro de éste está incluida la CAJA SOCIAL DE AHORROS, como la misma entidad lo admite en el formulario utilizado para la declaración tributaria del año materia de cuestionamiento (fl. 89 C.P.).

No le es aplicable ninguno de los casos de exoneración ni exclusión de que trata el Artículo 39 de la citada Ley 14, ni el Artículo 4o. del mencionado también Acuerdo 21 y consecuentemente ningún valor puede atribuírsele a las constancias expedidas sobre el particular que la entidad cita, porque no son éstas actos administrativos creadores de la situación jurídica concreta a favor de la actora y la certificación expedida por la Secretaría General de la Dirección de Impuestos Distritales es de fecha 22 de noviembre de 1979 (fl.152), cuando para la época no había sido proferida la Ley 57 de 1981 que fué el estatuto que hizo extensivo el tributo a más de los bancos y compañías de seguros a las compañías de seguros de vida, sociedades de capitalización, compactas reaseguradoras, corporaciones financieras, **compañías de financiamiento comercial,** corporaciones de ahorro y vivienda, almacenes generales de depósito y los demás establecimientos de crédito vigilados por la Superbancaria.

Tampoco tiene incidencia en la decisión tributaría, las Resoluciones 034 de junio 21 de 1989, 6 de julio de 1990, 09 de julio de 1991, 032 de junio de 1992, expedidas por el Comité de Entidades sin Animo de Lucro, aportadas por el demandante ante esta Corporación, ni la copia de la Escritura No. 3080 de 1991 que autoriza la conversión de la CAJA SOCIAL DE AHORROS en banco, porque además de corresponder todos estos documentos a años distintos del discutido, los primeros ameritan que para fines del Impuesto sobre la Renta la entidad goza del tratamiento preferencial previsto en el Capítulo VI del Estatuto Tributario, por estar incluida dentro de las entidades de que trata el Artículo 19 del mismo Decreto y cumplir los presupuestos establecidos para el efecto contemplados por el Decreto 868 de 1989. En síntesis, que son entidades sin ánimo de lucro y que sus excedentes totales, por ser destinados en forma indirecta a obras sociales a través de otra entidad del mismo régimen, cual es la FUNDACION SOCIAL, se encuentra exonerada de aquél tributo, circunstancia que es ajena al caso que se debate porque en éste el tributo es diferente, puesto

que se determina en razón de la actividad financiera que la actora ejerce y no por la naturaleza jurídica y el ánimo o no de lucro de quien la ejecuta.

Así las cosas, no resultan válidas las consideraciones, ni acertadas las interpretaciones que del Artículo 39 numeral 2o. literal d) del Acuerdo 21 de 1983 hace el demandante en procura de obtener la exclusión o exoneración de la CAJA SOCIAL DE AHORROS como sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio y que aceptó erróneamente el Tribunal, puesto que esta entidad tiene tal calidad como afirma la Administración local y lo corroboró la Sección en sentencia del 24 de julio de 1992 en donde también aquélla fué actora en el proceso 4164 instaurado por desacuerdo con la liquidación del mismo impuesto pero correspondiente al año gravable 1989, por el municipio de Santiago de Cali, en donde el Consejero Ponente fue el Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Prescribe el Artículo 53 del varias veces mencionado Acuerdo 21 de 1983 que:

> "Cuando se establezca que las bases declaradas por el contribuyente contienen datos incorrectos, incompletos o inexistentes y ello dé lugar a la liquidación de un impuesto menor del que debe pagar, se impondrá una sanción equivalente a dos (2) veces el impuesto anual atribuido a la inexactitud".

En la declaración de Industria y Comercio, año gravable 1985, presentada por la entidad reclamante y radicada bajo al número 190077 el día 23 de abril de 1986, (fl. 34 Ant. Ad.) se establece que, ni en el "Cuadro de Ingresos, Cálculo de bases gravables e Impuesto del Sector Financiero", ni en la liquidación privada preimpresa en el formulario oficial, se registró suma ni dato alguno sobre el particular. Informa además de los datos generales solicitados en el que: "No es sujeto del Impuesto de Industria y Comercio por ser fundación de beneficencia literal d) numeral 2o. del Artículo 39 de la Ley 14 de 1983". Vale decir, no se suministró ninguna de las informaciones requeridas para determinar la obligación tributaría, de donde resulta procedente la sanción por inexactitud que le fué aplicada a la entidad, porque precisamente su caso se encuentra contemplado en el parágrafo del citado Artículo 53 cuando quien afirmando ser exento o excluido del gravamen no comprueba las respectivas circunstancias. Dice así el parágrafo:

> "Los sujetos pasivos que se beneficien por las exenciones de que trata el Artículo 5o. del presente Acuerdo deberán demostrar, en caso de investigación, que cumplen con las condiciones previstas en dicho Artículo.

En caso de no demostrarse satisfactoriamente dicha circunstancia se impondrá sanción por inexactitud".

No puede aplicarse el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 porque éste está concebido para sancionar irregularidades en materia de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, y no para anomalías cometidas en otros tributos como los distritales, en cuya regulación no existe la figura de la "diferencia de criterio" como causal que exonera de 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:

1o. REVOCASE la sentencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de marzo de 1992.

2o. En su lugar, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

COMPETENCIA FUNCIONAL / ADMINISTRACION TRIBUTARIA

Un proceso de reestructuración como el que pusieron en marcha los decretos 2503 y 2543 de 1987, no implicaba por definición, la supresión total de órganos y funciones, sino simplemente la adecuación de aquellos y la redistribución de éstas frente a las variables económicas y las necesidades del servicio, siendo obviamente previsible la eliminación o la creación de algunos cargos o el recorte o la ampliación de determinadas funciones, pero solo como medios coyunturales del reordenamiento. Hablar de "antigua" y "nueva" Administración solo cabría en términos coloquiales, o sencillamente para resaltar el mérito de las reformas emprendidas, en ningún caso con el drástico sentido que pretende atribuirle la demanda, de haber dejado de existir la primera y haberse creado la segunda.

RENTA PRESUNTIVA - Disminución / CONTROL DE PRECIOS

A más de estar debidamente comprobados los hechos constitutivos de la afectación de la renta presuntiva por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios, debe demostrarse la proporción en que éstos "influyeron en la determinación de una renta líquida inferior", pues es perfectamente previsible que, no obstante el control de precios, la actividad económica afectada y específicamente las ventas netas de productos con precio máximo de venta al público, acusen márgenes de comercialización y de rentabilidad por encima del mínimo presunto, o que las ventas de productos (para el caso farmacéuticos) de líneas no controladas, den lugar a ingresos netos del período que superen dicho mínimo porcentual.

SECCION CUARTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 4443. Apelación sentencia de agosto 18 de 1992, Tribunal 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: ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA, S.A., la actora, contra la sentencia de 18 de agosto de 1992, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento en materia del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1985, promovido en relación con la liquidación de revisión #00335 de 2 de agosto de 1988 y la resolución #0075 de 25 de agosto de 1989, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

La liquidación impugnada determinó la renta líquida por presunción sobre ingresos netos, habiendo desestimado ingresos "excluidos afectados por control de precios" (1.503.700.668) y patrimonio "excluido afectado por fuerza mayor o caso fortuito" ($186.249.156), y modificado el anticipo por 1986. El acto fue confirmado en la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Dice violatoria la liquidación de la ley procesal vigente, por haber sido expedida y notificada por la "antigua Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá", cuando ésta llevaba 23 dias de extinguida legalmente.

Explica, que el decreto 2543 de 1987, en el ordinal A de su artículo 35, "creó la estructura de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá" y en el aparte VI del mismo ordinal, la División de Liquidación; que el artículo 61 *ib.* dispuso expresamente la vigencia de la estructura orgánica y planta de personal determinados por el decreto 074 de 1976 y normas complementarias, hasta la promulgación de los decretos que adoptaran la nueva planta de personal; y que el decreto 1350 de 1988, publicado

el 8 de julio del mismo año, vigente desde esta fecha, derogó la planta de personal entonces existente, al haber derogado todos los decretos por la que ésta regía, creando, en su artículo 1°, la planta de personal de las Administraciones de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes, de personas naturales y de personas jurídicas de Bogotá, en virtud de lo cual la antigua Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá habría dejado de existir, sin embargo de lo cual produjo, el 2 de agosto de 1988, cuando ya no existía, el acto liquidatorio impugnado.

Igualmente, que por resolución DIN #0050 de 18 de enero de 1988, la demandante había sido clasificada en el grupo de "grandes contribuyentes" y como perteneciente a la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá.

Deduce que, careciendo de existencia legal el ente, no se podía pretender que ejerciera válidamente funciones, competencias y representación eliminadas por la ley, sin violar los artículos 63, 65 y 26 de la Constitución, o sin colocarse en la situación prevista por el artículo 15, numeral 22 de la ley 13 de 1984 ("Art. 15 (...) En todo caso, dan lugar a destitución las siguientes faltas (. . .) : 22. - Realizar funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden..."), como sería nula la determinación del impuesto por administración diferente de la del registro a que pertenece el contribuyente, pero de mayor gravedad en el caso examinado, por no existir la administración.

Del mismo modo, que habría nulidad absoluta, por violación del artículo 47 del decreto 01 de 1984, pues la liquidación atacada indica que el recurso existente debe interponerse ante la oficina de recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, inexistente; y que estando radicada la competencia funcional en los jefes de División, el presunto acto administrativo en cuestión carecería de "toda paternidad funcional", ya que el jefe de la División de Liquidación de la antigua Administración, ni un delegado suyo legítimamente constituído, ni otro funcionario que, al menos, pretendiera usurpar competencia, aparece produciéndolo o practicándolo: se habrían anotado solo los nombres y firmas de dos funcionarios que dijeron haberlo "proyectado" y "revisado", pero sin que figuren nombre, cargo y firma del funcionario que, en ejercicio de la función pública autorizada por la ley, se responsabilice de su expedición; la pretendida liquidación sería, pues, sólo un proyecto, preparado por personas auxiliar o asesor para estudio y decisión de dicho jefe; tampoco podría pretenderse que los autores del proyecto se presumieran delegados del jefe de División, porque las delegaciones no se presumen ni pueden ser clandestinas, debiendo haberse indicado que se obraba en tal calidad y señalado claramente el acto de delegación, que debía reunir los requisitos del artículo 139

del decreto 2503 de 1987 y ser publicado, conforme al mandato de la ley 57 de 1985.

La liquidación causada habría quebrantado también los artículos 3°, inciso 3°, frase final, y 35 del decreto 01 de 1984, por haber modificado la liquidación privada sin considerar ni resolver los argumentos de la contribuyente, ni las cuestiones planteadas en la contestación del requerimiento, que se pide tener por reproducida aquí; dicha violación implicaría, asimismo, infracción a la ley sustantiva, por ignorarse las objeciones al requerimiento, trasladando la liquidación, "los mismos vicios legales y arbitrariedades en que estaba incurso el famoso requerimiento especial", a más de que el "memorando explicativo" de la liquidación ("otra nulidad adicional") no invoca una sola norma legal donde conste la obligación que el requerimiento dice incumplida.

Respecto de la resolución del recurso, afirma transgredida la ley procedimental, porque a) el artículo 80, inciso 2o, del decreto 2503 de 1987 otorga competencia exclusiva, para resolver el recurso de reconsideración, a la oficina de recursos tributarios de la Administración de Impuestos, "que hubiere practicado el acto administrativo respectivo", b) el artículo 36, ordinal a), del decreto 2543 de 1987, dice que es función de las Administraciones de Impuestos Nacionales, aplicar las disposiciones que regulan la determinación y discusión de los tributos, "dentro de la jurisdicción que corresponda a cada Administración"; c) el artículo 144 del decreto 2503 de 1987, otorga competencia funcional a los jefes de las Divisiones, "de acuerdo con la estructura funcional que se establezca"; d) el artículo 35, ordinal A, del decreto 2543 de 1987 "creó la estructura de la Administración de Impuestos de Grandes Contribuyentes de Bogotá, en cuyo numeral VI se le creó la División de Liquidación y en el numeral VII se le creó la División de Recursos Tributarios".

Así, la competencia funcional atribuida al jefe de Recursos Tributarios por los artículos 147 del decreto 2503 de 1987 y 46 del decreto 2543 de 1987, estaría condicionada a que el acto de determinación del tributo cuyo recurso falle, se hubiera producido o practicado por la Administración a la que tal oficina pertenecía, por ser improrrogable la competencia, de acuerdo con el artículo 267 del decreto 01 de 1984, en armonía con el 13 del Código de Procedimiento Civil; pero como dicho acto liquidatorio se habría expedido por Administración "diferente" ("y además, legalmente inexistente"), de aquella a cuya estructura administrativa pertenecía la División de Recursos Tributarios que pretendió resolver la reconsideración interpuesta, se habría dado la nulidad de esta resolución e incurrido en la conducta descrita por el artículo 15, numeral 22, de la ley 13 de 1984, no entendiéndose cómo los funcionarios de recursos pudieron haber confundido "estructura administrativa" y "plantas de personal", antiguas

y nuevas, ni cómo el funcionario que dijo haber revisado el "proyecto de liquidación", hubiera recibido competencia delegada del Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá, mediante "una resolución fantasma", la # 0194 de 16 de febrero de 1988, cuando el cargo del supuesto delegante solo había sido creado el 8 de julio de 1988, por el decreto 1350 de esta fecha, y para el señalado día, 16 de febrero de 1988, según los decretos 074 de 1976, 681 de 1980 y los 18 que adicionaron y modificaron éstos, y el artículo 61 del decreto 2543 de 1987, solo existiría "el Cargo de Jefe de la División de Liquidación de la antigua y desaparecida Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.....".

Adicionalmente, se habrían infringido los artículos 3o, inciso 3o, frase final, y 59, inciso 2o del decreto 01 de 1984, como en el caso de la liquidación impugnada; y también la ley sustantiva, por pretenderse que la contribuyente, cuya actividad se hallaba afectada por control de precios, debiera acompañar a su declaración "una hipotética resolución ministerial, no exigida por la ley o el reglamento, pues el artículo 50 de la ley 55 de 1985 ni siquiera habría mencionado la palabra "resolución". Al respecto, argumenta que el citado artículo dió competencia al ministro de hacienda para hacer la reducción ahí prevista, con fundamento en "los estudios económicos que hayan servido de base para fijar el precio de los respectivos bienes", que deben ser exclusivamente los efectuados por la respectiva autoridad, y no otros diferentes, ni los que fueren el resultado del capricho, la arbitrariedad o la opinión de tal autoridad. El procedimiento de cálculo habría sido montado por el legislador en la premisa "ingenuamente lógica", de que la fijación o modificación de los precios controlados deba estar basada necesariamente en estudios económicos.

Destaca, que la resolución # 6376 de 1980 del Ministro de Salud, en el caso de los medicamentos, estableció una metodología de fijación de precios, que sustrajera ésta de la arbitrariedad o discrecionalidad de los "funcionarios de turno", pero que, a poco de entrar en vigencia, empezó a ser violada por acción y omisión, optándose por ignorarla y regular los precios, "con el criterio de la absoluta discrecionalidad gubernamental".

Agrega, que no obstante ser arbitraria e ilógica la exigencia de que a la declaración del período se anexara la "hipotética resolución ministerial", la declarante, con ocasión del requerimiento especial, pidió al Ministro de Hacienda expedir la resolución correspondiente a 1987 y, en los primeros días de 1989, la correspondiente a 1988, sin que para finales de 1989 aquél se hubiera pronunciado, "entre otras cosas, porque no existen los elementos de juicio (estudios económicos) necesarios para producirlas".

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA:

Desestima la solicitud de fallo inhibitorio de la Fiscalía, en consideración a que, si bien "no se demandó expresamente a la Nación, sí se señaló claramente a la dependencia administrativa que produjo los actos acusados, la que indiscutiblemente representa a la Nación en estos asuntos", a más de que no propuesta excepción alguna en la contestación de la demanda, la anotada deficiencia habría quedado subsanada.

Respecto de los cargos por incompetencia funcional y violación de la ley sustantiva, reproduce y acoge argumentos de la resolución del recurso gubernativo y del memorando explicativo de la liquidación de revisión, que dice no desvirtuados por la demandante, pues, en cuanto a la aducida incompetencia, obraba en el proceso la resolución #194 de 16 de febrero de 1988, por la que el Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en uso de las facultades que le conferían los artículos 45 del decreto 2543 de 1987 y 139 del decreto 2503 del mismo año, había delegado las funciones de que trataba el artículo 146 *ib*, precisamente en el funcionario que expidió la liquidación acusada, con lo cual se obviaban los problemas comunes del tránsito de legislación que pudieran suscitar la reestructuración de la Dirección de Impuestos Nacionales y la creación de la nueva planta de personal mediante los decretos 2543 de 1987 y 1350 de 1988, presumiéndose válida la delegación, en tanto no fuera demandada o se estableciera fehacientemente la incompetencia para delegar; y que, aunque en estricto sentido, como lo asevera la demandante, el recurso gubernativo no había sido decidido por la misma dependencia que ordenaba la ley, se debía ello a que, "en muchas funciones la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes vino a reemplazar a la dependencia que desapareció en virtud de las normas antes citadas y en consecuencia al nuevo organismo se le imponía en lógica y en derecho decidir el recurso correspondiente.....", fuera de que la resolución de delegación citada, no tendría la naturaleza de acto de carácter general, abstracto o impersonal que hiciera imperativa su publicación en el Diario Oficial, según se pretende en la demanda, sino que, al contrario, se trataba de acto interno de la administración, de contenido eminentemente concreto o individual.

Por lo que hace al aspecto de fondo, expresa haber sido reiterativo el Tribunal, "acerca de la necesidad de previo pronunciamiento del Ministro de Hacienda y Crédito Público sobre la materia de que se trata, pues el contenido del artículo 50 de la ley 55 de 1985 no deja dudas al respecto....." (transcribe éste).

Incumbiría, pues, sólo al Ministro de Hacienda la facultad de reducción proporcional de la renta presuntiva a que se refiere el artículo 15 de la ley 9a.

de 1983.", "lo cual no ha tenido ocurrencia en el caso de autos, por omisión del interesado, como este mismo lo admite, aduciendo razones no valederas, tales como la falta de un decreto reglamentario sobre la materia. Tal reglamentación, como lo anota la Administración, no se requiere en manera alguna, pues, la norma en comento no deja lugar a dudas acerca de cuál debe ser la intervención del Ministro en esta materia...."

EL RECURSO DE APELACION:

Sostiene que la sentencia, aparte "de sustentarse casi exclusivamente en las 'razones' con que los funcionarios administrativos pretenden justificar sus arbitrariedades y su ya tradicional irrespeto por la ley y por los derechos ajenos", no concede ninguna importancia a los hechos expuestos en la demanda: que el "proyecto" de liquidación oficial se hubiera expedido 23 dias después de haber dejado de existir legalmente una Administración de Impuestos Nacionales, ignorándose, como inocuos, el artículo 61 del decreto 2543 de 1987, el decreto 1350 de 1988 y el Diario Oficial de 8 de julio del mismo año; que la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes, el 2 de agosto de 1988, no hubiera asumido jurisdicción y competencia para practicar liquidación de revisión, como si lo hizo una Administración de Impuestos que, por ministerio de la ley, había dejado de tener vigencia desde el 8 de julio de 1988; que la resolución del recurso hubiera afirmado, contrariando la realidad de los hechos, que la administración que produjo la liquidación discutida fuera la de Grandes Contribuyentes; que la delegación, presuntamente otorgada el 16 de febrero de 1988, tuviera efectos más allá del 8 de julio de 1988 sobre las nuevas administraciones de impuestos; que suprimidas unas estructuras administrativas, necesariamente los funcionarios de éstas debían delegar sus funciones.

Dice, del mismo modo, que la sentencia desconoce los demás preceptos legales y constitucionales invocados, con el "bienaventurado y sacrosanto recurso de presumirlo todo.....".

Y, en particular, sobre el tema del "presunto requisito" omitido por la contribuyente, que con la contestación del requerimiento ésta dejó establecida la ilegalidad de tal exigencia; que la única condición de la ley 9a. de 1983 para hacer la reducción proporcional de la renta presuntiva, era la de que existieran, "disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios", que afectaran la actividad, habiendo creado, así, la ley, "un derecho sustantivo, tener que ser reducida la renta presuntiva para los contribuyentes que cumplieran la condición legal que ella misma estableció".

SECCION CUARTA

Asímismo que, en el caso en controversia, el control de precios de los medicamentos humanos no solamente era hecho notorio y del dominio público, sino que había sido establecido por el decreto ley 149 de 1976, artículo 2o, ordinal b); que el artículo 50 de la ley 55 de 1985 había quitado a los liquidadores de impuestos nacionales la competencia para hacer la reducción proporcional y la había transferido al Ministro de Hacienda, pero que en ninguna parte esta ley y ni siquiera un decreto reglamentario habían dispuesto jamás un procedimiento que impusiera al contribuyente determinados trámites para que el Ministro cumpliera su función, a más de que por 1984 y anteriores y desde 1974 (artículo 59, decreto 2247 de 1974), la Administración tenía conocimiento de que, según el artículo 5o, ordinal b), del decreto ley 201 de 1974, la actividad económica de la demandante se hallaba afectada por disposiciones legales sobre control de precios, circunstancia que debía serle conocida, igualmente, por las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas, en las que aquélla se identificaba como productora de bienes exentos, los medicamentos humanos, que generaban devoluciones del IVA, y que, en el caso particular de 1985, la liquidación privada había sido cancelada con sobrantes de dicho impuesto; también, que con la contestación del requerimiento se había acompañado certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, que había hecho constar, en el objeto social, que la sociedad era productora, importadora y comercializadora de medicamentos humanos.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La demandante manifiesta ratificarse en los postulados de la demanda y el recurso y el alegato de conclusión de la primera instancia.

Adicionalmente, pide tener en cuenta, "el hecho de haber reconocido el Estado la irracionalidad económica del control de precios de los medicamentos al dictar el decreto #42 del nueve (9) de enero de 1992 (Diario Oficial #40.278 del 14.01.92), derogando el Decreto #2877 de 28 de noviembre de 1990 (diario oficial #39.594 del 04.12.90), quedando sin efecto el Decreto 2813/89 (01.12.89), valerosa, sensata y equitativa decisión, tomada a sabiendas de no existir otra manera racional de evitar el marchitamiento a corto plazo de la industria farmacéutica colombiana....".

Insiste en que la actuación administrativa acusada y la sentencia, son violatorias de las normas constitucionales y legales indicadas en los escritos ratificados.

La parte demandada, a su vez, en lo referente a la pretensión de nulidad por incompetencia funcional, dice que la misma carece de fundamento legal, pues el decreto 2543 de 1987, cuyo artículo 61 transcribe, "adecuó la Dirección

de Impuestos Nacionales a la nueva estructura y determinó su organización a nivel central y regional para la correcta administración de los impuestos cuya competencia no estaba adscrita a otros organismos", habiéndose creado, a nivel de Bogotá, la Administración de Grandes Contribuyentes, con funciones específicas que detalla. Anota, igualmente, que por resolución #194 de 16 de febrero de 1988, el Jefe de la División de Liquidación, con base en los artículos 45 del decreto 2543 de 1987 y 139 del decreto 2503 de 1987, delegó la competencia para practicar liquidación de revisión a quien suscribe ésta, siendo la resolución un acto administrativo cobijado por presunción de legalidad, como se dijo en la sentencia.

En cuanto al rechazo de los ingresos excluidos de presunción, sostiene que la contribuyente estaba obligada a acatar el mandato del artículo 50 de la ley 55 de 1985, por disposición constitucional, y no únicamente el artículo 15 de la ley 9a. de 1983, la cual, por lo demás, prevé que la reducción proporcional se haga en los "casos debidamente comprobados" que señala, de modo que, fuera del control de precios, la contribuyente habría estado obligada a demostrar, que dicho control le impedía obtener el porcentaje mínimo de rentabilidad, pues, "no necesariamente el control de precios acarrea una disminución del margen de rentabilidad por debajo del presunto, ya que algunos sectores económicos controlados no solo alcanzan el mínimo, sino que además superan el promedio general de rentabilidad".

En virtud de lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 55 citada, pues, la reducción proporcional solo podría efectuarse por el Ministro de Hacienda, además, con base en los estudios económicos que hubieran servido para fijar el precio de los respectivos bienes o servicios, compartiéndose lo dicho por la sentencia en el punto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia funcional

Un proceso de reestructuración, como el que pusieron en marcha los decretos 2503 y 2543 de 1987, no implicaba, por definición, la supresión total de órganos y funciones, sino simplemente la adecuación de aquéllos y la redistribución de éstas frente a las variables económicas y las necesidades del servicio, siendo obviamente previsible la eliminación o la creación de algunos cargos, o el recorte o la ampliación de determinadas funciones, pero sólo como medios coyunturales del reordenamiento que en ningún caso podían afectar la primitiva estructura orgánica y funcional, a menos que se tratara, según suele decirse, de un "revolcón" absoluto de las instituciones, que no fue, evidentemente,

lo que se propusieron los aludidos decretos, por lo que se desprende de su texto y contenido implícito

Hablar de "antigua" y "nueva" Administración Tributaria, solo cabría en términos coloquiales, o sencillamente para resaltar el mérito de las reformas emprendidas, en ningún caso con el drástico sentido que pretende atribuirle la demanda, de haber dejado de existir la primera y haberse creado la segunda, hipótesis extrema de la que, sin embargo, el legislador tendría que haber dejado a salvo los derechos tanto de la Administración como de los administrados, por el respeto que debían merecerle la constitución y la ley de un estado de derecho.

Casualmente, en la exposición de motivos referente al que habría de ser el artículo 90 de la ley 75 de 1986, por virtud del cual se expidieron los decretos en mención, se fijó nítidamente, entre otros fines del otorgamiento de las facultades extraordinarias, el de que se dictaran "las medidas complementarias que se consideren básicas para el buen desempeño de la ley", en orden a "lograr un reordenamiento de la Administración Tributaria, tanto en sus competencias como en sus estructuras", luego no es exacto que dichos decretos hubieran eliminado la "antigua" Administración y "creado" una nueva totalmente distinta (subrayas fuera de texto).

Tan es evidente la continuidad de los elementos esenciales de la primitiva estructura orgánica y funcional, que el artículo 61 del decreto 2543 de 1987 prorrogó, no propiamente la competencia de los funcionarios, sino la vigencia de la estructura orgánica y planta de personal de la Dirección de Impuestos Nacionales, "hasta la promulgación de los decretos que adopten la nueva planta de personal de dicha dirección....." lo que se produjo mediante el decreto 1350 de 8 de julio de 1988, que no hizo otra cosa que establecer, "la Planta de Personal de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", sin modificación alguna tocante a estructura o competencia funcional de las unidades de dicha Dirección.

Obra en el expediente de antecedentes, copia auténtica de la resolución # 0194 de 16 de febrero de 1988, por la que el Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, facultado por los artículos 45 del decreto 2543 de 1987 y 139 del decreto 2503 del mismo año, delegó funciones que le eran propias, entre otros, en el funcionario que expidió la liquidación impugnada que, como bien se dice en la sentencia recurrida no requería la "publicación" que aduce la demandante, por no ser acto de carácter general o abstracto.

Por lo mismo, el acto resolutorio del recurso, expedido por la unidad que, conforme a la estructura orgánica y funcional promulgada por los decretos de

que se habla, tenía la competencia para ello, se produjo con sujeción a las disposiciones y términos de éstos, sin lugar a irregularidad alguna.

En conclusión, la pretensión de nulidad fundada en la supuesta incompetencia funcional de los funcionarios de las unidades de liquidación y recursos tributarios que expidieron los actos acusados, carece de fundamento.

Por otra parte, se advierte que las explicaciones contenidas en tales actos, satisfacen el requisito de la "motivación sumaria" de que trata el artículo 35 del decreto 01 de 1984.

2. **Disminuciones porcentuales de la renta presunta.**

No comparte la Sala el criterio de que para obtener la reducción proporcional de la base de cálculo de la presunción, basta la prueba de hallarse afectada la respectiva actividad económica "por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios"; como bien lo apunta la parte demandada. A más de estar debidamente comprobados los hechos constitutivos de tal afectación, debe demostrarse la proporción en que éstos, "influyeron en la determinación de una renta líquida inferior", según reza el inciso 4o del artículo 15 de la ley 9a.de 1983, pues es perfectamente previsible que, no obstante el control de precios, la actividad económica afectada y, específicamente, las ventas netas de productos con precio máximo de venta al público, acusen márgenes de comercialización y de rentabilidad por encima del mínimo presunto, o que las ventas de productos (para el caso, farmacéuticos) de líneas no controladas, den lugar a ingresos netos del período que superen dicho mínimo porcentual.

La prueba de la incidencia del control de precios en una productividad inferior a la presunta, es exigencia claramente contemplada en los artículos 77 del decreto 2053 de 1974, 59 del decreto 2247 de 1974 y 11 de la ley 52 de 1977, luego reproducida por el antes citado artículo 15 de la ley 9a. de 1983.

Puesto que la demandante no demuestra haber satisfecho la exigencia en cuestión, es claro que, independientemente de cualquier consideración en torno de la aplicabilidad, o no, del artículo 50 de la ley 55 de 1985, no cabía el reconocimiento de las reducciones porcentuales pretendidas.

No está llamado a prosperar el recurso de que se ocupa la sala.

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 fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los consejeros:

Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INSPECCION TRIBUTARIA - Naturaleza / ACTA DE INSPECCION

La visita administrativa de inspección no tiene el carácter de prueba pericial, ni de la plena prueba, no solamente porque su práctica no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque a los visitadores que frecuentemente intervienen en ella no les exige la ley la condición de contadores públicos, por lo tanto la respectiva acta a lo sumo permite presumir su conformidad con los datos consignados en los libros de contabilidad siendo prueba entonces de las irregularidades contables que reporta y de la inoponibilidad, en su momento frente a terceros, de los libros y efectos inspeccionados pero no la inexistencia física o falsedad de los conceptos y cifras objeto del exámen. Además el contenido del acta de inspección puede ser cuestionado y desvirtuado por el contribuyente.

CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS / RENTA BRUTA / INGRESO GRAVADO - Inexistencia / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El acervo probatorio arrimado al proceso evidentemente da la convicción de que la suma recibida por la sociedad actora no constituía para esta un ingreso susceptible de producir un incremento patrimonial, sino que estaba sujeto a la entrega al contratista, para el cumplimiento del objeto de contrato de construcción. De otra parte si las obras no se habían ejecutado, lo recibido no constituía ingreso por no haberse realizado, por lo tanto era improcedente la adición de ingresos. Respecto al contrato cuestionado, se tiene que éste no se ejecutó a 31 de diciembre de 1980 y lo pagado por los compradores de inmuebles para las obras

adicionales, no corresponde al concepto de ingreso realizado para la sociedad actora, pues éste no se causa en definitiva sino con la entrega de la obra contratada, esto fué en 1981.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C, dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente No. 4444 Actor: SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. NIT 60.035.185. Apelación de la sentencia del 6 de agosto de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta año de 1980. FALLO

Resuelve la Sala el recurso de la apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia del 6 de agosto 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 intentado por la sociedad SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. NIT 60.035.185, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá le determinó oficialmente el impuesto de renta y complementarios y sanciones por el año gravable de 1980.

ANTECEDENTES:

Mediante auto comisorio No. 141 del 17 de mayo de 1982, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, ordenó una inspección ocular a los libros de contabilidad de la sociedad contribuyente, con el fin de determinar el impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1980.

En desarrollo de tal visita, se levantó la respectiva acta de inspección que señala irregularidades por parte del contribuyente: al omitir ingresos no declarados (hojas 27, 28 y 29 del cdno. ppal) por valor de $4.687.957 que la sociedad contabilizó como acreedores varios; incluír pasivos inexistentes, omitir ingresos por $42.437.241 obras "Gualí III Etapa" ingresos por otras obras adicionales por $7.904.080 e ingresos por venta de apartamentos por $3.176.257, y así mismo señaló como improcedentes los costos solicitados por $11.246.392, en razón de que correspondían a la obra Esmeralda II Etapa, terminada y liquidada en la vigencia fiscal anterior.

En dicha etapa investigativa la sociedad actora acusó penalmente a los funcionarios que invirtieron en la visita de incurrir en el delito de falsedad.

Mediante el requerimiento especial 028 de febrero 23 de 1983 la Administración de Impuestos Nacionales, propuso a la contribuyente la modificación de la liquidación privada, como consecuencia de la adición de ingresos por $58.205.536, el rechazo de costos y deducciones por $11.246.392 de vigencia fiscal distinta, y la imposición de sanción por inexactitud por $55.968.404.

La sociedad actora interpuso el recurso de reconsideración y este fué fallado por la Resolución #00664 del 14 de mayo de 1985, que confirmó en su totalidad la liquidación de revisión y declaró agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

La sociedad contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusó al acto administrativo de violar los arts. 59 del Decreto Ley 3803 de 1982: 5º de la Ley 153 de 1887; 1o de la Ley 52 de 1977; 15, 69 y 88 del Decreto 2053 de 1974 y 22 del Decreto 825 de 1978. Adujo adicionalmente haberse acogido con relación al valor registrado en "acreedores varios", a la amnistía patrimonial consagrada en el Decreto 3747 de 1982, por 1981 y anteriores.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda al considerar:

1) En relación con la adición de ingresos por $4.687.958, que no prospera el cargo de violación de las normas invocadas en la demanda, porque no era posible aceptar que los conceptos registrados en la cuenta "otros ingresos oficina", que según el acta de visita correspondían a ingresos por intereses, retardos, arrendamientos, administración, aprovechamiento, etc, pudieran cancelarse por "acreedores varios" en cuotas iniciales para luego acogerlas al beneficio de amnistía patrimonial, sin corresponder a un hecho consolidado como pasivo.

2) Que era improcedente la adición de ingresos por valor de $42.437.241 obra "Gualí III Etapa", porque de acuerdo con el movimiento contable de la cuenta "construcciones" con la sociedad Surco Ltda. y la cuenta corriente en la Caja de la Vivienda Popular, así como con las pruebas presentadas consistentes en el contrato celebrado entre ellos, (Fls. 71 a 73 cdno. ppal.) los anexos 2-2-2-1 y 2-2-2-2, las declaraciones de renta de 1980 de la contratista, las fotocopias

auténticas tanto del libro cuenta "otros ingresos", ingresos por contratos, y como del libro Mayor y Balances, era evidente por Surco Ltda., declaró en 1980 ingresos recibidos por la obra de la Caja de Vivienda Popular, a través de Surco S.A., por lo que, aún cuando el contrato establece las vinculaciones entre las dos sociedades fué en definitiva Surco Ltda., la que liquidó la obra y recibió los ingresos provenientes de la Caja de Vivienda Popular, como se concluye de la declaración de renta (Fl. 86 cdno.ppal.) desplazándo así a Surco S.A.

3) Que por razones iguales a las del punto 1° no prospera el cargo en contra de la adición de ingresos por $3.176.257, por concepto de valores omitidos en venta de apartamentos, según detalle de las páginas 39, 40 y 41 del acta, en razón de que la suma que registraban las tarjetas auxiliares eran de $8.176.257 frente al valor de $5.000.000 registrado como ventas por la actora.

4) Que era improcedente la adición de ingresos por $7.904.080, por concepto de obras adicionales contratadas en los adjudicatarios de los apartamentos, que señala el acta de visita a páginas 32 a 38, porque de acuerdo con el sistema y pruebas presentadas la liquidación de las obras de Gualí III, sí se realizó en 1982, por lo que, estos ingresos debían registrarse como pasivos hasta tanto no se liquidara la obra, liquidación en la que deben hacerse los ajustes tanto en costos como en ingresos.

5) Admitió como costos del ejercicio el valor de $11.246.392 rechazado por la Administración, porque a su juicio del acta de inspección contable no podía establecerse que con los costos objeto del rechazo correspondieran a años anteriores a 1980, pues no se hace allí la pormenorización de los mismos sino que se limita a sacar tal conclusión del acta #7 de la Asamblea General de Accionistas.

Analizadas las páginas 39 a 41 del acta, en lo relacionado con las ventas de la urbanización Esmeralda II Etapa, concluyó que ésta obra fue vendida en el año de 1980, como lo asegura la sociedad, y lo determina en el anexo #3 de la declaración de renta (fl. 138 numeración verde del cuaderno de antecedentes).

Que de esta forma y al no haberse cuestionado la realidad de los pagos en el acta de visita debía darse prosperidad a lo reclamado por la sociedad.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la Nación apela la sentencia en cuanto aceptó las peticiones de la demanda al considerar:

a) Que el cargo contra la adición de ingresos por $42.437.241 obra Gualí III Etapa, no podía prosperar, y que es errada la conclusión a que llegó el *a-quo* al estudiar tanto el contrato correspondiente a la obra mencionada como la declaración de renta de Surco Ltda. por el año gravable de 1981, las fotocopias auténticas de los libros submayor, cuenta"otros ingresos", ingresos contratos y otros comprobantes que cuestiona, porque si se estudia el contrato para la realización de la tercera etapa del conjunto residencial Gualí (anexo 71 cdno. ppal.), se hace evidente la inconsistencia en cuanto al nombre del contratista, ya que en él figura como tal el señor Luis Enrique Reyes Beltrán, que se identifica en el contrato plenamente y a quien se denomina en lo sucesivo "el contratista", y que es la persona que conforme a la cláusula 4 del contrato se obliga a ejecutar para Surco S.A., las obras objeto del contrato a los precios unitarios, consagrados en el presupuesto aprobado por la Caja de Vivienda Popular. Y que en consecuencia si Surco Ltda. no actuó como contratista, no podía el Tribunal tomar el hecho como factor que pudiera inducir a un fallo favorable.

b) Que tampoco podía prosperar el cargo contra la adición de ingresos en cuantía de $7.904.080, al considerar el Tribunal que correspondían al año gravable de 1981, porque el artículo 69 del Decreto Ley 2053 de 1974, al establecer los sistemas para la determinación del ingreso "no es absoluto en cuanto a que lo que debe hacerse sea diferir los costos y deducciones para imputarlas a los ingresos obtenidos cuando la obra sea liquidada y fijar así su utilidad. Pues también permite que, esa utilidad sea establecida proporcionalmente en cada vigencia fiscal a medida que la obra se vaya realizando", lo que implica la plena prueba del sistema utilizado, y que a juzgar por el contenido del acta de liquidación aceptada por el Tribunal "pudo" ser utilizado el sistema anual, ya que da cuenta de los aportes que deben entregar los compradores.

Que la sociedad no desvirtúa, que esa suma no haya sido recibida a medida que la obra seguía su curso y que fué efectuada anualmente con los costos y deducciones que proporcionalmente le eran imputables, y que además, de acuerdo con el análisis efectuado por los funcionarios al practicar la inspección contable, la adición obedeció a ingresos por obras adicionales contratadas entre la sociedad y los adjudicatarios por valor diferente al fijado por el Instituto de Crédito Territorial, circunstancia ésta a la que no se refiere la sentencia siendo que es determinante para concluir que la decisión de las oficinas de impuestos no ha sido desvirtuada en este aspecto.

c) Cuestiona así mismo la sentencia en cuanto admite los costos por $11.246.392, porque considera que no controvierte y menos desvirtúa las fundamentaciones legales formuladas por la Administración en la vía gubernativa para rechazar la partida.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Analiza la Sala los cargos que contra la sentencia de primera instancia formula el apoderado judicial de la demanda, y que consisten fundamentalmente en la indebida apreciación por parte del Tribunal de las pruebas documentales que obran en el proceso, que a su juicio, no desvirtúan el acta de inspección contable y por ende, las glosas en ella formuladas.

Sea lo primero recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 52 de 1977, vigente para el período *sub-lite:*

> "La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de pruebas señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto está sean compatibles con aquellas"

Con relación a la inspección tributaria, frente a los medios de prueba señalados en la ley, la Sala en repetidas oportunidades ha precisado que la visita administrativa de inspección no tiene el carácter de prueba pericial, ni de plena prueba, no solamente porque su práctica no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque a los visitadores que frecuentemente intervienen en ella no les exige la ley la condición de contadores públicos, por lo tanto la respectiva acta a lo sumo permite presumir su conformidad con los datos consignados en los libros de contabilidad, siendo prueba entonces de las irregularidades contables que reporta y de la inoponibilidad, en su momento frente a terceros, de los libros y efectos inspeccionados pero no de la inexistencia física o falsedad de los conceptos y cifras objeto del exámen.

También ha precisado que el contenido del acta de inspección puede ser cuestionado y desvirtuado por el contribuyente, bien porque el funcionario incurrió en indebida apreciación de los asientos registrados o bien porque no valoró otras pruebas.

Hechas las anteriores consideraciones estudia la Sala los cargos del apelante contra la sentencia de primera instancia que aceptó:

1) La improcedencia de la adición de ingresos por $42.437.241, obra Gualí, III Etapa.

Para admitir la prosperidad del cargo formulado por la sociedad contribuyente, el *a-quo* se fundamento tanto en el contrato correspondiente a la obra Gualí, III Etapa, la declaración del impuesto sobre la renta y patrimonio

de la sociedad Suramericana de Construcciónes Surco Ltda., sus libros de contabilidad, y los propios asientos de la actora.

Obra a folios 71 a 73 del cuaderno principal el contrato celebrado entre las sociedades Suramericana de Construcciones S.A., en calidad de contratante y la sociedad Suramericana de Construcciones Ltda. Surco Ltda, en su carácter de contratista, para la construcción de los inmuebles correspondientes a la obra de Gualí, III Etapa (120 apartamentos) que deben construirse de acuerdo con los planos, especificaciones y presupuestos elaborados por la Caja de Vivienda Popular de Bogotá (C.V.B), según reza la cláusula tercera del contrato.

A su vez el artículo décimo primero del mismo documento señala que son documentos del contrato que lo determinan, regulan, completan y adicionan:

1) El contrato entre Surco y la CVB.
2) Los presupuestos de obra a precios unitarios.
3) El proyecto arquitectónico y el proyecto de obras de urbanismo.

Es decir que realmente el contrato de construcción entre la Caja de Vivienda Popular de Bogotá, para la construcción de Gualí III Etapa, se ejecuta por el contratista Suramericana de Construcciones, "Surco Ltda.", a quien de acuerdo con el artículo décimo segundo del contrato, le corresponde pagar los salarios y prestaciones sociales a todo el personal que se utilice en la construcción de la obra contratada.

De acuerdo con lo anterior, el dinero que recibe Surco S.A., de la Caja de Vivienda Popular, tiene por destino la obra Gualí, III Etapa que ejecutara Surco Ltda., bajo responsabilidad de la primera.

Además según el anexo 2-8-1, cuenta submayor "ingresos por contratos de construcción, la contratista Surco Ltda, registra como recibidos de Surco S.A., con el comprobante #63 $3.112.078.52, para contabilizar el traslado de ingresos recibidos de la Caja de Vivienda Popular a través de Surco S.A". Para la construcción del conjunto residencial Gualí, III Etapa, y el comprobante #1 para registrar el valor de $53.773.931.03 recibidos de Surco S.A., para el mismo efecto. Suma esta última que aparece debidamente contabilizada a folio 16 del libro Mayor y Balances de la sociedad, como débito a cuentas por cobrar, (Fl. 92 cdno. ppal.), asientos que registran un total de traslados de dineros recibidos por el valor de $56.886.009.

Por su parte Surco Ltda. denuncia en su declaración tributaria como ingresos imputables al año, por concepto de construcciones la suma de $56.682.859 (Fl. 82), que discrimina en el estado de pérdidas y ganancias, en el

que señala el régimen contenido en el Decreto 2053 de 1974 artículo 69 y en el Decreto Reglamentario 187 de 1975 articulo 88, y que cuantifica en $56.886.009.55. Así mismo señala el movimiento y saldo de la cuenta "Inversión en la Obra Gualí, III Etapa", que cancela pérdidas y ganancias.

El acervo probatorio arrimado al proceso, evidentemente dá a la Sala la convicción de que la suma recibida por la sociedad actora de la Caja de Vivienda Popular de Bogotá, no constituía para ésta un ingreso susceptible de producir un incremento patrimonial, sino que estaba sujeto a la entrega al contratista, para el cumplimiento del objeto de contrato de construcción señalado.

De otra parte si las obras no se habían ejecutado, lo recibido no constituía ingresos por no haberse realizado.

Comparte así la Sala la decisión del *a-quo*, en cuanto declara improcedente la adición de ingresos.

No es de recibo en esta oportunidad la objeción que el apoderado de la Administración formula sobre el manejo de contratos por servicios autónomos regulados por el artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, en razón de que tal aspecto no fue cuestionado con la oportunidad de la fiscalización y determinación del impuesto por la Administración.

2) Improcedencia de la adición de ingresos por $7.904.080.

Este valor corresponde a lo pagado por compradores de la Urbanización Bosques de Kennedy, por obras adicionales, que la sociedad contribuyente afirma sólo fueron liquidados en 1982, por la cual el dinero recibido debía figurar como pasivo al tenor de lo dispuesto por el artículo 69 del Decreto 2053 de 1974.

Analizados los documentos que obran en el proceso especialmente las actas Nos. 07 y 08 de la Asamblea General de la sociedad, observa la Sala que en la primera de ellas se encuentra consignado el informe del Presidente a los socios con relación a la obra Bosques de Kennedy, en donde se afirma que en esta obra, duró suspendida en el año de 1979, en razón que en el Instituto de Crédito Territorial demoró 8 meses el trámite del contrato y no canceló oportunamente su aporte, y que se actualizó el contrato fijando como nuevo término el 31 de diciembre de 1980.

Posteriormente en el acta #8 del 31 de marzo de 1981, (Fls. 238 a 243 numeración tinta verde cuaderno de antecedentes administrativos), se consigna con relación a la misma obra: "En vista de las dificultades financieras del Instituto de Crédito Territorial para su aporte, la obra no se adelantó con la intensidad

necesaria para terminarla el 31 de diciembre en 1980, y que por la misma razón el Instituto de Crédito Territorial concedió una prórroga hasta agosto de 1981".

Estos documentos no tachados de falsos ni controvertidos dentro del proceso, dejan en claro que efectivamente por las circunstancias allí anotadas, el contrato no se ejecutó a 31 de diciembre de 1980, y lo pagado por los compradores de inmuebles de la urbanizacion Bosques de Kennedy para obras adicionales, no corresponde al concepto de ingreso realizado para sociedad actora, pues éste no se causa en definitiva sino con la entrega de la obra contratada, esto fue en 1981.

Además, de acuerdo con el articulo 32 de la Ley 52 de 1977, no podía la Administración adicionar el ingreso, si el hecho generador del impuesto no estaba plenamente acreditado en el proceso, menos aún cuando de los documentos que tenía en su poder (actas y libros) surgía por lo menos la duda de ejecución y liquidación de la obra en el año de 1980, y según el anexo 3 de la declaración de renta, dado el movimiento de la cuenta construcciones en curso, era evidente que la obra Bosques de Kennedy no se liquido en 1980.

Resulta entonces acertada la decisión del *a-quo* que así lo declara.

3) Reconocimiento de costos por $11.246.392.

Según la glosa formulada por la Administración, el costo se rechazo porque correspondía a una vigencia fiscal distinta, ya que la obra Esmeralda, II Etapa, fue terminada y liquidada en la vigencia fiscal anterior.

Observa la Sala los documentos que obran en los antecedentes administrativos, que el acta #7 de la Asamblea General de la sociedad señala con relación a la obra Esmeralda, II Etapa: "que se terminó la construcción de la II etapa, de la cual sólo se vendieron 70, de los 130 apartamentos y 18 locales construídos, y se anuncia el incremento de costos para el año de 1980". Señala que la obra no se había liquidado porque falta escriturar 10 apartamentos y 10 locales, que aún no se han vendido, que se transformaran en 10 apartamentos de 3 alcobas.

El acto #8 de marzo 31 de 1980 (Fl. 238 tinta verde cuaderno de antecedentes) numeral 6° indica que a esa fecha se hizo la conversión de 8 locales y un supermercado en 10 apartamentos de 3 alcobas, para cuya venta se ha adelantado la promoción, para obtener una utilidad de $500.735.75, cuando se vendan todos los apartamentos.

Estos documentos permiten a la Sala concluír que realmente a diciembre 31 de 1980, no se habían concluído y liquidado las obras de la Esmeralda, II Etapa, ya que estaban pendientes modificaciones en construcción y venta de apartamentos. Es decir que no se había realizado el ingreso.

En tal evento de acuerdo, con el articulo 69 del Decreto Ley 2053 de 1974 numeral 2º resulta legalmente aceptable "diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos hasta la realización de los ingresos a los cuales proporcionalmente corresponden".

En consecuencia tuvo razón el Tribunal, al admitir como costos del ejercicio, los incurridos en años anteriores en razón de que antes del año de 1980 no se realizó totalmente el ingreso, ni se había terminado y liquidado la obra de la Esmeralda, II Etapa.

No existe en consecuencia fundamento legal para revocar la sentencia apelada y por lo tanto ésta habrá de confirmarse.

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:

CONFIRMASE la sentencia proferida el dia 6 de agosto de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 4722.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección.

Jorge A. Torrado, Secretario

SANCION POR INEXACTITUD / CERTIFICADO BIMESTRAL / IMPUESTO DESCONTABLE / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Aún siendo correcta la declaración anual e inobjetable la contabilidad de apoyo, por haberse corregido a tiempo la inconsistencia, debida a la ausencia de prorrateo de los impuestos descontables permitidos por la ley, debía imponer la sanción por consignar datos incorrectos en el certificado bimestral, no solo por el mero hecho de tales equivocaciones, que indudablemente implican una inexactitud en el monto de los impuestos descontables procedentes, sino porque la norma no establece circunstancias atenuantes o eximientes de tal inexactitud. Como la irregularidad que en que incurrió la contribuyente, lo fué para todos los períodos cuestionados, quiere decir que el hecho irregular se tipificó independientemente en cada uno de los certificados de pago bimestrales y por lo tanto la sociedad se hizo acreedora a la sanción.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: No. Expediente 4535 Actor: COMPAÑIA EXPORTADORA DE MADERAS DE URABA S.A NIT 90.101.549. Apelación a la sentencia de Septiembre 14 de 1992. Tribunal Administrativo de Antioquia. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas Bimestres 6o. de 1984; 1, 2, 3, 4, y 5 de 1985 y 1, 2, 3, 4, y 5 de 1986. FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia del 14 de septiembre de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió a las súplicas de la

SECCION CUARTA

demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad COMPAÑIA EXPORTADORA DE MADERAS DE URABA S.A NIT 90.101.549, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, le determinó sanción por inexactitud en los certificados de pago correspondiente a los períodos 6o. de 1984; 1o. a 5o. de 1985 y 1o. a 5o. de 1986.

ANTECEDENTES:

La sociedad presentó los certificados de pago bimestral del impuesto sobre las ventas por los períodos correspondientes a los bimestres 3, 4, 5, y 6 de 1985 y 1, 2, 3, 4, y 5 de 1986.

La Administración de Impuestos Nacionales de Medellín mediante auto No. 163 del 15 de diciembre de 1986, ordenó practicar una inspección administrativa a la sociedad contribuyente, con base en la cual determinó que la sociedad al presentar los certificados del pago bimestral de los períodos aludidos, solicitó mayor valor de impuestos descontables como resultado de la falta de prorrateo de las correspondientes ventas gravadas y exente, exigido por el artículo 30 del Decreto de 1813 de 1984.

Previo pliego de cargos la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín profirió la resolución 0737 del 8 de julio de 1987, en la que le determinó la sanción por inexactitud en los certificados de pago bimestral por los bimestres VI de 1984; I a V de 1985 I a V de 1986, y se abstuvo, por haber precluído el término de impuesto de renta por los bimestres 3, 4, y 5 de 1984.

El acto administrativo sancionatoria fué objeto de recurso de reposición, en cuya interposición alegó el responsable, que la ausencia del prorrateo en forma bimestral no generaba la inexactitud de los certificados y que de acuerdo con el artículo 55 del Decreto 1813 de 1984, la multa por inexactitud solo se causa cuando los datos de los mismos eran inexactos.

Mediante la resolución N°. 0956 de agosto 21 de 1987, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín confirmó el acto recurrido, considerado con el argumento de la sociedad no era del recibo, porque si bien no existían discrepancias de índole contable frente a los datos en libros, si existió con tal proceder un menor recaudo por el Estado con cada uno de los bimestres cuestionados.

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 el artículo 89 de la ley 09 de 1983; 23 y 25 de Decreto 3541 de 1983 19 y 49 del Decreto 3803 de 1982, solo puede aplicarse a través del mecanismo de liquidación de revisión, previo supuesto a la modificación de las bases gravables.

LA SENTENCIA APELADA:

El tribunal administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda al considerar que "los certificados bimestrales de pago son un mecanismo de pago, cuyas inexactitudes se refieren básicamente a las diferencias que se presenten con respecto a los asientos en los libros de contabilidad, y por lo tanto las inexactitudes presentadas en dichos certificados son objeto de sanción específica contemplada en el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983". Que siendo anual el período de la contribuyente solo al final del ejercicio es viable con motivo de la revisión de la declaración de ventas advertir la falta o inexactitud en prorrateo para el cálculo de los impuestos descontables que prevee el artículo 30 del decreto 1813 de 1984, y proceder entonces a aplicar la sanción del artículo 49 del decreto 3803 de 1992.

LA APELACION:

La apoderada judicial de la Nación apela el fallo, al considerar incorrecta que el Tribunal haya anulado los actos acusados, argumentando que las inexactitudes en los certificados, objeto de la sanción específica contemplada en los artículos 55 del Decreto 3541 de 1983 se refiere básicamente a las diferencias que se presentan con respecto a los asientos en los libros de contabilidad, y que en caso presente, no solo existió una diferencia de criterio de la interpretación de la norma sino que se invocó una disposición equivocada al imponer la sanción, porque no pude perderse de vista el tratamiento contable del impuesto sobre las ventas, dado que la determinación del gravamen está estrechamente vinculada a su contabilización, como claramente lo ha señalado el Consejo de Estado.

Concluye, luego de la exposición de los descuentos en la legislación del impuesto a las ventas que esta ha sido sistemática al establecer en materia de impuestos pagados en la adquisición de bienes y servicio con destino a las operaciones objeto del impuesto, la liquidación de los mismos mediante la aplicación de la proporcionalidad cuando tales bienes y servicios se destine indistintamente a operaciones gravadas y excluídas del impuesto.

SECCION CUARTA

Por lo tanto, cuando el responsable que efectúa ventas gravadas y excluídas del impuesto debita en la cuenta corriente del impuesto la totalidad de las pagadas, sin disminuirlos en la proporción correspondiente a las operaciones excluidas, no está ajustando su contabilidad a las disposiciones legales, necesariamente incurre en inexactitud de la cuenta corriente del impuesto, y por ende en los certificados de pagos bimestrales que son el sustento de las liquidaciones privadas que por cada bimestre debían presentar los responsables según el artículo 22 del Decreto 3541 de 1983.

Afirma que la sociedad si incurrió en inexactitud pues no cumplió en el certificado con las exigencias señaladas por el artículo 23 del Decreto 3541 de 1983, y se hizo por lo tanto acreedora a la sanción prevista en el artículo 55 *ibídem.*

EL MINISTERIO PUBLICO:

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación, porque de los principios contables y jurídicos en que se fundamenta la legislación reguladora del impuesto sobre las ventas, resulta la importancia que tiene el manejo del impuesto a las ventas por pagar, dentro de la contabilidad de los contribuyentes, de suerte que los datos registrados en ella conforme a sus principios, para ser trasladados a las declaraciones tributarias, pueden ser acogidos por el mérito probatorio que aquellas circunstancias les imprime estimadas las declaraciones tributarias como reflejo fidedigno de esta contabilidad.

Luego de señalar la obligación de los responsables de llevar el manejo de la cuenta corriente del impuesto ajustada a las provisiones legales, afirma que si en ventas de bienes que no causan el impuesto, no hay lugar a liquidarlo, tampoco puede asentarse en el débito de la cuenta suma alguna del impuesto pagado por anticipado en las adquisiciones necesarias para este tipo de operación con el fin de hacerle valer como descuento, y que si dentro de la contabilidad no aparecen depurados, conforme con la ley, los descuentos los mayores valores que por este concepto resulten incluídos en la declaración, necesariamente corresponden a los descuentos inexistentes o factores equivocados, que como afirma la apelante, configuran inexactitud sancionable según voces del artículo 49 del Decreto 3503 de 1982, y en tales circunstancias, corresponde a la administración dar aplicación al artículo 19 del mismo decreto, modificando por una sola vez la liquidación privada del contribuyente, mediante liquidación de revisión, o imponer sanción por inexactitud pero que, como este procedimiento no lo observó la Administración, no solo agotó indebidamente la facultad de revisión sino que las

resoluciones mediante las cuales impuso la sanción vulneraron las normas legales citadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Mediante el artículo 23 de Decreto 3541 de 1983, que fué expedido por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 53 de la ley 09 de 1983, se impuso a los responsables del impuesto sobre las ventas cuyo período fiscal fuera anual y que no se encontraran en el régimen simplificado, el deber de presentar al momento del pago correspondiente a cada bimestre, una certificación en formatos oficiales, en la cual además de otros requisitos, constara al valor del impuesto generado por las operaciones gravadas del bimestre, el valor de las deducciones e impuestos descontables, el saldo a favor o a cargo por el mismo período y de ser el caso, los saldo a favor de períodos anteriores.

Dicho certificado como era apenas obvio debía responder a los registros débitos o créditos de la cuenta que debían crear en su contabilidad los responsables, conforme con lo ordenado por el artículo 41 del mismo ordenamiento.

El artículo 55 del decreto estableció una sanción , cuando los datos confirmados en el certificado fueran incorrectos, equivalente al 200% del impuesto correspondiente al valor de la suma inexacta, la que debía imponerse, previa comprobación del hecho y traslado de cargos al responsable un término de 10 dias para responder.

Con esta norma se creó una sanción adicional a las ya existentes, por la inexactitud de datos en el certificado bimestral, independientemente en su incidencia o no en la declaración tributaria que correspondiera todo el ejercicio gravable, por ser previsible su corrección fenecimiento del período fiscal.

Quiso así el legislador de 1983, crear en el estatuto un tratamiento punitivo, individualizado e independiente del ya existente, para estas inconsistencias del certificado bimestral, por así expresarlo literalmente el artículo 54 cuando dispuso:

> "Las sanciones de que trata el presente Decreto se aplicarán sin perjuicio de las normas vigentes".

Una de estas sanciones era precisamente la sanción por inexactitud de la declaración prevista en el artículo del Decreto 3803 de 1982.

SECCION CUARTA

Por lo que ha de concluirse en el *sub-lite*, que aún siendo correcta la declaración anual inobjetable la contabilidad de apoyo, por haberse corregido a tiempo la inconsistencia debido a la ausencia de prorrateo de los impuestos descontables permitidos por la ley, se debía imponerla sanción no solo por el mero hecho de tales equivocaciones, que indudablemente implican una inexactitud en el monte de los impuestos descontables procedentes, sino porque la norma no establece circunstancias atenuantes o eximientes de tal inexactitud como si lo hacen los artículos 49 y 52 del decreto 3803 de 1982.

Da cuenta a la Administración en el pliego de cargos que la irregularidad en que incurrió la sociedad contribuyente, le fué por todos los períodos cuestionados, debido a la falta de exactitud en los impuestos descontables procedente por cada bimestre ante la falta de prorrateo para deducir solamente el valor atribuible a las ventas gravadas, es decir que el hecho irregular se tipificó independientemente ene cada uno de los certificados de pagos bimestrales y que efectivamente la actora se hizo acreedora ala sanción prevista en el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983, para cuya imposición se siguió el procedimiento especial en el mismo artículo, y no el de liquidación de revisión alegada pues es esta una sanción distinta a la prevista en el artículo 49 del decreto 3803 de 1982, para cuya imposición si debe acudirse al procedimiento del que trata el artículo 19 *ib.*

En consecuencia la sentencia de primera instancia deberá ser revocada y en su lugar denegarse 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) DENIEGASE las súplicas de la demanda.

3) RECONOCESE a la Dra. Sandra Consuelo Rodríguez Almanza, como apoderado de la demanda a términos del poder que obra a folio 85 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado, Secretario

PRETENSIONES / SENTENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

LA PRETENSION o *petitum* señala al demandado el campo de acción de su defensa y por ello en la contestación de la demanda el art. 144 le indica la posibilidad de la "proporción de las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante..."; obviamente las pretensiones planteadas también señalan el ámbito de la actividad probatoria ya que el juez puede rechazar las improcedentes, o sea, las que no se relacionen con los hechos o peticiones formuladas y finalmente, las pretensiones delimitan la actividad falladora del juez, el cual, según el art. 170 está obligado a analizar en la sentencia los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas pertinentes, las argumentaciones y excepciones, todo ello "con el objeto de resolver todas las peticiones" siendo prohibido al juez salirse de ellas tanto por exceso como por defecto.

IMPUESTO DE TRANSPORTE POR OLEODUCTOS / BASE GRAVABLE / TARIFA

El impuesto de transporte por oleoductos se estableció en principio sobre todos los oleoductos que se construyan en el país a partir del 7 de octubre de 1952 y con sujeción a lo dispuesto en este mismo código. La base gravable está constituida por el valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados, por la tarifa vigente para cada oleoducto. La tarifa se fijó en el seis por ciento (6%). Se consagró como excepción la de los oleoductos de uso privado para servicio exclusivo de petróleo de propiedad particular, por tratarse de la utilización de un medio de transporte

para movilizar sus propios productos. En cuanto a sujetos pasivos o responsables no fueron señalados expresamente en la ley y este tema fue parcialmente regulado por el Ministerio de la Resolución 1212/86.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3023. (Acumulados). Autoridades Nacionales. Actor: OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC.

Mediante apoderado Judicial OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. Sociedad extranjera -Sucursal Colombia- en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C,A., demanda la nulidad de las Resoluciones 2738 y 3604 de 1989 (septiembre 5 y noviembre 28, respectivamente), dictadas por el Ministerio de Minas y Energía y pide el restablecimiento del derecho en los términos que se indicarán más adelante.

La Resolución 2738 en su motivación dice aclarar las Resoluciones 2175 de diciembre 26 de 1986, 1212 de mayo 14 de 1987 y 1400 de mayo 24 de 1987; la Resolución 3604 de noviembre 28 de 1989 se expidió para atender una solicitud de revocatoria de la Resolución 2738 formulada por la Compañía Occidental y un recurso de reposición contra la misma que presentó la Sociedad Shell de Colombia Inc.: ninguno de los dos fué aceptado por el Ministerio de Minas el cual agregó que con tal providencia quedaba "agotada la vía gubernativa".

Además de la nulidad de las citadas Resoluciones 2738 y 3604 de 1989 como petición consecuencial la sociedad pide, como restablecimiento del derecho, que se declare "...que se encuentran en firme las Resoluciones 2175 del 26 de diciembre de 1986, 1212 del 14 de mayo de 1987 y 1400 del 24 de mayo de 1988 originarias del Ministerio de Minas" y subsidiariamente "que se declare que el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955...continúa siendo aplicable al impuesto de transporte por el oleoducto Caño Limón - Río Zulia -Coveñas".

Pocos dias después la Sociedad SHELL DE COLOMBIA INC. también por intermedio de apoderado judicial entabló demanda de nulidad casi en idénticos términos contra las mismas Resoluciones 2738 y 3604 de 1989 y a título de restablecimiento del derecho pidió que se declare que el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955 está vigente y es aplicable para liquidar el impuesto de transporte

del petróleo que proviene de la zona oriental del país y que se transporta por citado oleoducto.

Como fundamentos de derecho las Compañías demandantes coinciden en exponer que son asociadas con ECOPETROL mediante el Contrato Cravo Norte para la exploración y explotación de petróleo en un área ubicada en las Intendencias de Arauca, Casanare y Vichada, de donde se extrae el petróleo que se transporta por el oleoducto Caño-Limón-Río Zulia-Coveñas que es de uso privado. Que el Ministerio de Minas y Energía mediante Resoluciones 2175 de 1986, 1212 de mayo 14 de 1987 y 1400 de mayo de 1988 fijó, modificó y prorrogó las tarifas de transporte aplicables al crudo que se moviliza por el citado oleoducto y que el mismo Ministerio en cumplimiento de las normas del Código de Petróleos, especialmente en el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, venía liquidando el Impuesto de transporte para el crudo movilizado por el citado oleoducto, a razón del dos por ciento (2%) del número de barriles transportados, multiplicado por la correspondiente tarifa.

Explica uno de los demandantes que intempestiva y oficiosamente el Ministerio se pretexto de aclarar las resoluciones con las cuales venía liquidando el Impuesto de transporte a razón del 2%, pretende modificar esa tarifa haciéndola más gravosa mediante la acusada Resolución 2738 de 1989 con desconocimiento y violación de lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 28, 44, 73 y 74, así como con violación del artículo 17 del Código de Petróleos. El efecto práctico de la Resolución 2738 es el de ordenar a la División de Fiscalización que desconozca la aplicabilidad de la tarifa del Impuesto de Transporte prevista en el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955 que había sido reconocida en las Resoluciones que dijo aclarar haciendo más gravosa la situación, pues sustituyó la del 2% por la del 4%.

Frente a algunas dudas sobre cumplimiento de requisitos de la demanda presentada por Occidental de Colombia Inc. (Expediente 3023), mediante el auto admisorio se expresó sobre aspectos procesales lo siguiente:

"Agotamiento de la vía gubernativa.

" El artículo 3o. de la Resolución 3604 de 1989 dice que "con la presente resolución queda agotada la vía gubernativa", expresión formalmente suficiente para aceptar la demanda desde el punto de vista de este requisito, sin que sea obstáculo lo dicho en el art. 2o. de la misma en el sentido de que rechaza por improcedente el recurso interpuesto contra la Resolución 2738/89, puesto que según el artículo 135 del C.C.A.el agotamiento de la vía gubernativa también me cumple cuando las autoridades no dan oportunidad de interponer los recursos procedentes. Además, el Ministerio

de Minas en uno de los considerados de la citada Resolución 3604 (pág. 3) acepta que la Resolución 2175 de 1986 que modificó, creó una situación particular para los propietarios de ese oleoducto.

"Caducidad.

"Aunque la copia de la Resolución 3604 de 1989 carece de constancia de la notificación, por la sola comparación de la fecha de su expedición (28 de noviembre de 1989) y la fecha de presentación de la demanda (enero 25 de 1990), se establece que esta última fué presentada dentro del tiempo concedido por la ley.

"Cuantía y competencia.

"Como lo que se plantea no es la controversia sobre una liquidación determinada de impuestos, sino sobre la legalidad de los actos que fijan las bases para determinarlos (tarifas de transporte), resulta aceptable el planteamiento de que los actos carecen de cuantía y además que no son de trámite, pues en cuanto a su principal objetivo que es fijar las tarifas del transporte, es definitivo. En consecuencia, la competencia es del Consejo de Estado en única instancia por ser acto emanado de autoridad nacional y carecer de cuantía, según el artículo 128 No. 3 del C.C.A.".

Este auto quedó en firme al no ser impugnado y bajo tales parámetros consignados al ser admitida la demanda me tramitó este negocio, al cual se le acumuló posteriormente el Expediente No. 3026 contentivo de demanda similar entablada por la Compañía SHELL DE COLOMBIA INC. mediante auto del 14 de febrero de 1992 (fl. 157

CONTESTACION A LA DEMANDA:

El Ministerio de Minas resume la defensa de la legalidad de sus actos invocando un criterio estricto de interpretación de las normas sobre impuestos y puesto que el Decreto 2140/55 dice ser aplicable a las CONCESIONES no puede serlo a las ASOCIACIONES como es el contrato que tiene Occidental y Shell y menos aún que el artículo 52 del Código de Petróleos no se encuentra vigente.

El Ministerio de Minas, explíca que el Impuesto de Transporte de Oleoductos está consagrado en el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953 y en Resoluciones como la No. 2175 de 1986 que fijó la "Tarifa provisional"; esta misma Resolución fijó en el artículo 3o. un plazo a ECOPETROL para presentar los informes finales sobre costo de mantenimiento del oleoducto con el objeto

de fijar la tarifa DEFINITIVA. Este plazo se incumplió y por tanto la tarifa continúa siendo PROVISIONAL.

El artículo 1o. de la Resolución 2175 fué sustituido por el artículo 1o. de la Resolución 1212 que fijó la tarifa de transporte por el Oleoducto Caño Limón-Coveñas, así: para petróleo proveniente de explotaciones de la región oriental del país en U$ 2.27 por barril y por tramos según la distancia U$ 0.002948 por barril-Kilómetro y concluyó que "sobre estos valores se cobrará el Impuesto de Transporte que corresponda".

Que, vencido el término establecido en la Resolución 2175/86 y no habiéndose obtenido acuerdo entre las compañías asociadas y ECOPETROL, respecto a los informes para poder fijar la tarifa definitiva, mediante la Resolución 1400 de mayo 24/88 (en donde se recuentan todos los antecedentes del desacuerdo) el Ministerio resolvió prorrogar la TARIFA PROVISIONAL hasta cuando las asociadas presenten conjuntamente al Ministerio la información necesaria para fijar la tarifa definitiva.

El señor apoderado de la demandada explica que en uno de los considerados de la Resolución 2175/86 se fijó que el Impuesto de Transporte para petróleos de la región oriental es del 2% del valor del transporte con apoyo y cita del Decreto 2140 adoptado como norma permanente por el artículo 32 de la Ley 10 de 1961, pero que tal afirmación y cita constituye un error proveniente de la tesis equivocada de algunos funcionarios del Ministerio. Que en los actos posteriores no se volvió a mencionar el Decreto 2140 y así en la Resolución 1212/87 que revocó al artículo 1o. de la Resolución 2175, fijó los valores para tomar la base del impuesto, sin mencionar en ninguna parte la tarifa del 6%, 4% ó 2%; la Resolución 1400 sólo hizo una prórroga de la tarifa.

Que la acusada Resolución 2738/89 según lo expresado en su considerando cuarto, lo que hizo fué aclarar el sexto inciso de la parte motiva de la Resolución 2175/86 en cuanto éste hacía referencia al artículo 17 del Decreto 2140/55 que se refiere exclusivamente al Impuesto de Transporte pero de productos provenientes únicamente de las "concesiones" situadas en la región Oriental. Sobre este tema expresa la defensa:

> "En consecuencia, lo único que se estaba haciendo es impartiendo una orden, corrigiendo el error e impulsando una actuación administrativa ya creada.
>
> "Además, la Resolución 2738 de 1989 no es ilegal, con ella sólo se "INTENTA CORREGIR UN ACTO ADMINISTRATIVO", cuando dice en su parte resolutiva: "En consecuencia procédase por parte de la División

de Fiscalización de la Dirección General de Hidrocarburos a realizar las respectivas liquidaciones". Por esta razón no se utilizó un procedimiento distinto establecido en el Código Contencioso Administrativo, para corregir la falla interna de trámite de la Administración, en lo que atañe a la liquidación, más no al acto administrativo.

"Es cierto que la Resolución 2175 de 1986. que fijó la tarifa provisional de transporte del oleoducto, que sirve de base para liquidar el impuesto de transporte, es un acto administrativo porque creó una situación particular para los propietarios de ese oleoducto, y que para modificar los ERRORES QUE SE HUBIEREN COMETIDO EN SU EXPEDICION (El resaltado es nuestro), si sería por revocatoria directa, pero por tratarse de un ERROR INTERNO DE TRAMITE en la interpretación por parte de la resolución, solo era viable la aclaración mediante un acto administrativo, como en efecto se hizo."

En contra del cargo de expedición irregular, la demandada arguye que la Resolución 2738 era de simple trámite pues señala la aplicación del artículo 52 del Código de Petróleos para la liquidación del Impuesto de Transporte, que no era un acto administrativo nuevo, ni revocaba ninguna otra Resolución como pretende hacer creer el demandante.

En cuanto al cargo de violación del artículo 73 del C.C.A., arguye la demandada que este mismo artículo permite la revocatoria de los actos administrativos "...en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en la decisión" y que con tal Resolución sólo se buscó aclarar una situación anterior que por error involuntario de unos pocos funcionarios de la administración le estaban dando una interpretación equívoca a las resoluciones anteriores de una forma errada a lo que ordenan las normas sustanciales.

En cuanto a las normas reguladoras del Impuesto de Transporte por oleoducto, comienza resaltando que el artículo 52 del Código de Petróleos lo estableció sobre todos los oleoductos que se construyan a partir del dia 7 de octubre de 1952 será del seis por ciento (6%) del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto, con la única excepción de los oleoductos privados, salvo que transporten petróleo de terceros.

Por otra parte que la misma norma estableció la tarifa del 4% para los oleoductos que se constituyan para transportar el petróleo que pueda hallarse al este o sureste de la cima de la Cordillera Oriental, sin distinguir sobre la forma de contratación. Aunque acepta como vigente el artículo 17 del Decreto 2140

(fl. 86) considera que la reducción al 2% para el transporte de petróleo provenientes de las concesiones situadas en la región oriental no es aplicable porque ésta es norma especial que se refiere a las concesiones y por tanto no cobija a las asociaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

En el alegato de conclusión el apoderado del Ministerio plantea una nulidad por no haber acreditado el pago de los impuestos o su caución, según lo exige el artículo 140 del C.C.A. en el entendido de que el demandante pide como restablecimiento del derecho la anulación de las facturas o cuentas de cobro presentadas por la dependencia del Ministerio. Por lo demás amplía y ratifica los mismos argumentos básicos expuestos en la contestación de la demanda.

El demandante en alegato de conclusión resume las pretensiones de nulidad de las Resoluciones 2738 y 3604 de 1989 y que como consecuencia se declare que las compañías demandantes "no están obligadas a pagar el Impuesto de Transporte por el Oleoducto" ..."por no ser aplicable a dicho oleoducto tal impuesto.".

Subsidiariamente, que no están obligadas a pagar el citado impuesto a la tarifa del 4% sino del 2%.

(De una vez se deja constancia que los anteriores términos utilizados en el alegato de conclusión implican una modificación a las pretensiones planteadas en la demanda o una presentación tan diferente que tienen significado distinto al inicial).

Por su parte, el Ministerio de Minas en el alegato de conclusión, además de reiterar que la interpretación de las normas de impuestos debe ser restrictiva en el sentido de que no admiten interpretaciones analógicas, invoca apartes de la sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación, de fecha 5 de junio de 1992 (Expediente No. 5731 y 5730 -Ponente: Dr. Julio C. Uribe. A.) aunque se refiere a otro tema como se la participación a las entidades territoriales y las regalías, resalta que según tal sentencia las normas que se refieren específicamente a CONCESIONES sólo se aplican a ellas y no a los sistemas en ASOCIACION. Le sirve lo anterior al abogado de la entidad demandada para reiterar que si el Decreto 2140 de 1955 se refiere a concesiones sólo se puede aplicar a éstas y no a las asociaciones, como la que vincula a las compañías demandantes con Ecopetrol y critica la tésis de que el artículo 52 del Código de Petróleos, no está vigente.

EL MINISTERIO PUBLICO:

En alegato de la señora Delegada Sexta Dra. Margarita de Obando, entiende que según la demanda que con los actos acusados básicamente se produjo una revocatoria directa de la Resolución 2175 sin respetar la restricción que señala el C.C.A. respecto a las situaciones particulares; la Resolución 2738 violó el artículo 17 del Decreto 2140/55 porque la mención al contrato de CONCESION no era para el contrato sino para la EXPLOTACION de la región oriental, luego lo lógico es interpretar el Decreto 2140 en el sentido de que su artículo 17 se aplica a las explotaciones de la Región Oriental, cualquiera que sea el tipo de contrato suscrito (fl. 67).

Con base en ese resumen de los planteamientos de la demanda, la Fiscalía precisa los siguientes aspectos del estudio del informativo:

a) que la Resolución 2175 de 1986 había creado una situación de carácter particular y concreto a favor de la asociación CRAVONORTE con fundamento en una norma que hacía referencia a las "concesiones" petroleras.

b) que esa situación concreta fué con relación a la tarifa de transporte, pero la Resolución 2738/89 no la varió, puesto que en materia de tarifas de transporte mantuvo la 2175 y las demás que se refirieron a ello.

c) Los actos acusados solamente ACLARAN la resolución respecto al impuesto que obviamente tiene origen y regulación legal.

d) A juicio del Ministerio Público, la Resolución 2175 no creó ninguna situación particular en materia del Impuesto citado, como tampoco lo hacían las resoluciones impugnadas.

Considera la Fiscalía que fué innecesaria la actuación impugnada, pues al Ministerio le bastaba una circular instructiva dirigida a los funcionarios encargados de liquidar el impuesto y lo que hizo fué darle apariencia de resolución, con parte motiva y resolutiva, pero en nada varió la situación derivada de la Resolución 2175 ni la del legislador en materia del Impuesto de Transporte.

En consecuencia, puesto que la resolución demandada no modificó las tarifas de la Resolución 1212, no se presenta la violación alegada y por ello debe denegar la Sala las peticiones de las demandas.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

I. ASPECTOS PROCESALES.

Dado que en el curso del debate y con motivo de los alegatos finales se plantearon de parte y parte, asuntos de índole procesal, es necesario que la Sala entre a referirse a ellos, por la incidencia que pueden tener en los aspectos de fondo o en la solución que deba dársele a las demandas de las compañías actoras.

1. Nulidad Procesal.

La nulidad por falta de competencia alegada por el Ministerio de Minas, con base en que el demandante no prestó la caución ni comprobó el pago, según el artículo 140 del C.C.A. del impuesto que adeudaba la Occidental según la División de Fiscalización, no es aceptable porque aún en el supuesto de faltar la caución citada no se configuraría una falta de competencia, sino una inepta demanda. Además éste fué uno de los aspectos indirectamente tratado en el auto admisorio de la demanda, pues al tenor de las pretensiones expresadas en ésta, el restablecimiento del derecho no estaba dirigido a la disminución de determinado valor en una liquidación concreta de impuesto de transporte, sino a la nulidad de la resolución que fijó las bases para determinarlo y por ello se calificó de acto sin cuantía y además, de carácter definitivo (característica que acepta el propio Ministerio de Minas) y no de simple trámite.

2. Precisión sobre las pretensiones.

En la exposición de antecedentes se dejó registrado el hecho de que la parte demandante pretende modificar en el alegato de conclusión las pretensiones inicialmente expuestas en la demanda, distintas a la petición de nulidad de las Resoluciones 2738 y 3604 de 1989, o sea, sobre las pretensiones correspondientes al restablecimiento del derecho.

En efecto, la petición de la demanda fué la de obtener que la Corporación declare que las Resoluciones 2175/86, 1212/87 y 1400/88 "se encuentran en firme"; en tanto que en los alegatos finales se estructuran argumentos para que se declare que las compañías demandantes no están obligadas a pagar el Impuesto de Transporte por oleoducto "por no ser aplicable a dicho oleoducto tal impuesto", lo cual es distinto.

Y con las pretensiones subsidiarias sucede algo similar pues mientras en la demanda inicial se pidió que se declare que el artículo 17 del Decreto 2140/55 está vigente y que "es aplicable para liquidar el Impuesto de Transporte"

(según demanda de la Shell, en el alegato de conclusión), lo que se pide ahora es que se declare que las compañías demandantes "no están obligadas a pagar el Impuesto a la tarifa del 4% sino a la del 2%", lo cual también es diferente.

3. Las pretensiones como elemento del proceso.

Para la Sala, como ha tenido oportunidad de expresarlo en otras ocasiones, estas variaciones son inadmisibles procesalmente. La pretensión es uno de los elementos fundamentales del proceso cuya existencia se perfila en nuestro estatuto desde el artículo 135 del C.C.A., que al señalar el contenido de la demanda exige en el numeral segundo la indicación de "lo que se demanda", para obligar a continuación a exponer "los fundamentos de derecho de las pretensiones" y "los hechos u omisiones que sirven de fundamento de la acción".

La PRETENSION o *petitum* señala al demandado el campo de acción de su defensa y por ello en la contestación de la demanda el artículo 144 le indica la posibilidad de la "proposición de las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante...."; obviamente las pretensiones planteadas también señalan el ámbito de la actividad probatoria ya que el juez puede rechazar las improcedentes, o sea, las que no se relacionen con los hechos o peticiones formuladas y finalmente, las pretensiones delimitan la actividad falladora del Juez, el cual, según el artículo 170 está obligado a analizar en la sentencia los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas pertinentes, las argumentaciones y excepciones, todo ello "...con el objeto de resolver todas las peticiones.." siendo prohibido al juez salirse de ellas tanto por exceso como por defecto .

Se recuerda además que según el artículo 170 del C.C.A. ya citado, al referirse al contenido de la sentencia, dispone que el juez de lo contencioso administrativo, para efecto de restablecer el derecho particular que fué conculcado, podrá "...estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas". Esto significa que las sentencias relativas a la nulidad de un acto sólo deben limitarse a declarar si el acto es o no nulo; en tanto que para restablecer el derecho, los jueces pueden sustituir el acto acusado, modificarlo o reformarlo, inclusive estatuir disposiciones nuevas, pero todo ello de conformidad con las peticiones de la demanda, el sentido del acto acusado y la vinculación entre acto y violación del derecho del particular.

4. Aplicaciones en el juicio que se resuelve.

Ha sido necesaria la anterior digresión para justificar la imposibilidad de aceptar el cambio de las pretensiones y además el tratamiento que habrá de dársele a las planteadas en la demanda.

SECCION CUARTA

Igualmente para ratificar y justificar la admisión de la demanda, porque es evidente que la entidad gubernamental le dió un trámite inconsistente a los actos administrativos que se relacionan en este proceso, pues teniendo algunos de ellos un claro contenido de carácter general y abstracto, posiblemente por considerar que afectaban personas determinables la condujo a someter a tales actos a diligencia de notificación aunque sin precisar los recursos procedentes y a dar por agotada la vía gubernativa, todo ello propio de los actos de contenido particular y concreto.

Esto mismo es lo que explica las dudas sobre la naturaleza de la acción, la invocación de requisitos como el de la caución y las variaciones en las pretensiones; problemas todos éstos de índole procesal que la Sala da por superados pero que inciden en el sentido de su fallo, como más adelante se verá.

II- EL CARGO DE NULIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS.

La controversia que se ha debatido en este proceso tiene como punto central el cargo de nulidad de las Resoluciones 2738 y 3604 de 1989 expedidas por el Ministerio de Minas y Energía en relación con el llamado Impuesto de Transporte por Oleoductos, para cuyo análisis la Sala, contempla los siguientes aspectos:

1. El marco legal.

La norma creadora y básica del IMPUESTO DE TRANSPORTE POR OLEODUCTOS es la contenida en el artículo 52 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953), que dispone:

> "Artículo 52. El impuesto de transporte sobre todos los oleoductos que se construyan a partir del día 7 de octubre de 1952 y con sujeción a las disposiciones del presente Código, será de seis por ciento (6%) del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto. De este impuesto quedan exceptuados los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular; pero en casos de que éstos transporten petróleo de terceros en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 47 del presente Código, se causará el impuesto establecido en este artículo, pero sólo sobre el volumen de petróleo transportado a dichos terceros.
>
> "Para los oleoductos que se construyan con destino al transporte de petróleo que pueda hallarse al Este o Sureste de la cima de la Cordillera Oriental, este impuesto será sólo del cuatro por ciento (4%).

"El impuesto de transporte por oleoducto se cobrará por trimestres vencidos."

De la simple lectura de esta norma pueden deducirse algunas características y elementos constitutivos de este gravámen, así:

a) Se estableció en principio sobre todos los oleoductos que se construyan en el país a partir del 7 de octubre de 1952 y con sujeción a lo dispuesto en este mismo Código en razón a que en los artículos anteriores dictó disposiciones sobre oleoductos clasificándolos entre oleoductos de uso público y los de uso privado, sujetando éstos a normas especiales.

b) La "base gravable" está constituida por el valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados, por la tarifa vigente para cada oleoducto, tarifas que según el artículo 56 serían fijadas por el Gobierno, de acuerdo con los contratistas de exploración y explotación de petróleo o de oleoductos, teniendo en cuenta una serie de factores allí previstos como la amortización de los costos de construcción, de mantenimiento y un margen de utilidades.

c) La "tarifa" se fijó en el seis por ciento (6%).

d) Se consagró como excepción la de los oleoductos de uso privado para servicio exclusivo de petróleo de propiedad particular, por tratarse de la utilización de un medio de transporte para movilizar sus propios productos, pero se contempló que en caso de utilizar el sobrante de su capacidad transportadora (art. 47) con petróleo de terceros, el impuesto se causaría pero solamente sobre el volumen perteneciente a dichos terceros.

e) En cuanto a sujetos pasivos o responsables no fueron señalados expresamente en la ley y este tema fué parcialmente regulado por el Ministerio en la Resolución 1212/86.

f) El segundo inciso, que interesa resaltar para los efectos de esta providencia, estableció una "tarifa" especial y reducida del cuatro por ciento (4%) para los oleoductos que se construyan con destino al transporte de petróleo que pueda hallarse en la Región Oriental. Es válido recordar que esta norma es del año 1953 y por eso habla del petróleo **que pueda hallarse** en la Región Oriental, época para la cual apenas se contemplaba la posibilidad de adelantar exploraciones en esa área y el Estado tenía interés en estimular tales actividades en la región.

Dos años más tarde, el Presidente de la República considerando "que es conveniente para la economía nacional estimular las inversiones en la industria

del petróleo", haciendo uso de las facultades del estado de sitio (art. 121 C.N.) dictó el Decreto 2140 de agosto 3 de 1955 mediante el cual se establecieron nuevos estímulos para la industria del petróleo dividiendo al país en los dos grupos conocidos desde aquella época, Occidental y Oriental (Este y Sureste de la cima de la Cordillera Oriental) y consagrando a favor de esta última una serie de beneficios en materia de deducciones por agotamiento, límites al valor total del impuesto de renta, sustitución de la tarifa para regalías hasta entonces vigente, etc., etc. Adicionalmente y en el Capítulo dedicado de las "normas aplicables a las explotaciones de la Región Oriental" dispuso en el artículo 17:

> "Artículo 17. Redúcese al 2% el impuesto establecido en el artículo 52 del Código de Petróleos para los oleoductos que se construyan con destino al transporte de productos provenientes de las concesiones situadas en la región oriental".

Se observa en la redacción de este artículo una modificación a la norma a la cual se refiere, puesto que mientras el artículo 52 del Código menciona a los oleoductos "que se construyan con destino al transporte de petróleo que pueda hallarse.." en la Región Oriental, el Decreto de 1955 cambia esta referencia por la de oleoductos que se construyan con destino "al transporte de productos provenientes de las concesiones situadas en la Región Oriental". Cambió el transporte de petróleo por el de "productos", concepto mucho más amplio e introdujo la referencia a las "concesiones" como origen de los productos. Para la Sala, la referencia a las concesiones no implica como lo ha considerado el Ministerio una especialidad de la norma, sino la simple utilización del único medio de contratación usado en la época y al cual se venía refiriendo el Decreto 2140 en los artículos anteriores al regular otros aspectos, no obstante que, como ya se observó el articulado a partir del once (11) lo tituló como "Normas aplicables a las explotaciones de la Región Oriental" en el cual permanentemente hizo referencia a las concesiones, sin que de ello se pueda deducir que en todos los casos se trata de normas especiales para las concesiones exclusivamente.

La invocación del fallo del 5 de junio de 1992 de la Sección Tercera Expediente 5731, hecha por el Ministerio, no resulta válida puesto que el tema tratado era el de regalías y participaciones a las entidades territoriales, el cual precisamente sufrió modificaciones de importancia al ser suprimido el sistema de concesiones en la reforma de 1974.

Además, no se observa ninguna razón de orden técnico o político para afirmar que en 1955 el legislador del momento quisiera rebajar a título de estímulo a las inversiones en la industria del petróleo el impuesto de transporte por oleoductos del 4% al 2% solamente al petróleo producido por concesión en la

Región Oriental, cuando para aquella época prácticamente no existía ninguna explotación de significación en dicha zona

Dentro de este orden de ideas resulta ilustrativo consultar el significado que para la controversia tiene la Ley 10 de 1961. En esta importante ocasión, importante porque después de muchos años el Congreso de la República se ocupó de la materia, realizó un inventario de la legislación precedente en el ramo de petróleos y en el artículo 31 consagró la derogatoria expresa de más de diez normas consignadas en Decretos legislativos y en el art. 32, también en forma expresa, adoptó como normas permanentes otras tantas. Dispusieron, en lo pertinente y con relación al tema tratado, lo siguiente:

Ley 10 de 1961.-

"Artículo 31.- Deróganse los siguientes Decretos legislativos ....el Decreto 2140 de 1955, salvo el artículo 17;....."

"Artículo 32.- Adóptanse como normas legales permanentes los siguientes Decretos Legislativos: ..... el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955;....".

Sobre este tema se encuentra en la Historia de las Leyes Tomo XV Legislatura 1961, pags. 262 el siguiente párrafo de la Ponencia para Primer debate en la Comisión Primera de la Cámara (Ponente: Ramón Ignacio Avella):

"El artículo 32 da vigencia permanente a las disposiciones dictadas bajo el estado de sitio, cuya conveniencia subsiste por la nueva orientación en asuntos petroleros: se adiciona con el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, que reduce al 2% el impuesto de transporte por oleoducto proveniente de los llanos, siguiendo la política de estímulo a las explotaciones de esa región".

Ninguna mención hizo a los petróleos provenientes de "concesiones" sino del proveniente de la **región de los llanos**, en clara referencia a la Oriental y se manifiesta la voluntad del legislador de conservar como norma de carácter permanente al citado artículo 17 que califica como conveniente dentro de las orientaciones de la nueva política petrolera.

En el año de 1974 se concretaron trascendentales reformas dictadas por el Presidente López al amparo del estado de emergencia económica: primero el Decreto 2053 que en el campo impositivo sustituyó los sistemas de agotamiento y derogó expresamente los artículos 20 a 25 de la Ley 10 de 1961 pero no mencionó a los antedichos arts. 31 y 32, ni al 17 del Decreto 2140 de 1955

convertido ya en norma de categoría legal y permanente. Pocos dias después el Decreto 2310 que abolió el sistema de concesiones, mantuvo el criterio de estímulo a las explotaciones de la Región Oriental, contiene normas precisas respecto a agotamiento, exenciones y amortizacíon de inversiones, sin tocar el tema del transporte por oleoductos y el impuesto que venía establecido desde el Código de 1953 sobre "todos los oleoductos que se construyan a partir del dia 7 de octubre de 1952...".

Dentro del anterior marco legal procede analizar el contenido de los actos acusados.

2. Las resoluciones del Ministerio de Minas

Las resoluciones iniciales cuya vigencia reclaman las compañías demandantes, en síntesis contemplan lo siguiente:

La Resolución 2175 de 1986 fijó la tarifa provisional de transporte por el Oleoducto Caño Limón-Río Zulia-Coveñas de la Asociación Cravo Norte así: US $ 2.32 por barril para petróleos provenientes de explotaciones situadas en la Región Oriental del país y por tramos en un valor de US $ 0.003013 por barril kilómetro. Para petróleos provenientes de explotaciones situadas en la Región Occidental del país fijó una tarifa de US $0.003145 por barril-kilómetro.

En los párrafos 6 y 7 de los considerados, el Ministerio consignó que según el Decreto 2140 de 1955 (adoptado como norma permanente por el artículo 32 de la Ley 10 de 1961) el impuesto del transporte para petróleos provenientes de explotaciones de la Región Oriental es del 2% del valor del transporte y que según el artículo 52 del Código de Petróleos para los provenientes de la región Occidental es del 6% .

Esta resolución fué objeto de modificaciones a petición de una de las asociadas a fin de aclarar que "cuando se transporte crudo de terceros, la tarifa debe incluir el impuesto de transporte correspondiente, para que éste recaiga en el propietario del crudo y no en el transportador". En atención a ello, primordialmente, la Resolución 1212 de mayo 14 de 1987 revocó el artículo 1o. de la Resolución 2175 y fijó en US $ 2.27 la tarifa para el transporte de los petróleos provenientes de la Región Oriental y por tramos el de US $ 0.002948 barril kilómetro, expresando al final del artículo 1o. "... sobre estos valores se cobrará el impuesto de transporte que corresponda".

En el Parágrafo contempló el caso de transporte de crudo de terceros para disponer que la tarifa anterior "se incrementará en el valor del impuesto de transporte correspondiente, impuesto que deberá ser cancelado por el

transportador, de acuerdo a la liquidación que efectúe el Ministerio de Minas y Energía y finalmente revocó el Parágrafo del artículo 1o. de la Resolución 2175.

Por falta de acuerdo entre las asociadas respecto a los datos requeridos para fijar las tarifas en forma definitiva, el Gobierno se vió precisado a prorrogar mediante la Resolución 1400 de mayo de 1988 las que habían sido fijadas en la Resolución 1212 de 1987, expresando en la parte final del artículo 4o.: "las tarifas anteriormente señaladas. se tendrán en cuenta para la liquidación del impuesto de transporte, sobre los volúmenes de petróleo que se transporten o hayan sido transportados".

La acusada Resolución 2748 del 15 de septiembre de 1989, por considerar que el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955 hacía referencia a los productos provenientes únicamente de las "concesiones" situadas en la Región Oriental, dispuso ACLARAR que la tarifa consignada en las resoluciones que se dejaron reseñadas "...es la base para la liquidación del impuesto de transporte establecido en el artículo 52 del Código de Petróleos".

Esta providencia fué confirmada en su integridad por la Resolución 3604 de 1989 tras largas consideraciones para reafirmar el concepto de que la tarifa del artículo 17 citado era exclusivamente aplicable a los petróleos provenientes de "concesiones" de la Región Oriental y por tanto al extraído en contratos de asociación, como la de Cravo Norte.

La Sala no está de acuerdo con la tesis central expuesta por el Ministerio y sostenida por las consideraciones consignadas en la Resolución 3604 que han sido desarrolladas en los diversos escritos presentados en el curso del debate de este proceso.

Por las características ya reseñadas del impuesto que se deducen de la norma básica creadora del tributo como lo es el artículo 52 del Código de Petróleos, se establece claramente que el "hecho generador" está constituido por **el transporte** de petróleo o productos por un oleoducto construido después de octubre 7 de 1952 y **la base gravable**, como ya se anotó, está constituida por el volumen del producto transportado multiplicado por la tasa del transporte.

Aunque esta forma de determinar el gravamen no consulta la técnica impositiva, se explica en razón al sistema como la misma ley de petróleos ha determinado los mecanismos y competencias para fijar las tarifas de transporte. Pero es claro que las tarifas fijadas en resolución por el Ministerio, constituyen la base o factor para determinar el gravámen del transporte por oleoducto. Así lo entendió en la Resolución 2175 de 1986 y por ello lo consignó en sus

considerados, no por error (como lo sostuvo después el mismo Ministerio), sino porque ése es el mecanismo establecido en la ley. Así mismo lo entendió y por ello rectificó el precio en la Resolución 1212 de 1987 y ya no en sus considerados solamente, sino en su parte resolutiva en donde claramente expresó, después de fijar la tarifa ".... sobre estos valores se cobrará el impuesto de transporte que corresponda" y aclaró además que en el caso de transporte de crudo a terceros el impuesto debe ser cancelado por el transportador.

No fué correcta la actuación del Ministerio, cuando al expedir la Resolución 2738 dijo hacerlo solamente a título de "aclaración" cuando al expresar que la tarifa de transporte fijada en la Resolución 1212 es la base para la liquidación del impuesto establecido en el artículo 52 del Código de Petróleos, pues su real intención quedó claramente expresada en los considerados de la Resolución 3604 que confirmó la anterior. Según ésta la posición oficial consistía, no en aclarar, sino en modificar la situación que el propio Ministerio venía practicando de darle aplicación a la tarifa del 2% consagrada en el artículo 17 del Decreto 2140.

Pero la intención validamente expresada en la Resolución 2738 y justificada y expuesta ampliamente en la Resolución 3604 de 1989 la encuentra esta Sección contraria a las normas de rango legal que se reseñaron anteriormente. Para la Sala el sentido y campo de aplicación de la rebaja de tarifa al 2% consagrada en el Decreto 2140 de 1955, aunque allí haya hecho mención del producto de las concesiones, no se restringe solamente a ellas, por cuanto la naturaleza del impuesto, como ya se analizó, no tiene en cuenta para nada el origen contractual de la explotación, sino la utilización de los oleoductos en el transporte de productos y las únicas distinciones que ha hecho son las relativas a los crudos de terceros y al origen geográfico, recogiendo respecto a este último la distinción consagrada en nuestra legislación desde el año de 1931 que otorga preferencia y estímulo a la Región Oriental o de los Llanos, como indistintamente se le ha conocido.

En el campo específico de este gravámen, y tenidos en cuenta sus elementos constitutivos, no encuentra la Sala razón para diferenciar el transporte de los productos provenientes de asociaciones o de concesiones, o cualquier otra forma jurídica adoptada para la explotación, diferencia que sí se encuentra en otros campos (como el de las regalías y participaciones). Como tampoco la encontró el Legislador en el año de 1961 cuando adoptó como norma de carácter permanente la citada rebaja establecida inicialmente por el Decreto Legislativo 2140 de 1955, bajo la sola consideración de que era una norma "conveniente" a la nueva política petrolera del país, dentro de la cual se conservaba la de dar estímulo a las explotaciones de la Región de los Llanos Orientales, o sea teniendo en cuenta el origen territorial del petróleo y no la forma jurídica de su obtención.

Por todo ello la Sala encuentra que incurrió el Ministerio en una errónea interpretación de las normas superiores que regulan el gravamen, configurándose así la violación de las normas citadas por los actores, lo que conduce a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 2738 y 3604 de 1989

III- EL RESTABLECIMIENTO DEL DECRETO:

No obstante la declaratoria de nulidad de los actos acusados, la Sala no puede acceder a las pretensiones de restablecimiento del derecho planteadas, por cuanto el restablecimiento del derecho no puede consistir en una "declaración" por parte del Consejo de Estado de que determinada norma está vigente o es aplicable en cierta actuación administrativa.

Además, los actos acusados eran de contenido general no susceptibles de sustitución o modificación en acciones como la que aquí se ha atendido.

Por lo anterior, la Sala se abstendrá de hacer declaración alguna al respecto, debiendo las partes atenerse a las consecuencias que se deriven directamente de la anulación de los actos acusados.

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:

1o. DECLARANSE nulas las Resoluciones números 2738 y 3604 expedidas el 15 de septiembre y el 28 de noviembre de 1989 por el Ministerio de Minas y Energía.

2o. DECLARASE inhibido para pronunciarse sobre las demás pretensiones de las demandas acumuladas en este proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RENTA GRAVABLE - Determinación / COMPARACION DE PATRIMONIOS / LIQUIDACION DE REVISION / REQUERIMIENTO ESPECIAL

Si el contribuyente no justifica, por ejemplo, con la respuesta al requerimiento especial el incremento patrimonial y tampoco los costos y deducciones observados, puede la administración validamente determinar la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios y subsidiriamente considerar la determinación de la renta por el sistema ordinario con base en las glosas obviamente anunciadas en el requerimiento especial, sin que por ello pueda considerarse que se trata de una segunda liquidación de revisión toda vez que el mismo consulta las modificaciones planteadas inicialmente, sobre cuya base debe producirse la liquidación de revisión. Y en la misma forma si posteriormente el contribuyente con ocasión del recurso logra desvirtuar la diferencia patrimonial, queda el funcionario con la posibilidad de determinar la renta por el sistema ordinario.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / JURISDICCION ROGADA

Como la actora no controvirtió de fondo los rechazos por costos y deducciones, que sirvieron de base a la División de Recursos Tributarios para la determinación del impuesto mediante el sistema ordinario de depuración, se puede decir que no objetó el proceder administrativo en cuanto a la procedencia o no de los factores en mención, de donde no se ve, en donde está la irresponsabilidad del Tribunal, ya que el juez no puede desbordar los límites de su potestad, al resolver temas que no han sido propuestos oportunamente, así como tampoco puede dejar sin resolver puntos que le hayan sido sometidos a su conocimiento. Además de acuerdo

al artículo 305 del C de P.C. y 170 del C.C.A. se infiere que la decisión del juez se circunscribe a la pedido en la demanda, sin exceder sus límites.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá. D. C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente Nro.3754 Actor: QUIMICA NALCO DE COLOMBIA S.A. IMPUESTOS (RENTA) FALLO:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, "QUIMICA NALCO DE COLOMBIA S.A." NIT: 60.030.808, contra la sentencia de fecha 14 de junio 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, instaurado por la mencionada sociedad contra la operación administrativa de la cual se le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al período gravable de 1984.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó su declaración tributaria de Impuesto de renta, correspondiente al ejercicio gravable de 1984, el dia 10 de mayo de 1985, ante la Administración de Impuestos de Bogotá, determinando privadamente los impuestos a su cargo en la suma de $4.649.478.oo.

Sobre este denuncio rentístico la Administración practicó el requerimiento especial Nro. 0015 de fecha 30 de enero de 1987, anunciando la modificación de la liquidación privada sobre la base del desconocimiento de los siguientes factores: pasivos, compras, otros costos y deducciones, así como la imposición de sanciones por no identificar deudores, créditos e ingresos; y advirtiendo además sobre la posibilidad de determinar la renta por el sistema de comparación de patrimonio de que trata el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974.

Con fecha 30 de abril de 1987, la sociedad presentó los correspondientes descargos aportando explicaciones y pruebas encaminadas a desvirtuar las glosas propuestas en aquél.

Con fecha 6 de julio de 1987, la Administración practicó la liquidación de revisión Nro. 200064, determinando los impuestos en la suma de $59.782.116, por el sistema de comparación de patrimonio basado en el rechazo de pasivos

por valor de $133.434.161, debido a la falta de comprobación de los mismos. Subsidiariamente se planteó la determinación de renta por el sistema ordinario de depuración teniendo en cuenta un total de glosas sobre costos y gastos, en cuantía de $70.558.129.

Contra el acto liquidatario de los impuestos, la sociedad presentó recurso de reconsideración concretando entre los motivos de inconformidad nulidad de la liquidación por cuanto planteó la posibilidad de determinar la renta por el sistema ordinario de depuración, imposibilidad de una segunda liquidación de revisión y el desconocimiento de los pasivos.

La División de Recursos Tributarios se pronunció al respecto mediante la resolución Nro. A-000183-P del 4 de noviembre de 1988, negando la solicitud de nulidad incoada y aceptando la inconformidad planteada respecto a los pasivos, en virtud de lo cual modificó la liquidación recurrida al quedar desvirtuada la diferencia patrimonial establecida, y determinando la renta por el sistema ordinario de depuración teniendo en cuenta las glosas efectuadas desde el requerimiento especial de costos y gastos.

Siéndole aún adverso al resultado de la impugnación administrativa, 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, *libelo* en el cual alega contra los actos administrativos acusados, las siguientes violaciones legales y constitucionales:

De los artículos 49 y 50 de la Ley 52 de 1977, por cuanto la liquidación de revisión contiene dos modificaciones diferentes a la liquidación privada, una mediante el sistema de comparación patrimonial, y otra, mediante el sistema ordinario de depuración.

De los artículos 30 del Decreto 1651 de 1961, 19 del Decreto 3803 de 1982, y 57 de la Ley 52 de 1977, por cuanto al mortificarse la liquidación privada por más de una vez por el año gravable de 1984, se incurre en las causales de nulidad consagradas en los numerales 1 y 5 del artículo 57 de la Ley 57 de 1977.

De los artículos 26 de la Constitución Nacional, y 15 inciso 5° Decreto 2821 de 1974, por cuanto luego de concluido el procedimiento previsto en la ley para la discusión de un acto administrativo de determinación del impuesto, se insiste en la fijación de un nuevo y mayor impuesto en la vía gubernativa.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda, considerando en síntesis, lo siguiente:

Que con relación al cargo propuesto sobre la violación de los artículos 49 y 50 de la Ley 52 de 1977, no se observa en el contenido de la liquidación omisiones o irregularidades que conlleven a nulidad de la misma y que tampoco se advierte que la administración hubiera efectuado corrección alguna, sino que simplemente establece una doble alternativa para liquidar el tributo.

Que tampoco el procedimiento administrativo consignado en la liquidación de revisión genera la violación de los artículos 30 del Decreto 1651 de 1961, 19 del Decreto 3803 de 1982, y 57 de la Ley 52 de 1977, con la observación planteada en el sentido de determinar la renta por el sistema ordinario en el evento de quedar desvirtuada la diferencia patrimonial, lo cual no equivale a una doble liquidación, por cuanto los dos procedimiento se encuentran establecidos por la ley y con base en la facultad investigativa la administración puede exigir la comprobación de pasivos y, si estos son probados, tiene la administración la opción con base en los demás factores observados, determinar la renta mediante el procedimiento ordinario.

Que la circunstancia de plantear en una liquidación los dos sistemas jurídicos de determinación de los impuestos, no determina la pérdida de la competencia sobre el propuesto subsidiariamente, a menos que el primero de ellos haya sido el utilizado para definir oficialmente el impuesto tal como se ha pronunciado al respecto el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 8 de febrero de 1991, expediente Nro. 2635, Consejero Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Que en consecuencia tampoco puede predicarse un procedimiento legal concluido por cuanto se trataba de una alternativa que fue planteada desde el requerimiento especial.

Que tampoco hay lugar a las violaciones de los artículos 26 de la Constitución Nacional, y 15 inciso 5° del Decreto 2821 de 1974, porque la sociedad tuvo oportunidad de probar y rebatir lo expuesto en los actos administrativos (requerimiento especial y liquidación de revisión) sin que se advierta que la administración haya impedido el derecho de defensa, el cual por el contrario ejercicio la sociedad en las dos etapas procesales. Así mismo, agrega que no puede afirmarse que se haya incurrido en la violación del artículo 15 en cita, por cuanto proferida la liquidación oficial culminó con ella la etapa de investigación y se inicia la de determinación del tributo.

SECCION CUARTA

LA APELACION:

El apoderado judicial de la sociedad actora impugna la sentencia del Tribunal y en la sustentación del recurso se remite en primer lugar a los argumentos expuestos en el libelo inicial, resaltando de manera especial lo expuesto en el punto F Sección III, y seguidamente para controvertir la sentencia apelada, precisa en síntesis, lo siguiente:

Que la sentencia interpreta en forma errónea el artículo 15 inciso 5° del Decreto 2821 de 1974, cuando considera que con la notificación de la liquidación se inicia apenas la etapa de determinación del impuesto, entonces agrega, es la negación del derecho de defensa o anulación del debido proceso y el desamparo total del contribuyente en la vía gubernativa. Explica, que con la liquidación termina el proceso de investigación y liquidación del impuesto, y se inicia el proceso de discusión del mismo, y nadie puede volver a practicar otra liquidación pues no se pueden cambiar las bases de cuantificación del tributo ni apoyar en explicaciones que no se dieron.

Agrega, que la opción que la oficina liquidadora tiene para escoger el sistema mediante el cual determina el impuesto, concluye cuando ejerce esa opción, al notificar la liquidación de revisión, y que escogido un camino, excluye los demás por las mismas razones, y dentro de ese marco se ejerce el recurso, que si no es interpuesto queda en firme el acto administrativo, agotada la vía gubernativa y eliminada la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa.

Dice, que según la ley al recurso de reconsideración debe llegar el contribuyente con un acto administrativo verdadero y único con unas reglas claras y definidas que le permitan defenderse de hechos concretos y no de suposiciones, como ocurre con el planeamiento de la liquidación de revisión acusada en donde se observa: "En el evento de desvirtuar la anterior diferencia patrimonial su renta se determinará por el sistema ordinario teniendo en cuenta los siguientes rechazos..." el cual acogió la División de Recursos Tributarios y corroboró el Tribunal. Que en este sentido es clara la orientación de la sentencia de septiembre 29 de 1989, exp. 0694 del H. Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Finalmente destaca, que la División de Recursos Tributarios de la Administración olvidó tener en cuenta todo el acervo probatorio presentado con la respuesta del requerimiento especial con el cual se demuestra plenamente el derecho al reconocimiento fiscal de los costos y deducciones observados en cuantía de $70.558.129, y que igualmente el Tribunal paso por alto dichas pruebas no obstante señalarse en el punto 3 de la Sección I. Hechos.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Dirección de Impuestos Nacionales a través de su apoderado judicial, en esta oportunidad procesal se opone a las pretensiones del apelante, y solicita a la Corporación confirmar la sentencia apelada, argumentando que las pretensiones de la actora según la demanda, están circunscritas a la presunta ilegalidad de la actuación administrativa al proponer la determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonios y subsidiariamente el sistema ordinario, y que en ninguno de sus apartes se ha pretendido comprobar la viabilidad de los costos y deducciones, cuyo rechazo fué confirmado en la resolución que decidió el recurso gubernativo previo examen del acervo probatorio aportado con la respuesta al requerimiento especial, porque en la etapa de discusión (recurso) no se presentó ninguna objeción y por lo mismo tampoco se mejoraron las pruebas inicialmente presentadas, es decir, que respecto a los costos y deducciones no se agotó en debida forma la vía gubernativa, lo cual hace improcedente su conocimiento por parte de la jurisdicción contenciosa.

Agrega, que en cuanto al planteamiento de los dos sistemas de determinación del impuesto en el acto de liquidación, es válido, porque uno y otro no se excluyen para efectos del proceso de revisión porque el impuesto finalmente se determina con base en uno solo de ellos y como quiera que el proceso de revisión culmina con el acto oficial de liquidación, no existe imposibilidad legal para que ambos sistemas se involucren en el acto final de liquidación como una sola unidad jurídica, sí los rechazos en uno y otro sistema fueron debidamente sustentados desde el requerimiento especial, sin que pueda entonces afirmarse la coexistencia de dos liquidaciones de revisión en un mismo acto administrativo.

Y en respaldo de sus argumentos trae a colación sentencia de éste mismo despacho de fecha mayo 31 de 1991, expediente Nro. 2019, Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

El apoderado de la sociedad actora por su parte, manifiesta su preocupación porque en su concepto tanto la División de Recursos Tributarios como el Tribunal le dieron un manejo irresponsable a los antecedentes administrativos, en lo que se refiere a las pruebas aportadas con la respuesta al requerimiento especial con las cuales se demuestra el derecho que le asiste a su representada sobre los costos y deducciones rechazados en cuantía de $70.558.129, que se encuentran en el expediente al finalizar el folio 484, (1.256 folios). Así mismo, reitera todos los argumentos expuestos en la sustentación al recurso de apelación, y en consecuencia solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada, declarar nula la operación administrativa y practicar una

nueva liquidación en donde se reconozca la totalidad de costos y deducciones que fueron desestimados por la Administración de Impuestos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El objeto fundamental de la controversia en ésta etapa procesal radica en determinar en primer lugar, si el planeamiento de la liquidación de revisión en el sentido de que "en el evento de desvirtuar la anterior diferencia patrimonial su renta se determinará por el sistema ordinario teniendo en cuenta los siguientes rechazos..." y que la División de Recursos Tributarios de la Administración tuvo en cuenta para determinar la renta por el sistema ordinario de depuración, al aceptar los pasivos que originaron la diferencia patrimonial que sirvió de base a la determinación de los impuestos en la liquidación oficial, sí es ilegal como a lo largo del proceso gubernativo y jurisdiccional lo viene sosteniendo el apoderado judicial de la sociedad actora, o si por el contrario, como lo defiende la representación de la entidad demandada, los dos sistemas pueden conjugarse en el acto liquidatario de los impuestos sin que por ello, pueda afirmarse la coexistencia de dos liquidaciones de revisión sobre un mismo denuncio rentístico.

Observa la Sala, que dentro del esquema de determinación de los impuestos, consagrado a partir de la Ley 52 de 1977, el mismo se inicia con el requerimiento especial, actuación que constituye sin lugar a dudas el marco legal dentro del cual se delimita todo el proceso, ya que es en él en donde la Administración debe proponer todos los factores de la declaración de renta que se propone modificar, tanto de la renta, como del patrimonio, ganancias ocasionales etc, explicando los motivos o razones de las diferentes glosas. Significa entonces, que la Administración puede observar factores del patrimonio, y de la renta, y como consecuencia de ello, o de establecer diferencia patrimonial, plantear la determinación del impuesto anunciando, al igual que los sistemas que servirán de base para ello, ya sea por comparación patrimonial, o depuración ordinaria, según el caso.

Este planeamiento lejos de ser ilegal, a juicio de la Sala es equitativo, por cuanto facultad a la Administración en dicha oportunidad para señalar en esa única oportunidad todos los puntos que se propone modificar, y al contribuyente conocer los hechos de su declaración objetados, sobre los cuales versa el proceso así iniciado.

Ahora bien, producido el acto liquidatario de los Impuestos, con el cual se inicia la etapa de discusión del mismo, puede la Administración seguir anunciando la posibilidad de utilizar los sistemas inicialmente planteados en el requerimiento especial como aconteció en el *sublite*. A juicio de la Sala, y a contrario de lo que sostiene el apoderado de la sociedad actora, ello es

procedente, en la medida en que el mismo haya sido planteado en el requerimiento especial, actuación que como se vio constituye el marco sobre el cual se desarrolla todo el proceso de determinación y discusión del impuesto.

En efecto, si el contribuyente no justifica, por ejemplo, con la respuesta al requerimiento, especial el incremento patrimonial y tampoco los costos y deducciones observados, puede la administración validamente determinar la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios y subsidiariamente considerar la determinación de la renta por el sistema ordinario con base en las glosas obviamente anunciadas en el requerimiento especial, sin que por ello pueda considerarse que se trata de una segunda liquidación de revisión toda vez que el mismo consulta las modificaciones planteadas inicialmente, sobre cuya base debe producirse la liquidación de revisión.

Y, en la misma forma, si posteriormente el contribuyente con ocasión del recurso logra desvirtuar la diferencia patrimonial pilar de dicho sistema, como aconteció en el *sub-exámine*, queda el funcionario con la posibilidad de determinar la renta por el sistema ordinario de depuración, con la obligación de analizar las respuestas y objeciones que formuló el contribuyente sobre los demás puntos que fueron considerados en la liquidación de revisión, proceder que solo está delimitado en cuanto a los puntos señalados en la liquidación dentro del marco del requerimiento especial, y obviamente no haciendo más gravosa la situación del contribuyente.

Han sido repetidas las oportunidades en que la Sala se ha pronunciado al respecto, como en las sentencias que cita el *a-quo* en respaldo de su decisión, como la señalada por la apoderada de la Nación de fecha mayo 31 de 1991, expediente Nro. 2019 de éste mismo despacho, en uno de cuyos apartes precisa:

> "El hecho de que el sujeto pasivo de la obligación tributaria justifique el incremento patrimonial no indica que automáticamente los costos y deducciones glosados como los ingresos que se propone adicionar queden desvirtuados y que por ello la Administración se vea obligada a aceptar la liquidación privada del contribuyente, aduciendo que elegido un sistema no puede después efectuar el otro, porque a ese otro de determinación normal de la renta, también corresponde la liquidación privada presentada por el contribuyente, y no existe razón para admitir que es válido el sistema en cuanto lo aplica este, pero que no lo es, si lo aplica la Administración".

En cuanto a la sentencia que cita el apelante de fecha 29 de septiembre de 1989, no es procedente tenerla en cuenta, por cuanto si bien es cierto en ella se dijo cosa distinta a la que en ésta se sostiene, tal interpretación ha sido revaluada reiteradamente por la Sección en sentencia expedida con posterioridad

a la misma, como las que cita el Tribunal, y la apoderada de la entidad demandada, por lo tanto hace jurisprudencia sobre el tema.

Así las cosas, para la Sala no se configuran las violaciones legales alegadas en la demanda, frente al procedimiento utilizado por la Administración de Impuestos en el acto administrativo de la liquidación que se le practicó a la actora por la vigencia materia de discusión, tal como lo estableció el Tribunal.

Cuestiona así mismo el apelante el proceder del Tribunal porque en su concepto, éste al igual que la División de Recursos Tributarios de la Administración, olvidaron tener en cuenta todo el acervo probatorio presentado con la respuesta del requerimiento especial, con el cual se demuestra el derecho que le asiste a su representada para el reconocimiento fiscal de los costos y deducciones observados en cuantía de $70.558.129.

Observa la Sala, del *libelo* de la demanda correspondiente Sección III disposiciones violadas y concepto de violación, que los cargos en ella planteados contra la operación administrativa, tienden a demostrar la ilegalidad de la misma frente al planeamiento expuesto en la liquidación de revisión, en el sentido de que en ésta se determina la renta por el sistema de comparación de patrimonios y en subsidio se advierte sobre la determinación de la renta por el sistema ordinario en el evento de quedar desvirtuado el primero, y el proceder de la División de Recursos Tributarios, en cuanto éste luego de encontrar justificado el incremento patrimonial, procedió a determinar la renta por el sistema ordinario de depuración con base en los rechazos de costos y deducciones indicados en la liquidación, aduciendo como normas violadas con tal proceder, las siguientes : a) artículo 49, 50 de la Ley 52 de 1977, b) 30 del Decreto 1651 de 1961, 19 del Decreto 3803 de 1982., 52 de la Ley 52 de 1977 y c) 26 de la Constitución Nacional, 15 Inciso 5° del Decreto 2821 de 1974.

Surge de lo anterior, que la sociedad actora no controvirtió de fondo los rechazos por costos y deducciones, que sirvieron de base a la División de Recursos Tributarios para la determinación del impuesto mediante el sistema ordinario de depuración, es decir, no objetó el proceder administrativo en cuanto a la procedencia o no de los factores en mención.

Siendo así, no ve la Sala en donde está la irresponsabilidad del Tribunal, ya que el juez no puede sin desbordar los limites de su potestad, resolver temas que no han sido propuestos oportunamente, así como tampoco puede dejar sin resolver puntos que le hayan sido sometidos a su conocimiento.

El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil aplicable a los procesos administrativos por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso

Administrativo, ordena: "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda...". Y, en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, tal y como quedó subrogado por el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989, expresa que la sentencia debe "analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes..." de donde se infiere que la decisión del juez se circunscribe a lo pedido en la demanda, sin exceder sus límites.

En el caso que se debate, el Tribunal se pronunció en forma adecuada a cada uno de los cargos propuestos en la demanda, todos como se observó dirigidos a demostrar la supuesta ilegalidad de la actuación administrativa frente al aspecto de procedimiento analizado en el punto primero de este proveído, pero en ningún momento se planteó controversia alguna por el aspecto de fondo, es decir, sobre los costos y deducciones que sirvieron de base a la operación administrativa acusada.

Por ello, la Sala no puede entrar a pronunciarse acerca de la viabilidad o no de los costos y deducciones y, por lo mismo, tampoco examinar el acervo probatorio aludido por el accionante por primera vez, con oportunidad de esta segunda instancia.

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 14 de junio de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado T., Secretario

IMPUESTO A MOTELES.

En relación con el art. 1o del Acuerdo 4/88, por medio del cual se establece el monto de la Contribución al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, el sujeto pasivo, el hecho generador y su destino, ya la Sala se pronunció en sentencia del 12 de junio de 1992, exp. 3655, mediante el cual se declaró su nulidad con base en argumentos que la Sala se releva de repetir, para disponer acatar lo dispuesto en dicha providencia. Los arts. 2o, 3o, 4o y 5o del Acuerdo solo constituyen desarrollo del artículo primero anulado, en cuanto determinan el medio y el modo de hacer efectiva la contribución, así como la presunción de veracidad de la declaración y liquidación privada, normas que quedan sin objeto práctico al haber sido anulado el art. 1o. y además al corresponder al desarrollo de una atribución ejercida sin facultad legal, son igualmente nulas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4225. Actor: LUIS MIGUEL URREGO DELGADO Apelación de la sentencia del 9 de abril de 1992. Tribunal Administrativo de Cundínamarca. Juicio de nulidad del Acuerdo No 4 de 1988 del Distrito Especial de Bogotá. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia del 9 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, estimatoria de las

súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad intentado por el ciudadano **LUIS MIGUEL URREGO DELGADO**, contra el Acuerdo No 4 expedido el 5 de mayo de 1988 por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

EL ACTO ACUSADO

Es acto acusado el Acuerdo No 4 de 1988, por el cual el Concejo del Distrito Especial de Bogotá estableció una contribución, con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, a cargo de usuarios de moteles y establecimientos afines, no sujetos a vigilancia de la Corporación Nacional de Turismo, y que dice:

"Acuerdo 4 de 1988"

"Por el cual se establece una contribución"
EL CONCEJO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA
En uso de sus facultades constitucionales y legales en especial de las que le confiere el Decreto ley 3133 de 1968.

"ACUERDA:
ARTICULO PRIMERO: Los usuarios de Moteles, Estaderos, Residencias, Amoblados, Aparta-Hoteles, Hospedajes, Pensiones Hoteles, calificados como tales de acuerdo con la Licencia de Funcionamiento expedida por la Secretaría de Gobierno, pagarán mensualmente a favor de la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá, con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, una contribución del 10% del valor de la tarifa por cada servicio.

"PARAGRAFO: Estarán exentos de esta contribución todos aquellos establecimientos vigilados por la Corporación Nacional de Turismo.

"PARAGRAFO: Para el pago de esta contribución se presume que los servicios mensuales mínimos de cada uno de los establecimientos señalados en este artículo, no es en ningún momento inferior a veintiún (21) servicios mes por habitación. Sólo en casos de fuerza mayor o caso fortuito, no se tendrá en cuenta la presunción."

"ARTICULO SEGUNDO: Para efectos de la cancelación de esta contribución, los establecimientos señalados en el artículo anterior presentarán dentro de los primeros diez (10) dias hábiles de cada mes un formulario a la Tesorería Distrital, el cual será diseñado por la Secretaría de Gobierno y tendrá los siguientes datos:

SECCION CUARTA

- Nombre del establecimiento.
- Representante Legal
- Propietario
- Ubicación
- Tarifas cobradas al usuario por tipo de habitación.
- Número total de habitaciones por tarifa.
- Total de la contribución.
- Firma del propietario o representante legal del establecimiento.

"ARTICULO TERCERO: En la fecha de presentación del formulario de que trata el artículo anterior, se cancelará la contribución que el propietario o representante legal declare deber en el mismo.

"ARTICULO CUARTO: Se presume que los datos y liquidaciones hechas en el formulario de que trata el artículo anterior son ciertos y fidedignos. El establecimiento que no presente oportunamente el formulario pagará un interés de mora equivalente al certificado por la superintendencia Bancaria.

"En caso de presentar el formulario con datos falsos, el establecimiento incurrirá en las multas y penas consignadas en el Decreto 1355 de 1970.

"ARTICULO QUINTO: El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y deroga el Artículo 9 del Acuerdo 19 de 1987 y las demás disposiciones que le son contrarías."

LA DEMANDA

Acusa al Acuerdo No 4 de 1988 de violar el ordenamiento superior contenido en los artículos 43 y 197 ordinal 2o de la Constitución Nacional de 1988, 66 de la ley 57 de 1987 y 45 del Acuerdo 6o de 1985 del Distrito Especial, porque:

1) Solo en la medida que existiera una ley previa que así lo autorizara, podía el Concejo del Distrito Especial acordar la contribución.

2) No podía el Concejo desconocer en el Acuerdo el Artículo 68 de la Ley 157 de 1887 en lo concerniente a la forma de desvirtuar las presunciones.

3) La contribución impuesta no obedece al concepto que sobre la misma consagra el artículo 45 del Código Fiscal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda y anuló el acuerdo acusado al considerar que evidentemente era violatorio de las normas constitucionales invocadas por el actor, puesto que, como reiteradamente lo ha expuesto el Consejo de Estado, el poder impositivo de los Concejos Municipales no implica una facultad primaria, sino que está condicionada y subordinada a la Constitución, la ley y las ordenanzas.

LA APELACION

El apoderado judicial del Distrito Especial de Bogotá al apelar la sentencia expone no compartir el fallo porque el acuerdo demandado fue expedido precisamente "en uso de las facultades constitucionales y legales y en especial de las que confiere el Decreto ley 3133 del 1968. Base legal de la cual se establece con mediana claridad que es atribución de los Concejos Municipales y en especial el de Bogotá", votar de conformidad con la Constitución y la ley las contribuciones, impuestos y tasas y gastos locales y que en consecuencia, el Cabildo Distrital al establecer la contribución, actuó de conformidad con las atribuciones constitucionales y legales establecidas para el Distrito Especial de Bogotá.

Que tampoco el acuerdo No 4 de 1988 viola el Acuerdo 6 de 1985 por cuanto se estableció solo una contribución y no un impuesto o gravámen, términos que sin duda no son sinónimos y por lo tanto son de características diferentes.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la Jurisdicción, solicita la confirmación del fallo apelado, considerando que efectivamente cuando el Concejo de Bogotá mediante el Acuerdo No 4 de 1988, creó la contribución con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad Social de Bogotá, carecía de facultad constitucional y legal, pues ninguna ley lo autorizaba para el efecto, como claramente quedó establecido por el Consejo de Estado al conocer de la demanda que con similares propósitos entabló el ciudadano Orlando Alfonso Páez Lancheros contra el artículo 1o del mismo acuerdo No 4 de 1988, planteamiento que también fue expuesto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de marzo de 1980, Expediente 748 en la que se refirió al artículo 43 de la Constitución Nacional.

Expone que anulado el artículo 1o del Acuerdo No 4 de 1988, acusado, basta para auspiciar la nulidad pedida del articulado restante del acuerdo, resaltar

que ellos están encaminados a crear los mecanismos necesarios para el recaudo de la contribución creada y que al haber sido anulado el artículo 1o quedaron sin fundamento los artículos 2o, 3o, 4o y 5o.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con los términos de la demanda y la defensa y la intervención del Ministerio Público la Sala debe resolver sobre la legalidad del acuerdo acusado.

En relación con el artículo 1o del acuerdo demandado, por medio del cual se establece el monto de la contribución, el sujeto pasivo, el hecho generador y su destino, ya la sala se pronunció en sentencia del 12 de junio de 1992, Expediente 3655, mediante la cual se declaró su nulidad con base en argumentos que la Sala se releva de repetir, para disponer acatar lo dispuesto en dicha providencia, parte resolutiva numeral 2o.

Los artículos 2o, 3o, 4o y 5o del acuerdo, transcritos solo constituyen desarrollo del artículo primero anulado, en cuanto determinan el medio y el modo de hacer efectiva la contribución, así como la presunción de veracidad de la declaración y liquidación privada del impuesto y las sanciones por la falta de cumplimiento oportuno y exacto de la obligación. Normas que por una parte quedan sin objeto práctico al haber sido anulado el artículo 1o. fundamento de los mismos, y por la otra, al corresponder al desarrollo de una atribución ejercida sin facultad legal, son igualmente nulas y así habrá de declararlo la Corporación.

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) **ESTESE** a lo dispuesto en la parte resolutiva del fallo del 12 de junio de 1992, Expediente 3655 con relación al Artículo 1o. del Acuerdo No 4 de 1988.

2) **ANULANSE** los artículos 2o, 3o, 4o y 5o del Acuerdo No 4 expedido el día 5 de mayo de 1988 por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Cópiese, notifíque, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTIVA - Reducción / INTERVENCION DEL ESTADO / CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA

No se han probado las condiciones que ameritan el reconocimiento del beneficio tributario (reducción de la renta presuntiva), puesto que, si bien es cierto, que los decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de la facultad de intervención del Estado en la economía y especialmente en la actividad de captación, colocación y aprovechamiento del ahorro privado fijan los plazos e intereses para los préstamos que podía otorgar las CAV y las tasas efectivas de interés anual, también en ellos se fija la corrección monetaria limitada al 23% anual. Es decir que como mínimo por cada unidad de poder adquisitivo constante se permitía un rendimiento equivalente al 29% en total del valor del dinero o capital prestado, porcentaje superior al que por ingresos determina la ley que es del 2%.

RENTA PRESUNTIVA / INTERVENCION DEL ESTADO / ACTIVIDAD FINANCIERA

No es válida la interpretación de que la simple circunstancia de imposición de límites a las tasas de interés en captación y colocación de dinero, como cualquier otra medida de control o límites de precios, sea exonerativa de la renta presuntiva, por el solo hecho que ella límite la rentabilidad del dinero; si así fuera, toda intervención del Estado en la economía realizada conforme a las facultades constitucionales de los arts. 32 y 120 de la Constitución Nacional de 1886, entonces vigente, en cuanto restringen la libertad de empresa y el libre juego de oferta y demanda seria suficiente para dejar inoperante el sistema de renta presunta. Tampoco puede

aceptarse que por efecto de estas medidas, la empresa genere o esté autorizada para generar pérdidas para efectos fiscales.

SANCION POR LIBROS - Improcedencia / PROVISION DE CARTERA / DEDUCCION / IMPUESTO DE RENTA

La sanción por libros no encaja dentro de la causal invocada, por cuanto no es cierto que los libros de la sociedad no refleja en su situación económica, toda vez que la provisión de cartera contabilizaría corresponde a las exigencias que prescribe la Superintendencia, las cuales no coinciden con las regulaciones fiscales. Los sistemas de provisión de cartera, de no estar regulados por la ley o por una autoridad como la Superintendencia Bancaria permiten al comerciante obrar según su propio criterio de protección a su capital, constituyendo las provisiones que considere adecuadas a la antigüedad de su cartera, el riesgo con sus clientes, etc. y por ello no hay porcentuales obligatorios. Estos los prescriben para este caso, las disposiciones de la Superintendencia Bancaria, para el sector financiero y la legislación fiscal.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa tres (1993).

Consejera Ponente: Dra *Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 4450. Apelación sentencia del 14 de agosto de 1992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal y renta 1984. Actor: AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y NIT 9O.307.031

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 14 de agosto 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 AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA, NIT: 90.307.031 contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de renta y complementarios a cargo, por la vigencia fiscal de 1984.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1984 el 10 de mayo de 1985, la adicionó el 10 de julio del mismo año y denunció pérdida fiscal por valor de $559.034.116, por lo que se liquidó privadamente el impuesto de $540.739, sobre renta presuntiva de $1.745.895.

Mediante auto comisario 000144 del 17 de julio de 1986, la Administración de Impuestos Nacionales ordenó inspección tributaria a la sociedad contribuyente con el fin de determinar el impuesto de renta correspondiente a esta anualidad fiscal.

Con base en los resultados que arrojó la diligencia administrativa, que quedaron consignados en el Acta de visita, la Administración mediante el requerimiento especial #000052 del 29 de enero de 1987 propuso a la sociedad la modificación de su liquidación privada, para incrementar la renta presuntiva, adicionando a la base gravable el valor de los intereses y corrección monetaria por $4.958.387.935, excluído por ésta de la base sobre ingresos y alternativamente, el rechazo de costos y deducciones por $430.427,425; la modificación del patrimonio líquido fiscal como consecuencia de ediciones el activo por $391.999.363, correspondiente el menor valor de los deudores comerciales, no contabilizado, y el rechazo del pasivo por $17.775.350 por concepto de corrección monetaria e intereses cansados a favor del Banco de la República no certificados por la entidad bancaria

Propuso así mismo, la imposición de sanciones por libros e inexactitud.

Mediante la liquidación de revisión #000665 de 28 de octubre de 1987, la Administración determinó a la sociedad el impuesto de renta por el sistema de renta presunta con base en los ingresos totales por cuanto los intereses y corrección monetaria no podían excluirse de la base gravable porque la actividad generadora de este tipo de renta, era diferente de la contemplada en el numeral 6o del artículo 3o del decreto 353 de 1984, en concordancia con el artículo 15 numeral 2o de la Ley 09 de 1983. Igualmente modificó el patrimonio líquido fiscal de la sociedad e impuso la sanción por libros de contabilidad.

Contra dicho acto administrativo, la sociedad recurrió en reconsideración, alegando que tenía derecho a la exclusión de los intereses y corrección monetaria de la base gravable para la determinación de la renta presunta y la improcedencia de la sanción por libros.

El recurso fue fallado con la resolución 000290-P del 21 de noviembre de 1988, que modificó la sanción por libros para reducirla de $69.233.609 a $1.283.245, conforme con lo dispuesto en el artículo 57 del decreto 3803 de 1982.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho acudió la actora ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para acusar el acto administrativo de haber incurrido en violación de los artículos 2° y 20 de la Constitución Nacional; 19 y 56 del decreto 3803 de 1982; 2° y 6o del decreto 353 de 1984; 5° de la Ley 9a de 1983; 46 del decreto 2543 de 1987 y 147 del decreto 2503 de 1987 y 34 del decreto 2821 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de agosto de 1992, denegó las súplicas de la demanda el considerar infundados los cargos de:

a) Nulidad por violación del procedimiento e incompetencia del funcionario expuestos en la demanda.

b) De violación de los artículos 15 de la Ley 09 de 1983 y 3° del decreto 353 de 1984, porque la medida relacionada con los topes de intereses fijada por el Gobierno para el año de 1984, constituye un mecanismo para evitar el desbordamiento de los medios de pago en desarrollo de la política monetaria del Gobierno y en ningún caso un control de precios, máxime sí se observa que esta regulación no generó el que la sociedad obtuviera una rentabilidad inferior al 2% de sus ingresos netos.

c) De desconocimiento de las normas que regulan la sanción por libros, porque la sanción se aplicó por no contabilizar la provisión general de cartera, solicitada como deducción, lo cual permite concluir que sus libros no reflejaban el verdadero movimiento, infracción ésta constitutiva de causal de sanción, de conformidad con la ley, como lo argumenta la administración.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, apela la sentencia de primera instancia y afirma que tanto en el fallo como en los actos administrativos acusados existe un criterio contrarío a la realidad económica y jurídica, cual es el afirmar que en la actividad de los intermediarios del crédito no existe control de precios sino

intervención del Estado en el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro privado, para determinar topes máximos, controles de tasas de interés, y límites de corrección monetaria, lo cual constituye un contrasentido, pues también hay control de precios en la actividad financiera y que este control existió para el año de 1984 a través de los decretos 2928 y 2929 de 1982, 1325 de 1983 y 1131 de 1984.

Alega además nulidad procesal, del acto administrativo el proponer como alternativa, la aplicación del sistema ordinario para calcular la renta. Considera que el Tribunal no puede hacer una liquidación de revisión con doble pretensión, pues dicho procedimiento implica necesariamente un vicio, en la medida que la Administración va a poder practicar una nueva liquidación que la ley no autoriza.

Cuestiona también la sentencia en cuanto mantiene la sanción por libros de contabilidad, pues la sociedad no incurrió en ninguna de las causales que taxativamente contempla el artículo 34 del decreto 2821 de 1974.

Pide se revoque la sentencia, se anulen los actos acusados y se accede a las súplicas de la demanda.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la sociedad actora, por cuanto la afirmación de que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda tienen por objeto ofrecer el servicio de otorgar préstamos (mutuo con Interés) a cambio de unos intereses y corrección monetaria, los cuales son el precio del servicio, que no es fijado por la ley de oferta y demanda, sino mediante disposiciones de orden legal y administrativo, es desacertada en cuanto confunde precio y tasa de interés.

Precisa las diferencias entre precio y tasa de interés, para concluir que la Ley 089 de 1983 es clara en el sentido de que la exclusión de ingresos de la base, opera solo cuando los mismos están afectados por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios y no cuando la actividad sea intervenida o controlada con otros fines, como lo es la política económica sobre los medíos de pago, en razón de los créditos a constructores o a quienes adquieren vivienda.

Anota que el artículo 15 de la Ley 09 de 1983 el establecer una presunción mínima de rentabilidad, traslada la carga de la prueba de las circunstancias exonerativas de dicha presunción en cabeza del contribuyente, por lo que, este debió comprobar las circunstancias que lo llevaron a obtener una rentabilidad menor a la legalmente presunta, la proporción en que influyeran estas en la

obtención de una renta presunta inferior, pero que dicha reducción no la puede efectuar el contribuyente sino que éste debe acudir al Ministro de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con lo establecido por el artículo 50 de la Ley 55 de 1985.

Aunque nada dice sobre la sanción por libros, concluye que es inobjetable la legalidad de los actos impugnados y solicita se confirme la sentencia recurrida.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada porque:

a) Sí bien la sociedad sostiene que de acuerdo con el artículo 19 del decreto 3803 de 1982, la Administración de Impuestos Nacionales debe optar y practicar por una sola vez la liquidación oficial del impuesto, al dejar abierta la posibilidad de una liquidación subsidiaría, creó una dualidad en el proceder de la determinación del tributo, que no se compadece con el procedimiento indicado en la ley, por ello baste anotar para rechazar el cargo, que la Administración practicó una sola liquidación, y el hecho de que hubiera provisto la posibilidad de modificarlo no constituye la expedición de una segunda liquidación y además al resolver un recurso, tal modificación tampoco podría tomarse como la expedición de una nueva liquidación.

b) Con relación al incremento de la renta presuntiva, estima que no hubo violación de las normas superiores porque aún en el supuesto caso de que el término "precio" sea aplicable a los "intereses" y "corrección monetaria" que cobran las Corporaciones de Ahorro y Vivienda no por eso es válido afirmar que al ejercer la facultad de fijar su monto, el Estado afecta la actividad económica de esas organizaciones, ya que establecer los topes del interés que pueden cobrar las Corporaciones no limita, restringe, afecta o causa perjuicios a la actividad económica de aquéllas.

Concluye que los intereses y la corrección monetaria no encuadren en el concepto de precio.

En relación con la sanción por libros estima que ésta debe mantenerse, pues una cosa es la determinación de las bases gravables y otra muy diferente la imposición de la sanción por irregularidades de la contabilidad, que se tipificó en el *sub-lite* por el hecho de haber solicitado la deducción por provisión general de cartera, sin haberla contabilizado.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Comparte la Sala la decisión del *a-quo* en cuanto a negar la nulidad de los actos demandados por haber planteado la alternativa de dar aplicación al sistema ordinario para calcular la renta, toda vez que en el presente caso no se aplicó y por lo tanto no es necesario entrar a analizar el tema de la doble liquidación, que sería lo que a juicio de la actora daría lugar a la invocada nulidad.

Igualmente se comparte lo dicho por el *a-quo* en relación con la competencia de quien hizo la liquidación, el cual según consta en el expediente era el funcionario competente para hacerlo.

2. **Renta Presuntiva**

El artículo 15 de la Ley 09 de 1983, estableció los mecanismos para determinar la renta presuntiva bien sobre el patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, bien sobre los ingresos netos del respectivo ejercicio fiscal.

Para efectos de la determinación de esta renta, tanto el contribuyente como la Administración tomaron como base para el cálculo respectivo los ingresos del ejercicio impositivo.

Con el fin de determinar la base de ingresos a la cual se aplicaba el porcentaje del 2% (para el año de 1984) la Ley 9a de 1983 artículo 15 en su inciso 4° dispuso que:

> "La presunción de que trata este artículo, se reducirá proporcionalmente sobre aquella parte de los ingresos netos y del patrimonio líquido vinculada a empresas en período improductivo, o afectada por hechos constitutivo 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 liquida inferior. Al resto de los ingresos netos y del patrimonio líquido se aplican los respectivos porcentajes establecidos en el presente artículo".
>
> "La reducción proporcional también se hará en los siguientes casos, debidamente comprobados:"
>
> "1. Cuando se trate de propiedades urbanas afectadas por prohibiciones de urbanizar o por congelación de arrendamientos".

"2. Cuando la actividad económica del contribuyente se encuentre afectada por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios, a conservación de sitios históricos o de recursos naturales ..." (Subraya la Sala).

Al aplicar la norma, en primer lugar debe establecerse si la actividad del contribuyente se encuentra afectada por disposiciones legales de control de precios y en segundo lugar si en tal evento, cumplió o no los requisitos que lo hacían merecedor del beneficio tributario, pues es quien considere estar amparado con dicha medida, a quien le corresponde solicitar y comprobar en derecho y ante el funcionario competente, en cada caso particular, la existencia de este control de precios y su incidencia en la obtención de su renta, de tal manera que impliqué, que por efectos negativos del control de precios, el patrimonio líquido no puede generar una utilidad del 8% o más, y que la rentabilidad sobre los ingresos netos fue inferior al 2% de los mismos.

En el asunto objeto de discusión no se han probado las condiciones que ameritan el reconocimiento del beneficio tributario, puesto que, si bien es cierto, que tanto los decretos 2928 y 2929 de 1982, como los decretos 1325 y 1131 de 1984 expedidos por el Gobierno en ejercicio de la facultad de intervención del Estado en la economía y especialmente en la actividad de captación, colocación y aprovechamiento del ahorro privado fijan los plazos e intereses para los préstamos que podían otorgar las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y las tasas efectivas de interés anual, también en ellos se fije la corrección monetaria limitada al 23% anual. Es decir que, como mínimo por cada unidad de poder adquisitivo constante, que obviamente debía reflejarse en pesos a la fecha de expedición del documento, se permitía un rendimiento equivalente al 29% en total del valor del dinero o capital prestado, porcentaje superior al que por ingresos determina la ley.

De otra parte, si la rentabilidad por concepto de préstamos era equivalente a por lo menos 29% para el año de 1984, no se ve que el límite de especulación permitido por el Gobierno haya afectado esos mismos ingresos por debajo de una rentabilidad mínima inferior el 2% de los mismos, y tampoco que por los mismos topes, se haya generado una pérdida fiscal para la actora en el año fiscal de 1984, pues ni la certificación contable allegada al proceso, ni el peritazgo que sobre la contabilidad de la actora practicó el Tribunal, llevan a dicha conclusión, ya que solo dan fe de que la sociedad actora, se ajustó en la colocación de préstamos a terceros, a los límites que sobre tazas de interés fijó el Gobierno Nacional, emitiendo cualquier alusión al rendimiento financiero que para el mencionado año representa la corrección monetaria fijada en las mismas normas.

SECCION CUARTA

Sí se analizan la declaración presentada por la sociedad actora y el acto administrativo de determinación oficial del impuesto puede observarse, de una parte, que uno de los fundamentos del rechazo de costos y deducciones en el relacionado con la provisión de cartera solicitado por $447.554.289 que no estaba contabilizada, pues el valor registrado en libros solo fué de $17.126.864 (fl. 0041 tinta verde cuaderno de antecedentes administrativos) y por la otra, la existencia de gastos por concepto de desencajes, sanciones, provisiones y otros gastos no deducibles que redundan en una menor utilidad de la empresa, pero no por el hecho de la fijación de límites a las tasas de interés y corrección monetaria, sino por hechos imputables a la sociedad contribuyente, algunos de ellos derivados del desacato de las normas de policía administrativa relacionados con su límite de endeudamiento.

En ente orden de ideas resulta inadmisible la reducción proporcionar de la renta presunta sobre ingresos, por hechos que no se relacionan con el pretendido control a los rendimientos financieros que pueden cobrar las Corporaciones a los usuarios del Crédito, sino originados en conductas de la propia contribuyente que le impidieron obtener unas utilidades similares a las logradas por otros entes, dentro del mismo renglón de actividad, sujetos a los mismos parámetros y controles legales.

No resulta en consecuencia válida la interpretación de la actora en el sentido de que la simple circunstancia de imposición de límites a las tasas de interés en captación y colocación de dinero, como cualquier otra medida de control o límites de precios, sea exonerativa de la renta presunta, por el solo hecho que ella límite la rentabilidad del dinero; si así fuera, toda intervención del Estado en la economía realizada conforme a las facultades constitucionales de los artículos 32 y 120 de la Constitución Nacional de 1886, entonces vigente, en cuanto restringen la libertad de empresa y el libre juego de oferta y demanda sería suficiente para dejar inoperante el sistema de renta presunta. Tampoco puede aceptarse que por efectos de estas medidas, la empresa genere o esté autorizada para generar pérdidas para efectos fiscales.

En consecuencia la sentencia de primera instancia debe confirmarse, en este aspecto, pero por las razones aquí expuestas, mas no porque solo en materia de compraventa exista un precio, ya que contrariamente a lo allí expresado todo contrato a título oneroso (entre ellos el mutuo con intereses) genera obligaciones para ambas partes, y para quien recibe el dinero en mutuo su contraprestación o precio es el interés o rendimiento financiera pagado, sin perjuicio de la devolución de la suma principal.

Por otra parte, no es válida la invocación hecha por la demandada de una norma que no estaba vigente para el *sub-líte* como lo era el artículo 50 de la

Ley 55 de 1985, y la cual, por esa misma razón no fue citada por la Administración porque no podía hacerlo en el requerimiento para efectos del rechazo de la exclusión de los ingresos discutidos de la base de renta presunta.

3. **Sanción por Libros**

En cambio, la Sala no comparte lo decidido por el Tribunal en relación con la sanción impuesta por la Administración y la cual fué discutida desde la vía gubernativa.

En efecto, la sanción por libros de contabilidad fue impuesta por la Administración con fundamento en el artículo 34 del decreto 2821 de 1974 ".... puesto que los libros no demuestran la verdadera situación económica de la sociedad ..." (Memorando explicativo de la liquidación de revisión, folio 45 c. p.), con base en el hecho de que la contribuyente solicitó como deducción por reserva general de cartera la suma de $430.427.425 y los libros solamente registraban la suma de $17.126.864 por dicho concepto.

Lo anterior, a juicio de la Sala es una situación que no encaja dentro de la causal invocada por la Administración, tal como lo alega la parte actora, por cuanto no es cierto que los libros de la sociedad no reflejen su situación económica, toda vez que:

1. La provisión de cartera contabilizada corresponde a las exigencias que prescribe la Superintendencia, las cuales no coinciden con las regulaciones fiscales.

2. Los sistemas de provisión de cartera, de no estar regulados por la ley o por una autoridad como la Superintendencia Bancaria, permiten al comerciante obrar según su propio criterio de protección a su capital, constituyendo las provisiones que considere adecuadas a la antigüedad de su cartera, al riesgo con sus clientes, etc., y por ello no hay porcentajes obligatorios. Estos los prescriben para el caso de autos, las disposiciones de la Superintendencia Bancaria para el sector financiero y la legislación fiscal.

3. La diferencia establecida entre la solicitud de deducción por reserva de cartera y la cuna contabilizada por la contribuyente, por éste mismo concepto prueba el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos por la ley fiscal para aceptar una deducción de la renta, de acuerdo con la legislación tributaría. Pero no implica el que los libros de contabilidad no reflejen la verdadera situación económica de la sociedad.

SECCION CUARTA

Así las cosas, se revocará la decisión apelada en ente aspecto, para anular la sanción por libros de contabilidad, impuesta por la Administración.

De acuerdo con lo anterior la liquidación quedará así:

	BASE	IMPUESTO
Renta líquida presuntiva, no varía	$100.913.653	
Rentas exentas	—0—	
Renta gravable, no varía	$100.913.653	$40.365.461
Menos: descuentos tributarios,no varían		157.619
Total impuesto renta		$40.207.842

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. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 14 de agosto de 1992, en el proceso N°6942.

2. En su lugar fíjese en la suma de CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS ($40.207.842) el impuesto a la renta a cargo de AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA S. A., por el año 1984, de acuerdo con la liquidación hecha en la parte motiva de este providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA / PASIVO - Reajuste / PATRIMONIO - Reajuste / CORRECCION MONETARIA

La naturaleza misma de las Corporaciones de Ahorro, establece que una vez constituidos los depósitos por los ahorradores, debe aquella reconocer el reajuste correspondiente a la corrección monetaria, lo cual obviamente repercute en un mayor valor de su pasivo, dependiendo del tiempo transcurrido. Pero la norma que a través de un medio sancionatorio, busca que exista y se mantenga por parte de las Corporaciones, una proporción preestablecida entre las partidas que representan el desarrollo de las actividades propias de la entidad y los rubros patrimoniales que son garantes de aquellas, nada dijo sobre la posibilidad de tomar el concepto capital-reservas, que es de por si invariable, aplicándole el reajuste del UPAC.

ENDEUDAMIENTO / CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA / FACULTAD SANCIONATORIA

Existen mecanismos administrativos y financieros que permiten a las Corporaciones tomar las medidas preventivas necesarias tendientes a evitar el desbordamiento de la relación exigida, pues los rubros que conforman el pasivo para con el público son susceptibles de ser manejados en forma tal, que no excedan la relación 1-30 exigida en la ley. Es evidente que aquellas entidades que por disposición legal están obligadas a cumplir con unas determinadas políticas del estado, deben realizar su gestión en forma tal que no se vean expuestas a soportar las sanciones existentes, puesto que cuando las CAV han sobrepasado determinada proporción del capital pagado y sus reservas, no puede menos la entidad encargada de vigilar su gestión que aplicar

la sanción contemplada en la ley, cuando se den los elementos circunstanciales que impiden el desbordamiento comentado.

FUERZA MAYOR - Inexistencia / ENDEUDAMIENTO CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA.

Entendida la fuerza mayor como "..el imprevisto al que no es posible resistir..", entran en su conformación dos elementos fundamentales; que el hecho sea imprevisto y que no se pueda resistir. Cuando una norma que busca un equilibrio en los niveles de endeudamiento de las Corporaciones, define previamente cual es la proporcionalidad que debe mantenerse, no puede alegarse por parte de aquellas que se encuentran ante un imprevisto, cuando la previsión normativa ha sido conocida con antelación a la ocurrencia del hecho sancionado. Tampoco es un hecho irresistible, pues se ha recalcado que las entidades si tienen a su alcance una serie de mecanismos y herramientas administrativas, que les permiten evitar colocarse en la situación sancionada.

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Sobre la aplicación del principio de la favorabilidad en sanciones de naturaleza administrativa o se ha dicho reiteradamente la inaplicabilidad de los principios generales consagrados en materia criminal, al derecho administrativo. El aspecto sancionatorio de este último, no está gobernado por los métodos y principios del derecho penal, gozando de regulación y finalidades propias, que consultan al orden público económico, utilizando mecanismos para hacer cumplir sus preceptos, de naturaleza eminentemente patrimonial. No implica ello el desconocimiento en este tipo de sanciones administrativas, de las reglas de procedimiento general previstas en las Constitución Nacional o la posibilidad de remisión, en algunos casos específicos, a otro tipo de normatividad.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C. veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente N°4484 Actor: CORPORACION COLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA "GRANAHORRAR".FALLO.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA GRANAHORRAR, contra la sentencia de 23 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 instaurado contra los actos administrativos mediante los cuales la Superintendencia Bancaria le impuso unas multas.

ANTECEDENTES:

Revisados por la Superintendencia Bancaria los balances de la entidad financiera correspondientes a los meses de julio de 1986, noviembre y diciembre de 1987, encontró que presentaban excesos de la relación capital - pasivo para con el público, en contravención de la proporcionalidad exigida por el artículo 20 del decreto 1325 de 1983. Produjo así las Resoluciones Nos. 0563, 0564 y 0565 de 23 de febrero de 1988, en las cuales aplicó sendas multas por $7.083.758, $9.343.626 y $14.852.437.

Interpuesto recurso de reposición contra las anteriores Resoluciones, fueron resueltos desfavorablemente y de manera conjunta, en la Resolución No.3936 de 24 de noviembre de 1989.

Instaurada oportunamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad actora formuló sus cargos de violación con respecto a normas de rango constitucional y legal, afirmando que en dichas decisiones se dió una interpretación y aplicación errónea al Decreto 1325 de 1983, pasando por alto la imposibilidad de suspender un servicio público. Los elementos circunstanciales que dieron lugar al hecho sancionado obedecieron a una fuerza mayor y no se respetaron en el debate gubernativo las garantías procesales a que tenía derecho. Adicionalmente, el procedimiento aplicado para la liquidación de la sanción fue incorrecto, en perjuicio de los intereses de la demandante.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció sobre los cargos propuestos, en el mismo orden en que fueron formulados en la demanda.

SECCION CUARTA

- Con respecto al cargo relacionado con la interpretación y aplicación errónea del artículo 20 del decreto 1325 de 1983, por haber tenido en cuenta la Superintendencia Bancaria el capital pagado y las reservas por su valor fijado y valorado al momento de la constitución y en cambio, el pasivo para con el público por su valor en Upac y no el correspondiente a la fecha de los depósitos, consideró que, la ley dispone que la contabilización de los depósitos en las Corporaciones de Ahorro y Vivienda para efectos de determinar el pasivo para con el público, debe hacerse por su equivalente en unidades de poder adquisitivo y no por su valor nominal como lo pretende la demandante. Pero al no existir normatividad alguna que permita aplicar dicho reajuste al capital pagado y sus reservas, necesariamente estos deben tomarse por su valor nominal.

- Sobre la imposibilidad de suspender la prestación de un servicio público, otorgado en la ley a las Corporaciones, para que se dediquen a la promoción y captación al ahorro privado, responsabilidad que les impide negar a los ahorradores la posibilidad de que depositen sus dineros, sostuvo el Tribunal que siendo ésta una obligación de la Corporación, deben ellas adecuar los mecanismos administrativos y financieros necesarios que les permitan adoptar las medidas de previsión que eviten los excesos sancionados en la actuación demandada. Aunque la fijación de la corrección monetaria no es competencia de las entidades de crédito, sí se le conoce con la anterioridad suficiente para tomar las medidas necesarias para evitar la situación cuya sanción se discute.

- Los argumentos con que se plantea la configuración de la "fuerza mayor" no implican en sí la ocurrencia de un hecho imprevisible e irresistible, sino que aluden en esencia, a los argumentos en que se sustentan los dos primeros cargos, a lo cual reitera el Tribunal que el desbordamiento de la relación pasivo - capital no puede entenderse como un hecho imprevisible, contando las Corporaciones con los elementos necesarios para hacer manejable, a través de los mecanismos adecuados, la posible situación de exceso.

- Planteada por la demandante la violación de las garantías procesales, en razón de haber impuesto la Superintendencia sanciones por los meses de noviembre y diciembre de 1987, con base en el artículo 20 del decreto 1325 de 1983 que ya estaba derogado, estimó el *a-quo* que la norma si era aplicable en dichos meses, pues en el artículo 11 del mismo estatuto se había dispuesto que el artículo 20 "regirá hasta el 31 de diciembre de 1987 ". En cuanto a la solicitud de aplicar el principio de la favorabilidad para no sancionar a la demandante por los defectos en que incurrió durante el mes de julio de 1986, se apoyó en jurisprudencia de Consejo de Estado para concluir, que si bien este principio es válido en sanciones de carácter penal, no es aplicable en materia administrativa. Tampoco encontró fundado el cargo relacionado con la violación del derecho de defensa, por cuanto las normas legales citadas como infringidas, no son

aplicables al procedimiento que debe seguir la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones a las entidades financieras.

- Sobre la liquidación incorrecta de la sanción del 3%, estima el Tribunal de primera instancia que existe una diferencia de interpretación en cuanto a la base sobre la cual se debe cuantificar la multa y da la razón a la Superintendencia Bancaria, no sin antes objetar lo que al respecto afirmaron los peritos en su dictamen.

Procedió en consecuencia a negar las súplicas de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la sociedad actora apela la anterior decisión, reiterando los argumentos expresados en la demanda, que no fueron acogidos por el Tribunal en la providencia recurrida.

La relación de 1 a 30 que deben guardar las Corporaciones de Ahorro, entre el capital y reservas y sus pasivos para con el público, no debe cuantificarse tomando por una parte el valor estático del capital y las reservas y por los otros los pasivos en su valor en UPAC que cada dia debe ser objeto de reajuste, sino que debe tomarse el valor de los pasivos por el monto de los depósitos efectuados, sin reajuste de UPAC. De lo contrario, se estaría tomando los extremos de cuantificación de una manera indebida y así lo hizo la Superintendencia en los actos acusados. Esta interpretación fué respaldada por el Dictámen Pericial, ignorado por el Tribunal.

Como el volúmen de captaciones de una Corporación es absolutamente incierto, bien cabe el concepto de fuerza mayor, máxime cuando se trata de un servicio público cuya prestación tiene origen legal, sin que puedan alegarse situaciones como la aquí sancionada para suspenderlo. Insiste en la aplicación del principio de la favorabilidad, en razón a la derogatoria expresa del artículo 20 del Decreto 1325 de 1983, por parte del Decreto 721 de 1981.

Se violó el derecho de defensa de la actora, cuando no se le permitió hacer manifestación alguna, con anterioridad a la expedición de las resoluciones sancionatorias. Solicita al Consejo de Estado que modifique la base de cuantificación de la sanción, conforme a lo expresado en el dictámen pericial sobre éste punto.

La Superintendencia Bancaria se opone a las pretensiones de la apelante, señalando que los extremos fijados en la norma para establecer la relación no admiten interpretación diferente a la definición legal y que la corrección

monetaria es también un pasivo para con el público, que no puede ser desconocido en la relación. Se trata de medidas para controlar la capacidad de endeudamiento de las entidades financieras, con miras a proteger el interés público y a preservar el orden económico. Todo lo anterior se refiere al concepto de apalancamiento, que trata sobre la relación que debe existir entre las captaciones o colocaciones y las partidas patrimoniales de los intermediarios financieros.

La posibilidad de verse obligado a suspender un servicio público o la configuración de una fuerza mayor, no son convincentes cuando uno de los factores que sirven de base para determinar la relación de endeudamiento, como es el capital pagado y las reservas, es del resorte mismo de la Corporación y cuyo monto es establecido por los propios accionistas. Las Corporaciones pueden y deben tomar las medidas necesarias para prevenir el desbordamiento de la relación 1-30, evitando conductas imprudentes que puedan conducirlas a la comisión de la infracción.

Después de exponer sus consideraciones sobre los puntos planteados en la demanda sobre temas como la configuración de la fuerza mayor, la violación de las garantías procesales, el principio de la favorabilidad de la ley, el cuestionamiento sobre la forma como la Superintendencia liquidó la multa, además de un análisis de las conclusiones del Dictámen Pericial, solicita la confirmación de la sentencia apelada.

EL MINISTERIO PUBLICO

No presentó alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Superintendencia Bancaria consideró que la Corporación de Ahorro y Vivienda "Granahorrar" se había hecho acreedora, en los meses de julio de 1986, noviembre y diciembre de 1987, de la multa aplicable por la contravención de la proporcionalidad de 1-30 exigida en el artículo 20 del decreto 1325 de 1983.

Como el resultado para la demandante de la decisión de primera instancia le fue totalmente desfavorable y al referirse el recurso de alzada a los mismos cargos de violación formulados en el *líbelo* inicial, encuentra la Sala oportuno referirse a cada uno de ellos, en el mismo orden en que en su momento lo hiciera el Tribunal.

1.-Interpretación y aplicación errónea del artículo 20 del decreto 1325 de 1983.

Se refiere la formulación de este primer cargo, a los extremos de comparación que sirven de base para determinar la relación 1-30 que exige la ley, respecto del cual sostiene la actora que mientras los pasivos para con el público son tomados por el valor inicial más la corrección monetaria causada, el concepto de capital-reservas sólo se cuantifica por su valor inicial. Se debería tomar los extremos por sus valores equivalentes, pues una situación diferente es imposible de cumplir.

El Tribunal desestimó ésta interpretación, con extensos argumentos que comparte la Sala, por cuanto la naturaleza misma de las Corporaciones de Ahorro, establece que una vez constituidos los depósitos por los ahorradores, debe aquella reconocer el reajuste correspondiente a la corrección monetaria, lo cual obviamente repercute en un mayor valor de su pasivo, dependiendo del tiempo transcurrido. Pero la norma que a través de un medio sancionatorio, como lo es la imposición de una multa, busca que exista y se mantenga por parte de las Corporaciones, una proporción preestablecida entre las partidas que representan el desarrollo de las actividades propias de la entidad y los rubros patrimoniales que son garantes de aquéllas para los eventos de riesgos que ofrece el sector financiero, nada dijo sobre la posibilidad de tomar el concepto capital - reservas, que es de por si invariable, aplicándole el reajuste del UPAC.

Un principio general del derecho informa que donde el legislador no distingue, no le es dable al interprete distinguir y por ello, como del tenor literal del artículo 20 del decreto 1325 de 1983 no se desprende nada diferente a las bases de cuantificación tomadas por la Superintendencia Bancaria, a saber: por una parte el total del pasivo para con el público, por su valor real al momento de la confrontación, contra un valor fijo de capital y reservas por la otra. No puede aceptarse entonces como válida la afirmación de la demandante, de haberse presentado en este caso una interpretación errónea de la norma, por el hecho de haber aplicado la Superintendencia la sanción, al encontrar configurado el presupuesto *fáctico* señalado en la ley, de una manera diferente a la pretendida por la actora. Igual consideración merece el procedimiento empleado en el dictámen pericial rendido ante la jurisdicción, en donde se hace desaparecer el exceso que dió lugar a la infracción, expresando los valores del capital y las reservas, en cifras actualizadas en UPAC, cuando así no lo establece la ley.

Encuentra por tanto la Sala procedente confirmar lo decidido en la primera instancia sobre este punto, por no existir razón legal alguna, que permita dar aplicación al procedimiento solicitado en la demanda.

2.- Imposibilidad de suspender un servicio público.

SECCION CUARTA

Afirma la demandante que en razón de la finalidad intrínseca de las Corporaciones de Ahorro y con el fin de cumplir con los objetivos sociales y económicos para los cuales fueron creados, tienen la obligación de recibir los depósitos de sus ahorradores, en forma tal que una negativa al respecto, debería entenderse como una violación de las normas que las crearon, implicando además una injustificada supresión de un servicio público.

Para el Tribunal, existen mecanismos administrativos y financieros que permiten a las Corporaciones, tomar las medidas preventivas necesarias tendientes a evitar el desbordamiento de la relación exigida, pues los rubros que conforman el pasivo para con el público, son susceptibles de ser manejados en forma tal, que no excedan la relación 1-30 exigida en la ley.

Como en numerosas oportunidades ha expresado la Sala, cuando se ha referido a la aplicación de la sanción originada en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 1325 de 1983, es evidente que aquellas entidades que por disposición legal están obligadas a cumplir con unas determinadas políticas del Estado, en este caso de carácter económico, deben realizar su gestión en forma tal, que no se vean expuestas a soportar las sanciones existentes, cuando se configure un incumplimiento en su encargo. Y si se ha exigido a las Corporaciones de Ahorro que sus obligaciones en dinero para con terceros, no sobrepasen determinada proporción del capital pagado y sus reservas, todo con el fin de asegurar la protección que deben tener los ahorradores en su patrimonio, no puede menos la entidad encargada de vigilar su gestión, que aplicar la sanción contemplada en la ley, cuando se den los elementos circunstanciales que impliquen el desbordamiento de la relación.

Por lo demás, la norma que tiene la finalidad específica anteriormente señalada la protección del ahorrador no tiene causales exonerativas para su cumplimiento, lo que impide que pudieran llegar a ser establecidas y aplicadas por la Superintendencia en desarrollo de su labor de inspección y vigilancia.

3.- Fuerza Mayor.

Para la entidad apelante, el hecho de que los pasivos crezcan en proporción geométrica, mientras el capital y las reservas se mantienen estáticos, implica una fuerza mayor, que impide mantener la relación de 1-30 entre los extremos a comparar. Para el Tribunal, el argumento con que pretende configurarse la ocurrencia de una fuerza mayor, no corresponde a un hecho imprevisible e irresistible que impidiera el cumplimiento de la proporción exigida, sino a la falta de adecuación de las medidas necesarias para evitar el desbordamiento sancionado.

En efecto, entendida la fuerza mayor como "...el imprevisto al que no es posible resistir...", entran en su conformación dos elementos fundamentales; que el hecho sea imprevisto y que no se pueda resistir. Cuando una norma que busca un equilibrio en los niveles de endeudamiento de las Corporaciones, define previamente cual es la proporcionalidad que debe mantenerse, no puede alegarse por parte de aquellas que se encuentran ante un imprevisto, cuando la previsión normativa ha sido conocida con antelación a la ocurrencia del hecho sancionado. Tampoco es un hecho irresistible, pues en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales se ha recalcado que las entidades si tienen a su alcance una serie de mecanismos y herramientas administrativas, que les permiten evitar colocarse en la situación sancionada. Además, como la finalidad de la norma es de carácter general, con una finalidad propia, cual es la preservación y seguridad del orden público económico y la protección de los intereses patrimoniales de quienes de buena fe confían parte de sus bienes a entidades facultadas para captar el ahorro del público, si bien su cumplimiento puede resultar incómodo para las Corporaciones de Ahorro, no puede considerarse como imposible de cumplir, ni puede dar lugar a la inaplicación de la sanción por parte de la Superintendencia, cuando detecte el exceso o desbordamiento del máximo de proporcionalidad señalado en la ley.

4.- Violación de las garantías procesales.

Los cuestionamientos de la demanda, en relación a aspectos de carácter procedimental, abarcan tres aspectos:

1.-Aplicación en los meses de noviembre y diciembre de 1987, del artículo 20 del decreto 1325 de 1983, cuando ya había sido derogado expresamente por el decreto 721 de 1987;

2.-Solicitud de aplicación del principio de la favorabilidad, con respecto a la sanción del mes de julio de 1986, porque cuando ésta se impuso, la norma que contemplaba la conducta a sancionar, ya no existía en el ordenamiento jurídico y

3.- Violación del derecho de defensa, en cuanto no se dió a la Corporación la oportunidad de defenderse, previamente a la imposición de las sanciones.

El Tribunal se pronunció sobre el primer cargo, advirtiendo que en el artículo 11 del decreto 721 de 1987, expresamente se estableció que lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 1325 de 1983, regiría hasta el 31 de diciembre de 1987, lo que desvirtúa la configuración de un abuso de poder, por aplicación de norma inexistente. Nada nuevo podrá agregar la Sala a este respecto, ante la

claridad de la extensión de la aplicación de la norma sancionatoria hasta el mes de diciembre de 1987, último que cobija la sanción aquí discutida.

Sobre la aplicación del principio de la favorabilidad en sanciones de naturaleza administrativa, se apoyó el *a-quo* en jurisprudencia de ésta sala que reiteradamente se ha referido sobre la inaplicabilidad de los principios generales consagrados exclusivamente en materia criminal, al derecho administrativo. El aspecto sancionatorio de éste último, no está gobernado por los métodos y principios del derecho penal, gozando de regulación y finalidades propias, que consultan al orden público económico, utilizando mecanismos para hacer cumplir sus preceptos, de naturaleza eminentemente patrimonial. No implica ello el desconocimiento en este tipo de sanciones administrativas, de las reglas de procedimiento general previstas en la Constitución Nacional o la posibilidad de remisión, en algunos casos específicos, a otro tipo de normatividad.

En cuanto a la violación del derecho de defensa, encontró el Tribunal improcedentes los cargos formulados, porque con respecto a la Resolución No. 0565 de 1988, por medio de la cual se aplicó la sanción del mes de julio de 1986, obra constancia en el informativo del Oficio por medio del cual se le solicitaron las informaciones del caso. Con relación a las sanciones correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1987, se citaron como violadas normas que no son aplicables en relación con el procedimiento que debe seguir la Superintendencia Bancaria, para imponer sanciones a las entidades financieras y por ello el Tribunal se abstuvo de analizar la posible violación en que se hubiera incurrido en la actuación demandada.

5.- Liquidación incorrecta de la sanción del 3%.

A folios 195 y s.s. del cuaderno principal, obra la explicación dada por la Superintendencia Bancaria sobre la forma como se aplicó la sanción del tres por ciento, para lo cual se tomó el total de pasivos para con el público informado por la entidad en cada uno de los meses sancionados, se dividió este valor por 30 para obtener la relación 1-30 y al resultado de esta última operación se le restó el capital y reservas de cada mes, llegando así a una base equivalente al exceso registrado en cada caso, valor que fué multiplicado por el 3%, como prevee la ley, para obtener la cuantía de la sanción efectivamente aplicada.

Verificada en esta oportunidad las operaciones numéricas realizadas por la Superintendencia, la cual está acorde con la definición legal, no encuentra la sala fundamento alguno para entrar a modificar las bases de cuantificación de las sanciones impuestas.

De acuerdo a las consideraciones anteriores, la actuación administrativa demandada no incurrió en las violaciones señaladas en la demanda, siendo así procedente la confirmación de la sentencia de primera instancia, que así lo declaró.

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 de 23 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso de la referencia.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección*; Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario

MULTA / IMPUESTO / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La afirmación en cuanto a que la multa es un impuesto no es correcta, ya que la multa que impuso la Superintendencia Bancaria es una sanción, y no un impuesto. Aquella consiste entonces en exigir como sanción una suma de dinero a favor del Estado por el desconocimiento o no acatamiento de una norma legal, el impuesto por su parte, es el tributo obligatorio exigido por el Estado a un individuo para atender las necesidades del servicio público sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales. Además el hecho de que ambos se controviertan mediante la misma acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no significa que la ley equipare los dos conceptos, los cuales para efectos de la distribución de competencias entre los Tribunales y el Consejo de Estado Aparecen consagrados en numerales diferentes del artículo 132 del C.C.A.

COMPETENCIA TERRITORIAL / COMPETENCIA POR CUANTIA

No es lo mismo la competencia que claramente se otorga al Tribunal correspondiente, de los procesos que se promuevan sobre el manto, distribución o asignación de impuestos, tasas y contribuciones nacionales, departamentales.., con la competencia contenida en el art. 132 número 9 que hace referencia a los actos administrativos del orden nacional. Es evidente entonces, que cualquier Tribunal de lo Contencioso Administrativo del país es competente para conocer del negocio en cuestión, por el factor cuantía ya que esta asciende a la suma de $ 8.000.000; pero no por el factor territorial puesto que de una interpretación del inc. 3°

número 9 del art. 132 del C.C.A. se determinaría la Competencia por el lugar donde se produjo el acto, que en el *sub-lite* es Santa Fe de Bogotá, porque la Superbancaria es donde tiene su sede.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá. D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr.: Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No 4608. C / La Superintendencia Bancaria. Apelación interlocutorio. Actor: COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL CREDITOS E INVERSIONES CARTAGENA S.A. "CREDINVER".

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, "Credinver S.A.", contra el auto de 21 de julio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el cual decidió decretar la nulidad de todo lo actuado por considerarse incompetente para conocer de la demanda.

ANTECEDENTES:

La Superintendencia Bancaria, en uso de sus atribuciones que le confirió el decreto 1939 de 1986, artículo 12, literal f); el artículo 9 del decreto 415 de 1987 y el artículo 22 del decreto 2920 de 1982, profirió la resolución No 1.788 de 22 de mayo de 1990 (folios 18 a 21), mediante la cual resolvió imponer sanción pecuniaria a la sociedad actora, por la suma de $ 5.000.000,oo, por violación al decreto 1970 de 1979 y la suma de $ 3.000.000.oo, por violación al decreto 415 de 1987, sobre cupo individual de crédito, para un total de $8.000.000,oo.

Contra la anterior resolución, la sociedad actora interpuso recurso de reposición, en memorial presentado ante la Superintendencia Bancaria, el 11 de junio de 1990, la que fué negada mediante resolución No. 2750 de 24 de julio de 1990.

Agotada la vía gubernativa, la actora presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los referidos actos administrativos, ante el Tribunal Administrativo de Bolívar el 2 de noviembre de 1990.

El referido Tribunal admitió la demanda mediante auto de 12 de abril de 1991 (folio 42), en el cual se ordenó en su literal a) la notificación al señor Superintendente Bancario por intermedio del Señor Gobernador del

Departamento, según lo establecido en el artículo 150 del C.C.A. Y en su literal d), se corrió traslado al Ministerio Público para efectos de la celebración de la diligencia de conciliación, establecida en el artículo 65 de la ley 23 de 1991. A la diligencia de conciliación dió curso el señor Agente del Ministerio Público sin que compareciera el señor representante de la Superintendencia Bancaria, dado que, como lo afirmó posteriormente, el señor apoderado de la parte actora (folio 49), no había sido notificado, razón por la cual se dió curso nuevamente a la diligencia de conciliación, a la cual se hizo presente, en esta oportunidad, la Superintendencia Bancaria, por medio de apoderada, la cual en la mencionada diligencia, celebrada el dia 23 de agosto de 1991, manifestó que el Tribunal Administrativo de Bolívar no era el competente para conocer del presente proceso, en razón del factor territorial, según lo establecido en el artículo 132 numeral 9o, inciso 3° del C.C.A.

Posteriormente en escrito visible a folios 58 a 59, la apoderada judicial de la Superintendencia Bancaria, solicitó la declaración de nulidad de todo lo actuado, con fundamento en el artículo 140, numeral 2o del C.P.C, que hace referencia a la carencia de competencia por parte del Juez, solicitud de nulidad a la que accedió el Tribunal, mediante auto de 21 de julio de 1992, considerando que la competencia, en éste negocio, está establecida por el factor territorial, consagrado en el artículo 132, numeral 9, Inciso 3o del C.C.A.

RECURSO DE APELACION:

El apoderado de la parte actora, "Credinver S.A.", interpuso recurso de apelación contra la providencia de 21 de julio de 1992, Indicando como motivo de inconformidad el de que se demanda un acto administrativo del orden nacional consistente en una sanción económica que impone la Superintendencia Bancaria a Credinver S.A., que por ser de cuantía superior a $800.000,oo, es competente el Tribunal Administrativo de Bolívar, ya que la competencia se determina por el lugar donde se realizó el acto o hecho que dió origen a la sanción, conforme a lo establecido en el artículo 132, numeral 5, Inciso 3 del C.C.A., que expresa: "En este caso, la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se realizó el acto o el hecho que dió origen a la sanción". A renglón seguido manifiestó que " la jurisprudencia equipara para efectos de las acciones contenciosas del restablecimiento del derecho, a las multas, sanciones económicas, o como se les puede llamar, como las relacionadas a impuestos. Y debe ser así, debido a que la sanción económica o pecuniaria que la autoridad de policía dispone contra el administrado, por contravenir la ley, es eso: un impuesto, un ingreso que no tiene contraprestación alguna, es un acto de imperio, de policía, de intervención del Estado para mantener el ORDEN PUBLICO ECONOMICO".

Asegura que, "se le ha dado a la acción de restablecimiento del derecho en la que se discute una multa, el mismo tratamiento dado a la que se sigue por impuestos...."

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala es evidente que la decisión del Tribunal debe ser confirmada por las siguientes razones: El Tribunal competente para conocer del proceso de la referencia, es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según se deduce de la correcta interpretación del artículo 132, numeral 9, inciso 3o que expresa:

> "Artículo 132. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: inciso 9o) De los de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden Nacional, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de ochocientos mil pesos ($ 800.000,oo)". (hoy, a primero de enero de 1993 $ 1.570.000.)
>
> "Cuando sea del caso, la cuantía para efectos de la competencia se determinará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 20, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil".
>
> "La competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo el acto".(La Subraya es de la Sala).

De la lectura de la norma transcrita, es evidente que el recurrente, confunde la competencia contenida en el artículo 132 # 5, del C.C.A, con la indicada en el numeral 9 . No es lo mismo, la competencia que claramente se otorga al Tribunal correspondiente, de los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, tasas y contribuciones nacionales, departamentales.... con la competencia contenida en el artículo 132 numeral 9, que hace referencia a los actos administrativo del orden nacional. Es evidente entonces que, cualquier Tribunal de lo Contencioso Administrativo del País es competente para conocer del negocio de la referencia, por el factor de la cuantía, ya que ésta asciende a la suma de Ocho Millones de pesos ($ 8.000.000.oo.); pero no por el factor territorial puesto que de una Interpretación del Inciso 3, numeral 9 del artículo 132 del C.C.A. se determinaría la competencia por el lugar donde se produjo el acto, que en el caso *sub-lite*, es la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C, ya que es en donde la Superintendencia Bancaria, entidad que profirió las resoluciones acusadas, tiene su sede.

SECCION CUARTA

No puede la Sala, como lo pretende el apoderado de la parte actora, aceptar que se fije la competencia territorial con base en lo establecido en el artículo 132 # 5, del C.C.A., norma que hace referencia específicamente a los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de Impuestos, tasas y contribuciones, que no es el caso que nos ocupa, ya que el proceso de la referencia se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos del orden nacional, como lo son las resoluciones 1788 de 22 de mayo y 2750 de 24 de julio, ambas de 1990, mediante la cual se impuso una multa en la primera y se confirmó en la segunda, proferidas por las Superintendencia Bancaria.

La afirmación que hace el recurrente en cuanto a que la multa es un impuesto, la Sala manifiesta que no es correcta. La multa que impuso la Superintendencia Bancaria por la violación del decreto 1970 de 1979 y del decreto 415 de 1987 es una sanción, y no un impuesto. Aquella consiste entonces en exigir como sanción una suma de dinero a favor del Estado por el desconocimiento o no acatamiento de una norma legal, el impuesto por su parte, es el tributo obligatorio exigido por el Estado a un individuo para atender las necesidades del servicio público sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales. Como se ve son dos conceptos totalmente diferentes que confunde el recurrente. Además el hecho de que ambos se controviertan mediante la misma acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no significa que la ley equipare los dos conceptos, los cuales para efectos de la distribución de las competencias entre los Tribunales y el Consejo de Estado, aparecen consagrados como ya se manifestó anteriormente en numerales diferentes del artículo 132.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1.- Confírmase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

2.- Envíese al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su competencia.

3.- Notifíquese esta decisión al Tribunal Administrativo de Bolívar.

Cópiese, notifíquese, envíese el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

COMPETENCIA POR CUANTIA / COMPETENCIA FUNCIONAL / DECLARACION TRIBUTARIA - Corrección / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Si bien es cierto que este proceso no corresponde a un proceso de revisión de impuestos y tampoco a un proceso específico de devolución de impuestos, no por ello puede argumentarse que los actos administrativos que se expidieron dentro del proceso de la solicitud de corrección,de la declaración deban controvertirse a través de un proceso de única instancia, puesto que lo determina la competencia privativa y de una sola instancia, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos del orden nacional, es que los mismos carezcan de cuantía, factor que en el proceso existe y está perfectamente determinada en el valor de la corrección (disminución del impuesto) la cual se concretó desde el momento mismo de la solicitud de corrección objeto de desconocimiento en la Administración.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA DEPARTAMENTAL / NO CONTRIBUYENTE / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Aún en materia impositiva las sociedades de economía mixta, de carácter departamental que tengan su capital conformado en un porcentaje del 90 o más por aportes del departamento, no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, por expresa remisión que hace la ley, de manera general para la totalidad de su régimen jurídico y de conformidad con el artículo 22 del Estatuto Tributario. No se comparte el criterio que el artículo 16 del mismo estatuto, establece como contribuyente del impuesto en cuestión a las sociedades de economía mixta, todas sin distinción alguna, porque existe norma expresa en el régimen jurídico

específico de las entidades descentralizadas del orden departamental, que dispone la aplicación del régimen jurídico propio de las empresas departamentales a las sociedades con participación absolutamente mayoritaria del Departamento.

DOCUMENTO / COPIA AUTENTICA / CONTABILIDAD

Como tiene valor de copias auténticas, los certificados expedidos por "..entidades sometidas a la vigilancia del estado y versan sobre hechos que aparezcan registrados en sus libros de contabilidad o que consten en documentos de sus archivos", la certificación que se analiza reúne esas características, puesto que la actora se encuentra vigilada por la Superintendencia de Sociedades según se observa en la declaración de renta y el hecho informado es de los que consta en el libro de accionistas por lo que tiene valor de copia auténtica. Además, el concepto de integración de la contabilidad previsto en el artículo 51 del Código de Comercio conduce a que ésta no solo hacen parte los libros propios de registro contable, sus comprobantes y soportes sino además libros que debe llevar el empresario.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección cuarta

Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No 3957 Actor : FONDO DE DESARROLLO DE SANTANDER S.A. "FONDISER S.A.". IMPUESTOS (RENTA) FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante: FONDO DE DESARROLLO INDUSTRIAL DE SANTANDER S.A. "FONDISER S.A.", contra la sentencia de fecha septiembre 3 de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho a través del cual la mencionada sociedad impugnó las resoluciones Nros. 00014 del 11 de agosto de 1989,; 000025 del 15 de septiembre de 1989,; 0000821 del 1o de noviembre de 1989, relacionadas con solicitud de corrección de la liquidación privada correspondiente a los año gravable de 1986 y 1987 y devolución de impuestos.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES

El Fondo de Desarrollo Industrial de Santander S.A. "FONDISER S.A.", presentó declaraciones tributarias por concepto de renta, por los años de 1986 y 1987, con fechas mayo 26 de 1987 y julio 7 de 1988 respectivamente, ante la Administración de Impuestos de Bucaramanga, fijando impuestos a su cargo, en las sumas de $101.178 y $4.369.395.

Con fecha 17 de marzo de 1989, y de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 8o de la Ley 84 de 1988 (hoy 589 del Estatuto Tributario) la sociedad solicitó corrección a las declaraciones tributarlas entes reseñadas, para que no se determinara impuesto alguno a su cargo, y se decretara la devolución correspondiente a las sumas liquidadas y canceladas, por cuando FONDISER S.A. es una sociedad de economía mixta del orden departamental, en la cual el Estado posee más del 90% del capital accionario, por lo que se asimila de conformidad con el artículo 464 del Código de Comercio, para todos los efectos legales, a una empresa industrial y comercial del Estado, del orden departamental, que por mandato expreso del artículo 12 de la Ley 54 de 1977, no es contribuyente del impuesto de renta y complementarios.

Por medio de la Resolución Nro. 00014 de fecha 11 de agosto de 1989, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bucaramanga, negó la solicitud de corrección incoada, aduciendo que de conformidad con el artículo 16 del Estatuto Tributario, son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios asimiladas a sociedades anónimas, las empresas industriales y comerciales del Estado del Orden Nacional y las sociedades de economía mixta en general, exceptuando solamente las que tengan a su cargo la prestación de servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, comunicaciones y salud pública, y que los artículos 22 y 23 del Estado Tributario, que señalan las entidades nó contribuyentes del impuesto de renta, no indica a las sociedades de economía mixta, cuyo aporte del Estado represente el 90% del capital accionario.

Contra esta resolución, la sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, resueltos mediante las resoluciones Nros. 00025 del 15 de septiembre de 1989; 000821 del 1o de noviembre del mismo año, que confirman la resolución recurrida, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

En desacuerdo con la decisión de la Administración de Impuestos al respecto, la sociedad elevó ante la Jurisdicción demanda de nulidad y

restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo de Santander con el objeto de que éste hiciera las siguientes declaraciones:

> "1. Que EL FONDO DE DESARROLLO INDUSTRIAL DE SANTANDER S.A. no es contribuyente del impuesto de renta y complementarios a partir de la vigencia gravable de 1986, y mientras su composición de capital, como sociedad de economía mixta por virtud de la asimilación del artículo 3o del Decreto 3130 de 1968, permita calificarlo como empresa industria y comercial del Estado".
>
> "Que como consecuencia, proceden las declaraciones y liquidaciones de corrección presentadas por mi conducto el 17 de marzo de 1989, que no dan valor alguno de impuesto a su cargo".
>
> "Ordenar la devolución de las sumas pagadas indebida o incorrectamente, con cargo a las vigencias gravables de 1986 y 1987, así como las posteriores, junto con sus intereses corrientes desde la fecha de los pagos y la petición de devolución y moratorios, a partir del 17 de abril de 1989, liquidados a la tasa vigente para las obligaciones tributarias nacionales, que hoy es del 46%".

Para tal efecto, aduce violación de las siguientes normas: Artículos 22 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) en concordancia con los artículos 3o. y 1o. del Decreto 3130 de 1968, y por incorrecta interpretación del artículo 16 del mismo Estatuto Tributario y la ley 55 de 1985.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Santander negó las súplicas de la demanda, al considerar no probada la afirmación de la actora, en el sentido de que el capital de la sociedad Fondiser S.A., está constituído por un 90% o más de capital Estatal (Departamento de Santander), por cuanto el certificado de la Cámara de Comercio señala que es una sociedad de economía mixta (naturaleza jurídica), sin que además del mismo pueda inferirse la composición del capital accionario para poderla asimilar con fundamento en el artículo 464 del Código de Comercio a una empresa industrial y comercial del Estado y por ende considerarse como no contribuyente del impuesto de renta y complementarlos según lo dispuesto por el artículo 22 del Estatuto Tributario. Así mismo estima, que la relación de accionistas suscrita por el gerente aportada en la vía gubernativa (folios 49 a 54 c. de antecedentes) tampoco ofrece la convicción necesaria para aceptar como cierto que el 90% del capital es estatal por cuanto dicho funcionario no tiene la facultad para certificar estados financieros de las sociedades, que como en caso, radica en cabeza de los Revisores Fiscales.

SECCION CUARTA

LA APELACION:

El apoderado judicial de la sociedad actora manifiesta que como el fundamento de la decisión que impugna es estrictamente de orden probatorio, porque la certificación existente en los antecedentes administrativos fué calificada de insuficiente para demostrar que por la composición accionaria Fondiser S.A., se asimila a empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental, y por tanto no sujeto pasivo del impuesto de renta y complementarios, para que proceda la corrección solicitada, así como la correspondiente devolución de los impuestos pagados, presenta en esta oportunidad certificado del Revisor Fiscal sobre la composición accionaria de Fondiser S.A., y certificación de la Cámara de Comercio donde consta la calidad Revisor Fiscal y, de quien la suscribe. Y, agrega, que de todas maneras el Tribunal acepta la tésis expuesta en el sentido de que cuando el capital accionario de una sociedad de economía mixta represente un 90% o más del Estado se asimila para todos los efectos legales a una empresa industrial y comercial del Estado.

En consecuencia pide a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a lo solicitado en los tres (3) numerales de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Dirección de Impuestos Nacionales, mediante apoderada judicial debidamente constituída para el efecto, se hace parte en esta oportunidad procesal y solicita como pretensión principal, nulidad procesal, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, por considerar que se configura la causal prevista en el numeral 4o del artículo 140 del C.P.C., en concordancia con el artículo 165 del C.C. A., y 142, 143 del C.P.C., por cuanto a través de los actos administrativos acusados, los cuales no corresponden al proceso de revisión de impuestos, y tampoco a un proceso de devolución, sino a una solicitud formal de corrección en donde no se discute la cuantificación de los impuestos, tal hecho determina que la demanda instaurada corresponda a un proceso de única instancia en los términos.del numeral 3o del artículo 128 del C.C.A., y no a uno de dos instancia como lo ha propuesto la actora.

Subsidiariamente se opone a las pretensiones del apelante, solicitando a la Corporación no acceder a la valoración de la certificación del Revisor Fiscal traída con oportunidad del recurso de apelación, porque es evidente que a la luz del artículo 214 (numeral 1o) no procede la petición al respecto, porque con la demanda no se solicitó la práctica de prueba alguna, y el Tribunal así basó su decisión en las pruebas invocadas en la misma, y tampoco decretó oficiosamente prueba alguna, es decir, que por sustracción de materia, "no se dejaron de practicar sin culpa de la parte" las pruebas que se allegan en la segunda instancia.

Adicionalmente observa, que la oportunidad probatoria consagrada en el artículo 169 del C.C.A., es facultativa y no obligatoria.

Finalmente y con relación a la calidad de no contribuyente de la sociedad Fondiser S.A., que se alega, para efectos de la viabilidad de la solicitud de corrección impetrada sobre las liquidaciones privadas, manifiesta, que de conformidad con el artículo 16 del Estatuto Tributario, todas las empresas de economía mixtas son sujetos pasivos del impuesto de renta sin excepción alguna, y en el caso de Fondiser su naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta está demostrada en el proceso con las certificaciones de la Cámara de Comercio de Bucaramanga que señala expresamente que es de economía mixta.

Agrega, que las previsiones legales contenidas en los artículos 464 del Código de Comercio y 3o del Decreto 3130 de 1968, constituyen un principio legal en virtud del cual "el régimen jurídico" establecido en el Decreto-Extraordinario 1050 de 1968 para las empresas industriales y comerciales del Estado es aplicable a las sociedades de economía mixta cuando el capital está integrado por aportes del Estado en un 90% o más, refiriéndose en cuanto a su organización, funcionamiento, atribuciones de los gerentes, concreción de su objeto social, informes, proyectos de presupuesto, aprobación de ciertos actos, contratación etc., pero no en cuanto al régimen tributario aplicable, por cuanto además dicha composición accionaria además no la transforma en una sociedad diferente a la constituída y acreditada en el proceso de economía mixta, que de conformidad con el artículo 16 del Estatuto Tributario son contribuyentes del impuesto de renta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la Nulidad Procesal:

Para la apoderada de la Nación, el presente proceso está inmerso en la causal de nulidad prevista por el numeral 4o del artículo 140 del C.P.C., por cuanto los actos administrativos demandados carecen de cuantía, hecho que en su concepto determina que el mismo sea de única instancia, artículo 128 (numeral 3o) del C.C.A.

La Sala observa, que los actos administrativos acusados ante la jurisdicción, fueron expedidos por la Administración de Impuestos de Bucaramanga, en desarrollo del procedimiento, establecido en el artículo 8o de la Ley 84 de 1988 (hoy 589 E. T.) que autoriza a los contribuyentes para corregir las declaraciones tributarias "que no varíen el valor por pagar, o que lo disminuyan, o aumenten el saldo a favor" mediante solicitud formal ante la Administración acompañada del correspondiente proyecto de corrección.

SECCION CUARTA

En el caso de la sociedad actora, la solicitud de corrección correspondiente fué presentada con el objeto de disminuír el impuesto liquidado en las liquidaciones privadas de los años gravables de 1986 y 1987, de $101.178 y $4.369.395, respectivamente, a la suma de cero pesos ($-0-), y como consecuencia de ello a su vez pidió se ordenara la devolución correspondiente de dichas sumas, más intereses corrientes y moratorios, puesto que las mismas ya habían sido canceladas.

Entonces, si bien es cierto que el procedimiento descrito no corresponde a un proceso de revisión de impuestos, y tampoco a un proceso específico de devolución de impuestos, no por ello puede argumentarse que los actos administrativos que se expidieron dentro del proceso de la solicitud de corrección en comento, deban controvertirse a través de un proceso de única instancia, puesto que lo que determina la competencia privativa y de una sola instancia, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos del orden nacional es que los mismos carezcan de cuantía, factor que en el proceso existe y está perfectamente determinada en el valor de la corrección (disminución del impuesto) la cual se concretó desde el momento mismo de la solicitud de corrección objeto de desconocimiento en las actuaciones administrativas que se acusan ante la Jurisdicción. Es decir, las pretensiones de la sociedad tienen cuantía y ésta además supera la suma de $800.000,oo, lo que significa que el proceso a través del cual deben controvertirse tales actos administrativos, es de dos instancias tal como la propuso el demandante y lo admitió el Tribunal.

Por lo anterior, no le asiste razón a la apoderada de la Nación al respecto, pues es evidente que la causal aducida no se configura, y por lo mismo no es procedente acceder a lo solicitado.

Calidad de contribuyente o nó del impuesto de renta de Fondiser:

Constituyó el motivo de la solicitud de corrección que desestimaron las actuaciones administrativas acusadas, el considerar la actora que por ser una sociedad de economía mixta, cuyo capital social está conformado con un aporte público que supera el 90% del capital accionario, se encuentra sometida al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado conforme a lo dispuesto por el artículo 464 del Código de Comercio, y por lo, tanto no es contribuyente del impuesto de renta y complementarios.

Con relación a este tema, la Sección tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso similar, en sentencia de fecha 4 de septiembre de 1992, expediente Nro. 3945, actor: Reforestadora de Santander S.A. Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos, que por corresponder exactamente al mismo aspecto

debatido, y los mismos fundamentos de hecho y derecho, a él se remite para dilucidar este punto:

"El artículo 22 del Estatuto Tributario, dispone:

"Entidades que no son contribuyentes. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios la Nación, los Departamentos, las Intendencias y Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las empresas industriales y comerciales del estado del orden departamental y municipal y los demás establecimientos oficiales descentralizadas siempre y cuando no se señalen en la ley como contribuyentes". (Se subraya).

"Por su parte, el artículo 256 del Decreto 1222 de 1986, establece en su inciso final, que:

"Las sociedades de economía mixta.....".

"Cuando los departamentos tengan el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, estas sociedades quedan sometidas al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales".

"De conformidad con las normas anteriores, las empresas industriales y comerciales del estado del orden departamental no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios y dentro del régimen jurídico aplicable a las entidades descentralizadas del orden departamental, las sociedades de economía mixta cuyo capital esté conformado en un porcentaje del 90% o más por aportes del departamento, se rigen por el régimen jurídico de las empresas industriales y/o comerciales del estado".

"De ese régimen jurídico forma parte el régimen tributario, razón por la cual, aún en materia impositiva, las sociedades de economía mixta, de carácter departamental que tengan dicha conformación de su capital social, no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, por expresa remisión que hace la ley, de manera general para la totalidad de su régimen jurídico y de conformidad con el transcrito artículo 22 del Estatuto Tributario".

"No comparte la Sala el criterio expuesto por la parte demandada, fundamentada en el artículo 16 del mismo estatuto tributario, en cuanto que dicha norma establece como contribuyente del impuesto en cuestión a las sociedades de economía mixta, todas, sin distinción alguna y en cuanto que se crearía una desigualdad en relación con las entidades de la misma naturaleza, pero del nivel nacional".

"Y no se comparte lo anterior, porque existe norma expresa en el régimen jurídico específico de las entidades descentralizadas del orden departamental, que dispone la aplicación del régimen jurídico propio de las empresas departamentales, a las sociedades con participación absolutamente mayoritaria del Departamento en su capital social, como lo hace el artículo 256 del Código de Régimen Departamental y porque si hay alguna desigualdad en esta materia, ella surge porque el régimen tributario de las entidades descentralizadas del orden nacional, sí les da el carácter de contribuyentes a las empresas industriales y comerciales del nivel nacional, lo que como ya quedó establecido, no sucede con las del nivel departamental y municipal".

"En síntesis una sociedad de economía mixta cuyo capital social esté conformado en un 90% o más de aportes del departamento, en virtud de lo dispuesto por el artículo 22 del Estatuto Tributario y de acuerdo con el artículo 256 último inciso del Decreto 1222 de 1986, no es contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios".

Con base en lo anterior, procede la Sala a establecer, si la sociedad actora se encuentra en la circunstancia alegada, es decir, que su capital accionario está conformado con un aporte del departamento que supera el 90% del mismo, cuya demostración hecho de menos el Tribunal, y por esta razón decidió adversamente lo solicitado.

A juicio de la Sala, la sociedad aportó prueba válida para la demostración en cuestión, como lo es la certificación o relación de accionistas y de capital que abra a los folios 49 a 52 del cuaderno de antecedentes administrativos, la cual se encuentra debidamente suscrita por su representante legal, en donde se observa, que los accionistas entidades públicas del departamento, representan más del 90% del capital accionario, así:

AÑO 1986:		
Departamento de Santander	$157.439.583	92.6%
Empresa Licorera de Santander	$ 4.440.647	2.6%
Beneficencia de Santander	$ 7.500.000	4.4%
Inst. de Fomento Industrial IFI	$ 272.727	0.1%
	$169.652.957	99.7%

Sobre un número de acciones suscritas de 170.000.000.

AÑO 1987:		
Departamento de Santander	$287.439.583	79.84%
Inst. de Fomento Industrial IFI	$ 50.272.727	13.97%
Empresa Licorera de Santander	$ 4.440.647	1.23%
Beneficencia de Santander	$ 7.500.000	2.08%
	$349.652.957	97.12%

Sobre un número de acciones suscritas de 350.000.000.

Esta prueba para la Sala, tiene el carácter de plena por lo siguiente:

De conformidad con el artículo 769 del Estatuto Tributario, tiene valor de copias auténticas, los certificados expedidos por "... entidades sometidas a la vigilancia del Estado y versan sobre hechos que aparezcan registrados en sus libros de contabilidad o que consten en documentos de sus archivos".

La certificación objeto de análisis reúne esas características, puesto que Fondiser S.A., se encuentra vigilada por la Superintendencia de Sociedades según se observa del Código V-1 de la declaración de renta y el hecho informado es de los que constan en el libro de accionistas; por lo que tiene la categoría dé copia auténtica que la hace veraz en la información del hecho, independientemente de que la misma aparezca o no suscrita por su revisor fiscal.

Además observa la Sala, que el concepto de integración de la contabilidad previsto en el artículo 51 del Código de Comercio conduce a que de ésta no solo hace parte los libros propios del registro contable, sus comprobantes y soportes, sino además, los archivos y demás libros que por ley debe llevar el empresario mercantil, contándose entre ellos el de registro de accionistas. Por consiguiente, si la ley no ha asignado a funcionario en particular la certificación sobre la composición accionaria de las sociedades, no es de recibo rechazar como prueba la certificación expedida por el representante legal, habida consideración de que es el responsable de que la persona jurídica lleve los libros adecuados debidamente inscritos en el registro mercantil y utilizando en los mismos los procedimiento prefijados en el ordenamiento jurídico.

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,

SECCION CUARTA

FALLA :

1o. Revócase la sentencia apelada.

2o. En su lugar, analista la resolución Nro. 00014 del 11 de agosto de 1989, expedida por la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bucaramanga, y las resoluciones Nros. 00025 del 15 de septiembre de 1989, y la 000821 del 1o de noviembre del mismo año originarias de la División de Recursos Tributarios de la misma Administración.

3o. Declárense procedentes las declaraciones de corrección presentadas por la sociedad FONDO DE DESARROLLO DE SANTANDER S.A. "FONDISER S.A.", con relación a sus declaraciones de renta correspondientes a los años gravables de 1.986 y 1.987

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

AUXILIO DE TRANSPORTE / APORTES PARAFISCALES / PRESTACIONES SOCIALES

La previsión de la Ley 1a de 1963 que consideró incorporado al salario "para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales" el auxilio de transporte, debe ser entendida de una manera restringida, vale decir, a las prestaciones sociales que directamente debe pagar el patrono, como quiera que la citada ley reguló aspectos salariales, no perdiendo su alcance para abarcar la base para liquidar otra prestación social -el Subsidio Familiar-, señalada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982. En consecuencia asiste razón a la actora en el sentido que el auxilio de transporte no debe incluirse en la base para la liquidación de aportes parafiscales.

SALARIO / PAGO NO SALARIAL

Se entiende como salario no solo lo que se recibe en dinero, sino además lo que se recibe en especie, es decir, en alojamiento, en alimentación, vestuario, o sea, aquellas ventajas que se entregan al trabajador y que de no entregarse, serían reemplazadas por una suma de dinero que pudiera equivaler mas o menos al costo de esos elementos que recibe para un mejor estar. A contrario *sensu*, no se entiende como salario, según el art. 128 del C.S.T. aquellas sumas que recibidas por el trabajador, obedecen a simple liberalidad del patrono, y carecen, además, de periodicidad, son ocasionales. Y tampoco lo son las que entrega, no para provecho del trabajador, sino para que este desempeñe bien o mejor sus funciones.

SECCION CUARTA

PRIMA EXTRALEGAL / APORTES PARAFISCALES

No es de recibo la objeción en el sentido de considerar que las primas extralegales no hacen parte de la base para liquidar aportes parafiscales, ya que es un concepto que dada su naturaleza jurídica y lo dispuesto por la ley laboral, son elementos constitutivos de salario, y por lo mismo deben incluirse en la base de liquidación de aportes parafiscales.

VACACIONES / APORTE PARAFISCALES

En cuanto a las vacaciones, pues si bien se entiende que no es salario, porque no se trata de retribución del servicio, sino de un descanso remunerado, no existe en ellas, por tanto, la causa del salario, que es el servicio, no por ello deben excluirse de la base de la liquidación de los aportes al SENA, por cuanto a términos del art. 17 de la Ley 21 de 1982, "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario o en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales".

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente Nro. 4246 Actor: THOMAS DE LA RUE DE COLOMBIA S.A. Autoridades Nacionales. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes; la sociedad "THOMAS DE LA RUE DE COLOMBIA S.A.", y el "SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE. SENA", contra la sentencia de fecha mayo 22 de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acogió parcialmente las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, impetrado por la mencionada sociedad contra los actos administrativos mediante los cuales el "SENA", determinó los aportes parafiscales correspondientes a los años gravables de 1984, 1985 y 1986.

ANTECEDENTES:

Previa investigación a la sociedad actora, el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" produjo las liquidaciones oficiales Nros. 2-153 y 2-154 de fecha 2 de diciembre de 1987, reliquidando los valores que para efectos de los aportes parafiscales debió pagar por los años gravables de 1984, 1985 y 1986.

Estas liquidaciones fueron insertas en las resoluciones Nros. 000831 y 000906 del 2 y 14 de junio de 1988, y con base en ellas, se determinaron los aportes por pagar en las sumas de $1.308.592 y $431.592 por los años gravables de 1984, 1985 y 1986, respectivamente.

Contra estas resoluciones, la actora presentó los recursos de reposición y en subsidio de apelación, concretando su inconformidad en el hecho de haberse incluído en la base de liquidación de los aportes, conceptos que no constituyen salario, como el auxilio de transporte, primas extralegales, vacaciones, gastos de viaje, auxilios varios.

Por resolución Nro. 000385 de fecha 8 de marzo de 1989, el Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena" falló el recurso, aceptando parcialmente la inconformidad del recurrente, en lo que a los auxilios varios se refiere, motivo por el cual practicó nueva liquidación excluyendo de la base los valores correspondientes a dicho concepto. En consecuencia, modificó la resolución impugnada en el sentido de determinar como suma a pagar el valor de $1.145.839.

Esta decisión fué confirmada en la resolución Nro. 001360 del 29 de junio de 1989 que resolvió el recurso de apelación, dándose así por terminada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Inconforme con el proceder administrativo antes descrito, la sociedad acudió a la Jurisdicción Contenciosa en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, manifestando en el *libelo* que los actos administrativos acusados violan de modo general el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, según el cual la base gravable de la contribución del subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena" está constituida por la nómina mensual de salarios "tal como están definidos en la ley laboral, y por los pagos al personal de descansos remunerados de ley y convencionales y contractuales".

SECCION CUARTA

Expresa, que al incluir el auxilio de transporte en la base de aportes, se violaron además los artículos 7° de la Ley 1a. de 1963, que los considera factor "para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales", es decir, porque no son salarios a la luz de los artículos 127 y 128 de la ley laboral, por lo que al calificarlos como salarios, para efectos diferentes de liquidar prestaciones sociales, para determinar los aportes exigidos por el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, se incurrió también en violación del estatuto laboral. En su concepto, el Sena confunde salarios-prestaciones de servicios con la base de liquidación de prestaciones sociales.

Considera, que igualmente las primas extralegales, no constituyen salario a la luz de los artículos 127 y 128 del Código Laboral, que excluye todas las prestaciones sociales del concepto de salario, es decir, que comprenden tanto las prestaciones mínimas legales, como las que complementan o mejoran el mínimo legal.

Respecto a las vacaciones, reitera lo expuesto ante el Sena, en el sentido de que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, al definir los conceptos que constituyen la base de aportes incluyó "... los verificados por descansos remunerados de ley... " con lo cual se refiere a los tres primeros capítulos I, II, III del título VII del código laboral, que son los que tiene esa denominación, excluyendo el capitulo IV que corresponde a las vacaciones.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las suplicas de la demanda, amparado en el concepto de Fiscal ; quien estimó que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el artículo 9° *ibídem*, y 127 del Código Laboral, y conforme a lo señalado en sentencia de junio 30 de 1989 de la Corte Suprema de Justicia Expediente Nro. 2994, el auxilio de transporte no es retribución de servicios y por lo tanto no constituye salario, salvo las excepciones legales, como para la liquidación de prestaciones sociales, razón por la cual no podía tomarse como base la liquidación de aportes parafiscales. Y, con relación a las primas extralegales y vacaciones, precio, que estas constituyen retribución de servicios por parte del patrono al trabajador, y al no estar contempladas en las excepciones que de manera taxativa señala el artículo 128 del Código Laboral, deben ser tenidas como elemento integrante de salario, y, por lo tanto, base para la liquidación de los aportes parafiscales.

En consecuencia, y de acuerdo con lo anterior, el *a-quo* practicó nueva liquidación con el objeto de excluír de la base aporte los valores correspondientes el auxilio de transporte, declarando por esto la nulidad de los actos administrativos

acusados, y fijando como suma a pagar por concepto de aportes la suma de $793.205.

LA APELACION:

Apelan oportunamente la sentencia anterior, las dos partes, así;

1°. El apoderado de la actora, manifiesta que según lo que la sentencia transcribió en su página 3, numeral 2, de lo transcrito, el artículo 128 del C.S.T. interpretaba el artículo 127 *ibídem*, prescribiendo que no son salarios las prestaciones sociales, ni las legales, ni las que cuantitativamente las mejoran o complementan, y observa, que esta naturaleza de las extralegales no la desvirtúa el hecho de que como las legales que complementan, se paguen con la misma habitualidad o periodicidad de ellas. Por esto, dice que es equivocado lo sostenido por la demandada, de que por la habitualidad las prestaciones extralegales dejan de ser tales para convertirse en salario,

2°. El apoderado de la entidad demandada, "El Sena", fundamenta su inconformidad con la sentencia apelada, en haberse excluído de la base aportes, el subsidio de transporte, en perjuicio de su representada y de los trabajadores colombianos de menores recursos, ya que así la totalidad de empleadores incluyen dentro de su "nómina de salarios" para efectos de la liquidación del subsidio familiar y Sena, tal concepto, acatando concepto del Consejo de Estado del 7 de junio de 1985, Exp. 2187, Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo, consulta formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Manifiesta, que si bien es cierto que el auxilio de transporte no es considerado por la ley como factor de salario (artículo 2°, parágrafo, Ley 19 de 1959), salvo para la liquidación de prestaciones sociales, también es cierto que, el subsidio familiar es una prestación social pagadero en dinero o en especie y servicio a los trabajadores (Artículo 1°. de la Ley 21 de 1982).

Así, la ley 21 estipula, que para efectos de la prestación social, que las Cajas de Compensación Familiar y la Caja Agraria, recauden el 6% del monto de la nómina mensual de salarios que paga el empleador.

Luego, el artículo 17, de la misma ley define por nómina mensual de salarios "la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales y contractuales", de donde debe entenderse que son elementos integrantes de salarios no únicamente aquéllos que señala el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, sino los emolumentos que sin ser factor salario

la ley obliga a tener en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, como es el caso del subsidio familiar.

Agrega, que al estipular el artículo 7° de la Ley 1a. de 1963, que se considera incorporado al salario para liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte, no hay razón legal para excluirlo del subsidio familiar, es decir, de la base para calcular el monto con que debe contribuir el patrón con esta prestación social.

Y, relieva, no debe olvidarse que los aportes a favor del Sena, además de tener origen parafiscal, tienen naturaleza prestacional ya que el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, con los dineros que recauda cumple satisfactoriamente con las funciones que se le han asignado, como lo es la prestación social del trabajador colombiano sobre formación profesional en todas las actividades económicas y en todos los niveles de empleo, asumiendo de esta manera la prestación social a cargo de los patronos prevista por el artículo 286 del C.S.T.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado de la actora, en esta oportunidad sostiene que tanto el Tribunal como la entidad demandada sostienen que todo lo que no sea prestación legal mínima, es salario, anticipandose al sistema del salario integral que consagra la ley 50 de 1990. Antes de ella, explica, las prestaciones que mejoran la cuantía de las prestaciones por ley, extralegales en cuanto a esa mejora sigue siendo eso, prestaciones sociales por lo cual no forman parte de la base de liquidación de aportes. En cuanto a las vacaciones anuales, no encuentra razonable calificarlas como salario ya que durante ellas no hay prestación de servicios, y tampoco equipararlas a los descansos remunerados correspondientes a dominicales y festivos, que si se cubren con el salario y que en el Código Laboral bajo el título VII se regulan en capitulo diferente de las vacaciones anuales.

La entidad demandada, el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" en esta oportunidad procesal, insiste para que la Corporación modifique la sentencia recurrida, en cuanto al punto relacionado con el auxilio de transporte, reitera la naturaleza prestacional de los aportes con destino al Subsidio Familiar y Sena, aspecto que en su concepto, es el que debe consultarse para determinar la inclusión en la base salarial de aportes, porque la Ley 1a. de 1963, considera incorporado al salario, el subsidio de transporte, para los efectos de liquidación de prestaciones sociales.

Señala, que dada la finalidad prestacional que tiene el aporte patronal, concluye que es imnegable la obligación de incluir dentro del concepto de nómina

de salarios lo pagado por el empleador particular, pués para el empleador oficial no hay duda alguna del carácter salarial de dicho auxilio (Artículo 42 Decreto 1042 de 1978).

En corolario estima que la sentencia del Tribunal debe ser revocada para corregir el yerro que contiene.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El representante del Ministerio Público, en este proceso representado por el Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Procurador Tercero Delegado ante la Corporación, conceptúa que la sentencia del Tribunal merece confirmarse. En efecto, observa que del texto de los artículos 17 de la Ley 21 de 1982, y 7a. de la Ley 1a. de 1963, se desprende que el "auxilio de transporte" no constituye salario y solo excepcionalmente y para fines de liquidación de prestaciones sociales se le debe considerar incorporado a la noción de salario, razón por la cual es incuestionable que no debe incluirse dentro de la base para calcular los aportes al Sena.

Referente a las primas extralegales, observa, que la decisión del *a-quo* debe mantenerse igualmente, porque la actora en ningún momento ha desvirtuado los hechos establecidos por el Sena, que la llevaron a incluír éstos conceptos de la base aportes, porque no aportó prueba en contrario que demostrara que las conclusiones del Sena no corresponden a la realidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Debe entonces dilucidar la Sala, sí el auxilio de transporte, primas extralegales y vacaciones, debe incluirse en la base para la liquidación de aportes parafiscales (posición del Sena), o sí por el contrario, dichos conceptos no deben incluirse en ella, por no ser elementos constitutivos o integrantes del salario, a la luz de la, ley laboral, a la cual se remite la Ley 21 de 1982 (posición de la actora).

1°. Auxilio de transporte:

Conforme al artículo 17 de la Ley 21 de 1982, que regula el régimen del subsidio familiar, la base de la liquidación de los aportes, con destino al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena", Escuela Superior de Administración Pública "ESAP", está constituida por la "nómina mensual de salarios" entendida esta, como la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes de salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación, y además, los verificados por descansos

remunerados de ley y convencionales o contractuales. Es decir, que la nómina mensual de salarios que sirve de base para liquidar los aportes parafiscales de conformidad con este ordenamiento legal, comprende todos los emolumentos que de conformidad con la ley laboral, integran el salario.

Ahora bien, dentro del sistema previsto en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, se consideran elementos integrantes del salario todo lo que percibe el trabajador en forma ordinaria o extraordinaria que implique retribución de servicios, independientemente de la forma o denominación que se le dé, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio. Por su parte, la segunda disposición indica dos circunstancias para dilucidar que pagos provenientes de la relación laboral, no integran el salario; la mera ocasionalidad o no habitualidad y la liberalidad del patrono y las que tienen por objeto, facilitar la labor del trabajador como "los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes..."

De acuerdo con las reglas anteriores, es claro que son elementos integrantes del salario, todo lo que recibe el trabajador que implique retribución de servicios, contrario sensu, no forman parte de él, las sumas que recibe por mera liberalidad del patrono cuando son ocasionales, y las que tienen por finalidad facilitar el desempeño de sus funciones.

Dentro de esta preceptiva fue que el artículo 2° de la Ley 15 de 1959, disposición que creó el auxilio de transporte, consideró expresamente en su parágrafo, "el valor que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario, y se pagará exclusivamente por los días trabajados".

Pero, posteriormente, la Ley 1a. de 1963, en el artículo 7° modificó el anterior ordenamiento legal, en el sentido de considerar incorporado al salario "Para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales", el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959, y decretos reglamentarios.

Sin embargo, la anterior previsión debe ser entendida de una manera restringida, vale decir, a las prestaciones sociales que directamente debe pagar el patrono, como quiera que la citada ley regulo aspectos salariales no perdiendo su alcance para abarcar la base para liquidar otra prestación social -el Subsidio Familiar-, señalada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

En consecuencia, asiste razón al apoderado de la actora, y por ello no será modificada la sentencia del Tribunal en este aspecto.

2° Primas Extralegales y Vacaciones:

En cuanto al primer concepto, el apoderado de la actora, insiste en que las prestaciones que mejoran la cuantía de las previstas en la ley, (mínimas) extralegales en cuanto a que la mejoran o complementan, siendo prestaciones sociales, a la luz del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no constituye salario, y por ende no deben incluirse en la base para la liquidación de aporte.

Como el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, señala que "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes integrantes del salario en los términos de la ley laboral", es, por tanto, necesario precisar los alcances del concepto de salario a términos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señalaba:

"Art. 127.-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, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades."

Por su parte el Artículo 128, disponía:

"Art. 128. -No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de trasporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX".

Como lo ha entendido la doctrina: "... se entiende como salario no solo lo que se recibe en dinero, sino además lo que se recibe en especie, es decir, en alojamiento, en alimentación, vestuario, o sea, aquel las ventajas que se entregan al trabajador y que de no entregarse, seria reemplazadas por una suma de dinero que pudiera equivaler más o menos al costo de esos elementos que recibe para un mejor estar".

"A contrario *sensu,* no se entiende como salario, según el Artículo 128, aquellas sumas que recibidas por el trabajador, obedecen a simple liberalidad del patrono, y carecen, además, de periodicidad, son ocasionales. Y

tampoco lo son las que entrega, no para provecho del trabajador, sino para que este desempeñe bien o mejor sus funciones. Entre las primeras se encuentran las primas, bonificaciones y gratificaciones, siempre que sean ocasionales; y entre las segundas se cuentan los gastos de representación, los instrumentos de trabajo o los medio de transporte."

"Por lo que toca a las primeras debe entenderse ocasionalidad lo que es opuesto a lo periódico, a lo continuo, casi podría decirse que es lo inhabitual o sorpresivo. Por eso la jurisprudencia ha dicho que cuando ciertas primas o bonificaciones se dan a los trabajadores de una empresa cada tres o seis meses durante varios años, han dejado de ser ocasionales presentan cierta periodicidad o habitualidad que permiten entenderlas como parte de la remuneración". (Colegio Mayor de Nuestra del Rosario Conferencia de DERECHO DE TRABAJO- individual)-Por el Sr. Catedrático Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY Edición Privada -1962-).

En consecuencia no es de recibo la objeción del demandante, respecto de las primas extralegales, concepto, que como lo ha considerado la entidad demandada dada su naturaleza jurídica y lo dispuesto por la ley laboral, son elementos constitutivos de salario, y por lo mismo, deben incluirse en la base de liquidación de aportes parafiscales.

En cuanto a las vacaciones, tampoco le asiste razón al apoderado de la parte actora, pues si bien entiende la Sala, que no es salario, porque no se trata de retribución del servicio, sino de un descanso remunerado, no existe en ellas, por tanto, la causa del salario, que es el servicio, no por ello deben excluirse de la base de la liquidación de los aportes al Sena, por cuanto a términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, "se entiende por nomina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario o en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales. (Subraya de la Sala).

Como se observa, son los descansos remunerados por ley -vacaciones, dominicales y festivos-, y los convencionales y contractuales, cuyo pago queda comprendido en el concepto de "nomina mensual de salarios" para efectos de liquidar los aportes al régimen de Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena", Escuela Superior de Administración Pública, "ESAP", Escuelas Industriales e Institutos Técnicos.

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 de fecha mayo 22 de 1992, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

2°. Reconócese personería al Doctor Justo Germán Bermúdez Gross, identificado con la cédula de ciudadanía Nro.19.202.998 de Bogotá, y tarjeta profesional Nro. 41.975, del Ministerio de Justicia, en los términos y para los efectos del memorial poder visible a folio 115 del expediente.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

APORTES PARAFISCALES / CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

No se establece de los contratos anexos que se configuraran elementos propios del contrato de trabajo, ni que el pago del precio de los mismos constituyera "salario" como base de la liquidación de aportes patronales, principalmente porque no se da la sujeción de los diferentes contratistas a la contratante (la actora), ni se observa que asuma esta riesgos o el suministro de medios físicos de operación, y aunque el art. 24 del C.S.T. establece responsabilidad solidaria de la actora con los contratistas, lo cierto es que tal fenómeno se predica exclusivamente de "salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores" no propiamente de los aportes parafiscales que haya lugar a liquidar.

Consejo de Estado - Sala de Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993)

Referencia: Radicación 4499. Apelación sentencia de septiembre 4 de 1992 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra la preliquidación de aportes N° 14-002 del 3 de noviembre de 1988 y las resoluciones números 257 del 21 de febrero de 1989 y 519 del 21 de febrero de 1990 expedidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA". Actor: CONSTRUCTORA LA SOLIDEZ S.A. FALLO.

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpuso el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, demandado

por el proceso, contra la sentencia de 4 de septiembre de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento promovido por CONSTRUCTORA LA SOLIDEZ, S.A., respecto de la preliquidación de aportes # 14-002 de 3 de noviembre de 1988, la comunicación # 4684623 de 6 de febrero de 1989 y las resoluciones # 257 de 21 de febrero de 1989 y # 519 de 21 de febrero de 1990, por las que el SENA determinó los aportes causados por las vigencias fiscales de 1986 y 1987 y decidió recurso existente.

ANTECEDENTES:

El primero de los citados actos, previo examen de las declaraciones de renta y anexos por 1986 y 1987 de la demandante, realizado en el curso de visita practicada a ésta, fijó, como base de los aportes en dichas anualidades, por concepto de "M. O. Construcción", las cantidades de $47.096.079 y $96.958.315, respectivamente, y como aportes causados, no cubiertos, las sumas de $941.303 y $1.933.385, en el mismo orden, actuación ratificada por la resolución # 257 de 1989 y después confirmada en la vía gubernativa.

Los argumentos esenciales de los actos acusados, en particular, de la comunicación 4684623 de 1989 y la resolución # 519 de 1990, precisan que los contratos analizados corresponderían a pagos por mano de obra, tipificados como de intermediación, conforme al artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, que harían recaer en la impugnante la responsabilidad por el pago de salarios y prestaciones y de aportes al SENA, pues, según el articulo 24 *ib.*, toda relación de trabajo personal supondría un contrato laboral, presunción no desvirtuada por aquélla, como no estaría probado que los contratos de obra en cuestión fueran civiles, o comprendieran pagos diferentes de los de mano de obra.

LA DEMANDA:

Niega que el SENA fuera competente para calificar si, un contrato es, o no, laboral, dado que, de conformidad con los artículos 2 y 58 de la Constitución, que estima violados, los funcionarios de la rama ejecutiva solo podrían actuar en términos de ésta, en tanto que la justicia se administraría privativamente por la Corte, los Tribunales y los Juzgados. En el caso, el SENA habría obrado como Juez, a través de unas sentencias con apariencia de acto administrativo, pero ejerciendo mal la función jurisdiccional, pues habría fundado su decisión en normas que regulaban materias diferentes; explica que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del Código de Procedimiento del Trabajo, en armonía

con el 58 de la Constitución, únicamente el juez del trabajo, mediante sentencia, podría definir si un contrato es de trabajo con todas sus consecuencias, o afirmar que determinado documento, por reunir los elementos esenciales del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es un contrato de trabajo, amparándose dicho documento, entre tanto, en presunción de legalidad, que se predicaría de los documentos anexos a la demanda. Así que, no siendo juez el SENA, no podría, con el pretexto de recaudar tributos, calificar como laboral un contrato que no lo es, ni presumir vínculos legales inexistentes.

Sostiene, asimismo, que "la solidaridad invocada por el SENA, al interpretar el artículo 35 del Código sustantivo del Trabajo, se aplica a las relaciones entre patronos y trabajadores, y no entre el SENA y los administrados", supuesto que la solidaridad se contempla en el artículo 1568 del Código Civil, como modalidad excepcional de las obligaciones, teniendo por únicas fuentes la convención, el testamento o la ley, y que no pudiendo presumirse, debe ser expresamente declarada. Prosigue, que los artículos 32 a 36 del Código Sustantivo del Trabajo, del Capítulo III sobre "representantes del patrono y solidaridad", extienden tal representación a directivos, administradores e intermediarios, que obligan al patrono ante los trabajadores, pero que ninguna norma laboral prevé la hipótesis de la solidaridad frente a entidades del Estado; la única solidaridad que emergería del articulado del capítulo III, sería la del artículo, 32 ("son representantes del patrono, y como tales lo obligan frente a sus trabajadores....."), debiendo entenderse que el Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se desprende de sus artículos 1, 3, 13, 17, 18 y 23, es un estatuto destinado íntegramente a regular las relaciones entre patronos y trabajadores y que se circunscribe a las situaciones suscitadas en torno de esas relaciones.

El SENA habría hecho, pues, "una interpretación amañada de la ley y una aplicación laxa de la solidaridad", al pretender la aplicación abusiva de un estatuto que no era el indicado, con violación de las antes citadas disposiciones. Tampoco le vendría el rol al juez por la vía de las presunciones, o la interpretación extensiva de la solidaridad, ya que aquéllas, según el artículo 66 del Código Civil, se hacen por la ley y se deducen por el juez en casos concretos, no como ocurrió, que sus funcionarios establecieron presunciones de responsabilidad, con base en normas que regulaban materias diferentes, conducta violatoria del artículo 26 de la Constitución; de otro lado, dichos funcionarios habrían incurrido en contradicción, pues mientras en el considerando 6° de la resolución 519 de 1990 se afirma que no se anexaron los contratos civiles de obra, como prueba de que comprendían el pago de conceptos distintos del de mano de obra, en la comunicación # 4684623 se reconoce la existencia de tales contratos, y que fueron examinados en su momento.

Prosigue, que los actos demandados ignoraron también los artículos 17 de la ley 21 de 1982, sobre el concepto de nómina mensual, y 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que tiene por patronos a los contratistas independientes, normas concordantes con el artículo 7°, numeral 4°, de la antes citada ley, de donde surgiría que los empleadores responden por su nómina y no por las de otros empleadores, contra lo expuesto en los actos dichos, en el sentido de que la sociedad debía asumir el pago de aportes, conforme al importe total de los contratos civiles de obra, interpretándose extensivamente el concepto de nómina por la afectación de conceptos diferentes de los establecidos por el artículo 17 de la ley 21 de 1982, ley que reguló íntegramente la materia y no facultó al SENA para establecer responsabilidades solidarias, ni para legislar o juzgar.

LA SENTENCIA APELADA:

Advierte que el fundamento de la determinación de los discutidos aportes, fue la ley 21 de 1982, como así se había indicado al efectuar su cálculo, tomándose en consideración, igualmente, la naturaleza de los contratos, según se infería de la preliquidación, que había tenido por base la "M.O. construcción", de la respuesta a las objeciones de la impugnante, cuando precisó que "se tipifican como de simple intermediación", y de la liquidación definitiva.

Dentro del exámen que hace de los aludidos contratos, destaca que el de obra material, regulado por los artículos 2053 y siguientes del Código Civil, se define por el tratadista José Alejandro Bonivento Fernández, como "acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración **y sin mediar subordinación ni representación**...", donde sería perceptible que este contrato difiere del laboral, por obedecer a causa y prestaciones distintas.

Por otro aspecto, que el contrato civil de construcción, como lo afirma la demandante, se rige por el artículo 2060 del Código Civil y excluye la aplicación del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo; y que, como de la revisión de los contratos allegados al proceso surge que son contratos civiles de obra, naturaleza no desvirtuada por la contraparte, procede su exclusión de la base para aportes, con excepción de aquellos respecto de los cuales no se acreditó el pago del impuesto de timbre, cuyo listado hace.

Respecto de la solidaridad esgrimida por la demandada, dice que es cuestión dirimida por el Consejo de Estado, en el sentido de que tal figura no se contempla en relación con los aportes parafiscales; sobre el particular transcribe apartes de la sentencia de la Sala de 15 de noviembre de 1991, dictada en el proceso # 3122, con ponencia del Señor Consejero Jaime Abella Zárate.

SECCION CUARTA

EL RECURSO DE APELACION:

Sostiene que la sentencia recurrida, interpreta erróneamente la naturaleza de los contratos en que se apoyó el SENA para liquidar los discutidos aportes, y "desconoce normas jurídicas de ineludible aplicación al caso en estudio...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Por los ejercicios fiscales de 1986 y 1987, los discutidos, como en efecto lo advierte el *a-quo,* las disposiciones aplicables en materia de cálculo y fijación de los aportes parafiscales en controversia, eran las de los artículos 7°, 9° y 17 de la ley 21 de 1982, en conexión con los artículos 2053 y siguientes del código Civil, sobre "los contratos para la confección de una obra material", y particularmente, con el artículo 2060 *ib.,* referente al contrato civil de construcción, ajeno, por su índole, al contrato individual de trabajo, regulado por los artículos 22 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, y de suyo, a la figura del "simple intermediario" (el que contrata servicios de determinadas personas, para "ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono") del artículo 35 *ib.*

Ahora bien, no se establece de los contratos anexos en que se apoyó el fallo recurrido, que se configuraran elementos propios del contrato de trabajo, ni que el pago del precio de los mismos constituyera "salario", como base de la liquidación de aportes patronales, principalmente porque no se da la sujeción de los diferentes contratistas a la contratante (la actora), ni se observa que asuma ésta riesgos o el suministro de medios físicos de operación, y aunque el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece responsabilidad solidaria de la actora con los contratistas, lo cierto es que tal fenómeno se predica exclusivamente de "los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores", no propiamente de los aportes parafiscales que haya lugar a liquidar, según se definió en la sentencia de 15 de noviembre de 1991, transcrita parcialmente por el *a-quo.*

Por otra parte, puesto que el apelante, en las breves líneas de la sustentación de su recurso, no demuestra por qué la interpretación que en la sentencia se hace de la naturaleza de los contratos en cuestión, es "equivocada", ni cuáles las "normas jurídicas de ineludible aplicación", que se ignoran en la misma, es palmario que el recurso carece de fundamento y no 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 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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

COSTO / CONTRIBUYENTE - Obligaciones / SANCION POR NO INFORMAR

Si bien es cierto la sociedad actora estaba obligada a probar el costo desestimado por incumplimiento de los requisitos formales exigidos por el Decreto 80 de 1984, no es menos cierto que la Administración en las actuaciones administrativas no fue clara en cuanto a la omisión detectada y además fundamentó el rechazo ya en el acto liquidatorio en una forma que no era aplicable al caso, ya que el art. 27 del Decreto mencionado, consagra la imposición de sanciones pecuniarias por no identificar personas de quienes se devengan ingresos, o beneficiarios de pagos, pasivos y créditos que como se ve contempla una situación totalmente diferente al desconocimiento del costo, por el incumplimiento de los requisitos formales exigidos, lo cual hace que el proceder administrativo sea violatorio de tal artículo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente Nro. 4048 Actor: INVERCHESA S.A. IMPUESTOS (RENTA) FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Nación-Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de fecha noviembre 8 de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad

INVERCHESA S.A. Nit: 60.008.976, contra la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta, complementarios y sanción a cargo por el período gravable de 1984.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora, presentó declaración tributaria del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1984, el día 10 de mayo de 1985 ante la Administración de Impuestos de Bogotá, en cuya liquidación privada fijó los impuestos a su cargo en la suma de $1.821.779. Esta fué adicionada con fecha mayo 21 del mismo año.

Teniendo en cuenta requerimiento ordinario Nro. 066 del 18 de julio de 1986, requerimiento especial Nro. 122 de fecha septiembre 16 del mismo año, y sus correspondientes respuestas, se produjo la liquidación de revisión Nro. 000600 del 19 de agosto de 1987, acto administrativo en el cual se le determinan los impuestos a la sociedad en la suma de $9.752.944, es decir, un mayor valor de $7.884.842, debido al desconocimiento de: costo de ventas de valores mobiliarios en la suma de $179.188; deducciones en cuantía de $19.532.917 por los siguientes conceptos: servicios, comisiones, honorarios, pérdidas sin valor, pérdidas en limitadas, depreciaciones y a la imposición de sanción por no identificar beneficiarios de pagos. Asimismo se le efectuaron adiciones al patrimonio y con fundamento en ellas se determinó diferencia patrimonial.

En escrito de fecha 19 de octubre de 1987, la sociedad recurrió en reconsideración ante la División de Recursos Tributarios, oficina que mediante la resolución Nro. 00094 del 23 de noviembre de 1988, confirmó integramente el acto liquidatorio recurrido, actuación con la cual se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Inconforme con los actos administrativos antes reseñados, la sociedad actora elevó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando haberse violado en ellos las siguientes normas constitucionales y legales: Artículos 26 de la Constitución Nacional; 62 y 89 del Decreto 1651 de 1961 ; 62 inciso 3° del Decreto 2053 de 1974; 4° y 77 del Decreto 2821 de 1974; 31, 32, 37 y 59 de la Ley 52 de 1977; 21 y 25 inciso l°. del Decreto 825 de 1978; 4°. numerales 4, 16 y 27 del Decreto 80 de 1983; 15 y 62 del Decreto 3803 de 1982; 23 de la Ley 9a. de 1983; 15 del Decreto 2026 de 1983; 21 del Decreto 353 de 1984 y 177 del Código de Procedimiento Civil.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda al considerar que prosperaba el cargo propuesto sobre el rechazo del costo de venta de valores mobiliarios poseídos por dos años o más para efectos del impuesto de ganancias ocasionales, porque la Administración en el memorando explicativo de la liquidación de revisión fundamenta la glosa en el artículo 27 del Decreto 80 de 1984 que dispone "la sanción que se impondrá a los contribuyentes que no suministren en su declaración de renta o dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar, la identificación de las personas de quienes se devengan ingresos..." es decir, que con fundamento en esta norma la Administración no podía rechazar el costo de ventas de valores mobiliarios.

Y con relación a todos los demás cargos que tienen que ver con el desconocimiento de las deducciones por concepto de: servicios, honorarios, comisiones, deudas pérdidas o sin valor, pérdida en sociedades limitadas, depreciaciones, sanción por no identificar beneficiarios, se pronunció en sentido adverso a lo pretendido por el libelista al encontrar el proceder administrativo en cada uno de dicho puntos ajustado a las normas en que se fundamentó la Administración.

En consecuencia, el *a-quo* practicó nueva liquidación de impuestos para hacer efectivo el reconocimiento del costo de ventas de valores mobiliarios en la suma de $179.188, reliquidando de esta manera el impuesto de ganancias ocasionales en la suma de $34.762 para un total de impuesto de renta, ganancias ocasionales y sanción por valor de $9.681.269.

LA APELACION:

La entidad demandada, oportunamente interpone recurso de apelación con el fin de que esta Corporación revoque la sentencia apelada en cuanto a la decisión tomada respecto al rechazo del costo de ventas de valores mobiliarios en cuantía de $179.188 por cuanto en su concepto la actuación de su representada se ajusta à derecho.

Explica que su representada desestimó el costo de ventas de valores mobiliarios poseídos por más de dos años, por falta de identificación de los activos vendidos, es decir, que no se suministró en la declaración la información descriptiva del activo, fecha de adquisición, etc. y que solo con el recurso de reconsideración argumento que se trata de una venta de acciones que poseía en la sociedad Financiera S.A., sin respaldo probatorio alguno, y que como a él le correspondía probar de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 63 del Decreto

1651 de 1961 en concordancia con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el costo rechazado de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 5° y 27 del Decreto 80 de 1984, y no lo hizo, debe mantenerse el rechazo sobre dicho costo.

El apoderado de la sociedad actora no apeló la sentencia.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El Ministerio Público, representado por el Dr. Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de esta Corporación, estima que la sentencia merece confirmarse, pero que llama la atención acerca del hecho de que la misma en lo que al punto objeto de apelación se refiere carece de una verdadera motivación toda vez que el Tribunal al referirse al artículo 27 del Decreto 80 de 1984 simplemente expresa "con fundamento en esta norma la Administración no podía rechazar el costo de venta de valores mobiliarios". Agrega, que debe confirmarse la decisión del *a-quo* porque como lo advierte la demanda, en la liquidación de revisión se fundamenta el rechazo en el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, disposición que no consagra el rechazo de costos cuando el contribuyente no identifica "los activos vendidos" sino cuando no identifica a los beneficiarios de los correspondientes pagos (numeral 2°) irregularidad que no es la que la Administración le atribuye al contribuyente, por lo cual se viola dicha norma al darle un alcance distinto del que se deriva de la misma.

La entidad demandada no presentó alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El único punto que constituye motivo de apelación es entonces el relativo al reconocimiento del costo de venta de valores mobiliarios (acciones de la sociedad Financiera S.A.) declarado al renglón 208 del formulario oficial de la declaración tributaria por valor de $179.188, partida que el Tribunal aceptó originando la inconformidad del apoderado de la entidad demandada al respecto, por cuanto en su concepto no es procedente su reconocimiento por cuanto la contribuyente no demostró plenamente el costo.

Observa la Sala, que la sociedad contribuyente solicitó al renglón 208 de la declaración como costo en "venta de valores mobiliarios poseídos por dos años o más" (activos fijos) la suma de $179.188, incumpliendo con las informaciones exigidas por el numeral 9° del artículo 5° del Decreto 80 de 1984 que ordenaba cuando se enajenan activos fijos, presentar la información sobre descripción del activo, costo y fecha de adquisición, costo fiscal en el momento de la enajenación, precio de venta etc.

SECCION CUARTA

La Administración al sustentar la glosa sobre dicho punto, en el requerimiento especial argumentó: "Renglón 208- costo de venta de valores mobiliarios poseídos por dos años o más $179.188. se desestimará el anterior costo por falta de identificación de los activos" y , posteriormente en la liquidación de revisión al concretar el rechazo expresó: "Se mantiene el rechazo de $179.188 solicitado como costo de venta de valores mobiliarios poseídos dos años o más por falta de identificación de los activos vendidos. Artículo 27 del Decreto 80 de 1984".

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que si bien es cierto la sociedad actora estaba obligada a probar el costo desestimado por incumplimiento de los requisitos formales exigidos por el artículo 5° numeral 9° del Decreto 80 de 1984, no es menos cierto que la Administración en las dos actuaciones administrativas mencionadas no fué clara en cuanto a la omisión detectada y además fundamentó el rechazo ya en el acto liquidatorio en una forma que no era aplicable al caso.

En efecto, el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, consagra la imposición de sanciones pecuniarias por no identificar personas de quienes se devengan ingresos, o beneficiarios de pagos, pasivos y créditos, exigidos por el artículo 4° del mismo decreto. Como se vé contempla una situación totalmente diferente a la que se planteaba, el desconocimiento del costo, por el incumplimiento de los requisitos formales exigidos por el artículo 5° numeral 9° del mismo decreto 80 de 1984, norma a la cual no se hizo referencia.

En estas condiciones, estima la Sala que el proceder administrativo tal y como lo consideró el Tribunal, y en el mismo sentido el concepto del colaborador fiscal, es violatorio del artículo 27 del Decreto 80 de 1984, por indebida aplicación, lo cual hace que el rechazo carezca de legal respaldo y si a ello le suma la precaria explicación sumaria del motivo por el cual se desestimó el costo, se llega al convencimiento de la improcedencia de dicho proceder, razones por las cuales la Sala no acepta las pretensiones de la apoderada de la entidad demandada.

No sobra anotar, que si bien las normas tributarias como el artículo 49 de la Ley 52 de 1977 (hoy artículo 712 del Estatuto Tributario) exige que la liquidación de revisión debe contener una explicación sumaria de las modificaciones efectuadas, la misma debe ser clara de manera que el contribuyente no tenga duda al ejercer su derecho de defensa mediante el recurso que procede contra tal acto administrativo, de los hechos que debe probar o acreditar.

Así las cosas, se procede a confirmar la sentencia.

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:

Confírmase la sentencia de fecha noviembre 8 de 1991, originaria del 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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano,* (ausente)*; Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SALDO A FAVOR / DEVOLUCION / REQUERIMIENTO ESPECIAL / LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza

No se encuentra que sea procedente la negativa de la devolución por el argumento esgrimido por la administración consistente en no ser viable la petición de rentas exentas consignadas en el renglón 20 del formulario rentístico, puesto que el beneficio invocado sólo podía ser cuestionado con el requerimiento especial, en el proceso de determinación del impuesto y este nunca se hizo . Esta causa que no puede encajarse dentro de la cuarta del art. 857 relativa a "Impuestos Descontables" sin los correspondientes requisitos legales, porque la solicitud del actor no fue de descuento por impuestos sino de "renta exenta", que se podía cuestionar mediante requerimiento más no el trámite de devolución. Luego es procedente la firmeza de la liquidación privada, con base para ordenar la devolución.

FACULTAD DE FISCALIZACION / DEVOLUCION - Verificación / SALDO A FAVOR

Uno es el proceso de determinación del impuesto y otro distinto es el de verificación para la devolución de saldos a favor. Los dos apuntan a las finalidades distintas, como diferentes son también las normas que la regulan, mientras que en el primero se depuran las bases gravables para la determinación del impuesto, el segundo, busca constatar a través de verificación de los documentos de pago que se tiene el derecho a la devolución de un sobrante; pero no es cierto que sea indiferente para ordenar o no la devaluación que la liquidación privada esté o no en firme en materia del impuesto sobre la renta, puesto que esto significaría hacer nugatoria la

salvedad prevista en el inc. 2o del citado art. 75 de la ley 9a. de 1983, e indefinida en el tiempo la firmeza de la declaración de renta.

INTERES CORRIENTE / INTERES MORATORIO / SALDO A FAVOR / DEVOLUCION

Como la Administración no ordenó la devolución del saldo a favor solicitado por el contribuyente, tampoco lo hizo respecto de los intereses corrientes y moratorios que el reclamante pide de nuevo a la jurisdicción se liquiden con fundamento en el art. 31 del Decreto 2821 de 1974 y en atención a que el art. 44 de la Ley 49 de 1990 solo se aplica a las devoluciones que se presentan a partir de la vigencia de dicha ley; luego de acuerdo con lo decidido de ser procedente la devolución, es igualmente procedente el reconocimiento de los rendimientos solicitados, teniendo en cuenta que los corrientes se causan desde el 12 de julio de 1987 (año siguiente al gravable) hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia según la parte final del tercer inciso del art. 31 del Decreto 2821 de 1974.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No 4408. Impuesto Renta - FALLO - Actor: FIDEL BAÑUELOS CARRILLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor FIDEL BAÑUELOS CARRILLO, contra la sentencia del 3 de julio de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las suplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que negaron la solicitud de devolución del saldo a favor determinado en la declaración de renta, año gravable 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fecha 18 de mayo de 1987 y número de radicación 2349 el contribuyente FIDEL BAÑUELOS CARRILLO, presentó declaración de renta correspondiente al período fiscal 1986 en la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín. Determinó en ésta un impuesto a cargo igual a cero

(0) y un saldo a su favor por concepto de las retenciones que se le efectuaron en el mismo año, por la de $1'952.183.

El 2 de agosto de 1989, esto es, dos años después de presentada la declaración, el contribuyente radicó la solicitud de devolución de sobrantes por retención en la fuente, bajo el número 1313-0.

Avocado el conocimiento la Administración de Impuestos por Auto 07 del 25 de agosto del mismo año, amplió en sesenta dias adicionales el término para devolver.

En memorial presentado el 6 de octubre de 1989 el solicitante objetó por improcedente la prórroga para resolver sobre aquella solicitud.

Por Auto 026 de diciembre de 1989, la Oficina de Impuestos en uso de las facultades conferidas por los Artículos 560 y 857 del Estatuto Tributario rechazó la solicitud en cuestión. Estimuló que las rentas exentas que el declarante relacionó en el formulario rentístico y que deban lugar a la devolución eran inexistentes, puesto que la reforma tributaria de 1974 derogó la exención. Regló toda la materia y dentro de las que estatuyó como tales no incluyó la consagrada por el Decreto 580 de 1951, estatuto esgrimido como fundamento del beneficio fiscal para los expertos extranjeros y su familia que vinieran en desarrollo de convenios de asistencia técnica.

Ordenó devolver la solicitud, corregir la declaración o efectuarlas modificaciones pertinentes, en los términos del inciso 2o Artículo 1o., inciso lo. Artículo 11 del Decreto 2314 de 1989.

En memorial radicado el 11 de enero de 1990, el peticionario entendiendo que no había motivo para corregir la declaración de renta 1986, ni para modificar la solicitud de devolución, de nuevo presentó la solicitud en mención. Pidió también reconocimiento de intereses corrientes, moratorias y perjuicios por daño emergente y lucro cesante, de acuerdo con lo previsto por los Artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo.

Con los mismos argumentos que sirvieron de base para la expedición del Auto 26 de 1989 y teniendo en consideración lo expuesto en el Concepto 19694 del 23 de agosto de 1989 de la Subdirección Jurídica, en donde quedó claro que tanto la exención consagrada en el Decreto 580 de 1951 como la prevista en la Ley 24 de 1959 dejaron de tener vigencia a partir de septiembre de 1974, la Administración de Impuestos, expidió la Resolución 053 de enero 23 de 1990. Negó la devolución y consecuentemente también los intereses solicitados. Contra

esta providencia se concedió el recurso de reconsideración de conformidad con lo establecido en el inciso final del Artículo 720 del Estatuto Tributario.

El 2 de marzo de 1990, el contribuyente interpuso el recurso de reconsideración consagrado en el parágrafo 3 del Artículo 857 del Decreto 624 de 1989, y con el fin de que no quedara duda sobre el agotamiento de la vía gubernativa también el de reposición concedido en la providencia objeto de impugnación, para el caso de que el primero resultara improcedente.

Por Resolución 010 de junio del mismo año 1990, la División de recursos Tributarios actuando por delegación concedida en la Resolución 12 del 30 de mayo confirmó en todas sus partes la Resolución 053 de 1990.

Agotada la vía gubernativa el apoderado judicial del actor reclama ante la jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos en cita, se declare la ocurrencia del SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO consagrado por el Artículo 734 del Estatuto Tributario y fallar a favor de su representado la solicitud de devolución.

Consecuentemente se ordene a la Administración de Impuestos:

a) Devolver como saldo a favor del señor BAÑUELOS CARRILLO, la suma de $1'952.183.

b) Pagar intereses corrientes y moratorias causados sobre el saldo a favor solicitado, desde el 1 de julio de 1987 hasta la ejecutoria de la sentencia que ordene devolver el saldo crédito, conforme a la tasa vigente, y

c) Dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en el Artículo 176 del C.C.A.

Argumenta en síntesis que, la Administración de Impuestos de Medellín actuó sin competencia, primero, al resolver sobre la solicitud de devolución puesto que era el Jefe de la Unidad de Devoluciones o el de la de Recaudo el que tenía tal función y después, al delegar a la División Jurídica de la misma Administración la facultad de resolver el recurso de reconsideración que ella misma, graciosamente cambió por el de reposición.

Entiende que como en la fecha aún no había resuelto el recurso de reconsideración que se presentó contra la providencia que negó la solicitud de devolución e intereses (porque el que se desató fue el de reposición) operó el SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, que tipifica el Artículo 734 del

Estatuto Tributario, por lo que es procedente un pronunciamiento favorable al contribuyente.

Como el contribuyente es un asalariado cuya retención en la fuente por salarios representa más del 80% del total de las retenciones practicadas por el año gravable de 1986, estima que de acuerdo con el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, el término de revisión debe contarse a partir de la fecha de presentación de la declaración de renta, vale decir, desde el 18 de mayo de 1987. De donde infiere que cuando aquel hizo la solicitud de devolución, el 2 de agosto de 1989, la liquidación privada ya estaba en firme, por lo que resulta Improcedente por extemporáneo el cuestionamiento de las rentas exentas para negar la solicitud de devolución.

Finalmente considera que, sin fundamento legal la Oficina de Impuestos arbitrariamente amplió el término para resolver la solicitud de devolución, puesto que, no se configuró ninguna de las causales de que tratan los numerales 3 y 4 del Artículo 857 del Estatuto Tributario para el efecto y peor aún con las mismas razones negó el derecho a la devolución del saldo crédito y de los intereses corrientes y moratorios a los que el contribuyente tenía derecho, con violación también del Artículo 863 del mismo estatuto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia por sentencia del 3 de julio de 1992, no accedió a las pretensiones de la demanda. Con fundamento en el inciso final del Artículo 560 del Estatuto Tributario que faculta al Administrador de Impuestos Nacionales para ejercer cualquiera de las funciones y conocer de los asuntos que se tramitan en su Administración, previo aviso al Jefe de la Unidad correspondiente, el *a-quo* rechaza la pretendida violación del mismo artículo y además del 853 del Decreto 624 de 1989, como quiera que dentro del informativo aparece el mejorando dirigido por el Administrador al Jefe de la División de devoluciones, comunicándole que asume el conocimiento de la solicitud de devolución formulada entre otros, por el reclamante.

Negó la viabilidad del SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO porque éste, dice, opera para los recursos de reconsideración o reposición interpuesto contra liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y no contra actos que nieguen solicitudes de devolución, además de que en el caso en estudio aquéllos fueron decididos dentro del término legal de un año.

DE LA APELACION

El apoderado del actor apela y solicita se revoque por ilegal la sentencia impugnada. La crítica porque no analiza todos los hechos en que se funda la controversia; se limita a negar la operancia del Silencio Administrativo Positivo pero deja de lado el punto más importante de aquélla cual es, la procedencia de la solicitud de devolución y de los intereses que la misma supuestamente origina.

Se remite a los argumentos expuestos en la demanda y los reitera para que sean tenidos en cuenta al resolverse el recurso interpuesto.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Procurador 3o. Delegado ante esta Corporación Dr. Jaime Ossa Arbeláez, solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Para el Ministerio Público es claro que en los términos del Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, la liquidación privada presentada por el contribuyente por el año gravable 1986 quedó en firme, puesto que radicada la declaración del asalariado el 18 de mayo de 1987, no se practicó y notificó la liquidación de revisión dentro de los dos años siguientes, situación que es admitida por la Administración Tributaria y siendo así ésta no puede apartarse de aquélla para desconocer el derecho a la devolución.

El apoderado de la entidad demandada se opone a la apelación y solicita se confirme la sentencia apelada.

No entiende el sentido o el objeto de la apelación en cuanto a la "motivación de los actos acusados", porque en ninguna parte, ni con la demanda ni en el memorial de apelación se propone argumento alguno, ni se explica el concepto de violación de las normas presuntamente violadas.

Admitiendo que se refiere a la inconformidad planteada en relación con la "Firmeza de la liquidación privada" distingue, entre el proceso de determinación y el proceso de devolución, regulados en el estatuto Tributario en títulos separados y cuyas competencias se encuentran asignadas a dependencias igualmente diferentes.

Mientras que en el primero, dice, el acto de determinación del impuesto implica modificación de las bases gravables y del Impuesto mismo; en el segundo se hace una verificación del cumplimiento de los requisitos formales y materiales para determinar "la procedencia del saldo a favor y no incurrir de pronto en

pago de lo no debido".

Esto es, que para el representante de la Administración Tributaria, en el proceso de verificación previo a la devolución de sobrantes, "resulta indiferente el hecho de que la liquidación privada está en firme".

Argumenta en fin, que a más de que en la vía gubernativa el apelante no objetó la falta de competencia para negar la devolución o el indebido otorgamiento de los recursos, de acuerdo con el Artículo 720 del Estatuto Tributario, cuando el acto administrativo ha sido proferido por el Administrador de Impuestos procede el recurso de reposición y no el de reconsideración; motivo por el cual la dependencia oficial tuvo razón de fallar el primero por Resolución 10 de junio de 1990, proferida por la Subdirección Jurídica en uso de la facultad delegada que concedió el Administrador de Impuestos.

Infiere también de lo anterior que el pronunciamiento fué oportuno por este motivo no operó el Silencio Administrativo Positivo que el reclamante solicita se declare para obtener la devolución.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Es cierto que el memorial de apelación no es un modelo de técnica procesal pues no se relacionan en forma ordenada los hechos que sirven de fundamento a la alzada, pero con un pequeño esfuerzo de concatenarlo con los actos acusados, permite inferir que el desacuerdo con la sentencia apelada se concreta fundamentalmente en la falta de pronunciamiento sobre:

- La cuestionada FIRMEZA DE LA LIQUIDACION PRIVADA

- La COMPETENCIA del funcionario que resolvió sobre la devolución y sobre la trascendencia de haber concedido un recurso de reposición que el demandante considera equivocado y de donde deduce que no resuelto el recurso de reconsideración, operó el SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

FIRMEZA DE LA LIQUIDACION PRIVADA

Prescribe el Artículo 40 de la Ley 153 de 1887:

> "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciadas, se regirán por la ley vigente al

tiempo de su iniciación".

Así las cosas, para la Sala resulta claro que si una vez presentada una declaración tributaria entra en vigencia una nueva ley procesal, esta no le es aplicable a aquélla en cuanto a los términos que hubieren empezado a correr, pues en tal caso éstos se rigen por la ley vigente al tiempo de su presentación porque en esta fecha se inicia no sólo el termino de fiscalización sino también el de determinación del tributo.

En este sentido se ha pronunciado en varias oportunidades la Sección, como en la sentencia del 26 de julio de 1991, con ponencia de la Consejera Dra. Consuelo Sarria Olcos, exp.3294, actor: Pereira Motors S.A.

En el asunto que es materia del debate, el contribuyente demandante presentó la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1986, el 18 de mayo de 1987, cuando aún estaban en vigencia los Decretos Leyes 3803 de 1982 y 398 de 1983 y la Ley 9a. de este mismo año, porque el Decreto 2503 fue expedido el 29 de diciembre de 1987. El Artículo 75 de la citada Ley 9a. de 1983 que era armónico con los Artículos 19 y 22 del Decreto 3803 de 1982 y 7 y 8 del Decreto 398 de 1983, establecía que:

> "La declaración tributaria quedará en firme si dentro de los dos (2) años siguientes a la presentación de la declaración o de la corrección o modificación prevista en el Artículo 71 de esta ley no se notifica liquidación de revisión.
>
> Cuando el contribuyente determine saldos a favor en su declaración tributaria, el término anterior se contará a partir de la fecha en la cual se formule la solicitud de devolución o de compensación en debida forma, salvo que se trate de contribuyentes en los que la retención en la fuente por salarios represente un ochenta por ciento (80%) o más del total de retenciones, practicadas en el respectivo año gravable". (Subraya la Sala).

El sistema implantado mediante esta norma indica sencillamente que a los dos años de presentada la declaración quedaba en firme (descontada la suspensión por requerimiento especial y otras causas); si la liquidación privada mostraba saldo a favor, este mismo término se contaba no a partir de la presentación, sino de la solicitud en forma de la devolución, **salvo que** se tratara de asalariados (80% de retención por salarios), caso en el cual el término de firmeza se regía por la disposición general de los dos años a partir de la presentación de la declaración. El régimen de los "asalariados" era una excepción dentro de las declaraciones con saldo a favor.

El declarante en su calidad única de empleado, como está comprobado

dentro del informativo, presentó la declaración de renta del año gravable 1986, como antes se dijo, el 18 de mayo de 1987 y acreditó con ella y el certificado de "Ingresos y Retenciones" que el 100% de éstas pertenecían a salarios, circunstancia de la que resulta, de acuerdo a las normas en cita, que la liquidación privada reimpresa en aquella quedó en firme, en igual fecha del mismo mes de mayo de 1989, como quiera que no fué modificada dentro del tiempo oportuno por liquidación de revisión, y siendo así era procedente la devolución del saldo a favor determinado en el renglón No 38 del formulario oficial por $1'952.183.

En consecuencia, si el contribuyente cumplió con la presentación de la solicitud en debida forma y satisfizo la exigencia prevista en el Artículo 40 del Decreto 2314 de 1989 y no se tipificó ninguna de las causas es previstas en éste para negar la petición, debía procederse a la devolución.

Según el Artículo 857 del Estatuto Tributario una solicitud de devolución de saldo a favor debe negarse cuando ocurra alguna de estas causales:

a) Por ser extemporánea

b) Por haber sido ya atendida favorablemente

c) Por haber sido negada definitivamente

d) Cuando, dentro del proceso de devolución se presenta alguna de estas situaciones:

- Que la solicitud carezca de formalidades

- Que la declaración presente error aritmético

- Que se constate inexistencia del pago o de la retención denunciada (por retención no practicada, no consignada o inexistente del retenedor)

- Que no se relacione nombre o razón social y NIT del agente retenedor, así como el valor retenido

- Que se constate la Improcedencia de los impuestos descontables principalmente, en el caso del impuesto sobre las ventas).

Repasando el curso de la declaración de renta del actor y el procedimiento de la devolución, la Sala no encuentra que sea procedente la negativa de la devolución por el argumento esgrimido por la Administración consistente en no ser viable la petición de rentas exentas consignadas en el renglón No 20 del

formulario rentístico, puesto que el beneficio invocado sólo podía ser cuestionado con el requerimiento especial de que trata el Artículo 703 del Estatuto Tributario, en el proceso de determinación del impuesto y éste como se dijo, nunca se hizo. Esta causal no puede encajarse dentro de la cuarta del Artículo 857 relativa a "Impuestos Descontables" sin los correspondientes requisitos legales, porque la solicitud del actor no fué de descuento por impuesto sino de "renta exenta" (renglón 20) que podía cuestionar la Administración mediante el procedimiento de requerimiento especial, mas no en el trámite de devolución.

La Sala está de acuerdo con el apoderado de la Administración en el hecho en que uno es el proceso de determinación del impuesto y otro distinto es el de verificación para la devolución de saldos a favor. Los dos apuntan a finalidades distintas, como diferentes son también las normas que los regulan. Mientras que en el primero se depuran las bases gravables para la determinación del impuesto, el segundo, busca constatar a través de verificación de los documentos de pago que se tiene el derecho a la devolución de un sobrante; pero disiente en que le sea indiferente para ordenar o no la devolución que la liquidación privada esté o no en firme en materia del impuesto sobre la renta, puesto que esto significaría hacer nugatoria la salvedad prevista en el inciso 2o del citado Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 transcrito, e indefinida en el tiempo la firmeza de la declaración de renta.

Por las anteriores razones la Sala procedería a declarar la nulidad de las Resoluciones que negaron la devolución y en cambio declarará la firmeza de la liquidación privada, como base para ordenar la devolución.

INTERESES CORRIENTES Y MORATORIOS

Como la Administración no ordenó la devolución del saldo a favor solicitado por el contribuyente, tampoco lo hizo respecto de los intereses corrientes y moratorios que el reclamante pide de nuevo a la jurisdicción se le liquiden con fundamento en el Artículo 31 del Decreto 2821 de 1974, tal como fue reproducido por el Artículo 863 del Estatuto Tributario y en atención a que el Artículo 44 de la Ley 49 de 1990 solo se aplica a las devoluciones que se presenten a partir de la vigencia de dicha ley.

De acuerdo con aquella disposición y lo decidido anteriormente, es procedente el reconocimiento de los rendimientos solicitados, teniendo en cuenta que los corrientes se causan desde el 1o de julio de 1987, (año siguiente al gravable), hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia según la parte final del tercer inciso del Artículo 31 del Decreto 2821 de 1974.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso

SECCION CUARTA

Administrativo-Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. REVOCASE la sentencia apelada de fecha 3 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

2. DECLARASE la nulidad de los actos administrativos que profirió la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, a saber: Autos números 07 y 026 de 1989 y Resoluciones números 053 de enero 23 y 010 de junio 29 de 1989, para negar la devolución solicitada por el señor FIDEL BAÑUELOS CARRILLO.

3. DECLARASE EN FIRME la liquidación privada que por el año gravable de 1986 presentó el señor FIDEL BAÑUELOS CARRILLO con NIT: 50.371.910 en Medellín el 18 de mayo de 1987 No 1581-2349 con un saldo a favor de $1'952.183.

4. ORDENASE a la Administración de Impuestos Nacionales de MEDELLIN, DEVOLVER a favor del contribuyente FIDEL BAÑUELOS CARRILLO, identificado con el NIT: 50.371.910 o a su apoderado el Dr. ALVARO HERNAN GOMEZ RINCON con C.C.No. 14'1447.688 de Cali quien goza de facultad para recibir, la suma de UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS ($11952.183) MONEDA CORRIENTE, correspondiente al saldo crédito determinado por concepto de retención en la fuente en la liquidación privada mencionada anteriormente. Sobre esta cantidad la citada Administración de Impuestos deberá liquidar y pagar intereses corrientes a la tasa vigente, desde el lo de julio de 1987 hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano,* (ausente)*; Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia.

Teniendo en cuenta que la Ley 31 de 1992 entro a regir el 4 de enero de 1993 cuando fue publicada, esto es con anterioridad a la fecha en que se expidió (5 de enero de 1993) y entró en vigencia (6 de enero 1993) el acuerdo demando, es claro que no se puede afirmar que viole normas que ya no estaban vigentes, ni que tengan que cumplir con requisitos legales inexistentes. Al establecer el cobro de la sobretasa al consumo de la gasolina automotor a partir del 1o. de abril de 1993 y destinar los recaudos por dicho concepto a la implementación del sistema del servicio público de transporte masivo de pasajeros, el acto no desconoce manifiestamente la normatividad vigente a la fecha de su expedición, razón por la cual no era procedente su suspensión provisional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D. C. catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 4804. Apelación auto de 5 de marzo de 1993 del Tribunal del Valle, en juicio de nulidad y suspensión provisional del Acuerdo No 01 de 5 de enero de 1993, del Concejo de Santiago de Cali. Actor: HUGO SALAZAR PELAEZ. AUTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Cali contra el auto de 5 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante el cual admitió la

demanda y decretó la suspensión provisional del Acuerdo 01 del 5 de enero de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali.

ANTECEDENTES:

El actor, Señor Hugo Salazar Peláez, en ejercicio de la acción de nulidad demandó el Acuerdo 01 de 5 de enero de 1993 expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante el cual "se establece una sobretasa al consumo de la gasolina motor". (folios 3 a 5).

Solicitó también la suspensión provisional del citado Acuerdo por considerar que vulnera la ley 86 de 1989 ya que "el Acuerdo 01 de enero 5/93 solamente enumera algunas obras civiles a ejecutarse de manera prioritaria, sin que ellas constituyan un sistema de servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros;....." (folio 31).

Además, la ley 86 de 1989 en su artículo 5o establece que la sobretasa a la gasolina se cobrará a partir del 1o de enero del año siguiente a aquel en que se perfeccione el contrato para su desarrollo y el Acuerdo 01 señaló en sus artículos 1o y 2o que la vigencia de la sobretasa, sería "a partir del 1o de abril de 1993, sin que se haya perfeccionado contrato alguno para el desarrollo de un Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros". (folio 32).

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Tribunal Administrativo del Valle decretó la suspensión provisional solicitada, argumentando que:

Con respecto a la primera razón del actor, "....no se hace ningún análisis al respecto, ya que el accionante no cita cuál artículo de la ley 86 de 1989 considera infringido, para efecto de hacer su comparación.... "(folio 38).

En relación con el segundo planteamiento del actor y de conformidad con lo establecido en el artículo 5o de la ley 86 de 1989, observó el *a quo* que "es fácil advertir la violación flagrante de la norma superior, ya que la ley 86 de 1989 dispone que es a partir del 1o de enero del año siguiente a aquel en que se perfeccione el contrato para el desarrollo de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros que se puede (sic) cobrar los incrementos a la gasolina, siendo obligatorio el concepto previo de el 'Conpes' para fijar la sobretasa y no como lo alude el Acuerdo". (folio 40).

EL RECURSO DE APELACION:

La apoderada del Municipio de Santiago de Cali interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto anterior, y lo sustentó en síntesis así:

El Acuerdo acusado no vulneró la ley 86 de 1989, ya que:

-En su artículo 1o dispuso que el cobro de la sobretasa del 8% del precio de la venta de gasolina se realizaría una vez se obtuviera el concepto previo del Conpes si fuere necesario, " .... previniendo que este requisito pudiera ser abolido por una norma legal posterior". (folio 71).

-Con el artículo 3o del acuerdo demandado se dio cumplimiento al segundo requisito previsto en el literal b) del artículo 5o de la ley 86 de 1989, relacionado con la destinación exclusiva de la sobretasa para la implementación y financiación del sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros.

En relación con el momento en que se puede cobrar por el Municipio de Cali la sobretasa al consumo de la gasolina motor, precisó que:

Con posterioridad a laLey 86 de 1989, el Congreso expidió la ley 31 de 29 de diciembre de 1992 que dispuso en el parágrafo 3o de su artículo 16 que los municipios "podrán hacer uso de las facultades previstas en el literal b) del Artículo 5o de la Ley 86 de 1989 para financiar directamente las obras y adquisiciones que dicha ley menciona. Los respectivos Concejos reglamentarán el recaudo de los recursos previstos en la citada ley y la fecha de inicio de su cobro", razón por la cual ". . . se suprimieron las condiciones iniciales para el cobro de la sobretasa de obtener el concepto previo del Conpes y el del perfeccionamiento del contrato que desarrollaría el sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, ... con las facultades dadas a los Concejos Municipales se dice que los Municipios podrán hacer uso de la facultad impositiva para financiar 'directamente' las obras, sin otro requisito distinto a que lo recaudado tiene destinación exclusiva a la inversión de las mismas,....." (folio 73).

Lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 16, citado anteriormente, responde al desarrollo legal del principio constitucional consagrado en el artículo 187 de la Constitución Nacional en lo relacionado con la autonomía de las entidades territoriales para la administración de los recursos y establecimiento de los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Advirtió la apoderada de la entidad apelante que la Ley 31 de 29 de diciembre de 1992, vigente desde su publicación en el Diario Oficial No 40.707

del 4 de enero de 1993, es anterior al acuerdo No 01 de 5 de enero de 1993, vigente desde su publicación en el Boletín Oficial No 001 del 6 de enero de 1993, y, por lo tanto, ".... no hay lugar a ninguna violación de norma de orden superior, por cuanto el Concejo Municipal se ajustó plenamente a la ley 86 de 1989, y a la ley 31 de 1992, al determinar que la fecha del cobro es a partir del 1o de abril de 1993....." (folio 74).

Finalmente indicó que no consideraba procedente decretar la suspensión provisional del Acuerdo acusado, " .... por cuanto..... la norma invocada como violada por el accionante o sea el artículo 5o en su literal b) de la ley 86 de 1989, fue modificado por el parágrafo 3o del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, disposición ésta que no tuvo en cuenta el actor en sus argumentos de la acción pública de nulidad, respecto a la solicitud de suspensión provisional del Acuerdo objeto de esta acción".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término la Sala observa que el actor demanda la totalidad del Acuerdo 1 de 1993, porque a su juicio no recoge la filosofía de la ley 86 de 1989, la cual otorgó facultades a los Concejos Municipales para establecer una sobretasa al consumo de la gasolina, con el fin de que desarrollen programas de servicio público masivo de transporte y precisa sus argumentos al respecto.

La petición de suspensión provisional también está referida a la totalidad del Acuerdo impugnado e invoca en primer término la violación del alcance que señala la ley respecto de lo que es un sistema de servicio público de transporte.

Los términos anteriores en que se plantea la solicitud de suspensión provisional llevan a la imposibilidad de hacer la simple comparación de las normas demandadas que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, y fué por eso que como lo anotó el *a quo,* no se citó expresamente el artículo de la ley 86 de 1989 que pudiera confrontarse con el acto cuya suspensión se solicita.

En cuanto a la segunda razón en la que fundamenta el peticionario la solicitud de suspensión provisional del acto demandado se tiene lo siguiente:

La ley 31 del 29 de diciembre de 1992 dispuso en su artículo 16 parágrafo 3o.:

"Artículo 16.

"Parágrafo 3o . Los distritos y municipios podrán hacer uso de las facultades previstas en el literal b) del artículo 5o de la ley 86 de 1989 para financiar directamente las obras y adquisiciones que dicha ley menciona. Los respectivos Concejos reglamentarán el recaudo de los recursos previstos en la citada ley y la fecha de inicio de su cobro".

La norma transcrita modificó lo previsto por el artículo 5o de la ley 86 de 1989 en cuanto a las facultades otorgadas a los Concejos Municipales ya que mientras esta última exigía un concepto previo del CONPES y disponía que la sobretasa a la gasolina solo se podría cobrar a partir del 1o de enero del año siguiente a aquel en que se perfeccione un contrato, la norma nueva los autoriza para reglamentar directamente lo relacionado con el recaudo de los recursos y la fecha de iniciación de dicho recaudo, sin que se les supedite al cumplimiento de ningún requisito, ni trámite.

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que la ley 31 de 1992, entró a regir el 4 de enero de 1993 cuando fue publicada en el Diario Oficial # 40.707, esto es con anterioridad a la fecha en que se expidió (5 de enero de 1993) y entró en vigencia (6 de enero de 1993) el Acuerdo demandado, el 6 de enero de 1993, es claro para la Sala que no se puede afirmar que viole normas que ya no estaban vigentes, ni que tenga que cumplir con requisitos legales inexistentes. Al establecer el cobro de la sobretasa al consumo de la gasolina automotor a partir del 1o de abril de 1993 y destinar los recursos recaudados por dicho concepto a la implementación del sistema del servicio público de transporte masivo de pasajeros, el acto no desconoce manifiestamente la normatividad vigente a la fecha de su expedición, razón por la cual no era procedente su suspensión provisional.

Con fundamento en lo anterior la Sala revocará el auto apelado en lo referente a la suspensión provisional decretada.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

Revócase el ordinal 2o del auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de marzo de 1993 y en su lugar deniégase la solicitud de suspensión provisional.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

SECCION CUARTA

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consejeros:

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano,* (ausente)*; Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

DOCUMENTO OTORGADO EN EL EXTERIOR - Autenticación / SOCIEDAD EXTRANJERA

El Título VIII. del Libro Segundo, de Código de Comercio, de las Sociedades extranjeras, al exigir en su artículo 480, las constancias del Cónsul cuando autentica los documentos otorgados en el exterior relacionados con sociedades, se aplica tanto a las sociedades que van a incorporarse al país, como a las que requieran cumplir tal requisito, por no desarrollar negocios de carácter permanente.

RENTA GRAVABLE - Determinación / COMPARACION DE PATRIMONIOS / REQUERIMIENTO ESPECIAL

En el evento de que dentro del proceso de determinación y discusión del impuesto el sistema de comparación patrimonial se hubiera desvirtuado, podía la Administración aplicar el sistema de depuración ordinario para determinar la renta con la única limitación de haberse planteado en el requerimiento especial, acto administrativo, que constituye el marzo claro dentro del cual se estructura el proceso de determinación y discusión del impuesto, puesto,que debe tenerse en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 52 de 1977, prácticamente el requerimiento especial se convirtió en la piedra angular del proceso tributario. En consecuencia tal planteamiento no implica la práctica de dos liquidaciones o la modificación doble de la liquidación privada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

SECCION CUARTA

Referencia: Expediente N° 3541. Impuestos (Renta), Fallo. Actor: COMPAÑIA DE INVERSIONES BOGOTA S.A. C/ LA NACION.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Compañía de inversiones Bogotá S.A., Nit: 60.002.524, contra la sentencia de fecha octubre 24 de 1990, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimó las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada sociedad contra la operación administrativa que le determinó los impuestos de renta por el año gravable de 1982.

ANTECEDENTES:

Por el año gravable de 1982, la sociedad actora presentó declaración de renta y patrimonio, oportunamente, el día 21 de junio de 1983, radicación Nro. 007922-0730 DIN, ante la Administración de impuestos de Bogotá, determinando los impuestos a su cargo en la suma de $8.700.977.

Sobre este denuncio rentístico, la Administración de Impuestos de Bogotá ordenó inspección contable, cuyos resultados aparecen expuestos en acta de fecha diciembre 6 de 1984, con base en dicha diligencia, se produjo el requerimiento especial N° 000209 del 9 de mayo de 1985, acto administrativo en el cual se le anuncia la modificación de la liquidación privada, en razón a la determinación de renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios sobre la diferencia establecida y originada en el desconocimiento de pasivos por valor de $285.037.235 crédito a favor de la sociedad inversiones Carbohor S.A., Nit: 60.073.024, sobre los cuales se constató ausencia total de comprobantes externos que soportaran su registro contable y la inexistencia de la sociedad beneficiaria del crédito. Alternativamente se planteó la determinación de la renta gravable por el sistema de depuración según glosas efectuadas sobre costos y deducciones. Además se planteó la imposición de sanción por libros de contabilidad.

Con fecha 9 de agosto de 1985, la sociedad presentó los correspondientes descargos encaminados a desvirtuar cada uno de los hechos observados.

Seguidamente, y con fecha noviembre 8 de 1985, la División de Liquidación practicó la liquidación de revisión N° 000547, en la cual, determinó los impuestos por el sistema especial anunciado, previo rechazo del pasivo también cuestionado e imposición de sanción por libros contabilidad. Adicionalmente, mantuvo el planteamiento alterno de la determinación de la renta por el sistema ordinario de depuración según las glosas sobre costos y deducciones anunciados en el requerimiento especial.

Contra el acto liquidatorio de los impuestos, la sociedad recurrió en reconsideración ante la División de Recursos Tributarios, quien aceptó como justificación parcial las valorizaciones nominales, motivo por el cual modifico el acto administrativo recurrido, cuyo proceder en todo lo demás fué confirmado. (desconocimiento del pasivo y sanción por libros de contabilidad).

Surtido el grado de consulta, al cual se encontraba sometida la anterior decisión, en resolución Nro. R-0894-P del 11 de diciembre de 1987, se aprobó la decisión consultada, quedando de esta manera agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

En desacuerdo con la decisión contenida en los actos administrativos que decidieron la discusión planteada en sede administrativa, la sociedad acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aduciendo las siguientes normas, las cuales en su concepto fueron violadas por la Administración:

1°. Los artículos 74 y 106 del Decreto 2053 de 1974;

2°. Los artículos 41, 49, 57 de la Ley 52 de 1977;

3°. Los artículos 14, 56 y 52 del Decreto 3803 de 1982, y,

4°. Los artículos 83 y 84 de la Ley 9ª. de 1989.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al encontrar imprósperos cada unos de los cargos propuestos en la demanda contra la actuación administrativa acusada. En efecto, consideró que el pasivo rechazado que dio lugar a la diferencia patrimonial establecida, no fué debidamente probado por cuanto la escritura de constitución de la sociedad Carbohor S.A., beneficiaria del crédito (Folio 103) otorgada en ciudad de Panamá y autenticada por el Cónsul de Colombia en esa ciudad y avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y certificado del registro público mercantil, carecen de la exigencia prevista en el inciso 2° del artículo 480 del Código de Comercio, sobre la constancia consular relativa a su existencia y ejercicio de su objeto social; hecho que a su vez impide la certificación de la declaración de renta de la sociedad beneficiaria del crédito. Agrega, que igualmente la certificación del Revisor Fiscal (folio 58) no prueba la existencia del pasivo, por cuanto ella es incompleta frente a los hechos que se pretenden probar (cesión de créditos).

SECCION CUARTA

Frente a los cargos expuestos, por el planteamiento alterno de determinar la renta por el sistema de depuración ordinario y desconocimiento de costos y deducciones, los encontró igualmente imprósperos, por cuanto, ello solamente constituyó una eventualidad que finalmente no se consolidó.

Y, con respecto a la sanción por libros de contabilidad, estimó el *a-quo*, que su liquidación se encuentra en un todo acorde con el procedimiento previsto por los artículos 84 de la Ley 9ª. de 1983.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la sociedad actora, quien apela oportunamente la sentencia del Tribunal, refuta los argumentos expuestos en ella, manifestando que el artículo 480 del Código de Comercio solo es aplicable a las sociedades extranjeras que establecen sucursales en Colombia para desarrollar actividades de carácter permanente en el país, y que la norma general aplicable, sobre documentos otorgados en el extranjero es el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, cuyos requisitos cumple el documento aportado, razón por la cual estima que la objeción del Tribunal no puede ser aceptada. Agrega, que la certificación del Revisor Fiscal explica suficientemente la operación de cesión que originaron los pasivos glosados, por cuanto que sí la contabilidad permite probar la existencia de un pasivo de la misma forma demuestra quien es el acreedor de la correspondiente obligación, y en caso de cambio del acreedor por cesión del crédito, prueba también quien es el acreedor en un momento dado.

Así mismo, reitera el cuestionamiento hecho sobre el planteamiento alterno que registra la liquidación de revisión atinente a la determinación de la renta por el sistema ordinario de depuración y el desconocimiento de costos y deducciones.

Finalmente, insiste en considerar contraria a los artículos 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982, y 83, 84 de la ley 9ª de 1983, la cuantificación de la sanción por libros de contabilidad, la cual en su concepto es de cero pesos.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La doctora ANA MARGARITA OLAYA DE OBANDO, en calidad de Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación, presenta alegato de conclusión, argumentando lo siguiente:

"Las apreciaciones de la Fiscalía no distan de las expuestas por el *a-quo*, si se observa que desde un comienzo, cuando la Comisión Visitadora

solicitó a la contribuyente la presentación de los soportes externos que deben respaldar la contabilización del pasivo, su manifestación expresa de no poderlos obtener de manos de la firma acreedora, originó la investigación administrativa encaminada a precisar la existencia jurídica de ésta, sin que en este propósito hasta el momento se haya alcanzado logros positivos, ante la imposibilidad de valorar como pruebas contundentes, la copia de la escritura de constitución N°. 7.219 otorgada en la Notaría 4ª. del Círculo de Panamá y el Certificado expedido por la Dirección General del Registro Público Mercantil de ese país, que no obstante estar autenticados ante el Cónsul General de Colombia y demás funcionarios ante quien corresponde, trámite que de conformidad con el articulo 259 del Código de Procedimiento Civil, "hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país" tales autenticaciones omiten, como lo afirma el Tribunal, el requisito del artículo 480 inciso 2° del código de Comercio, consagrado bajo el siguiente texto:"

"ARTICULO 480....."

"Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo, (los otorgados en el exterior) los Cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto social conforme a las leyes del respectivo país".

"Se concreta así el cuestionamiento, al hecho de que la sociedad INVERSIONES CARBOHOR S.A., es ficticia, y por este, a su propia declaración de renta, allegada para demostrar la deuda declarada por la actora, no puede atribuírsele, como lo ordena la ley, el valor de un testimonio susceptible de sometersele a los principios de publicidad y contradicción."

"No menos ocurre con el certificado de Revisor Fiscal, allegado para comprobar la cesión y existencia del pasivo, pues siendo obligación del contribuyente comprobarlo plenamente, ni aquel, ni aún la presunción legal que ampara su denuncio fiscal basta para la aceptación de las deudas declaradas, pues tal reconocimiento, conforme al articulo 124 del Decreto 2053 del Decreto 2053 de 1974, está supeditado a la conservación de los documentos contentivos de la obligación por el término de la revisión oficiosa, a fin de poder constatar la Administración esa existencia tal y como fue su intención en este caso, reclamando la presentación de documentos idóneos por conducto de la Comisión Visitadora, actitud que es ahora más comprensible, pues analizado el conjunto de pruebas allegadas al proceso, éste no da convicción acerca de la existencia del pasivo."

"Vale anotar que a falta de la debida demostración del rubro, el apoderado de la sociedad actora formuló con insistencia en esta segunda instancia, peticiones infundadas, ya desestimadas por el Honorable Consejo de Estado, encaminadas a lograr la practica de una inspección contable con intervención de peritos, para probar que en su contabilidad aparece registrada a cargo una deuda vigencia a 31 de diciembre de 1982, a favor de INVERSIONES CARBOHOR S.A."

"De esta manera, compartiendo las consideraciones hechas por el Tribunal, en cuanto expresa, que no estando probada la existencia de la sociedad acreedora, menos lo está la realidad del pasivo, rechazado en cuantía de $285.037.235 y por tanto, obliga mantener la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios."

"La anterior conclusión, exonera de adelantar, por irrelevantes, planteamientos en relación con el 2° y 3° puntos de inconformidad enunciados atrás, pues no desvirtuada la comparación patrimonial, no hay lugar a aplicar el procedimiento alterno, propuesto en la liquidación de revisión."

"Finalmente esta Fiscalía, coincide con el *a-quo* en su decisión de mantener la sanción por libros de contabilidad impuesta a la sociedad actora, pues las irregularidades contables detectadas por la Administración Tributaria le fueron oportunamente comunicadas mediante requerimiento especial, y no habiéndolas desvirtuado el contribuyente en ningún momento, como ha quedado expuesto, hay lugar al rechazo en comento, y a la aplicación de la sanción en los términos de los artículos 56 y 57 del Decreto, 3803 de 1982, cuya interpretación consignada en el memorando explicativo de la liquidación de revisión impugnada, igualmente valoramos correcta".

Con estos argumentos, la Colaboradora Fiscal solicita a la Corporación confirmar la sentencia apelada.

En esta etapa procesal, el apoderado de la sociedad actora repite los argumentos expuestos en el memorial de apelación.

La apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales, en su alegato de conclusión se opone a las pretensiones del apelante, argumentando que la omisión echada de menos por el Tribunal (inciso 21, artículo 480 C. Co.) respalda una vez más la posición de su representada de considerar ficticia la sociedad beneficiaria del crédito basada en la falta de registro en la Cámara de Comercio y la inconsistencia en el numero informado de la escritura de

constitución, y en consecuencia de no aceptar la declaración de renta de la misma sociedad, lo que significa que a la luz de los artículos 13 y 14 del Decreto 3803 de 1982, tampoco se demostró el pasivo, además de que en ella tampoco aparecen los rendimientos financieros.

Se refiere a otros casos resueltos por esta Corporación, en donde la sociedad Carbohor S.A., ha sido acreedora de cada una de las demandantes, desconociendo la Sala el pasivo solicitado con fundamento en la inexistencia de dicha sociedad y falta de comprobación del pasivo (Nros. 2923: Urano Ltda y Cía S.C., ; 2782: Thau Ltda.,; 3725: Cía Urano Ltda. y C.S.C.); transcribiendo los apartes pertinentes de una de ellas para concluir manifestando que ante tan contundentes argumentos solicita a la Corporación aplicarlos al presente caso por tratarse de eventos similares.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Observa la Sala que en el *sub-examine* se discute principalmente el desconocimiento de un pasivo en cuantía de $285.037.235, a favor de la sociedad CARBOHOR S.A. y en contra de la sociedad actora, rechazo que originó diferencia patrimonial, y como consecuencia de ello, la determinación de la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios. La Administración se fundamentó básicamente en dos hechos, uno, la inexistencia de la sociedad acreedora, y dos, la ausencia de soportes externos y falta de comprobación del mismo.

Como el apoderado judicial de la actora ha manifestado no ser aplicable el artículo 480 del Código de Comercio para el caso, por tratarse de una sociedad que no realiza negocios de carácter permanente en Colombia, norma que, por el contrario, es aplicable a las que si establecen sucursales, debe procederse a la historia de su establecimiento, para determinar si la precitada norma abarca a las dos, con base en lo dispuesto en el artículo 822 *ibídem*, en cuanto que la prueba en materia mercantil se rige por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo los casos especiales establecidos en la ley o debe recurrirse a la prueba de documentos otorgados en el extranjero, mediante el trámite previsto en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

El proyecto de 1958-antecedente del actual Código de Comercio-disponía en los artículos 685, 687, 688 y 689:

> "Art.685.-Las sociedades domiciliadas en el exterior que pretendan establecer negocios de carácter permanente en el país deberán obtener previamente permiso de funcionamiento, otorgado por el Departamento

Nacional del Comercio, y estarán sometidas a la vigilancia permanente de dicho Departamento".

"Art.687.-Para obtener el permiso indicado en el art. 685, deberá probarse que se han cumplido los siguientes requisitos:"

"1°) Registro en la cámara de comercio correspondiente al lugar donde vaya a establecerse su domicilio, dentro del territorio nacional, de una copia auténtica del documento o documentos de fundación y de los estatutos vigentes de la sociedad, con sujeción a lo prescrito en el art. 155 de este código;

"2°) Registro en la misma cámara, y en la forma legal, de la designación de un representante permanente de la sociedad, que resida en el país y tenga facultades de gerente, para la gestión de los negocios en el territorio nacional y para actuar ante las autoridades judiciales y administrativas, con dos suplentes, que en su orden y el uno en defecto del otro, reemplacen al principal en sus faltas temporales o absolutas;

"3°) Destinación de un capital determinado para sus negocios en el país, cualquiera sea la clase de la sociedad;

"4°) Designación de un revisor fiscal residente en el país.."

"Parágrafo 1°. Cuando se trate de sociedades para cuyo funcionamiento se exija autorización oficial en el país de su domicilio principal, deberá registrarse con los documentos indicados en el numeral 1° de este artículo una copia auténtica de la autorización correspondiente.

"Parágrafo 2°. Cuando se trate de sociedades que tengan por objeto la prestación, dirección o administración de un servicio público, el representante y los suplentes de que trata el numeral 2° de este artículo deberán ser nacionales colombianos".

"Art. 688.- Los documentos indicados en el numeral 1° del artículo anterior serán autenticados por los funcionarios competentes para ello en su respectivo país, y la firma de tales funcionarios deberá ser autenticada, a su vez, por un cónsul del país, o a falta de éste en el lugar, por el de una nación con la cual tenga relaciones diplomáticas el Estado Colombiano."

"Art. 689.- Los cónsules, al autenticar los documentos a que se refiere el artículo anterior, deberán cerciorarse de que la sociedad tiene existencia y funciona conforme a las leyes de su respectivo país, lo cual certificarán

a continuación. La certificación hará presumir la existencia y funcionamiento legales de la sociedad."

A su vez, los artículos 702 y 703, señalaban:

"Art. 702.- Las sociedades domiciliadas en el exterior que ejerzan negocios simplemente ocasionales en el país no estarán sujetas a las prescripciones anteriores."

"Art. 703.- La existencia, el funcionamiento legal y la personería de los representantes de las sociedades de que trata el artículo anterior podrá probarse con las copias indicadas en el numeral 1° del art. 687, sin necesidad de registro especial."

"La personería de los representantes de dichas sociedades podrá probarse también, mediante certificado expedido por el funcionario competente dentro del país de su domicilio."

"Parágrafo. Los documentos a que se refiere este artículo serán autenticados con sujeción a lo prescrito en los arts. 688 y 689." (Proyecto de Ley, publicación del Ministerio de Justicia).

De manera que tanto la sociedad que pretendía establecer negocios de carácter permanente en Colombia, como ejercerlos de manera ocasional, debía el cónsul al autenticar los documentos cerciorarse de que la sociedad existiera y funcionara conforme a las leyes de su respectivo país.

En la exposición de motivos al proyecto, y en relación con las sociedades a ejecutar negocios ocasionales, se dijo:

"4°. Las sociedades extranjeras que simplemente ejecuten negocios ocasionales dentro del país no están sujetas a las prescripciones que se han analizado (Artículo 702); pero respecto de ellas se prevén las siguientes reglas, que la Comisión considera especialmente útiles:"

"a) La existencia de estas sociedades pueden probarse con sus documentos de fundación, expedidos conforme a la legislación del país de su domicilio principal; sin necesidad de que sean registrados dentro del país (artículo 703)".

"b) La personería de sus representantes puede probarse así mismo con los documentos indicados o con los certificados de los funcionarios que

en el país del domicilio principal de la sociedad sean competentes para certificar sobre éstas cuestiones (artículo 703)".

"c) Los documentos anteriores deben ser autorizados por los funcionarios competentes para ello en el país de origen de la sociedad, y la firma de tales funcionarios debe ser autenticada, a su vez, por un Cónsul del país, o, a falta de este en el lugar, por el de una nación con la cual tenga relaciones diplomática el Estado colombiano. Además, al autenticar estos documentos deberá cerciorarse de que la sociedad respectiva existe y funciona legalmente conforme a la legislación de su país, para certificar a continuación sobre estos hechos. Con ello basta para que se presuma la existencia y funcionamiento legales de la compañía (artículos 703, 688 y 689)".

"ch) El certificado de una Cámara de Comercio que funcione en el lugar del domicilio de éstas sociedades es también suficiente para probar los hechos indicados, previa su autenticación en la forma que acaba de relacionarse (articulo 704) (Exposición de Motivos-Publicación Ministerio de Justicia).

Al reiniciarse el estudio del proyecto de 1958, como lo ordenaba la ley 16 de 1968, "para que previa una revisión final por una comisión de expertos expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla a consideración del Congreso Nacional" los comisionados se dividieran en lo tocante a los libros primero y segundo del código vigente, razón por la cual respecto a estos dos libros se presentaron dos proyectos el 8 de marzo de 1971, existiendo sobre los libros restantes un solo proyecto. En uno de esos proyectos, en el artículo 408, se expresó:

"ARTICULO 408.-Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios los será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste. por el una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales sobre el régimen de los poderes."

"Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules dejarán constancia de que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país."

En el otro, en los artículos 475, 476 y 477, se dispuso:

"ARTICULO 475.-Para obtener el permiso indicado en el artículo 474 deberá probarse que se han cumplido:"

"1°. Registro en la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde vaya a establecerse su domicilio, dentro del territorio, de una copia auténtica del documento o documentos de fundación y de los estatutos vigentes de la sociedad."

"2°. Registro en la misma Cámara y en la forma legal, de la designación de un representante permanente de la sociedad que resida en el país y tenga facultades de gerente, para la gestión de los negocios en el territorio nacional y para actuar ante las autoridades judiciales y administrativas, con dos suplentes, que en su orden y en defecto el uno del otro, reemplacen al principal en caso de falta o incompatibilidad."

"3°. Destinación de un capital determinado para sus negocios en el país, cualquiera que sea la clase de sociedad."

"4°. Designación de un revisor fiscal residente en el país."

"PARAGRAFO 1°.- Cuando se trate de sociedades para cuyo funcionamiento se exija autorización oficial en el país de su domicilio principal, deberá registrarse con los documentos indicados en el numeral primero de este artículo una copia auténtica de la autorización correspondiente"

"PARAGRAFO 2°.- Cuando se trate de sociedades que tengan por objeto la prestación, dirección o administración de un servicio público, el representante y los suplentes de que trata el ordinal segundo de este artículo deberán ser nacionales colombianos."

"ARTICULO 476.- Los documentos indicados en el ordinal primero del artículo anterior serán autenticados por los funcionarios competentes para ello en su respectivo país, y la firma de tales funcionarios deberá ser autenticada, a su vez, por un cónsul del país o, a falta de éste en el lugar, por el de una nación con la cual tenga relaciones diplomáticas el Estado colombiano".

"ARTICULO 477.- Los cónsules. al autenticar los documentos a que se refiere el artículo anterior, deberán cerciorarse de que la sociedad tiene existencia y funciona conforme a las leyes de su respectivo país, lo cual certificaran a continuación. La certificación hará presumir la existencia y funcionamiento legales de la sociedad".

Por su parte, el artículo 489, señalaba:

"ARTICULO 489.- La existencia, el funcionamiento y la personaría de los representantes de las sociedades domiciliadas en el exterior no comprendidas en este titulo, podrá probarse con las copias indicadas en el ordinal primero del artículo 475 sin necesidad de registro especial."

"La personaría de los representantes de dichas sociedades podrá probarse, a su vez, mediante certificado expedido por el funcionario competente dentro del país de su domicilio".

"PARAGRAFO.-Los documentos a que se refiere este artículo serán autenticados con sujeción a lo prescrito en los artículos 476 y 477."(Los dos proyectos se publicaron en la revista de Derecho Mercantil, Organo del Colegio de Abogados Comercialistas, Abril 1973)

Como lo observa la Sala, el anterior articulado corresponde a lo previsto en el proyecto de 1958. Sin embargo, el Código de Comercio vigente no acogió la formulación del anterior proyecto, en cuanto no menciona a la sociedad extranjera que va a realizar negocios de manera ocasional, y, como consecuencia se debe determinar si éstas, están sometidas a los requisitos probatorios que se indican en el artículo 480 del Código de Comercio, en cuanto a la exigencia de que "al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país" -la subraya de la Sala, o, por el contrario, al procedimiento de autenticación previsto en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, que no contempla tales constancias por parte del funcionario consular.

Encuentra la Sala que el no acoger el Código de Comercio vigente el articulado del proyecto de 1958, ni el presentado por un grupo de los comisionados en el punto materia de examen, se debió a dos razones fundamentales: la una, al quedar como texto del artículo 469 del Código de Comercio la definición de sociedades extranjera" no contemplada en el proyecto de 1958-, el cual corresponde al que contenía el artículo 395 del proyecto presentado por el otro grupo de comisionados, entendiendo como tales, las "constituídas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior". La otra, al consagrar el artículo 822, inciso 2, que:

"La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley".

Por tanto, para la Sala es claro que el Título VIII, del Libro Segundo, del Código de Comercio, de Las Sociedades Extranjeras, al exigir en su artículo 480, las constancias del Cónsul cuando auténtica los documentos otorgados en el exterior relacionados con sociedades, se aplica tanto a las sociedades que van a incorporarse al país, como a las que no requieran cumplir tal requisito, por no desarrollar negocios de carácter permanente.

Obra a folios 104 a 107 la escritura pública numero siete mil doscientos diecinueve-7.219- otorgada en la ciudad de Panamá, mediante la cual se constituyó la sociedad Inversiones Carbohor S.A., de cuyo objeto social se desprende que es una sociedad comercial; por tanto, ha de regirse su prueba por el Código de Comercio, pues, a termino de su artículo primero; "Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas".

Observa la Sala, además, que el Código de Procedimiento Civil fue expedido en 1970, rigiendo a partir del 1° de julio de 1971, en tanto que, el de Comercio, se expidió. el 27 de marzo de 1971, entrando a regir el 1° de enero de 1972, regulando íntegramente la materia según el artículo 2033, con excepción de las materias que la misma disposición señala.

La Sección tuvo oportunidad de pronunciarse en otros procesos similares, en los cuales también se trató el desconocimiento de pasivos a favor de la sociedad INVERSIONES CARBOHOR S.A., fundamentado en las mismas razones que se esgrímen en este proceso, por ello, y como quiera que las circunstancias de hecho y derecho que rodean la glosa son las mismas, se retoman las argumentaciones más recientes expuestas en sentencia de fecha agosto 16 de 1991, expediente Nro. 2923, actor: Urano Ltda y Cía, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, jurisprudencia que también fué reiterada en el proceso 3725, actor: Comercial Urano Ltda. y Cía S.C., con ponencia del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

> "En el caso que se resuelve, el desconocimiento del pasivo solicitado por la demandante fue fundamentado por la Administración básicamente en la inexistencia de la acreedora, expuesta con alguna diferencia entre el requerimiento especial en el que se dijo que " se trata de una empresa que legalmente no existe en Colombia y no está inscrita en la Cámara de Comercio y en la liquidación en la cual, ante la falta de inscripción en la Cámara de Comercio, anotó que "no está legalmente constituida en Colombia".

SECCION CUARTA

"La existencia jurídica o la constitución en forma legal son conceptos que coinciden fundamentalmente y están acordes con la naturaleza de las personas jurídicas que, como se sabe, no es real, sino que precisamente depende del reconocimiento que de ellas haga la ley y del cumplimiento de los requisitos que establezca la misma."

"Nuestro Código de Comercio en los artículos 469 y siguientes regula el reconocimiento y autorización estatal para que las sociedades extranjeras puedan desarrollar negocios comerciales en el país, centrando su atención en los que se proponen desarrollar negocios permanentes en Colombia obligándolos a establecer una sucursal, la que está sometida a varios requisitos que culminan con su registro en la Cámara de Comercio".

"Puede afirmarse que el sometimiento a mayores o menores requisitos depende del grado de actividad en el país: para aquellas que se propongan emprender negocios permanentes están sujetas a abrir sucursales con todos los requisitos que regula el Código de Comercio en sus artículos 470, 471 y siguientes; aquéllas que solo tienen necesidad o interés de intervenir en algunos negocios, sin alcanzar la categoría de los permanentes de que trata el artículo 474, deben constituir un agente o apoderado que los represente, caso en el cual es éste quien está sujeto al registro mercantil (artículo 28, numeral 1° C. Co) y por último las sociedades que así tengan negocios con residentes en el país lo hacen con absoluta independencia de este, sin intención de establecer ninguna clase de vínculos y no quedan sujetas a ninguna regulación especial, en cuanto a su actividad que se ejerce sin ninguna vinculación con el país."

Por los antecedentes administrativos como la inspección a la contabilidad de la demandante y otro como la declaración de renta de INVERSIONES CARBOHOR S.A. que obra a folio 14 del cuaderno de antecedentes, la Sala comprende que la Administración llegó al concepto de que si en realidad se trata de una sociedad extranjera, aunque en el formulario oficial se declaró como "asimilada o anónima nacional" marcando con una X esta casilla y no la de "extranjera", que le correspondía en razón del patrimonio y las rentas declaradas debía estar incorporada al país por tener u ostentar negocios, permanentes: en efectos, sus activos consistían en once créditos a favor o "prestamos" en cuantía total de $1.980.634.975. (que a valores de diciembre 31/82 equivalían a US $28.178.034) y los ingresos a más de noventa y cinco millones de pesos."

"Y, aunque manifestó tener domicilio en Bogotá y haber sido constituida en esta, declaró tener libros de contabilidad registrados en la Cámara de Comercio de Tunja."

"Por el volumen de negocios, por declararse constituida mediante escritura (No.2490 Notaría 1ª. 7 de febrero de 1979- Bogotá) era elemental requerir como prueba el registro de la Cámara de Comercio, lo cual nunca se produjo ni como sociedad nacional como se declaró, ni como extranjera, como lo alegó la demandante.

"Esto desde el punto de vista simplemente comercial que es el que se ha ventilado, sin mencionar, como ha podido plantearse, el aspecto cambiario, dado que nuestro estatuto vigente en la época (Decreto 444 de 1967 y normas complementarías no permitían la libre vinculación de capital extranjero y menos aún en la actividad financiera".

"De otra parte y examinado el acervo probatorio presentado por la demandante, se observa que el asiento de contabilidad de fecha 29 de diciembre de 1980 (folio 12 An. Ad) que aportó como prueba relata el asiento de una nota de contabilidad por ella misma producida, en la cual se sustituían deudas a favor de varias personas naturales por una sola a favor de Carbohor, dando como único comprobante 13 pagarés expedidos en fotocopias autenticadas ante Notario sin número y sin constancia de haberse pagado el obligatorio Impuesto de Timbre (Arts. 18 y 25 de la Ley 2a de 1976) por un valor total a diciembre 31 de 1982 de $119.426.131, pero sin ningún elemento probatorio producido por terceros que respaldaran la sustitución de los tres acreedores por uno solo".

"Como corolario de esta controversia puede afirmarse que no se ha desconocido la presunción de veracidad que a las declaraciones tributarias asigna el Artículo 33 de la Ley 52 de 1977".

"Simplemente la Administración, en ejercicio de las facultades de fiscalización que le atribuyó el artículo 30 de la misma y al pedir el cumplimiento de uno de los requisitos a que está sometida la declaración de deudas por el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974 (conservar los documentos de cancelación de la deuda por el término de la revisión oficiosa) la sociedad no solo no los pudo presentar sino que los documentos que fueron produciéndose, contradecían o por lo menos desvirtuaban la existencia legal de la deuda. Pruebas en contra de su declaración fueron: su propia contabilidad sin soporte externo, la contradictoria e inexacta declaración de renta de la acreedora y la alegada naturaleza de extranjera de esta y la imposición jurídica de ejercer actividades financieras en el país, pues nunca fue comprobada su incorporación, ni autorización para el ejercicio de las actividades que permitieran realizar operaciones de crédito como el que se trató de probar".

SECCION CUARTA

Así las cosas, al desconocer la Administración de impuestos el pasivo discutido no incurrió en ninguna de las violaciones que le endilga la actora en la demanda instaurada ante la Jurisdicción Contenciosa, toda vez que es evidente que a lo largo del proceso gubernativo y jurisdiccional no pudo desvirtuar los hechos en los que se fundamentó el proceder administrativo, resultando irrelevante la objeción formulada en la apelación a la decisión del Tribunal, frente a todas las consistencias y contradicciones que se establecieron sobre la existencia de la sociedad beneficiaria del crédito INVERSIONES CARBOHOR S.A. que condujeron a considerarla como una sociedad ficticia.

En cuanto a los cargos que se hacen con relación al planteamiento alterno que registra la liquidación de revisión, al advertir sobre la determinación de la renta gravable por el sistema de depuración ordinario con base en las glosas formuladas a los costos y deducciones, tampoco están llamados a prosperar.

En el caso que se debate, en primer lugar se observa que el planteamiento acusado solo constituyó un hecho hipotético, que finalmente no se verificó por cuanto no fue desvirtuada la diferencia patrimonial establecida y que sirvió de base a la aplicación del sistema especial de determinación de la renta gravable, lo que significa que el mismo no se aplicó en el *sub-lite*.

Sin embargo, y en el evento de que dentro del proceso de determinación y discusión del impuesto, el sistema de comparación patrimonial se hubiera desvirtuado, podía la Administración a juicio de la Sala aplicar, el sistema de depuración ordinario para determinar la renta con la única limitación de haberse planteado en el requerimiento especial, acto administrativo que constituye el marco dentro del cual se estructura el proceso de determinación y discusión del impuesto, puesto que debe tenerse en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 52 de 1977, prácticamente el requerimiento especial se convirtió en la piedra angular del proceso tributario.

En consecuencia para la Sala tal planteamiento no implica la práctica de dos liquidaciones o la modificación doble de la liquidación privada como lo pretende hacer ver el actor.

Finalmente, y con relación a la sanción por libros de contabilidad, que en concepto de libelista fue incorrectamente liquidada porque la reducción del 10% de que trata el artículo 57 del Decreto 3803 de 1982, debe aplicarse sobre la base determinada para aplicar la sanción y no después de liquidada la sanción como lo hizo la Administración, por lo cual una vez hecho el calculo de la misma, es de cero pesos, y no de $695.669.

Es evidente que la objeción que formula la actora sobre este tópico de la sanción por libros de contabilidad, contraría la voluntad del legislador que no fué precisamente la de dejar sin sanción alguna la "ausencia de soportes externos" sino de reducir la sanción establecida al 10% tal como la aplicó, la Administración de Impuestos, por lo tanto la pretensión del actor al respecto, no solamente no consulta el procedimiento establecido en la ley para el efecto, sino que además con su pretensión pretende demostrar que la irregularidad detectada en la contabilidad de su representada, no es sancionable, lo cual como se anotó va en contra de la voluntad del legislador que circunscribe la reducción al 10% de la sanción establecida conforme al procedimiento establecido por los artículos 83 y 84 de la Ley 9ª. de 1983, sin establecer excepción alguna.

Así las cosas, y en un todo de acuerdo con el concepto expuesto por la Colaboradora Fiscal, decide la Sala confirmar en todas sus partes la sentencia del Tribunal, al encontrarla ajustada 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 en todas sus partes, la sentencia de fecha octubre 24 de 1990, 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 fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

TRANSITO DE LEGISLACION / NORMA PROCESAL / FACULTAD DE FISCALIZACION / TERMINO DE REVISION

El art. 40 de la ley 153 de 1887, sobre tránsito legislativo, disposición que si bien consagra como regla general el principio de la inmediatez de las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, la misma también en forma expresa contiene una excepción, y es la que hace referencia a los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Luego en el *subexámine* no era procedente aplicar para el proceso de revisión, la ley 52 de 1977, toda vez que cuando ésta entró en vigencia, venía corriendo el termino de revisión desde la fecha de presentación de la correspondiente declaración y por otra parte también se habían iniciado actuaciones y diligencias que culminaron con la liquidación de revisión.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4122. Impuestos. Actor: COLMAQUINAS S.A.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por apoderada judicial de la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de fecha diciembre 19 de 1991, por medio de la cual el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, acogió las suplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad COLMAQUINAS S.A. Nit: 60.003981, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto sobre las ventas correspondiente al período bimestral noviembre- diciembre de 1975.

ANTECEDENTES:

La sociedad COLMAQUINAS S.A., presentó declaración del impuesto sobre las ventas, por el período bimestral noviembre-diciembre de 1975, el día 2 de febrero de 1976, ante la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

Previos los requerimientos de fecha 28 de septiembre y 30 de noviembre de 1977, la Administración practicó la liquidación de revisión Nro. 06808 de fecha febrero 2 de 1978, actuación administrativa en la cual le fijó a la responsable un mayor valor a cargo en la suma de $810.612, como consecuencia de haberse adicionado a la base gravable los bienes declarados como excluídos del impuesto, aplicándoles la tarifa del 6% y sanción por inexactitud.

Oportunamente, la sociedad recurrió en reposición ante la División de Recursos Tributarios, solicitando entre los puntos de inconformidad, la nulidad de la liquidación de revisión, por haberse practicado con base en lo dispuesto por los artículos 15 del decreto 2821 de 1974, 87 del decreto 074 de 1976, normas que se encontraban derogadas.

Mediante la resolución No. A-000094 del 13 de abril de 1988, la oficina en mención resolvió el reclamo confirmando la liquidación de revisión recurrida, quedando con ella agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Inconforme con el proceder plasmado en lo actos administrativos antes mencionados, la sociedad acudió a la jurisdicción contenciosa en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando contra los actos administrativos violación de las siguientes normas: Artículo 15, inciso 9° del decreto 2821 de 1974, 41,42,57 y 67 de la ley 52 de 1977, 48 del Código Contencioso Administrativo, 4° del Código de Procedimiento Civil y 40 de la ley 153 de 1887 y 26 de la Constitución Nacional; la cual hace consistir en el hecho de que en la practica de la liquidación de revisión se aplicó el procedimiento previsto en el decreto 2821 de 1974, que ya había sido derogado por la ley 52 de 1977, es decir, que para el efecto debió aplicarse al procedimiento previo a la liquidación.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal de Cundinamarca acogió las suplicas de la demanda considerando que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, la Administración debió aplicar el procedimiento establecido en la Ley 52 de 1977, y en consecuencia acatar lo ordenado por el artículo 42 *ibídem*, enviando requerimiento especial, actuación sin la cual, es nula la liquidación. Estima, que como la administración no practicó requerimientos especial previo a la liquidación de revisión Nro. 06808 del 2 de febrero de 1978, esta es nula por mandato expreso de la ley 52 de 1977. En consecuencia de ello, practicó nueva liquidación de impuestos cuyos factores coinciden con la liquidación privada presentada por la sociedad por el correspondiente período bimestral.

LA APELACION:

La representante judicial de la entidad demandada, quien apela el fallo del Tribunal, manifiesta que la administración de Impuestos al practicar la liquidación de revisión que modificó la liquidación privada del impuesto a las ventas por el período bimestral 6° de 1975, presentada el dia 2 de febrero de 1976, se ajusto en un todo a las normas de procedimientos contenidas en el decreto 2821 de 1974, vigente para la época, según las cuales, era potestativo de la administración enviar requerimientos previos, habiendo remitido dos de ellos a la interesada, el primero el 28 de septiembre de 1977 con plazo de diez dias para su respuesta, y el segundo, el 30 de noviembre del mismo año, cuyas respuestas no fueron satisfactorias, y dentro del termino de los dos años previstos en el artículo 11 del mencionado decreto.

Agrega, que habiendo entregado en vigencia la ley 52 de 1977, el 26 de enero de 1978, el procedimiento previsto en esta, de enviar requerimiento especial, era imposible de aplicar al caso discutido, por cuanto la fecha de firmeza de la liquidación privada del impugnante, estaba a siete dias, para dar aplicación a un procedimiento que por mandato de la ley 52 de 1977, artículo 81, era aplicable a declaraciones presentadas a partir del mismo año.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La apoderada judicial de la Dirección de Impuestos, en esta etapa procesal manifiesta que no entiende como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó que el procedimiento aplicable era el establecido en la Ley 52 de 1977, por que si bien las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, estas tienen efectos hacia el futuro y no sobre aquellas actuaciones que ya se hubieran iniciado o sobre los términos que hubieran empezado a correr, tal como lo enseña el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y lo ha sostenido

el Consejo de Estado en reiteradas providencias, como en sentencia de fecha julio 26 de 1991, con ponencia de la doctora Consuelo Sarria Olcos, Exp. 3294. explica, que en el presente caso las actuaciones y diligencias ya habían empezado a correr cuando entró en vigencia la Ley 52 de 1977, por lo que con respecto a ellas se debía respectar el procedimiento vigente al momento de su iniciación (febrero 2 de 1976), el Decreto 2821 de 1974, que no ordenaba practicar requerimiento especial, sino potestativamente el señalado por el artículo 12 *ibídem*, que efectuó la Administración por tres oportunidades según se establece del expediente.

EL MINISTERIO PUBLICO:

La doctora ANA MARGARITA OLAYA DE OBANDO, Procuradora Sexta delegada ante la Corporación, en su concepto de rigor manifiesta que no comparte el criterio expuesto en la sentencia del Tribunal, porque si bien es cierto que de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las leyes concernientes a la ritualidad y sustanciación de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, no es menos cierto que los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación; que en el *sublite* el término de dos años para practicar la correspondiente liquidación de revisión corrió en su mayor parte en vigencia del Decreto 2821 de 1974, quedando sometida a estas normas la actuación encaminada a la determinación del tributo.

Concluye, que en consecuencia la Administración actuó válidamente al aplicar el procedimiento previsto en el artículo 11, en materia de requerimientos, que eran las normas imperantes, y si la sociedad no dispuso de los plazos otorgados para objetar eficazmente las glosas, no por ello es nula la liquidación de revisión notificada en vigencia de la ley 52 de 1977, pero resultante de una actuación iniciada en vigencia del decreto 2821 de 1974.

De acuerdo con estos planteamientos, la Fiscalía pide a la Corporación revocar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El punto que debe dilucidar la Sala es, entonces el concerniente al procedimiento aplicable a la declaración de ventas, correspondiente al período bimestral 6° de 1975, presentada por la sociedad actora, el dia 2 de febrero de 1976, ante la Administración de Impuestos de Bogotá, con el fin de determinar si era o no necesario practicar el requerimiento especial de que trata el artículo 42 de la Ley 52 de 1977.

SECCION CUARTA

Como lo advierte la colaboradora fiscal, para resolver el punto debatido es necesario tener en cuenta el artículo 40 de la ley 153 de 1887, sobre tránsito legislativo, disposición que si bien consagra como regla general el principio de la inmediatez de las leyes concernientes a la sustanciaciones y ritualidad de los juicios,la misma también en forma expresa contiene una excepción que no fué contemplado por el Tribunal, y es la que hace referencia a los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Lo que significa, que si a la entrada en vigencia de la ley 52 de 1977 (26 de enero de 1978) venían corriendo términos y se habían iniciado actuaciones y diligencias de acuerdo con el procedimiento anterior, debía respetarse la normatividad vigente al momento de su iniciación, no rigiendo en consecuencia el principio de inmediatez sobre las mismas.

El Decreto 2821 de 1974, era la normatividad vigente para la época de la presentación de la declaración de ventas, de período 6° de 1975, (2 de febrero de 1976) y conforme al artículo 11 "la liquidación privada quedará en firme si transcurridos dos años **desde su presentación** no se hubiere notificado la liquidación de revisión." O sea, que presentada la declaración empezaba a correr el término para que la administración de impuestos ejerciera la facultad de revisión (termino de revisión).

Dentro de este mismo procedimiento, artículo 12 se establecía no con carácter obligatorio, sino a potestad o a consideración del funcionario liquidador o auditor requerir al contribuyente "para que aclare situaciones o presente pruebas que demuestren la exactitud de los datos declarados o para que desvirtúe cargos o conclusiones resultantes de investigaciones tributarios." Con plazo no inferior a diez dias.

De acuerdo con esta normatividad, la administración profirió los requerimientos de fechas 28 de septiembre y 30 de noviembre de 1977, y con base en la misma practicó la liquidación de revisión No. 06808 de febrero 2 de 1978 que determinó oficialmente los impuestos de ventas por el período bimestral 6° de 1975.

Como se observa, en el *subexámine* no era procedente aplicar para el proceso de revisión, la Ley 52 de 1977, toda vez que cuando ésta entró en vigencia (26 de enero de 1973) venía corriendo el término de revisión desde la fecha de presentación de la correspondiente declaración (2 de febrero de 1976), y por otra parte, también se habían iniciado actuaciones y diligencias (requerimientos) que culminaron con la practica de la liquidación de revisión de fecha febrero 2 de 1978, ya en vigencia de la ley 52 de 1977, pero como lo

anota la colaboradora fiscal " resultante de una actuación adelantada de acuerdo a disposiciones de procedimiento anteriores a esta, contenidas en el decreto 2821 de 1974".

En este orden de ideas, para la Sala la Administración actuó ajustada a derecho a las normas vigentes al momento de la iniciación del término de revisión, motivo por el cual no le era viable aplicar el procedimiento consagrado en la ley 52 de 1977, como lo relativo al requerimiento especial "obligatorio" pero no procedente en el *sublite* para las razones ya señaladas. En consecuencia, asiste razón a la apoderada de la Nación, y por ende se procede a revocar la sentencia del Tribunal, la cual como ha quedado establecido no se ajusta a la ley.

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°. Revócase la sentencia de fecha diciembre 19 de 1991, emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca;

2°. Deniéganse las súplicas de la demanda.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva,Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T. Secretario.

CREDITO LITIGIOSO / PROCESO DE LIQUIDACION

Ciertamente el oficio del agente especial del Superintendente Bancario no está reconociendo a la parte actora una acreencia distinta a la admitida en la Resolución que quedó ejecutoriada y en firme al haber agotado la vía gubernativa, sencillamente se indica al Tribunal y no a la ejecutante dentro del proceso civil, la manera como ésta debe proceder para hacer valer su crédito en el proceso de liquidación, además expresa su simple opinión al juez de conocimiento del proceso ejecutivo en relación con la aplicación de la ley 45 de 1923 frente a un derecho litigioso, dentro del proceso civil contenido en un título cual era la póliza de amparo del siniestro, pero de ninguna manera está reconociendo el derecho al crédito litigioso, su cuantía o sus intereses.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4475. Apelación de la sentencia del 13 de agosto de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Autoridades Nacionales. Actor: SAN JOSE DE NIMA LTDA Y MARIELA MEJIA BOTERO.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de agosto de 1992 denegatoria de las súplicas de la demanda en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad **SAN JOSE DE NIMA LTDA Y**

MARIELA MEJIA BOTERO contra la Resolución No. 4479 del 29 de diciembre de 1989 de la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES

1) Mediante la Resolución 4696 del 30 de agosto de 1982 la Superintendencia Bancaria tomó posesión de la Sociedad SEGUROS COLOMBIA S.A. y procedió a su liquidación forzosa.

2) Con anterioridad el 7 de septiembre de 1976, la actora había iniciado contra SEGUROS COLOMBIA S.A. un proceso ejecutivo por la acreencia de $9.763.565.80 más intereses a la tasa del 18% anual resultante de la póliza de seguro # 0407 al cumplirse el riesgo asegurado el 8 de marzo de 1976 proceso dentro del cual cedió a Mariela Mejía Botero el 15% de los derechos litigiosos.

3) Dentro del término señalado por la Superintendencia Bancaria,la actora y su cesionaria, presentaron ante la entidad oficial solicitud de reconocimiento de la acreencia por la suma de $9.763.565.90, junto con sus intereses causados, desde el 7 de septiembre de 1976 a la tasa del 18% anual hasta la fecha en que se efectuara la cancelación completa de la obligación, exponiendo la existencia del mandamiento de pago, del 2 de julio de 1981 proferido en el proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, confirmado por el Tribunal del Distrito Judicial de la misma localidad.

4) Siguiendo los trámites previstos para el proceso de liquidación forzosa administrativa, la Superintendencia expidió la Resolución No. 318 del 27 de enero de 1984, en la cual no reconoció entre otros el crédito de la actora por encontrarse *sub-judice*.

5) Contra dicha resolución los interesados recurrieron en reposición y la Superintendencia Bancaria, mediante la resolución # 2161 del 4 de julio de 1989, atendiendo al mandamiento de pago dentro del juicio ejecutivo reconoció el crédito en la cuantía principal reclamada por $9.63.565.80 y los intereses causados desde el 7 de septiembre de 1976, hasta el 30 de agosto de 1982, fecha de toma de posesión de la aseguradora en cuantía de $10.515.330.06 con porcentajes del 85% para la aseguradora y 15% para la cesionaria. Dicha providencia declaró agotada la vía gubernativa.

6) En escrito recibido por la Superintendencia Bancaria el 31 de octubre de 1989 la parte actora solicita de la Superintendencia Bancaria tener en cuenta en la proporción del 85 y 15% respectivamente la acreencia total por $91.946.642.64 más $4.000.000 por agencias en derecho, según liquidación

judicial del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali del 28 de febrero de 1986.

7) La petición fué negada por la Superintendencia Bancaria mediante la Resolución 4479 del 29 de diciembre de 1989 que la consideró improcedente toda vez que pretendía la modificación de un acto administrativo debidamente ejecutoriado y por no ser viable la revocatoria directa planteada por tratarse de un acto administrativo que tuvo recursos por la vía gubernativa. Adujo además, que el reconocimiento efectuado a la sociedad y su cesionaria fueron por su valor al día de toma de posesión, quedando liberada la intervenida del reconocimiento de cualquier tipo de rendimientos por obligaciones a cargo a partir de tal fecha, conforme por lo ordenado por el artículo 6° del Decreto 2216 de 1982.

LA DEMANDA

Ante el tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la actora en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho alegando que la decisión contenida en la resolución # 4479 de 1989, acusada, era violatoria de los artículos 2°, 16, 26, 30 y 55 de la Constitución Nacional; 50, 62, 64, 65, 66, 67, 70 y 73 del Código Contencioso Administrativo; 2° numeral 6 del Decreto 2217 de 1982 y 331 y 334 del Código de Procedimiento Civil. Al considerar que la resolución desconoció el derecho de propiedad, los derechos adquiridos y que la Administración se arrogó facultades que no correspondían, pues al revocar una decisión contenida en la comunicación AESB 2472 del 18 de febrero de 1986 del agente especial que la Superintendencia Bancaria, que admitió la reanudación del proceso ejecutivo, desconoció el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y su presunción de legalidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar que si bien no prosperaban las excepciones de falta de jurisdicción, e inepta demanda por indebida acumulación de acciones y por falta de requisitos formales, propuestas por la demandada, tampoco prosperaban los cargos de violación del ordenamiento jurídico superior propuestos por la actora; porque no se dió la violación de los artículos 50, 62, 64, 65, 66, 67, 70 y 73 del Código Contencioso Administrativo, por revocación de la "supuesta decisión"contenida en la comunicación AESB 2472 del 18 de febrero de 1986 del señor agente especial de la Superintendencia Bancaria, porque de su contenido se infiere que no creó una situación particular y concreta a favor de los actores, sino que se limitó a conceptuar sobre la viabilidad de continuar el proceso civil, desconociendo que la Superintendencia Bancaria estaba pendiente de resolver

el recurso de reposición contra la resolución que inicialmente le había negado la reclamación, la cual fué aceptada posteriormente a los demandantes.

Que además, el artículo 6° del Decreto 2217 de 1982 numeral 3°, estipula que la toma de posesión conlleva la suspensión, en el estado en que se encuentren de los procesos ejecutivos que contra la intervenida, y los jueces que están conociendo de ellos procederán de oficio y comunicarán al Superintendente Bancario y al demandante tal suspensión. Asimismo, a solicitud del demandante, deben decretar el desglose del título ejecutivo, a fin de que éste pueda hacerlo valer en el proceso.

Concluye que la Resolución # 4479 del 29 de diciembre de 1989 de la Superintendencia Bancaria, no desconoce el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ni su presunción de legalidad, pues la actuación del agente especial del Superintendente y la jurisdicción civil se realizaron en detrimento de las funciones atribuídas a la Superintendencia Bancaria y por lo tanto son ineficaces conformen lo señalaban los artículos 1936 y 897 del Código de Comercio.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar sentencia de primera instancia, la acusa de constituir una decisión que no se ajusta a los principios legales, jurisprudenciales, y doctrinarios que reglan la materia. Reitera para efectos del recurso que, cuando la providencia niega las súplicas de la demanda atenta contra una situación jurídica de carácter individual y concreta a favor de un particular con evidente violación de los derechos de los que aquel goza.

Efectúa un recuento de los hechos de la demanda y del acervo probatorio arrimado al proceso, para exponer que conceptos fundamentales de lo que constituye un acto administrativo fueron desconocidos por el Superintendente Bancario al considerar simple opinión la actuación de su Agente Especial ante la sociedad en liquidación, cuando realmente contiene una decisión que reúne los elementos objetivos, subjetivos y formales que deben estar presentes para configurar un acto administrativo, y además quien lo expidió tenía competencia para todas las decisiones administrativas concernientes para disponer de los negocios, bienes y haberes de la Compañía Aseguradora con miras a su liquidación definitiva. Que por lo tanto, no resulta viable que el Superintendente Bancario desconozca la presunción de legalidad y el principio de ejecutoriedad referido al oficio del agente especial que se produjo, con independencia de la decisión que debía tomar la Superintendencia Bancaria frente al recurso de reposición, en virtud de la solicitud formulada por la actora con base en el

Código de Procedimiento Civil, con el fin de que el proceso ejecutivo no quedara indefinidamente suspendido.

Interpreta el numeral 6° del artículo 2° del Decreto 2217 de 1982 para deducir que lo que la ley busca es la intervención de la Superintendencia Bancaria en todo proceso judicial que se adelante contra una sociedad en liquidación y no una terminación del proceso vía suspensión indefinida.

Pide se revoque la sentencia y se acojan las súplicas de la demanda.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada judicial de la sociedad demandada se opone a los argumentos y pretensiones de la parte actora porque:

1) No es válido el fundamento central de la apelación que afirma que "la decisión emitida por el agente especial en el oficio en el cual expresó su opinión respecto a la viabilidad de reanudar un proceso ejecutivo ante la jurisdicción civil, sea un acto administrativo con fuerza obligatoria para la Administración", por que en primer lugar, los agentes especiales no ejercen autoridad y por ende no pueden emitir decisiones, sino simples conceptos. En segundo lugar, como se infiere del artículo 7° del Decreto 1950 de 1973, no constituyen actos administrativos, cuyo sentido han definido la doctrina y la jurisprudencia, como manifestación de voluntad de la Administración encaminada a producir efectos jurídicos, y por la tanto de obligatorio cumplimiento. Cita en apoyo los autos de mayo 23 de 1979 Expediente 6110 Ponente doctor Miguel Lleras Pizano y el del 13 de diciembre de 1976, Expediente 4068, Actor Jorge Botero, Ponente doctor Jorge Dávila Hernández, cuyos apartes transcribe para concluir que la comunicación AESB - 2472 constituye una simple opinión del agente especial, de la que conviene resaltar en su encabezamiento la expresión "modesta opinión" y su final "pendiente de su decisión" y que por lo tanto la resolución acusada no revocó decisión administrativa alguna, pues esta nunca existió.

Que tampoco puede hablarse de desconocimiento de decisiones judiciales, toda vez que el juez debía obedecer las normas relativas a la toma de posesión de entidades, que establecen que una vez ésta se suceda, todos los procesos ejecutivos que cursen contra la intervenida deberán terminarse en el estado en que se encuentren para su acumulación en el proceso de liquidación, de manera que el juez no podía atender la opinión de la gente de la Superintendencia Bancaria para desconocer las reglas que sobre liquidación de intereses establecen que en este tipo de obligaciones no hay derecho a su reconocimiento, como claramente lo señala el Tribunal en la sentencia, cuyos apartes transcribe.

2) No se revocó un acto administrativo sin contar con el consentimiento escrito de los interesados, puesto que simplemente la Superintendencia Bancaria no acogió el concepto de su Agente Especial, entre otras razones porque el "marco normativo que regula" los procesos de liquidación de los establecimientos sometidos al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria constituye legislación de carácter especial y de orden público, que radican en cabeza del ente administrativo, una vez ha tomado posesión de los negocios, bienes y haberes de los mismos, atribuciones que de no mediar esta circunstancia serían de conocimiento de otra autoridad. Normas que no pueden ser modificadas ni derogadas sino mediante disposiciones de igual o superior jerarquía y por lo tanto no es dable aceptar que la opinión que por escrito haya dado un Agente Especial de la Superintendencia Bancaria sirva de base para su desconocimiento.

3) Que resulta temeraria la afirmación de libelista en torno a la supuesta ligereza con que el Honorable Tribunal falló denegando las súplicas de la demanda, pues el mero concepto del Agente de la Superintendencia Bancaria mal podía anteponerse sobre un verdadero acto administrativo contentivo si de una decisión administrativa, contrariando de esta forma las normas reguladoras de la toma de posesión y atentando contra las funciones del Superintendente Bancario como claramente lo señala el Tribunal en la sentencia apelada.

Pide se confirme la sentencia, ratificando la legalidad de la Resolución 4479 de 1989 de la Superintendencia Bancaria.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la Jurisdicción, solicita confirmación de la sentencia apelada porque, el control estatal sobre la actividad aseguradora atribuído por la ley a la Superintendencia Bancaria, abarca el proceso de liquidación forzosa administrativa en que incurren tales empresas, que se rige por normas especiales, distintas del régimen que dentro del Código de Comercio regulan el concordato y la quiebra, cuya finalidad primordial, al lado de la guarda y administración de los bienes de las empresas intervenidas, consiste, en salvaguardar el orden público económico y social y velar por el interés de las aseguradoras y beneficiarios, quienes para efectos de obtener el reconocimiento y pago de sus acreencias deben acudir al proceso en igualdad de condiciones.

Que a las disposiciones citadas por la entidad demandada se ciñeron las distintas etapas del proceso, teniendo en cuenta, que una vez decretada la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria de los bienes y haberes de Seguros Colombia S.A. (Resolución # 4696 de agosto 30 de 1982), tal decisión, conforme con el artículo 6° numeral 4° del Decreto 2216 de 1982, motivo la

suspensión del proceso ejecutivo instaurado antes contra dicha sociedad, al tiempo que propició el reconocimiento hecho a las reclamantes actores como acreedores de aquella según Resoluciones Nos. 318 de 1984 y 2161 de 1989.

Decisión esta última con la cual quedó agotado el trámite gubernativo y que reconoce a los interesados el pago respectivo en la cantidad allí expresada, atendiendo a la prueba escrita sobre la existencia del crédito y la titularidad del derecho similar al de los demás acreedores, quienes por efecto de la igualdad jurídica y económica con que se ubican dentro de este tipo de procesos concursales se afectan por igual con las medidas de no poder recibir inmediatamente el valor de sus acreencias, ni el reconocimientos de intereses.

Anota además, que dicha decisión quedó en firme porque no fué cuestionada por el demandante, ni constituye blanco de las objeciones que se debaten dentro de este proceso, y por lo mismo, no resultan oportunas otras precisiones distintas a aquellas con las que la Superintendencia Bancaria a través de la Resolución No. 4479 del 29 de diciembre de 1987, explica porqué no accedió a la petición formulada por la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental del proceso está en determinar si efectivamente la comunicación No. AESB 2472 del 18 de febrero de 1986, constituye una manifestación de la voluntad de la Administración capaz de producir efectos jurídicos y en tal evento, cual fué el derecho declarado según la ley frente a las pretensión de la actora relacionada con el reconocimiento de sus acreencias frente a la sociedad intervenida y frente a otros acreedores, o si por el contrario, se trata de una mera opinión incapaz de producir efectos en derecho.

Obra a folio 702 del cuaderno de antecedentes administrativos la respuesta que al oficio 235-25616 dieron el agente especial del Superintendente Bancario en el que expresa:

> "Acuso recibo de su atento oficio de la referencia y al respecto le manifiesto:
>
> "Artículo Sexto del Decreto 2216 de 1982, numeral 4o., ordena "la suspensión, en el estado en que se encuentren, de los procesos ejecutivos que obren contra la entidad intervenida.
>
> Los jueces que están conociendo de ellos procederán de oficio y comunicarán al Superintendente y al demandante, de la suspensión. Así mismo, y a **solicitud del demandante**, decretarán el desglose del título

ejecutivo, a fin de que éste pueda hacerlo valer en el proceso de liquidación".

"Así las cosas, tenemos:

a. Al consagrar la ley la prohibición al Juez de continuar adelantando procesos ejecutivos contra la sociedad sometida a régimen especial de liquidación forzosa administrativa, busca proteger la "*par conditio creditorum*" en los procesos cursales o de quiebra, para que un reclamante provisto de una sentencia judicial, no puede pagarse preferentemente y por el total de su crédito, frente a la masa de los acreedores.

b. En nuestra modesta opinión, sería aplicable el artículo 64 de la Ley 45 de 1923, estatuto orgánico que regula este tipo de intervenciones administrativas, en el sentido de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Podría reiniciar el proceso ejecutivo y entrar a resolver la apelación interpuesta por Seguros Colombia S.A. en Liquidación e impugnada por la contraparte. Una interpretación diferente equivaldría a sostener que los procesos ejecutivos se podían suspender indefinidamente. En efecto, dice la norma legal mencionada: "Cuando el Superintendente haya aceptado, una reclamación debidamente presentada y la haya archivado con la anotación de aceptada, el reclamante, a menos que su reclamo tenga prelación legal para el pago, quedará facultado para entrar a prorrata con otros acreedores generales en la distribución del activo de tal establecimiento, en cuanto dicho activo se distribuye de acuerdo con el artículo 66 de esta Ley.

"Cuando haya expirado el plazo dentro del cual el Superintendente debe aceptar o rechazar una reclamación, y cualquier tiempo dentro de los seis meses siguientes, un reclamante cuyo reclamo haya sido presentado debidamente y no haya sido aceptado, podrá iniciar y adelantar acción civil contra el establecimiento bancario.

"No podrá adelantarse ninguna acción contra un establecimiento bancario mientras el Superintendente se halla en posesión de los negocios de aquél, a menos que se haya iniciado dentro del período que se señala en el inciso anterior. En todas las acciones o diligencias judiciales que se inicien contra un establecimiento bancario, mientras el Superintendente se halle en posesión del activo y negocios de aquél, el demandante deberá alegar y probar que el reclamo, motivo de la acción civil fué debidamente presentado; que han transcurrido sesenta días desde la expiración del plazo concedido para presentar tal reclamo y que éste no ha sido aceptado."

SECCION CUARTA

Se observa que ciertamente este oficio no está reconociendo a la parte actora una acreencia distinta a la admitida en la Resolución No. 2161 de 1989 que quedó ejecutoriada y en firme al haber agotado la vía gubernativa, y no haberse ejercitado contra ella ninguna acción contenciosa dentro de la oportunidad y condiciones establecidas por el decreto 01 de 1984, sencillamente se indica al Tribunal y no a la ejecutante dentro del proceso civil, la manera como éste debe proceder para hacer valer su crédito en el proceso de liquidación, y en el literal "b" expresa su simple opinión al juez de conocimiento del proceso ejecutivo en relación con la aplicación del artículo 64 de la ley 45 de 1923, frente a un derecho litigioso, dentro del proceso civil contenido en un título cual era la póliza de amparo del siniestro ocurrido, pero de ninguna manera está reconociendo el derecho al crédito litigioso, su cuantía o sus intereses, ni lo radica expresamente en cabeza del ejecutante pues no era ésta de su competencia, y así lo expone haciendo mención expresa del procedimiento de liquidación establecido en el Decreto 2216 de 1982, cuando la reclamación de su derecho dentro de este proceso no se había aún aceptado ni desconocido, debido precisamente al rechazo que de la misma obligación realizó la ejecutada. Entonces mal puede pretender la parte actora derivar de ella un derecho expreso y concreto.

De otra parte la aceptación de la acreencia dentro del proceso liquidatario de la intervenida se efectuó a la fecha del oficio AESB 2472 por $9.763.565.80 e intereses de $10.515.360.06, mediante la Resolución 2161 de julio de 1989, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución # 318 del 27 de enero de 1984, que sería en últimas el acto administrativo que al admitir la acreencia por la cuantía limitada antes mencionada estaría desconociendo el supuesto derecho contenido en el citado oficio.

Resolución que quedó en firme al no haber ejercitado los interesados los recursos señalados en el Código Contencioso Administrativo ante la jurisdicción sin que pueda pretenderse que por el hecho de la formulación de una petición, la decisión que sobre ella recaiga habilita los términos vencidos o que prorrogue la vía gubernativa por la simple circunstancia de mencionar el acto administrativo ejecutoriado, sostenido en la Resolución 2161 del 4 de julio de 1989, para no acceder a la petición formulada, precisamente por ser improcedente ante el agotamiento de la vía gubernativa.

De otra parte como claramente señala la resolución acusada los procesos de liquidación de entidades intervenidas se desarrollan dentro de un marco especial conformado por la Ley 45 de 1923 y los Decretos 2216 y 2217 de 1982, 1215 de 1984 y 2277 de 1989, normas que no pueden ser desconocidas por una simple opinión rendida ante el juez que avocó el juicio ejecutivo, para pretender un reconocimiento de intereses y de intereses sobre estos, en abierta

contradicción con el principio "*par conditio creditorum*" aplicable en este tipo de procesos concursales y en perjuicio de los demás acreedores en ellos reconocidos.

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 fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario

NOVACION / OBLIGACIONES - Extinción

La novación es un modo de extinción de las obligaciones y consiste en la sustitución de una obligación nueva a otra anterior su realización puede asumir dos grandes formas contempladas en el art. 1690 del c. civil; la subjetiva (num. 2° y 3°) y la objetiva (num.1°). Por lo que toca a la novación objetiva, que es la que interesa considerar, ella se surte mediante acuerdo de voluntades entre los mismos sujetos acreedor y deudor de la obligación primitiva, acuerdo de voluntades en virtud del cual estos dan por extinguida dicha obligación primitiva, pero reemplazándola por otra nueva que difiere de aquella por el aspecto real de su estructura, dejando de esa manera el deudor de serlo respecto de la primera obligación, para pasar a serlo únicamente de la segunda.

AHORRO PRIVADO - Control / POLICIA ADMINISTRATIVA / SUPERINTENDENCIA BANCARIA / ACTIVIDAD FINANCIERA - Vigilancia

La superintendencia al imponer la sanción ejerció las atribuciones conferidas por la ley, para evitar que el manejo de los fondos provenientes del ahorro privado especialmente en su colocación de desconozcan las normas legales que tienen por objeto proteger tanto la confianza del público en las instituciones financieras como de los dineros que en ellas deposita para evitar que las colocaciones se efectúen en forma distinta a lo prescrito. En este caso sí se configuró transgresión del plazo máximo de 36 meses prescrito mediante el mecanismo de la expedición de un nuevo pagaré al vencimiento inicial, que aunque formal y aparentemente parecen corresponde a otra operación en realidad no lo es, porque el nuevo título que se expide

en reemplazo de otro que se hizo exigible pero no se pagó, es un nuevo título valor.

SANCION ADMINISTRATIVA / ENTIDAD FINANCIERA / DERECHO PENAL - Inaplicabilidad

Las sanciones en materia administrativa en general y en particular respecto a las entidades del sector Financiero llevan implícitas finalidades propias como son la preservación y seguridad del orden público económico y la protección de los intereses patrimoniales de quienes de buen fé confían sus ahorros a entidades facultadas por la ley y autorizadas por el gobierno para captar dineros del público, al saber que están sujetas a la vigilancia del Estado y por ello antes que por principios en materia penal, se rigen por los regulan la actividad de la administración pública a las cuales están sujetas tales entidades. Razón por la cual para la imposición de este tipo de sanciones, esencialmente pecuniarias, resultan ajenas las instituciones que son propias del derecho penal para determinar el grado de responsabilidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4524. Autoridades Nacionales FALLO. Actor: BANCO REAL DE COLOMBIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado Judicial de la actora contra la sentencia del 17 de septiembre 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 "BANCO REAL DE COLOMBIA", contra el acto administrativo en virtud del cual la Superintendencia Bancaria le impuso sanción pecuniaria.

ANTECEDENTES

En ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 19 de la Ley 45 de 1923, 22 del Decreto 2920 de 1982 y 12 literal f) del Decreto 1939 de 1986, la Superintendencia Bancaria, ordenó una visita a la sociedad actora con el fin de verificar el cumplimiento de lo ordenado en la Resolución No.10 de 1980 de la Junta Monetaria y la Circular externa DAB 057 de 1978, de la

SECCION CUARTA

Superintendencia Bancaria sobre otorgamiento de créditos para financiar necesidades de capital con cargo a recursos obtenidos por la colocación de Certificados de Depósitos a Término, e indebido manejo de la cuenta deudores varios.

Con base en el informe de visita # 6323 de octubre 21 de 1987, (Fls. 16 a 41 cdno antcds.) que señaló el incumplimiento de las disposiciones anotadas por parte de la entidad la Superintendencia Bancaria le solicitó las explicaciones respectivas.

Oídos los descargos rendidos por la actora, la Superintendencia Bancaria determinó el incumplimiento de las obligaciones de Banco al exceder el término de 36 meses para los créditos otorgados por la resolución 10 de 1980, utilizando el sistema de renovaciones sucesivas y de la circular externa DAB 057 de 1978 al no contabilizar correctamente los bienes recibidos en pago de Guillermo Sefair Name y vendidos a Automotora Santa Bárbara, procedió en consecuencia a imponerle mediante la Resolución # 4539 de 1988 multa de $860.000.

Contra dicha resolución la entidad sancionada recurrió en reposición ante la misma entidad administrativa,que mediante la Resolución No. 1613 del 18 de mayo de 1989 confirmó el acto recurrido.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho acudió la sociedad actora ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca alegando que el acto administrativo sancionatorio violó los artículos 26, 27, 1602, 1687,1690, 1693, 1707 y 1709 del Código Civil; 5° del Código Penal y 22 del decreto 2920 de 1982 y que quedó viciado de nulidad por ilegalidad en los motivos.

Acusa a la Superintendencia Bancaria de imponer la Sanción con fundamentos en injurídicos argumentos para desconocer la novación de obligaciones, para estimar que solo había prórroga del término en los contratos celebrados con Internacionales de Vehículos Ltda. y pretender además derivar una sanción por un error que involuntariamente cometió el banco al anotar en el rubro de bienes recibidos en dación en pago, la venta del lote de terreno a la sociedad Automotriz Santa Bárbara cuando lo correcto era registrarla en el rubro "deudores varios" por ventas a plazos de bienes recibidos por dación en pago, error que corrigió con seis meses (6) de anticipación a la visita administrativa. Y que por otra parte que el beneficio económico que el Banco puede derivar de tal impase es tan insignificante que en ningún caso haría presumir la intención de lucrarse.

Que además los principios constitucionales y legales que orientan nuestro sistema punitivo proscriben en forma tajante y expresa la responsabilidad objetiva y que ellos deben aplicarse aún en el caso del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, que consagran la potestad discrecional del señor Superintendente Bancario para imponer sanciones a las entidades sometidas a su control.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar que no prosperaba el único cargo de violación de la ley expuesto en la demanda, porque:

1) Por el hecho de que la Superintendencia Bancaria no haya reconocido los efectos de la novación de los contratos para efectos de la sanción no implica que esté transgrediendo el artículo 1602 del Código Civil, toda vez que ella como entidad de vigilancia está legalmente facultada pera intervenir en la actividad de las entidades financieras, aún cuando ella lleve envuelta la celebración de contratos privados.

Que tampoco viola la Superintendencia Bancaria las normas sobre novación de los contratos establecidos en el Código Civil, porque teniendo claros el concepto, los casos en que se dá, y los requisitos necesarios para que la misma opere, dicha figura no se dió en la transacción realizada por el Banco, en razón de que no se cumplió uno de los requisitos necesarios como lo es el que exista cambio sustancial en la obligación inicial es decir de aquella se garantizó con el otorgamiento de los títulos valores pagarés Nos. 01023322-2, 01023612 y 01023615-6, cual fué el préstamo que el Banco otorgó a la sociedad Internacional de Vehículos Ltda., con cargo a los recursos obtenidos mediante la colocación de certificados de depósito a término, ya que es claro que al vencerse el plazo máximo permitido por la junta monetaria, lo que hizo el Banco fué tomar las obligaciones contenidas en dichos pagarés para desplazarlas a otros nuevos, sin que por ello se altere la causa u objeto de la obligación primitiva.

2) Porque el acto sancionatorio no viola las normas de tipo penal ni el Artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, porque las normas del Derecho Penal no son aplicables al Derecho Administrativo. Expone como fundamento la jurisprudencia de la Sala contenida en la sentencia del 29 de mayo de 1992, Consejera Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos.

SECCION CUARTA

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia reitera los argumentos de la demanda sobre la novación de la obligación para exponer que ésta operó entre los contratantes y que no puede desconocerse por ninguna persona sino por voluntad de las partes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, o por ministerio de una ley declarado por un juez competente, sin que sea admisible desconocer por vía administrativa su existencia ya que el hacerlo implicaría intromisión de una Jurisdicción en otra o la irrupción del estado en la órbita de los negocios particulares, de manera injustificada.

Con oportunidad de alegato de conclusión invoca el artículo 619 del Código de Comercio sobre títulos valores para alegar la independencia de la obligación cartular incorporada en cada uno de los pagarés.

OPOSICION A LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones y planteamientos formulados por el apelante porque: en primer lugar la Superintendencia Bancaria en ningún momento entró a declarar como simulada la operación realizada entre el Banco Real de Colombia y la sociedad Internacional de Vehículos Ltda., sino que precisamente como entidad encargada de la vigilancia y control de las entidades financieras, que debe velar porque éstas cumplan con las normas que les son de obligatorio cumplimiento, ordenó la práctica de una visita al Banco, que le permitió detectar la contravención al artículo 3° de la Resolución 10 de 1986 de la Junta Monetaria al otorgar créditos con plazo superior al allí previsto.

Analiza luego el artículo 1687 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1690 *ibídem*, para distinguir entre la novación objetiva consistente en la sustitución de una obligación por otra, con un cambio en el objeto o en la causa, pudiendo permanecer idénticos el acreedor y el deudor, y la novación subjetiva, que es aquella que tiene lugar cuando hay cambio en cualquiera de los sujetos, bien sea el acreedor o el deudor, y que en consecuencia la única posible en el evento sería la de tipo objetivo, que no se configuró por falta de cambio en el objeto debido y por falta de causa distinta, puesto que entre los pagarés inicialmente extendidos y los posteriormente suscritos no existe novación porque el deudor no se obliga a una obligación distinta de la debida sino que sigue sabiendo exactamente la misma prestación consistente en idéntica cantidad de dinero recibido a título de préstamo del Banco Real de Colombia. Que tampoco hubo novación por la causa, puesto que ella está configurada por los mismos créditos instrumentalizados mediante pagarés que luego fueron

sustituídos por otros títulos sin que variara el contrato de mutuo antes celebrado es decir que hay identidad en el negocio jurídico celebrado y en consecuencia solo hubo una simple ampliación del plazo excediendo el término máximo estipulado en el artículo 3° de la Resolución 10 de 1986 de la Junta Monetaria contraviniendo así la disposición.

Reafirma su criterio con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de abril 10 de 1970, Sala de Casación Civil.

Expone en segundo lugar que no incurrió la Superintendencia Bancaria en violación del artículo 55 de la Constitución Nacional para abrogarse funciones propias de la rama jurisdiccional, sino que ejercicio las atribuciones que le fueron otorgadas por el Decreto 2388 de 1976, para ejercer el control, inspección y vigilancia del sistema financiero, la salvaguardia de los principios rectores de éste y velar por el correcto cumplimiento de las normas que lo regulan, con el fin de evitar que las entidades financieras a través de maniobras fraudalentas burlen el régimen general que las rige como sucedió en el caso en estudio, pues el Banco disfrazó el plazo que realmente quería ampliar, con la forma aparente de un contrato distinto.

Por último hace referencia a los efectos que acarrea la sustitución de un título valor por otro para afirmar que en materia cambiaría, la sustitución de un título valor por otro no constituye novación, cuando el segundo se limita a la reproducción del negocio cartular procedente.

Solicita confirmar el fallo apelado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°.- El asunto fundamental de la *litis* es el de precisar si la sociedad actora incurrió en infracción del artículo 3° de la Resolución # 10 de 1980 de la Junta Monetaria y de la Circular Externa DAB 057 de 1978 de la Superintendencia Bancaria, que prescriben un plazo máximo de 36 meses para las operaciones de crédito efectuadas con recursos obtenidos con C.D.T.

Analizado el informe visita No. 6323 de octubre de 1987 (Fls. 16 a 41 cdno. anctd) se observa (Fl. 18) que se glosó el crédito otorgado por el Banco a Internacional de Vehículos Ltda., porque, utilizando el sistema de renovaciones, excedió el plazo de 36 meses autorizado para esta clase de operaciones por esta circular, sin que al cabo de el último vencimiento del plazo inicial se hubiere abonado suma alguna por este concepto.

SECCION CUARTA

Señala claramente el informe que la prórroga del término de las obligaciones de créditos derivados de los contratos de mutuo respaldados con los pagarés 01023322 por $3.000.000.00 otorgado en diciembre 27 de 1982; 01026612 por $32.000.000.00 otorgado en octubre 10 de 1983 y 010236156 por $2.000.000.00 otorgado en octubre 17 de 1983, se efectuó mediante la cancelación de estos títulos valores en cuyo defecto se extendieron otros con nuevo vencimiento, por igual cuantía y por el mismo concepto (préstamos según resolución 10 de 1980), entre las mismas partes contratantes y con mención expresa en la contabilidad del título que se sustituye.

Mientras que la Superintendencia Bancaria considera que hubo simple prórroga del plazo para solucionar la obligación, la actora estima que la obligación se extinguió por novación por una nueva.

El tema de la novación de obligaciones consagrado en el título XV libro 4° del Código Civil ha sido analizado en varias ocasiones por la Corte Suprema de Justicia, en especial en la sentencia abril 10 de 1970 Sala de Casación Civil, que acertadamente trae a colación el apoderado de la entidad demandada y que por ser pertinente se transcribe:

> "La novación es un modo de extinción de las obligaciones y consiste en la sustitución de una obligación nueva a otra anterior (artículos 1625 y 1687 del Código Civil). Su realización puede asumir dos grandes formas contempladas en el artículo 1690; la subjetiva (numeral 2° y 3°), y la objetiva (numeral 1°).
>
> "Por lo que respecta a la novación objetiva, que es la que interesa considerar, ella se surte mediante acuerdo de voluntades entre los mismos sujetos acreedor y deudor de la obligación primitiva (el llamado contrato de novación a que alude el artículo 1689 del Código Civil), acuerdo de voluntades en virtud del cual estos dan por extinguida dicha obligación primitiva, pero reemplazándola por otra nueva que difiere de aquella por el aspecto real de su estructura, dejando de esa manera el deudor de serlo respecto de la primera obligación, para pasar a serlo únicamente de la segunda. Siendo entendido que estos efectos simultáneos: extintivo, de un lado, y constitutivo de otro, deben aparecer claramente queridos por las partes (*animus novandi*), ya porque así lo declaren expresamente, ya porque del acto se deduzca indudablemente que su intención ha sido esa. El *animus novandi*, pues, no se presume (artículo 1693 del Código Civil).
>
> "Conviene especialmente aquí hacer énfasis sobre el factor nuevo, que para que puede hablarse de novación, debe importar la segunda obligación en relación con la primera, con el fin de destacar al respecto que ese

factor nuevo debe presentarse como consecuencia del cambio de alguno de los elementos constitutivos o esenciales de la obligación anterior: cambio de uno de sus sujetos, tratándose de novación subjetiva, y cambio de objeto o de la causa, si la novación es objetiva.

"Resulta de lo que acaba de decirse, entonces, que si la obligación interior es modificada mediante acuerdo entre las partes, pero por aspectos no relacionados con sus elementos esenciales o constitutivos, sino por elementos accidentales o accesorios suyos, no se produce novación. A ese criterio obedece que no haya de suyo novación en el caso de que siendo la obligación antigua pura y simple, la nueva se someta a una condición, o viceversa: ni que tampoco constituye novación la simple mutación del lugar donde debe hacerse el pago, o la mera ampliación del plazo para el cumplimiento de la obligación, o la reducción del mismo (artículos 1692, 1707, 1708, 1709, del Código Civil). A estos casos no configurativos de novación, expresamente previstos por la ley, cabe agregar otros, como el otorgamiento de garantías personales o reales, la reducción o eliminación de éstas, la remisión parcial de una deuda, etc, pues en todos estos casos la obligación ya existente queda viva en si misma, no es sustituída por otra diferente, y ello explica que no haya allí novación."

Analizados los hechos de este proceso con los criterios expuestos en la anterior jurisprudencia, se concluye que la causa de la obligación es idéntica, que la suscripción de los títulos valores (pagarés) tuvo como origen un mismo contrato de mutuo pues se otorgaron entre las mismas partes por el mismo valor al vencimiento del anterior, con lo cual se establece que la sustitución de los pagarés que muestra la entidad bancaria no constituyan novación de una obligación inicial de mutuo, sino una simple prórroga de su plazo inicial como claramente lo precisó también el *a-quo*.

Sobre la supuesta violación al artículo 55 de la Constitución nacional considera la Sala correcta la decisión apelada, porque en ningún momento la Superintendencia Bancaria desconocía la validez de los contratos celebrados entre el Banco y su cliente "Internacional de Vehículos Ltda.", ni entró a decidir ni juzgar las obligaciones surgidas la celebración de dichos acuerdos, ni alteró sus vínculos contractuales. Sencillamente ejercicio las atribuciones conferidas por la ley, para evitar que en el manejo de los fondos provenientes el ahorro privado especialmente en su colocación se desconozcan las normas legales que tienen por objeto proteger tanto la confianza del público en las instituciones financieras como de los dineros que en ellas deposita para evitar que las colocaciones de dicho ahorro privado se efectúen por las entidades bancarias en forma distinta a la prescrita por la autoridad monetaria. Y en sentir de la

Sala sí se configuró transgresión del plazo máximo de 36 meses prescrito por la norma, mediante el mecanismo de la expedición de nuevo pagaré al vencimiento inicial, que aunque formal y aparentemente parecen corresponder a otra operación, en realidad no lo es.

Es cierto que el título valor, es un documento en el cual se impere el derecho literal y autónomo que por él se crea. Si bien el otorgamiento de un nuevo título que se emite en reemplazo de otro que se hizo exigible pero no se pagó, es un nuevo título valor, y que para el reconocimiento del derecho cartular de crédito en él incorporado se requiere del documento, como se deduce del artículo 619 del Código de Comercio, invocado por la apelante, no puede desconocerse que su emisión tuvo como causa el mismo contrato de mutuo que originó los pagarés reemplazados.

No resulta acertado el argumento de la parte actora expuesto tardíamente con oportunidad de la apelación que afirma que desconocer la independencia y autonomía de cada una de las obligaciones representadas en los pagarés, lleva también a desconocer el contenido de las normas legales que regulan estas operaciones, porque en ningún momento la Superintendencia Bancaria ha desconocido el efecto de la sustitución de un título valor de contenido crediticio por otro similar de exacto contenido pero con diferente plazo, lo único que se ha afirmado es que en esta sustitución de pagarés se prorrogó un término y aún cuando los títulos sean autónomos no puede ignorarse la causa que generó su expedición.

Las anteriores circunstancias permiten deducir a la Sala que la entidad bancaria sí excedió el término previsto en el articulo de la Resolución No.10 de 1980 de la Junta Monetaria y que por lo tanto se hizo acreedora a la sanción impuesta.

2°.- Con relación al segundo cargo de la demanda sobre la sanción por la supuesta transgresión y la circular externa DAB 057 de 1978, que considera violatoria del Código Penal, porque el error cometido fue involuntario, no se causó perjuicio, o no se obtuvo un beneficio real y que por lo tanto no se justifica su imposición, se observa que la apelante no hizo una sustentación del recurso de apelación sobre esté tópico, pues se limita a exponer lo dicho en la sentencia de primera instancia hecho que impide un pronunciamiento sobre este aspecto. No obstante considera la Sala necesario reiterar al apelante que contrariamente a lo expuesto por él en la demanda, las sanciones en materia administrativa en general y en particular respecto a las entidades del sector financiero llevan implícitas finalidades propias como son la preservación y seguridad del orden público, económico y la protección de los intereses patrimoniales de quienes de buena fé confían sus ahorros a entidades facultadas

por la ley y autorizadas por el gobierno para captar dineros del público, al saber que están sujetas e la vigilancia del Estado y por ello antes que por los principios en materia penal, se rigen por los que regulan la actividad de la administración pública a las cuales están sujetas tales entidades.

Razón por la cual para la imposición de este tipo de sanciones, esencialmente pecuniarias, resultan ajenas las instituciones que son , propias del derecho penal para determinar el grado de responsabilidad personal, como el dolo, la culpa o la preterintención, imposibles de determinar cuando el sujeto infractor no es una persona natural, sino una sociedad.

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 del 17 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio # 225.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CORPORACION FINANCIERA - Obligaciones / ENTIDAD RECEPTORA

Comparados los hechos que motivaron la sanción con el marco legal, no puede afirmarse que se estaba dando cumplimiento al art 1o. del Decreto 2041 de 1987, cuando las entidades receptoras de la inversión no realizaban las actividades señaladas en su objeto social principal sino se dedican al ejercicio de operaciones distintas como las de Leasing y Factoring. Aún en el evento de que éstas tuvieran alguna relación con dicha actividad, por expresa excepción de la Circular 047 no podían beneficiarse con la inversión. Además si existió falta de diligencia por parte de la Corporación Financiera al no ejercer la vigilancia con anterioridad al desembolso de las sumas invertidas o prestadas y posteriormente para cerciorarse de las condiciones ofrecidas inicialmente por la receptora.

REGLAMENTO CONSTITUCIONAL / ACTIVIDAD FINANCIERA / FACULTAD SANCIONATORIA

No puede admitirse bajo ningún punto de vista de que todas las sanciones deben ser establecidas únicamente por la ley expedida por el Congreso, porque precisamente en vigencia del art. 120 num. 14 de la Constitucional de 1886, la Carta Política al consignar la intervención del Estado en el sector financiero, a través de su órgano administrativo, lo autorizó para regular ciertas materias del sector, con fuerza de ley, mediante los llamados reglamentos autónomos o decretos constitucionales, pues su legitimidad derivaba directamente de la Constitución. Por lo tanto si el acto administrativo sancionatorio se expidió con base en las normas que regulan la conducta infractora, la sanción es procedente y el procedimiento para aplicarla no puede predicarse que transgredió el art. 26 de la Constitución Nacional.

EXP. - 4534

CORPORACION FINANCIERA / Capacidad / OBJETO SOCIAL / PERSONA JURIDICA - Obligaciones

Lo concerniente a la capacidad de las personas jurídicas en nada riñe con la exigencia de diligencia de las corporaciones financieras en el cuidado y vigilancia que deben ejercer sobre su financiamiento a través de inversión en las entidades en las que ha colocado parte de sus recursos de capital. No se incurre en violación del art. 110 del Código de Comercio, porque no puede confundirse el desarrollo del objeto principal con el objeto secundario, ni tomar el segundo por el primero, pues el ejercicio de actividades secundarias tiene su justificación únicamente en el echo de que coadyuven al desarrollo de su objeto social principal, pero en manera alguna para desplazarlo o evitar la disolución de la sociedad ante la imposibilidad de su cumplimiento

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No 4534 Actor : CORPORACION FINANCIERA DE LOS ANDES S.A. AUTORIDADES NACIONALES - FALLO -

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 13 de agosto de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad CORPORACION FINANCIERA DE LOS ANDES S.A. contra las Resoluciones números 3773 del 15 de noviembre de 1989 y 0347 del 8 de febrero de 1990, en virtud de las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso sanción pecuniaria.

ANTECEDENTES

En ejercicio de las atribuciones legales conferidas por la Ley 45 de 1923 y los decretos 2041 y 2042 de 1987 y el literal f) del Artículo 12 del Decreto 1939 de 1986 la Superintendencia Bancaria, mediante la Resolución 3772 del 15 de noviembre de 1989 impuso a la sociedad CORPORACION

SECCION CUARTA

FINANCIERA DE LOS ANDES S.A. multa de $1'300.000, por haber incurrido en violación a las obligaciones señaladas en el artículo 1o del decreto 2041 de 1987 y Circular 47 de 1987, al efectuar inversiones en compañías que no desarrollaban su objeto social dentro de las actividades manufactureras, agropecuarias, agroindustriales, mineras, hoteleras y parques industriales, sino que desarrollaban actividades completamente distintas como eran las de Leasing, Factoring y venta de terrenos, que no podían ser financiadas por la Corporación,

Contra dicho acto sancionatorio la corporación interpuso recurso de reposición que fue fallado con confirmación del acto recurrido, mediante la resolución 0347 del 8 de febrero de 1990.

LA DEMANDA

Acudió la sociedad sancionada en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al estimar que el acto administrativo sancionatorio incurrió en violación de la normatividad superior contenida en los artículos 26 de la Constitución Nacional; 25, 29, 98, 99, 110, 112, 115, 116, 117, 158, 864 del Código de Comercio; 28, 1602, 1741 del Código Civil; 1o. de la Ley 95 de 1890; 1o. del Decreto 2041 de 1987 Circular 47 de 1987; 1, 2, 3, 4, 5 y 43 del Código Penal puesto que se impuso con fundamento en una disposición que no tiene el carácter de ley, y en una simple circular expedida por la misma entidad demandante convirtiéndose así ésta en juez y parte e incurriendo en violación de las normas del Código de Comercio y del Código Civil por indebida y errónea interpretación que les da, con el único objeto de poder imponer la sanción, desconociendo la facultad de la sociedad de desarrollar las actividades que si bien no corresponden al objeto social principal si son necesarias e indispensables para un manejo adecuado y seguro de los bienes de la empresa. Incurriendo también en desconocimiento de la eficacia de los contratos pero especialmente del Artículo 1o. del Decreto 2041 de 1987 al considerar responsable a la Corporación ante el hecho de que una empresa de las elegidas para la inversión varíe o suspenda transitoriamente el desarrollo de su objeto social por razones de fuerza mayor, caso fortuito y/ o de seguridad y adecuada inversión, hecho que no depende directamente de la corporación, que cumple con la ley al otorgar recursos a empresas que desarrollen las actividades descritas en el citado decreto.

Acusa además a la Superintendencia Bancaria de desconocer las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito con efectos liberatorios de responsabilidad y de violar el Código Penal al no establecer previamente a la imposición de la sanción, la antijuricidad de la conducta y la culpabilidad de la Corporación toda vez que no puede imputársele responsabilidad objetiva.

LA SENTENCIA APELADA

Denegó las súplicas de la demanda al considerar infundado el cargo propuesto por violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional, al estimar la actora que había sido sancionada con base en una simple circular, porque precisando conceptos del derecho constitucional colombiano y atendiendo las competencias que otorga la Constitución Nacional al Presidente de la República, específicamente el Artículo 120 numeral 14 (hoy 189 numeral 24) para ejercer la intervención en las actividades de las personas que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, no cabe la menor duda que el Decreto 2041 de 1987, por el cual se dictaron disposiciones sobre corporaciones financieras y que sirvió de base a la Superintendencia Bancaria para sancionar a la Corporación demandante, fue expedido con base en dichas atribuciones.

Que además, no puede entenderse como ley preexistente únicamente aquélla formalmente expedida por el Congreso, sino la norma que en sentido material, manda o prohíbe determinada conducta de los entes vigilados cuya actividad debe ajustarse a toda la normatividad en materia de orden público económico. Cita y transcribe la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia del 7 de diciembre de 1990. Expediente 1951, actor: Banco Ganadero.

Estima que no prosperaban los cargos de violación de los Artículos 99 y 110 del Código de Comercio porque el primero de ellos consagra la especialidad del objeto social, que tiende a evitar su imprecisión, y que la ley solo presume incluídos en el giro ordinario de la sociedad los actos directamente relacionados con las actividades principales previstas en el objeto, así como los que procuran o facilitan el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones sociales y en consecuencia, todo acto o negocio diferente, atenta contra el principio de especialidad y rebasa la capacidad de la compañía, comprometiendo la responsabilidad personal y solidaria de los administradores y así las cosas, siendo la ley clara en cuanto a la obligación de determinar en forma precisa las actividades que comprenden el objeto social, hay que concluir que el ejercicio de otras implica violación a la norma que así lo estableció.

Tampoco aceptó el cargo de violación contra los artículos 1602 y 1741 del Código Civil porque no se desconoce que el contrato sea ley para las partes, frente al cual la Superintendencia Bancaria es un tercero, pero no un tercero cualquiera sino aquél a quien la ley le ha encomendado las funciones de inspección, vigilancia y control en su respectivo campo y es en desarrollo de dichas facultades que tiene que estar atenta a prevenir y reprimir cualquier clase de irregularidad de estas entidades vigiladas, sin cuando de sus actividades no puede decirse que afecten solo a los contratantes privados, sino que esta de

por medio el interés general y la transgresión es el fundamento o motivo que originó la multa.

Con relación al cargo de violación del Artículo 1o. del Decreto 2041 de 1987, estimó, que no prosperaba, puesto que, como lo pudo comprobar la Superintendencia Bancaria al analizar los estados financieros de los ejercicios de 1987 y 1988 de las empresas en las cuales la corporación efectuó la inversión, su actividad fundamental no encajaba en la definición de "actividades agroindustriales" exigidas por la norma. Y que era deber y función de las entidades que pretenden hacer inversiones de capital estudiar previamente a la inversión, las condiciones y medios que en desarrollo de las mismas se van a emplear, así como en el transcurso de los contratos celebrados, estar al tanto de que se cumplan las condiciones inicialmente pactadas.

No admitió por consiguiente, la violación del artículo 1o de la Ley 95 de 1890, porque tratándose del cumplimiento de un deber legal como lo era el señalado en el Artículo 1 del Decreto 2041 de 1987, no es dable alegar este tipo de excusas, máxime cuando ellas no han sido plenamente probadas. Cita y transcribe como fundamento la jurisprudencia de la Sala del 20 de mayo de 1992, Exp. 076.

No admitió, por último, la violación de las normas penales con base en jurisprudencia de la sala relativas al tema.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia manifiesta que reitera los argumentos expuestos en el escrito demandatorio y acusa a la sentencia de partir de supuestos que no guardan armonía ni con la ley ni con la realidad procesal, porque:

1. En la hoja No. 6 de la providencia acoge una apreciación del apoderado de la Superintendencia Bancaria, en el sentido de afirmar que la demandante admite que dos de las compañías en las cuales realizó inversiones "dejaron de desarrollar el objeto social principal". Afirmación que no se ajusta a la realidad, puesto que las actividades ejercidas por estas compañías están incluidas dentro de las posibilidades que determina el objeto social.

2. En la hoja No.9, luego de afirmar certeramente que las entidades vigiladas deben aprestarse a la normatividad en teoría de orden público económico, dice: "el desconocimiento de cualquiera de ellos acarrea una sanción de tipo objetivo" aseveración que contradice en materia grave el principio consagrado en el artículo 5o. del Código Penal.

3. Es desatinada la motivación de la sentencia en cuanto limita las posibilidades de anulación a las transgresiones de las leyes especiales que reglamentan la cuestión debatida, a los procedimientos seguidos en el trámite gubernativo y en cuanto pretende limitar las oportunidades adecuadas para controvertir los actos administrativos al momento posterior al acto mismo.

4. Que tampoco es afortunada la sentencia cuando pretende reducirla capacidad jurídica de las sociedades en la forma como lo hizo la Superintendencia Bancaria, acudiendo a una arbitraria clasificación de las actividades señaladas como integrantes del objeto social.

Explica que la invocación que hizo en la demanda de las normas que reglamentan el objeto social artículos 25, 99, 110 del Código de Comercio, pretende precisar.

a) Que la inversión de efectivo que hizo la Corporación en compañías que de acuerdo con el objeto social consignado en los certificadas de existencia y representación las presentaban como elegibles para recibir inversiones y créditos, conforme al artículo 1o del decreto 2041 de 1987.

b) Siendo la expresión del objeto social la única forma legal de determinar la capacidad jurídica de la compañía, no puede censurarse a la Corporación por el hecho de haberse atenido a tal expresión para considerar al solicitante del crédito o de inversión como elegible para recibir los beneficios indicados.

c) La circunstancia, no debidamente establecida, de que una o varias de las sociedades receptoras de la inversión se hubiéren apartado de su objeto social principal es un hecho de terceros que no puede imputarse a la Corporación para imponerle sanciones pues no es ella quien esté procediendo al margen de sus estatutos.

d) Las pretensiones de que la Corporación debió retirar su aporte al descubrir que el objeto social de la receptora se ha desviado o que pueda obligarla a reversar el proceder cuestionado no son más que eufemismos o afirmaciones ligeras, pues la cínica manera de realizar tales pretensiones seria el contar con el poder decisorio suficiente para liquidar la sociedad infractora o hacerle variar sus determinaciones, o encontrar a un tercero dispuesto adquirir el interés social de la corporación, lo cual no dependen enteramente de ella y la posibilidad de retirar los aportes está expresamente prohibida por los artículos 143 y 144 del Código de Comercio.

Pide se revoque la sentencia y se anulen los actos impugnados.

SECCION CUARTA

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada judicial de la demandada se opone a las pretensiones y argumentos del apelante exponiendo que nuestro ordenamiento jurídico no acepta para las sociedades, la existencia de un objeto social ilimitado, en los términos planteados por el libelista toda vez que la expresión concreta del objeto es el que determina la capacidad jurídica de la sociedad.

Cita doctrina de los autores para afirmar que, sí bien la legislación colombiana exige un objeto principal y admite el objeto secundario, únicamente son admisibles dentro del segundo aquellos actos que sirven de medios instrumentales para alcanzar el lucro que se aspira a derivar de las actividades anunciadas como principales en los estatutos del ente social, es decir, aquellas actividades que en un momento determinado sean necesarias para el giro ordinario de los negocios de la empresa.

Pero, para el caso que nos ocupa la superintendencia bancaria constató que las Sociedades AGROANDES LTDA. y PROCESADORA DE GRANOS Y CEREALES DE OCCIDENTE S.A. no se dedicaban al desarrollo de las actividades de su objeto social sino a otras diferentes no autorizadas como receptoras de inversión por las normas vigentes para entonces. Por lo que, mal puede la corporación justificar su conducta contraventora, afirmando, de una parte, que las compañías destinatarias de la inversión, podían dentro del desarrollo de su objeto social principal ya que en manera alguna podían considerarse conexas a 91, pues de acuerdo con lo previsto por el decreto 2041 de 1987, las corporaciones financieras, como entes pertenecientes al género de la llamada Banca de Fomento, únicamente podían fomentar mediante inversiones las sociedades dedicadas a actividades agroindustriales, mineras, hoteleras y parques industriales, y por lo tanto no era procedente a la actora invertir en compañías cuyos activos estaban representados en inversiones en sociedades de Leasing y Factoring.

Que no discute que según el objeto social principal tales sociedades resultaban elegibles como receptoras de inversión, pero en el momento en que dejaron de ser empresas agropecuarias, para dedicarse a otras actividades no relacionadas con las empresas agropecuarias, mineras, hoteleras y parques industriales y la corporación mantuvo su inversión en ellas,. se presentó la violación del Decreto 2041 de 1987, porque admitir como lo pretende la actora, cambiar el objeto social principal para desarrollar, como en este caso, actividades de Leasing o Factoríng aduciendo que parte del objeto social secundario de una sociedad agropecuaria, llevaría a que se desnaturalizara la esencia misma de la Banca de Fomento, que al momento de la ocurrencia de los hechos sancionados fue orientada precisamente en nuestro país para

incentivar el sector primario de la economía. Cita en apoyo el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del 4 de marzo de 1989, Exp.189.

Con relación al cuestionamiento que hace la actora, sobre la circunstancia de que las sociedades receptoras de la inversión se hayan apartado de su objeto social, un hecho de tercero que no le es imputable a la Corporación, expone que ésta al invertir en dichas sociedades tenían la obligación legal de vigilar que esos recursos colocados, efectivamente fomentaron la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de las empresas a las que se refiere el artículo 1 del decreto 2041 de 1987, y que no puede asegurar la Corporación que se trata de un hecho de un tercero ajeno completamente a la Corporación,cuando en la primera parte de la sustentación del recurso, su apoderado acepta que conocía el cambio de las actividades de las compañías y pretende justificarlas.

Aclara que de todas maneras a la Corporación no se le sancionó por el cambio de objeto social de las receptoras, sino por su falta de diligencia al no retirar la inversión para destinarla a empresas que si se ajustaran a la exigencia de la norma, pues su calidad de socia le permitía enterarse de los negocios de las sociedades beneficiarias de la inversión a través del examen de los libros de contabilidad, y al ejercer los derechos como inversionista; que resulta absurdo pretender que para poder cumplir la Corporación con las normas mencionadas tuviera que contar con el poder decisorio de las receptoras de la inversión, pues de una parte éstas ya se encontraban en causal de disolución, por cuanto estaban, según afirma el libelista, imposibilitadas para desarrollar su objeto social y de otra, tenía otros mecanismos para retirar su inversión, como era la negociación de sus cuotas partes de interés social.

Contradice los argumentos de violación del artículo 5o del Código Penal, pues éste se refiere a las conductas delictivas reguladas por dicha ordenamiento, cuya aplicación restrictiva, no pueda extenderse a otros campos del derecho.

Para efectos de oponerse al argumento sobre la improcedencia de la responsabilidad objetiva, expresa que el asunto ya está dilucidado por el Consejo de Estado en repetida jurisprudencia y cita unos apartes que considera del caso.

Pide se confirme la sentencia.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la época en que sucedieron los hechos que forman parte de la causa que se examina, las corporaciones financieras, estaban reguladas por el decreto 2041 de 1987 (octubre 27) el cual fue materia de explicaciones detalladas por parte del superintendente bancario consignadas en la Circular externa 047 del mismo año expedida, según reza su encabezamiento "...con ocasión de la expedición del nuevo régimen normativo de las corporaciones financieras ...". El artículo 1o del citado decreto concretó los objetivos de las corporaciones en estos términos

> "ARTICULO 1o. Las corporaciones financieras son establecimientos de crédito e inversión organizados conforme a las normas del presente decreto y cuyo objeto fundamental es la movilización de recursos y estaciones de capitales para promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas manufactureras, agropecuarias, agroindustriales, mineras, hoteleras y parques industriales; para participar en el capital de ellas y promover la participación de terceros en tales empresas, como también otorgarles financiación a mediano y largo plazo y prestarles servicios financieros especializados que contribuyen al desarrollo de empresas productivas".

Los artículos del mencionado estatuto que se relacionan con el problema planteado en este proceso no implican ninguna dificultad interpretativa, como son el artículo 2o que consagra una serie de "nociones, los artículos 14 y 15 que regulan las inversiones de capital que deben mantener, el artículo 18 sobre la sanción por incumplimiento en sus obligaciones de inversiones, complementado con el artículo 20 sobre sanciones por otras infracciones con remisión al decreto 2920 de 1982. No obstante la claridad de tales normas la circular externa 47 amplió en explicaciones detalladas el significado de las normas contenidas en el nuevo estatuto. Así por ejemplo, para precisar el concepto de financiables a que se refiere el artículo 1o. del decreto 2041 dijo haber acogido la clasificación industrial internacional uniforme CIIU relativa a las distintas "actividades" económicas y aclaró: "Para los efectos de esta circular se entenderá por empresa todaactividad económica organizada para la producción, transformación o prestación de servicios en los campos a que se hace referencia en el punto 1 (OBJETIVOS) del presente instructivo, mas no el propio sujeto (EMPRESARIO)". Claramente se observa que hace una incorporación del concepto de "empresa" que consagra el artículos 25 del Código de Comercio y resalta el objeto o actividad, no tanto el empresario o sujeto.

Al relacionar las empresas agropecuarias, expresamente dispuso que "debe excluirse el alquiler de maquinaria para labores agrícolas, que no encaja dentro de las actividades financiable" y en el Capítulo 8.1.7. al tratar de las sanciones dijo que sin perjuicio de las sanciones consagradas en el Decreto 2920, las que presentaran defectos en las inversiones de capital de que trata el artículo 14, lncurrirán en la sanción prevista en las normas sustantivas.

Por otra parte, expuso la superintendencia que en consideración a "su especialización funcional, las corporaciones deben adelantar las gestiones y ejercer los controles adecuados para que se logren las finalidades y objetivos para las cuales fueron autorizadas ..." y para tal efecto preceptuó que debían realizar las diligencias necesarias para realizar las operaciones de inversión o de crédito y además ".... que se ejerza un control permanente sobre la empresa beneficiaria del crédito o receptora de la inversión, en relación con su situación financiera, su capacidad de pago, estado de garantías ofrecidas, realización de la actividad, etc, según se trate". (Subraya la sala).

Comparados los hechos que motivaron la sanción con el marco legal anteriormente resumido no puede afirmarse que se estaba dando cumplimiento al artículo 1 del Decreto 2041 de 1987, cuando las entidades receptoras de la inversión no realizaban las actividades señaladas en su objeto social principal sino se dedicaban al ejercicio de operaciones distintas como las de Leasing y Factoring. Aún en el evento de que estas tuvieran alguna relación con dicha actividad, por expresa excepción de la Circular Externa 047 no podía beneficiarse con la inversión. Tampoco la actividad de urbanización de terrenos, a la cual se dedicaba la receptora I.C. PREFABRICADOS S.A., correspondía al tipo de actividades financiables por las corporaciones financieras, de acuerdo con el artículo 1o del decreto 2041 de 1987 citado.

Además, a juicio de la Sala sí existió falta de diligencia por parte de la Corporación Financiera al no ejercer la vigilancia y control debido sobre su inversión y a los cuales estaba obligada con anterioridad al desembolso de las sumas invertidas o prestadas y posteriormente, para cerciorarse de las condiciones ofrecidas generalmente por la receptora, según lo expresado en la Circular 47.

Con base en estos parámetros realiza la Sala los cargos de violación del ordenamiento superior invocados en la demanda; a saber:

1) Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional

Exigía este canon constitucional, que previamente a la imposición de una sanción existiera una norma que tipificara la conducta irregular y que en su

imposición fuera adoptada con el procedimiento previamente establecido por el ordenamiento legal.

En el caso que se resuelve, como claramente se consignó anteriormente, el artículo 22 del decreto 2920 de 1982, y los artículos 14 y concordantes del decreto 2041 de 1987 tipificaron la obligación y describieron las sanciones a las cuales estaban sujetos los infractores. Está demostrado además, que para su imposición se pidieran a la corporación financiera las explicaciones previas exigidas en las disposiciones citadas.

No puede admitirse bajo ningún punto de vista el cuestionamiento del apelante en el sentido de que todas las sanciones deben ser establecidas únicamente por la ley expedida por el Congreso, porque precisa mente en vigencia del artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional de 1886, la Carta Política al consignar la intervención del estado en el sector financiero, a través de su órgano administrativo, lo autorizó para regular ciertas materias del sector, con fuerza de ley, mediante los llamados reglamentos autónomos o decretos constitucionales, pues su legitimidad derivaba directamente de la Constitución. Precisamente a este tipo de decretos pertenece el Decreto 2041 de 1987, ley en sentido material de obligatorio cumplimiento mientras no fuera retirada del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto sí el acto administrativo sancionatorio se expidió con base en las normas que regulaban la conducta infractora, la sanción procedente, y el procedimiento para aplicarla, no puede predicarse que transgredir el artículo 26 de la Constitución Nacional. Por el contrario, se observa que la actuación oficial impugnada se ajustó a los principios del artículo 26 de la Constitución de 1886 invocados por el demandante.

2) Violación de los artículos 99 y 110 del Código de Comercio

No prosperan tampoco los cargos de violación de los artículos 99 y 110 ordinal 4o del Código de Comercio, porque lo concerniente a la capacidad de las personas jurídicas en nada riñe con la exigencia de diligencia de las corporaciones financieras en el cuidado y vigilancia que deben ejercer sobre su funcionamiento a través de inversión en las entidades en las que ha colocado parte de sus recursos de capital, a fin de que los objetivos de financiamiento para el desarrollo de las actividades que se pretende con la inversión se cumplan como lo exige la ley, mediante el desarrollo de la "empresa" entendida como lo expuso la circular 47.

No se incurre en violación del artículo 110 del Código de Comercio, porque no puede confundirse el desarrollo del objeto principal con el objeto secundario,

ni tomar el segundo por el primero, pues el ejercicio de actividades secundarías tiene su justificación únicamente en el hecho de que coadyuven al desarrollo de su objeto social principal, pero en manera alguna para desplazarlo o evitar la disolución de la sociedad ante la imposibilidad de su cumplimiento, y menos aún puede admitirse que con tales prácticas se enerven los efectos de la política monetaria y crediticia cuando esta persigue el desarrollo de determinadas actividades.

3) Violación de los Artículos 1425 y 1602 del Código Civil

Así mismo en ningún momento los actos acusados han desconocido los artículos 1425 y 1602 del Código Civil relativos a la obligatoriedad de los contratos. Sólo han exigido a la Corporación Financiera dar cumplimiento al objetivo y obligaciones a ella impuestos por las normas superiores de orden público que regulan la actividad financiera. Por la misma razón no incurren en violación del Artículo 1o del Decreto 2041 de 1987, porque no se sanciona a la corporación financiera por la circunstancia de que las sociedades receptoras de la inversión se hayan apartado del objeto social, sino por haber faltado ella a la diligencia debida al no seguir el curso de sus actividades a fin de no transgredir el artículo mencionado permitiendo con sus recursos el financiamiento de actividades ajenas a las previstas para tal efecto en el ordenamiento jurídico.

No son admisibles como excusa de tal irregularidad, las razones de conveniencia argüidas por la actora para justificar que se haya mantenido la inversión para fomentar actividades distintas, porque la ley fue la que indicó previamente cuales eran las actividades "convenientes", como tampoco la alegada fuerza mayor o caso fortuito, al amparo del artículo 1o. de la ley 95 de 1890, porque los hechos configurativos de los mismos no están alegados ni probados en el proceso, ni esta demostrada la conducta diligente desarrollada por la corporación financiera tendiente a evitar la desviación de los recursos en el financiamiento de actividades no financiables por esta clase de corporaciones.

4) Violación de los Artículos 1° a 5° del Código Penal

No prospera tampoco el cargo de violación de los artículos 1° a 5° del Código Penal porque como claramente lo ha precisado la Sala reiteradamente el derecho administrativo sancionatorío, tiene finalidades propias, las cuales como en caso *sub-líte*, están referidas a la preservación y seguridad del orden público económico y a la protección de los intereses patrimoniales de quienes

de buena fe confían parte de sus bienes a entidades facultades para captar ahorro del público; además por la naturaleza de las infractoras, las sanciones son patrimoniales. Razón por la cual resultan ajenos a este trámite los presupuestos necesarios para definir el grado de culpabilidad personal según el derecho penal, como el dolo, la culpa o la preterintención.

También esta corporación ha dicho que el cumplimiento de las políticas del estado, demanda de los encargados de su gestión y control su pronto cumplimiento en condiciones objetivas y al margen de elementos subjetivos imposibles de establecer en situaciones como la descrita en este proceso, en que la actividad financiera solo puede ser desplegada por personas jurídicas.

Finalmente la Sala expresa su coincidencia con los razonamientos efectuados por el *a-quo* sobre este tema y se remite a la jurisprudencia allí citada.

No prosperando ninguno de los cargos formulados, la sentencia apelada debe ser confirmada.

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 13 de agosto de 1992 en el juicio No. 704.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario .

COBRO COACTIVO / EXCEPCIONES / JURISDICCION CONTECIOSA / COMPETENCIA FUNCIONAL.

Sea que se hubieren interpuesto excepciones o no, la decisión, de llevar adelante la ejecución y el remate de los bienes constituye un acto definitivo proferido en un procedimiento administrativo y como tal es objeto de control judicial por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo establecido por el art. 83 del C.C.A.. Por lo tanto no se comparte el planteamiento de la administración en el sentido de que según el artículo 835 del Estado Tributario, solo son demandables ante la jurisdicción contecioso administrativa, las resoluciones que fallan excepciones, excluyendo las que solamente ordenan llevar adelante la ejecución, toda vez, que la norma que a ellas se refiere el artículo 836 *ib.* es a los recursos propios de la vía gubernativa pero no a las acciones ante lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 4595. Apelación auto de 23 de octubre 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 y complementarios por los años gravables 1986, 1987, 1988 y 1989. Actor: JOSE GIUSSEPPE CARINI FERRARI. Auto.

Decide la Sala el recursor de apelación interpuesto mediante apoderado por el señor JOSE GIUSSEPPE CARINI FERRARI, el actor, contra el auto

de 23 de octubre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se resolvió rechazar la demanda instaurada contra el acto de notificación del mandamiento de pago No. 920571 de 16 de marzo de 1992 y contra la resolución No. 921898 de 5 de agosto de 1992 que negó la petición de nulidad del acto de notificación del mandamiento de pago y ordenó llevar adelante la ejecución contra el ejecutado, proferido por la división de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

La administración de Impuestos Nacionales de Cundinamarca, profirió el 16 de marzo de 1992, mandamientos de pago ejecutivo contra el señor José Giusseppe Carini Ferrari, por la suma de $1.976.000 por concepto de impuesto sobre la renta, sirviendo como título ejecutivo las liquidaciones privadas números 01082020013359, 04085010037296, 0318601000783 y 005105, correspondientes a los períodos gravables 1986, 1987, 1988 y 1989.

Mediante escrito presentado el 15 de julio de 1992, el actor propuso ente el ejecutor N° 11 de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Cundinamarca la nulidad del acto de notificación del mandamiento de pago y del mandamiento mismo "...por no tener soportes en títulos debidamente legalizados" (fl.16), y haberse realizado tal notificación por funcionario incompetente.

La administración a través de la resolución N° 921898 de 5 de agosto de 1992, resolvió negar la petición de nulidad y continuar la ejecución contra el actor.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que declarara la nulidad del acto de notificación del mandamiento de pago N° 920571 de 16 de marzo de 1992 y del mandamiento mismo, así como de la resolución N° 921898 de 5 de agosto de 1992, y que como consecuencia de lo anterior, se declarara sin efectos jurídicos los procedimientos adelantados para hacer efectivo el cobro.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la providencia del 23 de octubre de 1992, resolvió rechazar de plano la demanda por incompetencia de la jurisdicción contenciosa, con fundamento en el artículo 835 del Estatuto Tributario, ya que de conformidad con tal disposición, "la jurisdicción de lo contencioso administrativa (sic) sólo es competente para conocer de las demandas interpuestas contra las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución (...) al haber demandado el actor los actos administrativos proferidos dentro de esta clase de procesos, por medio de los

cuales se notifica el mandamiento de pago y se resuelve una nulidad, la Sala considera que está (sic) jurisdicción no es competente ...(fl. 23).

LA APELACION

El apoderado del actor, interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto anterior y lo sustentó argumentando lo siguiente:

El Tribunal, al proferir la providencia apelada desconoció lo establecido en el artículo 82 del C. C. A. ya que tal disposición no distingue "sobre qué actos administrativos quedan exceptuados, cuáles quedan por fuera de la competencia contencioso administrativa ... (fl.31).

El *a-quo*, vulneró los artículos 116 de la Constitución Nacional, ya que no cumplió con su función de administrar justicia al no ejercer el control jurisdiccional sobre los actos administrativos demandados, y 229 *ib.*, porque el auto apelado impidió que se cumpliera la garantía de toda persona de acceder a la administración de justicia.

El artículo 835 del Estatuto Tributario no puede ser la causa para rechazar de plano la demanda, argumentando que el acto acusado no haya sido el resultado de excepciones o de una resolución que ordena seguir adelante la ejecución.

Por otra parte, en la vía gubernativa se impugnó la competencia funcional para notificar el mandamiento de pago, razón por la cual "... no puede haber proceso ejecutivo, no hay demanda ejecutiva y entonces no puede hablarse de excepciones y mucho menos de resolución que ordene seguir adelante la ejecución, pues ni el propio mandamiento de pago ha asegurado su propia existencia legal" (fl. 33).

La causal de nulidad invocada por el actor contra el mandamiento de pago no se ubicó dentro de ninguno de los numerales del articulo 831 del Estatuto Tributario, sino en el artículo 140 del C. P. de C., que es no saneable y puede alegarse en cualquiera de las instancias, ya que tal mandamiento fué notificado por funcionario incompetente,

OPOSICION AL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la administración, se opuso a la prosperidad del recurso de apelación, argumentando con fundamento en las providencias del Consejo de Estado de 8 de marzo de 1991, expediente 3072, Consejero Ponente Dr. Carmelo Martínez Conn; y de 22 de julio de 1991, expediente 3689, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate que la intervención de la jurisdicción

contenciosa se limita al control de la resolución que resuelve las excepciones, ya que los incidentes de nulidad a las apelaciones que en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva adelante la administración, se deciden por las autoridades administrativas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El cobro coactivo y su respectivo procedimiento fue reglamentado en varios artículos del Decreto 2503 de 1987, incorporado ya en el Estatuto Tributario, en su Título VIII, artículo 823 y siguientes, como un procedimiento de **carácter administrativo.**

De conformidad con lo anterior, el título ejecutivo se cuestiona en la vía gubernativa y el mandamiento de pago puede ser enervado a través de las excepciones consagradas en el artículo 831 del Estatuto Tributario.

El trámite de las excepciones se realiza de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 830 y siguientes del Estatuto Tributario y culmina con una resolución que falla las excepciones y ordena llevar adelante la ejecución (artículo 835 *ib.*); si no se presentaron excepciones o el deudor no hubiere pagado, dicha resolución ordena llevar adelante la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados (artículos 836 *ib.*).

En cualquiera de los anteriores eventos, sea que se hubieren interpuesto excepciones o no, la citada decisión constituye un acto definitivo proferido en un procedimiento administrativo y como tal es objeto del control judicial por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo establecido por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

La Sala no comparte el planteamiento de la administración en el sentido de que según el artículo 835 del Estatuto Tributario, solo son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, las resoluciones que fallan excepciones, excluyendo las que solamente ordenan llevar adelante la ejecución, toda vez, que la norma que a ellas se refiera, el artículo 836 *ibídem*, cuando establece que contra la citada resolución no procede ningún recurso, se refiere es a los recursos propios de la vía gubernativa, pero no a las acciones ante lo contencioso administrativo.

Así las cosas, no existiendo norma expresa que disponga la no procedibilidad del control judicial respecto de dicha resolución, a juicio de la Sala deben aplicarse las normas de carácter general que regulan el control judicial de la administración y concretamente el artículo 83 del Código

Contencioso Administrativo, de conformidad con el cual los actos administrativos, sin excepción, son objeto del control judicial.

En este sentido se pronunció la sala, en la providencia de 4 de marzo de 1993, expediente 4406, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Héctor Perdomo Gutiérrez.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, deberá revocarse el auto apelado y devolverse al Tribunal de origen para que se resuelva sobre la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo.

RESUELVE :

Revócase el auto apelado.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que resuelva sobre la admisión de la demanda.

Se reconoce al doctor WILLIAM RIBERO VALDERRAMA como apoderado de la entidad demandada, en los términos del memorial anexo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Con la expedición de la ley 14 de 1983 se operó un cambio fundamental en el impuesto de industria y comercio, toda vez que el gravámen no se hizo depender de la existencia de un establecimiento comercial, como era antes, sino de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios dentro del territorio de un municipio. Trazó así la ley marco legal del impuesto de industria y comercio pero omitió señalar normas con relación al lugar en donde debía entenderse realizado el ingreso por el contribuyente. Tampoco facultan las leyes a un municipio para imponer gravamen de industria y comercio a los ingresos no obtenidos en su territorio, por la circunstancia de que la actora no haya declarado ni pagado en tales entidades territoriales el impuesto.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Efectos

Las sentencias de nulidad producen efectos *ex-tunc* ("desde entonces") esto es desde el momento en que se expidió el acto anulado y como consecuencia las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisición tomada en esta última. Se diferencia así de las sentencias de inexequibilidad, las cuales, producen efectos hacia el futuro, esto es *"exnunc"*, desde el momento de su pronunciamiento, asimilándose por tanto a los que produce la derogatoria de una norma. Así mismo cabe recordar que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no hace

pronunciamientos de inexequibilidad sino le corresponde la guarda de la Constitución frente a los actos administrativos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4640 Actor: DISTRIBUCIONES S.A. DISA S.A. Nit 890.302.758-1 Apelación de la sentencia del 6 de noviembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Industria y Comercio 1987.

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demanda contra la sentencia del 6 de noviembre 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 DISTRIBUCIONES S.A. DISA S.A. Nit 890.302.758-1, contra el acto administrativo mediante el cual el Distrito Especial de Bogotá le determinó el impuesto de industria y comercio para el año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó la declaración tributaria del impuesto de industria y comercio el día 7 de abril de 1987 bajo el número de radicación 052220 en el municipio de Bogotá y señaló como actividad realizada la de venta de productos alimenticios. Denunció ingresos brutos obtenidos en 1986 por $1.523.834.466, en el código de actividad 201, sobre los cuales liquidó impuesto por valor de $1.581.216 anual, excluyendo previamente el valor de $697.055.674, por ingresos percibidos en otros municipios y deducciones de $36.172.765 por concepto de venta de activos fijos y devolución de mercancías.

La Dirección Distrital de Impuestos, mediante requerimiento #1139 de 16 de noviembre de 1988 exigió a la sociedad contribuyente la comprobación, mediante libros de contabilidad, de los ingresos totales, de las deducciones a la base gravable con documentos idóneos, y probar según parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 la disminución de la base gravable.

Requerimiento al cual dió respuesta la sociedad el 23 de noviembre de 1988, discriminando los ingresos totales, las deducciones solicitadas y los

ingresos por ventas en municipios diferentes a Bogotá, con prueba contable exponiendo que no disminuía la base gravable en Bogotá, sino que había efectuado su determinación conforme con el artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983.

El 29 de febrero de 1989 la Dirección Distrital de Impuestos practicó la liquidación oficial # 11301 en la que varió las bases gravables denunciadas por la contribuyente, gravó de los ingresos devengados fuera de Bogotá, la suma de $447.640.913, rechazo deducciones por $49.822, e impuso sanción por inexactitud de $2.866.140, por no haber demostrado los hechos con la prueba específica exigida por los artículos 15 y 20 parágrafo 1° del Acuerdo 21 de 1983.

Contra dicha liquidación, la sociedad interpuso recurso de reposición el 14 de marzo de 1989 el que fué fallado mediante Resolución 550 de 9 de junio de 1989, que modificó la liquidación recurrida para excluir parcialmente los ingresos obtenidos en otros municipios.

Surtido el recurso de apelación, la Junta Distrital de Hacienda mediante la Resolución 275 de octubre 24 de 1989, confirmó la providencia apelada en cuanto gravaba, los ingresos por actividades desarrolladas en los otros municipios por no haberles probado idóneamente según lo exigía el acuerdo municipal y revocó la determinación del valor correspondiente al parágrafo transitorio, en atención a la suspensión ordenada por el Consejo de Estado en auto del 21 de agosto de 1987.

LA DEMANDA

En desacuerdo con la decisión administrativa la sociedad contribuyente acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusando al acto administrativo de violar los artículos 32 de la Ley 14 de 1983, 1° inciso 1° del Decreto 3073 (sic) de 1983 y 1° de la Ley 145 de 1960.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que prosperaban los cargos de violación de los artículos 32 de la ley 14 de 1983 y 1° inciso 1° del decreto 3070 de 1983, al exigir el Distrito Especial, que si no se demostraba haber cumplido la obligación relacionada con el impuesto de industria y comercio en otros municipios, de conformidad con el acuerdo, entonces por defecto debía tributar en Bogotá transgrediendo así la territorialidad del tributo circunscrita a la jurisdicción

del respectivo municipio. Adujo además la declaratoria de nulidad del parágrafo 1° del artículo 20 del acuerdo 21 de 1983 hecha mediante sentencia del Consejo de Estado de abril 30 de 1992, expediente 3746.

LA APELACION

La apoderada judicial de la demandada estima improcedente el reconocimiento hecho por el Tribunal, de las ventas efectuadas en otros municipios con base en los libros de contabilidad, prueba que no se ajusta a los dispuesto en el artículo 20 parágrafo 1° del Acuerdo 21 de 1983, que si bien fué anulado era aplicable para el año de 1986-vigencia 1987 y produjo plenos efectos, y no permite su inaplicabilidad en el caso *sub-examine*, toda vez que los fallos de nulidad solo tienen efectos hacia el futuro. Reitera los planteamientos formulados en la contestación de la demanda y solicita se revoque la sentencia y se denieguen las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) Con relación a la territoriedad del impuesto de industria y comercio.

Conviene precisar que desde el año 1983 con la expedición de la Ley 14 de 1983 se operó un cambio fundamental en este impuesto, toda vez que el gravámen no se hizo depender de la existencia de un establecimiento comercial, como era antes, sino de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios dentro del territorio de un municipio. Trazó así la ley el marco legal del impuesto de industria y comercio pero omitió señalar normas con la relación al lugar en donde debía entenderse realizado el ingreso por el contribuyente, especialmente cuando los sujetos pasivos desarrollan actividades en varios municipios.

Fue entonces necesario que el Gobierno Nacional a través de la potestad reglamentaria precisara lo relativo a la situación de estos contribuyentes que desarrollan actividades gravadas en varios municipios.

Con el fin de determinar la potestad tributaria y la base gravable en cada uno de ellos, dispuso en el Decreto 3070 de 1983 art. 1° inciso 1°:

> "Los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipios, a través de sucursales o agencias, constituídas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volúmen de los

ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable."

En consecuencia, fue la misma ley la que designó la contabilidad del contribuyente como principal medio que permitía determinar el *quantum* de la base en cada municipio, sin que pueda ninguno de ellos sujetar al impuesto hechos generadores ocurridos fuera de su territorio, menos aún, cuando al desarrollar la actividad del objeto social principal previsto en los estatutos, la contribuyente cumpla su actividad en todo el territorio nacional.

Tampoco facultan las leyes a un municipio para imponer gravámen de industria y comercio a los ingresos no obtenidos en su territorio, por la circunstancia de que la actora no haya declarado ni pagado en tales entidades territoriales el impuesto; porque del hecho de que estos se abstengan de ejercer su facultad de imposición, no puede colegirse que se autoriza prorrogar la jurisdicción de otros municipios fuera de su territorio, como repetidamente lo ha señalado la Sala.

En consecuencia la determinación del *a-quo* de aceptar la contabilidad de la actora como prueba de los ingresos obtenidos en municipios diferentes de Bogotá, se ajusta al ordenamiento superior contenido en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y en el artículo 1° inciso 1° del Decreto reglamentario 3070 de 1992 violados por el acto administrativo acusado.

2) Efectos de la declaración de nulídad.

Respecto de los efectos de las sentencias de nulidad la Sala ha sido reiterativa al exponer que ellos producen efectos *ex-tunc* ("desde entonces"), esto es desde el momento en que se expidió el acto anulado y como consecuencia las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última.

Se diferencia así de las sentencias de inexequibilidad, las cuales, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, producen efectos hacia el futuro, esto es "*ex nunc*", desde el momento de su pronunciamiento, asimilándose por tanto a los que produce la derogatoria de una norma.

La sentencia pronunciada por el Consejo de Estado el 30 de abril de 1992 en el proceso 3746 a la que alude el *a-quo*, no es de inexequibilidad como erradamente lo considera el apoderado judicial de la demandada, toda vez que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no hace ese tipo de pronunciamiento

y si bien también le corresponde la guarda de la integridad de la constitución frente a los actos administrativos, esa defensa la hace con ocasión, de las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo, dentro de los cuales no existe ninguna que culmine con una declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad, pues esta compete a la Corte Constitucional conforme con lo dispuesto en el artículo 241 de la Constitución Nacional vigente y respecto de los actos jurídicos allí descritos.

En consecuencia la sentencia del 30 de abril de 1992, proferida en el juicio 3746 que declaró la nulidad del parágrafo 1° del artículo 20 del acuerdo 21 de 1983 se retrotrae a la fecha de expedición de dicho acto administrativo y afecta por lo tanto la situación configurada pero no consolidada en la fecha en que se pretendió cobrar el impuesto a la sociedad actora, de modo que, es el juzgador a quien corresponde decidir con posterioridad a dicha declaratoria, hacer extensivos los efectos hacia el futuro, considerando inaplicable la disposición anulada antes mencionada, como claramente lo precisa 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:

CONFIRMASE la sentencia proferída el 6 de noviembre de 1992 en el juicio 7576 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado, Secretario.

BIEN EXENTO / DECLARACION TRIBUTARIA - Presentación / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

El pronunciamiento de la Dirección General de Aduanas obtenido únicamente con fines probatorios, no puede exigirse como un requisito previo a la presentación de la declaración donde se solicitó como exento el ingreso por ventas del producto, pues esta es una formalidad que exige la ley como indispensable para dicho reconocimiento, menos aún cuando ni la Administración ni la responsable habían tenido dudas anteriormente sobre su carácter de exento. Si una actuación unilateral de la Administración que dió lugar a la reclasificación del producto, obligó a la demandante a encaminar su actuación a obtener un pronunciamiento oficial para probar su derecho, no puede ahora éste ser desconocido con el argumento de no haberse demostrado la naturaleza del producto en el momento de la presentación de la declaración de ventas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia : Expediente No. 4673 Actora: LUZ MARIA JARAMILLO DE RAMIREZ. Impuesto a las ventas. FALLO.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación contra la sentencia de 27 de noviembre de 1992 mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la señora LUZ MARIA JARAMILLO DE RAMIREZ, contra

los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Cali le determinó el impuesto a las ventas a su cargo por el Quinto Bimestre de 1987.

ANTECEDENTES:

Por medio del auto comisorio número 0133 de 24 de octubre de 1989 la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos de Cali, ordenó una inspección contable a la responsable Luz María Jaramillo de Ramírez, con el fin de establecer el cumplimiento de las normas fiscales en materia de libros de contabilidad y los valores que para efectos de impuesto a las ventas debió declarar en el Quinto Bimestre de 1987. Como resultado de la anterior inspección, surgió el requerimiento No. 003-20 de 27 de febrero de 1990 en el cual se propuso una reclasificación del producto vendido por la actora, que al considerarlo como un medicamento lo solicitó como exento en su declaración tributaria. Para la Administración, se trata de un producto de tocador, con un impuesto a las ventas del 35%. Igualmente se propuso el rechazo de impuestos descontables solicitados por la responsable como costos y gastos de producción y administración de ventas por valor de $369.658.oo.

Al no encontrar satisfactorias las explicaciones dadas por la responsable con motivo de la respuesta al requirimiento especial, la División de Liquidación de la Administración de Cali, estableció oficialmente el impuesto a las ventas del Quinto Bimestre de 1987, por medio de la liquidación de revisión No. 4129 de 26 de noviembre de 1990 en la cual se liquidó un mayor valor de impuesto a las ventas de $2.768.609.oo una sanción por inexactitud de $4.429.774.oo y un mayor valor de sanción por corrección de $170.494.

Interpuesto el recurso de reconsideración contra dicha liquidación de revisión la División Jurídica de la Administración de Cali, por medio de la Resolución número 000135 de 12 de diciembre de 1991 negó dicho recurso sosteniendo que la prueba sobre la certificación de la posición arancelaria correspondiente al producto vendido por la responsable y con la cual pretende se considere como exento, fue presentada por fuera del término que dispone el artículo 744 del Estatuto Tributario, pues no se acompañó al memorial del recurso ni se pidió con este.

Agotada así la vía gubernativa, acude la responsable ante la Jurisdicción Contenciosa, solicitando la nulidad de los anteriores actos, por considerarlos violatorios de los artículos 743, 744 y 769 del Estatuto Tributario, del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y de los artículos 1 y 2 del Decreto Reglamentario 1024 de 1982. Alega la demandante que oportuna y suficientemente se demostró ante la Administración, que la característica del

producto por ella vendido, "Crema Piel de Armiño" corresponde a un producto exento según clasificación de la Dirección General de Aduanas y como tal lo solicitó en su declaración de ventas correspondientes. No comparte tampoco los argumentos expuestos para desestimar la prueba presentada en la vía gubernativa.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, apoyado en la comunicación del 14 de julio de 1991 procedente de la División de Arancel de la Dirección General de Aduana, donde se informa el concepto merciológico sobre los componentes de la CREMA PIEL DE ARMIÑO, producto vendido por la responsable, encontró plenamente demostrado que se trata de un medicamento, al cual corresponde la posición arancelaria 30.03.02.99. Conforme a la anterior clasificación y de acuerdo con el artículo 62 del Decreto 3541 de 1983 dicho producto es exento y por tanto procedió a acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACION:

La apoderada judicial de la Nación, apela de la anterior decisión, discrepando de los motivos que le sirvieron de base al Tribunal para acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto la Resolución número 12938 de 14 de septiembre de 1989 expedida por el Ministerio de Salud y la comunicación de la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas, con las cuales se demostró que el producto vendido por la responsable era exento, fue tramitado y obtenido con posterioridad a la presentación de la declaración de ventas, objeto de la posterior fiscalización y liquidación oficial.

Para poder aceptar como exenta las ventas del quinto bimestre de 1987, debieron existir previamente los anteriores pronunciamientos, que así lo declararan.

EL MINISTERIO PUBLICO

En alegato visible a folios 97 a 100 del cuaderno principal, el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado se pronuncia por la confirmación de la sentencia apelada, al considerar que carecen de fundamento las objeciones de la apelante por cuanto el carácter de exentos de los productos discutidos, no obedecen al contenido de las certificaciones que sirvieron de base al Tribunal para su decisión. La Jurisdicción no puede abstenerse de analizar las pruebas presentadas por las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se desprende de los diferentes elementos de juicio que integraron la vía gubernativa, que la actora venía declarando desde bimestres anteriores el ingreso por la venta de su producto CREMA PIEL DE ARMIÑO como exentos del impuesto a las ventas, al considerarlo como un producto de naturaleza medicinal.

Con ocasión de la fiscalización efectuada a la declaración de impuesto a las ventas del quinto bimestre de 1987, la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, resolvió modificar la clasificación que se venía dando al producto, cambiándolo de medicamento a producto de tocador, perdiendo entonces así su carácter de exento para llegar a una tarifa de impuesto a las ventas del 35%. Durante la etapa gubernativa se mantuvo dicha reclasificación.

Como pieza probatoria fundamental en la acción de nulidad intentada contra la anterior actuación, acompañó la actora fotocopia autenticada del oficio número 215 de 14 de junio de 1991 (folio 44 Cuaderno Principal) en el cual la Dirección General de Aduanas, División de Arancel, después de establecer la composición química del producto, lo cataloga como crema medicinal y lo ubica en la posición arancelaria 30.03.02.99. La anterior certificación fué suficiente para que el Tribunal accediera a las súplicas de la demanda.

El único argumento de la apelación instaurada por la entidad demandada, hace relación al hecho de que tanto la clasificación del Ministerio de Salud Pública como la posición fijada por la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas, fueron piezas obtenidas con posterioridad al momento de la presentación de la declaración tributaria del impuesto a las ventas que consideró como exento tal producto. No podía así el Tribunal considerar ahora exento el producto con base en pruebas posteriores a la presentación de la declaración.

La Sala no comparte la anterior interpretación. El reconocimiento del carácter de exento de un determinado producto, no proviene ni del querer de los particulares, ni está supeditado a clasificación previa que de él haga la Dirección General de Aduanas. Las exenciones a los productos son concedidas por el Legislador de una manera general y abstracta, a fin de que aquéllas personas que se consideren dentro de la definición legal, tengan derecho a gozar del beneficio.

Si en la etapa de fiscalización y liquidación oficial del tributo, como ocurrió en el caso que nos ocupa se presentan discrepancias o diversidad de criterios entre la Administración y el que pretende gozar del beneficio fiscal, con relación a la clasificación arancelaria a la que corresponde un determinado producto, es obligación de quien pretende el beneficio, demostrar la veracidad de su

afirmación. Por ello acudió la actora, quien ya tenía una certificación del Ministerio de Salud sobre la naturaleza medicinal de su producto, a la División de Arancel de la Dirección de Aduanas, para que allí se hiciera el reconocimiento definitivo, que dirimiera la controversia con la Administración.

Pero el pronunciamiento de esa autoridad competente, obtenido únicamente con fines probatorios, no puede exigirse como un requisito previo a la presentación de la declaración donde se solicitó como exento el ingreso por ventas del producto, pues ésta es una formalidad que no exige la Ley como indispensable para dicho reconocimiento, menos aún cuando ni la Administración ni la responsable habían tenido dudas anteriormente sobre el carácter de exento de la CREMA PIEL DE ARMIÑO. Si una actuación unilateral de la Administración que dió lugar a la reclasificación del producto, obligó a la demandante a encaminar su actuación a obtener un pronunciamiento oficial para probar su derecho, no puede ahora este ser desconocido, con el argumento de no haberse demostrado la naturaleza del producto en el momento de la presentación de la declaración de ventas, pues tal condicionamiento, como ya se dijo no existe en nuestro ordenamiento legal.

Demostrado entonces que el producto vendido es de naturaleza medicinal y que se encuentra clasificado en el Arancel de Aduanas bajo una nomenclatura correspondiente a bienes excentos, no podía menos la Jurisdicción que reconocer el derecho a la excención, solicitada desde el momento de la presentación de la declaración de ventas del quinto bimestre de 1987. Comparte entonces la Sala la decisión consignada en la sentencia objeto del recurso de alzada.

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 del 27 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

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.

EXP. - 4673

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección*; Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario

SANCION POR EXTEMPORANEIDAD - Improcedencia / DECLARACION DE INGRESOS Y PATRIMONIO.

La ley 49 de 1990 art. 54, se estaba refiriendo a una actuación de la Administración sobre hechos ya cumplidos (declaraciones presentadas con anterioridad a su vigencia) por tales entidades (sin ánimo de lucro). La ley cuando consagró el beneficio no fijó tampoco límites en cuanto a períodos fiscales, simplemente señaló que, si ya hubieren cumplido y no se hubiere liquidado la sanción, la administración se abstendría de hacerlo. Si la ley ordenó que la Administración se abstuviera de aplicar la sanción a declaraciones presentadas extemporáneamente sin liquidar la sanción, como no fijó limitaciones en cuanto el período fiscal, obviamente quedó allí comprendida la declaración extemporánea presentada por la demandante sin liquidarse la sanción correspondiente. Interpretación diferente restringe el alcance de la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Seccion Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente 4694 Autor: FUNDACION CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO. Apelación de la sentencia del 6 de noviembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia de 6 de noviembre 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

FUNDACION CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO, contra la liquidación de corrección mediante la cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá le impuso una sanción por presentación extemporánea de la declaración de ingresos y patrimonio correspondiente a la vigencia de 1987.

ANTECEDENTES:

La actora presentó su declaración tributaria del año de 1987 el 15 de julio de 1988, con posterioridad al plazo concedido por el Gobierno Nacional, para su presentación oportuna.

La División de liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, personas jurídicas por medio de la liquidación Oficial de Corrección Aritmética N°. 000156 de 13 de julio de 1990, le aplicó una sanción por extemporaneidad de $1.773.000 y una sanción por corrección de $532.000 para un total de sanciones a pagar de $2.305.000.

Contra dicha liquidación de corrección. la entidad, recurrió en reconsideración ante la misma Administración, alegando que la liquidación de corrección para aplicar la sanción por extemporaneidad era improcedente, así como el incremento del 30% de la misma liquidado en el acto oficial puesto que no había error aritmético.

El recurso fué fallado por la División de Recursos Tributarios con la Resolución No. 0088 de 4 de abril de 1991, decisión en la cual se confirmó el acto recurrido. Argumento en esa oportunidad la Administración que conforme al artículo 6° del Decreto 88 de 1988, el plazo máximo para la presentación oportuna de la declaración de la actora, vencía el 11 de julio de 1988 y presentado el denuncio el 15 de julio, ya se configuraba la extemporaneidad que se sancionó conforme al artículo 641 del Decreto 624 de 1989. (Estatuto Tributario)

LA DEMANDA:

Acude a la jurisdicción contenciosa la entidad sancionada, argumentando que la liquidación de corrección es nula, por cuanto pretende aplicar una sanción por extemporaneidad y por corrección totalmente improcedentes ya que desconoce lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 54 de la ley 49 de 1990, que dispone que la Administración se abstendrá de aplicar sanciones por extemporaneidad o corrección a las entidades no contribuyentes, obligadas a presentarlas.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda, al considerar que lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 54 de la ley 49 de 1990, no era aplicable a las declaraciones tributarias de ingresos y patrimonio que ya hubieren sido presentadas. sin liquidar las sanciones correspondientes, porque las amnistías tributarias eran de aplicación restringida y por tal circunstancia no podía aplicarse en el *sub-judice* el beneficio invocado por la actora, pues el texto legal hace referencia al futuro, cuando dice que la Administración se abstendrá de aplicar sanciones, si ya se hubieron presentado las declaraciones, pero que en el caso de la actora cuando se expidió la norma ya se le había impuesto la sanción mediante la liquidación de corrección 153 del 13 de julio de 1990.

EL RECURSO DE APELACION:

El apoderado judicial de la Fundación, al apelar la sentencia de primera instancia, considera que el presente caso si se enmarca dentro de la Ley 49 de 1990, y que la tesis expuesta por el Tribunal contraría el más fundamental principio del derecho cual es su generalidad, y que el legislador, dando vigencia a dicho principio previó sabiamente hacer extensiva la amnistía consagrada en la Ley 49 de 1990, a las declaraciones presentadas antes de la vigencia de la misma. y que no puede desconocerse la esencia de la amnistía cual fué la de otorgarla a entidades que en ningún momento persiguen ánimo de lucro, situación que les impide sufragar impuesto y mucho menos pagar sanciones. Afirma que además la sentencia recurrida, guardó silencio sobre el hecho de no haberse requerido a la actora previamente a la imposición de la sanción, más aún cuando no incurrió en error aritmético.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Para el Tercer Delegado del Procurador General de la Nación ante la Jurisdicción, la sentencia apelada debe ser confirmada en su numeral 1° que deniega las pretensiones de la demanda ya que el parágrafo transitorio de la Ley 49 de 1990, no consagra una amnistía para las contravenciones en materia fiscal ocurridas antes de su expedición. Ella se refiere a quienes con posterioridad a su vigencia y dentro del término de tres meses, presentan sus declaraciones extemporáneas y, a quienes "habiendo presentado sus declaraciones dentro de ese término no hayan liquidado en aquellas la discutida sanción".

Estima que el numeral 2° de la sentencia debe revocarse para conocer de la pretensión de nulidad por falta de requerimiento, planteada desde la vía gubernativa, por lo que deben atenderse los nuevos argumentos dirigidos al

mismo fin, denegando la pretensión, por no ser aplicable el artículo 703 del Estatuto Tributario en este caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Derecho a la amnistía.

Para la Sala, el punto que se debate en esta instancia consiste en determinar si a la FUNDACION CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO, le es aplicable el parágrafo transitorio del artículo 54 de la ley 49 de 1990 con respecto a su declaración de ingresos y patrimonio de la vigencia de 1987, presentada extemporáneamente el 15 de julio de 1988.

El artículo mencionado, estableció la sanción a aplicar por incumplimiento de la presentación de las declaraciones de ingresos y patrimonios y su parágrafo transitorio es del siguiente tenor:

> "PARAGRAFO TRANSITORIO: dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de esta ley, las entidades a las que se refiere este artículo, podrán presentar tales declaraciones pendientes o corregir las mismas, sin sanción alguna. La Administración Tributaria se abstendrá de aplicar sanciones si ya hubieran cumplido con presentar dichas declaraciones sin liquidarse las sanciones correspondientes."

Comprende entonces el texto transcrito dos aspectos o situaciones completamente independientes entre sí, pero que tienden a ser confundidas en la interpretación que hace la Administración, como el Agente del Ministerio público.

En su primera parte, la norma transcrita permite que dentro de un plazo de tres meses contados a partir de la vigencia de la Ley 49 de 1990, las entidades obligadas a presentar su declaración de ingresos y patrimonio y no lo hubieren hecho, cumplan con su deber formal o corrijan las ya presentadas, "sin sanción alguna". Se refiere aquí a un actuación que deben cumplir las entidades que hasta la vigencia de la ley, no hubieren cumplido con la presentación de la declaración. En su segunda parte se refiere a la Administración, ordenándole que no aplique sanciones a declaraciones ya presentadas, pues precisamente el término "si ya hubieren cumplido" necesariamente está haciendo referencia a declaraciones presentadas con anterioridad a su vigencia, pues las presentadas dentro del plazo de tres meses, es decir, con posterioridad a su vigencia no tiene sanción.

SECCION CUARTA

Entonces necesariamente la segunda parte del parágrafo transcrito, se estaba refiriendo a una actuación de la Administración sobre hechos ya cumplidos por tales entidades.

La Ley, cuando consagró el beneficio, no fijó tampoco límites en cuanto a períodos fiscales, simplemente señaló que, si ya hubieren cumplido y no se hubiere liquidado la sanción, la Administración se abstendría de hacerlo. Es un principio general del decreto que donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete distinguir y si la ley ordenó que la Administración se abstuviera de aplicar la sanción a declaraciones presentadas extemporáneamente sin liquidar la sanción, como no fijó limitaciones en cuanto al período fiscal, obviamente quedó allí comprendida la declaración extemporánea presentada por la demandante sin liquidarse la sanción correspondiente. Interpretación diferente restringe el alcance de la ley y le fija limitaciones que no contempló.

Las consideraciones anteriores son suficientes para revocar la decisión de primera instancia y anular la actuación administrativa que aplicó una sanción por extemporaneidad y por corrección a la FUNDACION CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO.

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 del 6 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso 8504.

2) En su lugar ANULANSE la liquidación de corrección aritmética N°. 00156 de julio 13 de 1992, y la Resolución 00088 de abril 4 de 1991, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, personas jurídicas.

3) RECONOCESE al doctor Juan Carlos Guerrero Cárdenas, como apoderado de la entidad demandada a términos del poder que obra a folio 83 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SALARIO INTEGRAL / RENTA EXENTA / RETENCION EN LA FUENTE / SUSPENSION PROVISIONAL / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

De la lectura comparativa del acto demandado (D.R. 836/91 art. 26) de la norma superior invocada como violada (C.S.T. art. 132 mod. por Ley 50 de 1990 art. 18), evidentemente se puede establecer su violación manifiesta, toda vez que mientras la ley dispone que en el salario integral, el monto del factor prestacional quedará exento, del pago de retención en la fuente y de impuestos, límite alguno, el decreto reglamentario demandado dispone que el salario integral será exento de impuestos y de retención solamente el 30% de su valor, con lo cual se establece tope máximo para aplicarle la exención tributaria, que no fue previsto por la ley y que por lo tanto no podía ser establecido por el titular de la potestad reglamentaria, ya que al hacerlo rebasa los límites de su competencia y el marco de referencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Radicación No. 4775. Nulidad y suspensión provisional del inciso lo del artículo 26 del Decreto 836 del 26 de marzo de 1991, expedido por el Gobierno Nacional. Auto. Actor: JUAN FERNANDO PETERSSON SAMPER.

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

El Señor Juan Fernando Petersson Samper, en ejercicio de la acción de nulidad solicita se declare la nulidad y se decrete la suspensión provisional del inciso primero del artículo 26 del Decreto 836 del 26 de marzo de 1991.

La demanda reúne los requisitos Formales exigidos por los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y por ello habrá de admitirse.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional, la Sala considera:

El inciso primero del Artículo 26 del Decreto 836 de 1991 demandado dispone:

> "ARTICULO 26. Parte del salario integral no gravado. Para efectos tributarios, cuando de conformidad con el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, el trabajador perciba un salario integral, el 30% del mismo no constituye ingreso gravable para el trabajador y por tanto no se encuentra sometido a retención en la fuente".

Por su parte, el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 18 de la ley 50 de 1990 prescribe:

> "En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. **El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos".**

El peticionario afirma que la norma demandada quebranta de manera "patente, ostensible y abiertamente notoria" el inciso segundo del citado artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo al imponerle a la exención impositiva prevista para el salario integral, un valor máximo del 30% no previsto en la ley como se comprueba de la simple confrontación de las normas y ello implica la violación de los artículos 189 ordinal 11 y 338 de la Constitución Nacional por la alteración del monto de la exención tributario por la vía reglamentaria, cuando ello solo es jurídicamente posible por la vía legal integral será exento de impuestos y de retención solamente el 30% de su valor, con lo cual se establece un tope máximo para aplicarle la exención tributario, que no fue previsto por la ley y que por lo tanto no podía ser establecido por el titular de la potestad reglamentaria, ya que al hacerlo rebasa los límites de su competencia y el marco de referencia que en el caso específico le establece la ley reglamentada.

Por lo anterior, considera la Sala que es procedente la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la norma demandada.

SECCION CUARTA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

1. ADMITESE la demanda.

2.NOTIFIQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público.

3. NOTIFIQUESE personalmente al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a su delegado para recibir notificaciones,

4. FIJESE 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. SOLICITESE al Ministro de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos. Término cinco días.

6. SUSPENDENSE provisionalmente los efectos jurídicos del inciso primero del artículo 26 del Decreto 836 de 1991.

7. Se tiene al Señor Juan Fernando Petersson como parte demandante.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sesión; *Guillermo Chahín Lizcano*

Los consejeros:

Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SALDO A FAVOR / DEVOLUCION - Suspensión / COMPENSACION - Suspensión / SUSPENSION PROVISIONAL

De la simple comparación del acto demandado (D.633/93 art. 3o) con la norma que se cita como violada, surge claramente que las causales previstas en la ley (art. 857-1 Estatuto Tributario) para la suspensión del término establecido para la devolución o compensación de saldos a favor de los contribuyentes, fueron adicionadas por el decreto reglamentario, en cuanto este se consagra la precedencia de la suspensión del término en cuestión como obligación para la administración, en razón de las cuantías de las sumas a devolver o compensar y según el lugar de su tramitación, todo lo cual no fue previsto por el legislador, el cual se limitó a establecer la suspensión del término para devolver de manera taxativa, la devolución o compensación cuando se dieran las situaciones planteadas en el mismo artículo 857-1 del E.T.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Radicación 4827. Nulidad y Suspensión Provisional del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 633 del 1o. de abril de 1993, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: ALEJANDRO PAEZ MURILLO. AUTO.

Consejera Ponente*: Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

El Doctor Alejandro Páez Murillo solicita la declaratoria de nulidad y suspensión provisional del artículo 3o del Decreto Reglamentario # 633 del 1o de abril de 1993.

SECCION CUARTA

Como la demanda reúne los requisitos formales exigidos por los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo se admitirá y en cuanto a la suspensión provisional la Sala considera:

La norma cuya suspensión provisional se solicita es el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 633 de 1993, el cual dice textualmente:

> "**Artículo 3o**: Casos en los cuales debe suspenderse el término de la devolución o compensación. El término de devolución o compensación deberá suspenderse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 857-1 del Estatuto Tributario, en todos aquellos casos en los cuales la solicitud supere los valores establecidos a continuación:
>
> a) Para solicitudes adelantadas ante la Administración Especial de grandes Contribuyentes de Bogotá, cuando la cuantía sea igual o superior a veinticinco (25) veces el valor establecido en el artículo 862 del Estatuto Tributario;
>
> b) Para solicitudes adelantadas ante la Administración Especial de Personas Jurídicas de Bogotá, cuando la cuantía sea igual o superior a veinte (20) veces el valor establecido en el artículo 862 del Estatuto Tributario;
>
> c) Para solicitudes adelantadas ante las Administraciones Locales de Antioquia, Atlántico y Valle, cuando la cuantía sea igual o superior a quince (15) veces el valor establecido en el artículo 862 del Estatuto Tributario;
>
> d) Para solicitudes adelantadas ante las Administraciones Locales de Santander y Risaralda, o ante la Administración Delegada de Palmira, cuando la cuantía sea igual o superior a diez (10) veces el valor establecido en el artículo 862 del Estatuto Tributario;
>
> e) Para solicitudes adelantadas ante las Administraciones Locales de Cundinamarca, Bolívar, Caldas o ante la Administración Delegada de Tuluá, cuando la cuantía sea igual o superior a siete (7) veces la establecida por el artículo 862 del Estatuto Tributario;
>
> f) Para solicitudes presentadas ante las Administraciones Locales de Córdoba, Tolima, Huila, Norte de Santander, Nariño, Cauca, Chocó, Magdalena, Boyacá, Meta, Sucre, Cesar, Guajira, Quindío, San Andrés, Caquetá o ante las Administraciones Delegadas de Girardot, Sogamoso y Barrancabermeja, cuando la cuantía sea igual o superior a cinco (5) veces el valor establecido por el artículo 862 del Estatuto Tributario".

El accionante considera que dicha norma establece un hecho adicional a los señalados taxativamente en el artículo 857-1 del Estatuto Tributario, como aquellos que hacen procedente la suspensión del término de devolución o compensación de saldos a favor de los contribuyentes.

El artículo 857-1 del Estatuto Tributario dispone:

"Investigación previa a la devolución.

"El término para devolver se podrá suspender hasta por un máximo de noventa (90) días, para que la División de Fiscalización adelante la correspondiente investigación, cuando se produzca alguno de los siguientes hechos:

"1. Cuando se verifique que alguna de las retenciones o pagos en exceso denunciados por el solicitante son inexistentes, ya sea porque la retención no fue practicada, o porque el agente retenedor no existe, o porque el pago en exceso que manifiesta haber realizado el contribuyente, distinto de retenciones, no fue recibido por la Administración.

"2. Cuando se verifique que alguno de los impuestos descontables denunciados por el solicitante no cumple los requisitos legales para su aceptación, cuando sean inexistentes, ya sea porque el impuesto no fué liquidado, o porque el proveedor o la operación no existen por ser ficticios.

"3. Cuando a juicio del administrador exista un indicio de inexactitud en la declaración que genera el saldo a favor, o cuando no fuere posible confirmar la identidad, residencia o domicilio del contribuyente.

"Terminada la investigación, si no se produce requerimiento especial, se procederá a la devolución del saldo a favor. Si se produjera requerimiento especial, 5610 procederá la devolución sobre el saldo a favor que se plantee en el mismo, sin que se requiera de una nueva solicitud de devolución por parte del contribuyente. Este mismo tratamiento se aplicará en las demás etapas del proceso de determinación y discusión tanto en la vía gubernativa como jurisdiccional, en cuyo caso bastará con que el contribuyente presente la copia del acto o providencia respectiva. (Ley 49/90, art. 39)".

De la simple comparación del acto demandado con la norma que se cita violada, surge claramente que las causases previstas en la ley (artículo 857-1 Estatuto Tributario) para la suspensión del término establecido para a devolución o compensación de saldos a favor de los contribuyentes, fueron adicionadas por el decreto reglamentario, en cuanto en éste se consagra la procedencia de

la suspensión del término en cuestión, como obligación para la Administración, en razón de las cuantías de las sumas a devolver o compensar y según el lugar de su tramitación, todo lo cual no fué previsto por el legislador, el cual se limitó a establecer, la suspensión del término para devolver de manera taxativa, la devolución o compensación cuando las retenciones o pagos en exceso denunciados por el solicitante fueren inexistentes, cuando alguno de los impuestos descontables denunciados no cumpla con los requisitos legales para su aceptación o fueren inexistentes y cuando a juicio del administrador exista un indicio de inexactitud en la declaración que genera el saldo a favor o no fuere posible confirmar la identidad, residencia o domicilio del contribuyente.

Así las cosas, es claro para la Sala, que el acto impugnado excede la facultad reglamentaria del Presidente de la República al prescribir normas nuevas, adicionales a las contenidas en la ley reglamentada y por ello procede su suspensión provisional, de conformidad con lo previsto en los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

1. Admítese la 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 dias.

6. Suspéndense provisionalmente los efectos jurídicos del artículo 3. del Decreto 633 de 1993.

7. Se tiene al Doctor Alejandro Páez Murillo como parte demandante.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EXP. - 4827

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado, Secretario.

NULIDAD PROCESAL - Improcedencia / IRREGULARIDAD PROCESAL - Convalidación / PRUEBAS / INSPECCION CONTABLE / RECURSO DE REPOSICION

Si bien es cierto el Magistrado Sustanciador al decretar las pruebas solicitadas, omitió decretar la inspección contable solicitada en la demanda, esta irregularidad no encaja en la causal del num. 6° del art. 140 del c. de P.C., pues en ningún momento con ello se impidió el ejercicio del derecho a solicitar pruebas o alegar de conclusión. Es claro que la actora ejercitó su derecho a solicitar las pruebas no configurándose omisión alguna ni de términos ni oportunidades para pedir o practicar las mismas. Frente a dicha irregularidad debió la actora recurrir en reposición, y al no haber hecho uso de este recurso para que se modificara la decisión, el proveído que decretó las pruebas quedó ejecutoriado convalidándose la irregularidad con la aceptación tácita de la actora.

LIBROS DE CONTABILIDAD - Valor Probatorio / PASIVO - Comprobación

Como de la inspección contable se evidenció que los libros de contabilidad no se encontraban llevados en debida forma, puesto que no se registraron correcta ni oportunamente los ingresos y pasivos a 31 de diciembre del año gravable y los mismos fueron desvirtuados por otros medios probatorios, luego en estas condiciones los libros de contabilidad carecen de valor probatorio y por lo mismo no pueden aceptarse para demostrar los pasivos rechazados por falta de comprobación, y tampoco puede aceptarse el argumento esgrimido de que las "aparentes irregularidades en el sistema contable no fueron sancionadas" por cuanto la razón que llevó a la administración a no aplicar la sanción, fue "por

encontrarse vencido el término para imponerla" lo cual no legaliza las irregularidades establecidas.

PASIVO - Rechazo / PRUEBA SUPLETORIA / PRESTAMO A SOCIO / INTERES PRESUNTIVO / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La prueba supletoria aportada para demostrar el pasivo a favor del socio, consistente en la declaración de renta suya en fotocopia autenticada, prueba que a la luz del artículo 771 del Estatuto Tributario suple la prueba contable, si en ella aparecen declaradas las cantidades respectivas (crédito activo) así como sus rendimientos, no puede dársele el valor probatorio señalado por el legislador, por cuanto en ella no se declara rendimiento alguno, razón por la cual no ofrece la certeza requerida para el reconocimiento fiscal del pasivo desestimado.

DOCUMENTO PRIVADO - Valor Probatorio / IMPUESTO DE TIMBRE

Ningún instrumento privado o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido en cuenta como prueba mientras no se pague el impuesto, las sanciones y los intereses, es decir que cancelados éstos no existe fundamento legal para desconocer el valor probatorio de tales documentos. Como la actora canceló el impuesto de timbre correspondiente y si bien lo hizo extemporáneamente, ello no significa que el mismo carezca de idoneidad para demostrar el pasivo, si se tiene en cuenta que dicha formalidad constituye solo un medio coercitivo para obtener el cumplimiento de la obligación fiscal correspondiente, que una vez cumplida desaparece el impedimento para tenerlo como prueba, documento que en caso de estar obligada a llevar contabilidad no requiere la formalidad de fecha cierta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4042. Impuestos (Renta). Fallo. Actor: SOCIEDAD CONSTRUCTORA L.A. LTDA.

SECCION CUARTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Sociedad Constructora L.A. Ltda., Nit: 890-208.405-3, contra la sentencia de fecha noviembre 29 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la sociedad en cita contra la operación administrativa que por el año gravable de 1986 le determinó los impuestos de renta y complementarios a su cargo.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora por el año gravable de 1986, presentó oportunamente su declaración de renta y complementarios, ante la Administración de Impuestos de Bucaramanga, tasando los impuestos a su cargo en la suma de $2.969.763.

Previa inspección a los libros de contabilidad de la sociedad, la administración de impuestos libró el requerimiento especial No. 00035 de fecha 13 de julio de 1989, actuación administrativa que, a su vez, sirvió de base a la liquidación de revisión Nro. 16250 del 21 de marzo de 1990, en la cual determinó la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios como consecuencia del desconocimiento de pasivos por valor total de $22.293.228.oo igualmente en dicha liquidación se reliquidó el anticipo por el año gravable de 1987.

Contra dicha liquidación de revisión, la actora presentó recurso de reconsideración alegando como motivos de inconformidad: 1) nulidad de la liquidación de revisión, 2) falta de aplicación de los artículos 772 y 775 del Estatuto Tributario por prevalencia de los libros de contabilidad sobre las declaraciones, 3) falta de aplicación de los artículos 742, 771 del Estatuto Tributario, 4) incorrecta calificación de las pruebas aportadas, 5) falta de aplicación del artículo 59 de la ley 75 de 1986, 6) incorrecta aplicación del artículo 236 del Estatuto Tributario y, 7) indebida aplicación del artículo 807 del Estatuto Tributario.

Por medio de la resolución No. 000018 del 18 de septiembre de 1990, la División de Recursos Tributarios decidió el recurso incoado desestimando la totalidad de los cargos expuestos, y confirmando como consecuencia del acto administrativo recurrido. Con esta decisión se puso término a la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

En desacuerdo con el proceder plasmado en los actos administrativos antes mencionados, la actora acudió a la Jurisdicción Contenciosa en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que presentó ante el Tribunal

Administrativo de Bucaramanga el día 15 de febrero de 1991, en cuyo *libelo* consideró que se han violado las siguientes disposiciones: El artículo 283 del Estatuto Tributario por el derecho que tiene el contribuyente al reconocimiento de las deudas: los artículos 742, 743, 744 y 745 del Estatuto Tributario en concordancia con los artículos 187 y 175 del P.C., sobre los criterios procesales sobre apreciación de 776, 777 del Estatuto Tributario por omisión ; los artículos 771,770, 769 del Estatuto Tributario; artículo 59 de la ley 75 de 1986 y 806 del Estatuto Tributario por deficiente interpretación e indebida aplicación.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Bucaramanga desestimó íntegramente las súplicas de la demanda encaminadas a obtener la nulidad de los actos administrativos acusados, y el reconocimiento de los pasivos glosados con la consecuente confirmación de la liquidación privada.

En efecto, consideró el *a-quo* que la violación que se predica del artículo 283 del Estatuto Tributario, no se configura porque el proceder de la administración de impuestos esta debidamente sustentado en inspección contable, diligencia en la cual se establecieron irregularidades en su sistema contable y aunque no se aplicó la sanción correspondiente por prescripción de la acción, ello no significa que las inconsistencias detectadas que dieron lugar al desconocimiento de los pasivos hayan quedado también desvirtuadas.

Explica que frente al pasivo rechazado a favor de la sociedad C.D.E. Ltda ., la contabilidad de la actora quedó desvirtuada con el cruce efectuado a la beneficiaria del crédito, evento en el cual, estaba obligada a demostrar mediante plena prueba, que la suma recibida por la sociedad C.D.E. Ltda., correspondiente a otros conceptos.

En cuanto al pasivo a favor del socio Carlos Alberto León Bueno el Tribunal *a-quo*, estima que la declaración de renta de éste, no puede aceptarse como prueba supletoria completa al artículo 771 del Estatuto Tributario, porque, de una parte, el anexo en donde aparece declarado el crédito correspondiente carece de constancia de presentación junto con el denuncio rentístico y, de otra parte, no aparecen declarados los correspondientes rendimientos.

Y, respecto al pasivo declarado a favor del Miguel Angel Acevedo, igualmente considera insuficientes las pruebas aportadas para demostrarlo. La letra de cambio, por carecer de fecha cierta en el año gravable, por cuanto el impuesto de timbre fué cancelado el 30 de marzo de 1987; además, teniendo en cuenta que el presunto acreedor no declara renta y la certificación del mismo

carece de los requisitos establecidos por el artículo 751 del mismo estatuto, pues aparece autenticadas posteriormente al requerimiento y a la liquidación.

LA APELACION:

El apoderado de la sociedad actora, dentro de la oportunidad legal interpone el recurso de apelación, en cuya sustentación manifiesta su inconformidad con la sentencia del Tribunal, advirtiendo primeramente la incursión de errores respecto a las cifras de los pasivos que constituyen el objeto de la *litis*.

Insiste en la violación del artículo 283 del Estatuto tributario. Esta norma en su concepto consagra un régimen diferente para el reconocimiento de deudas, según el contribuyente esté o no obligado a llevar libros de contabilidad, por lo cual en el caso de su representada, obliga a llevar libros de contabilidad, los pasivos deben estar respaldados por documentos idóneos y con el lleno de las formalidades de la contabilidad, de manera que si el rechazo se configuró por ausencia de documentos de fecha cierta, la calificación de las pruebas fué incorrecta por parte de las oficinas de impuesto y también del Tribunal.

Manifiesta que si bien la fuente de las glosas fue la inspección contable, no puede pasarse por alto que "las aparentes irregularidades del sistema contable" expuesta en la correspondiente acta de visita no generaron sanción alguna, según se comprueba el acta de visita no generaron sanción alguna, según se comprueba del auto de archivo Nro.00012 del 20 de diciembre de 1989, razón por la cual la contabilidad prevalece y el artículo 777 del Estatuto Tributario, consagra como suficiente la certificación contable, y tal prueba aparece aportada con la demanda y en adición las demás pruebas confirman la existencia de los pasivos rechazados, así:

La confesión de Carlos Alberto León y los documentos que explican el origen de la operación: escritura pública, cheques, certificaciones bancarias y reproducciones mecánicas de los títulos valores.

La certificación de Miguel Acevedo, y el título valor aportado que "se presume auténtico", y observa, que si para tener valor probatorio hay que pagar el timbre, es erróneo afirmar que el beneficio de la amnistía legalice actuaciones.

En escrito separado de la misma fecha, el apoderado de la actora manifiesta que formula incidente de la nulidad de la parte del proceso para lo cual invoca la causal prevista en el numeral 6o del artículo 140 del código de procedimiento civil, por cuanto el Tribunal sin culpa de la parte actora, omitió

decretar la inspección contable solicitada en la demanda en la parte correspondiente a pruebas.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Dirección de Impuestos Nacionales mediante apoderado especial, se opone a las pretensiones de apelante, y luego de analizar las normas relacionadas con el reconocimiento de los pasivos, los artículos 13 y 14 del decreto 3803 de 1982, (hoy, 770 y 771 del E.T.), manifiesta que los libros de contabilidad constituyen plena prueba siempre que se lleven en debida forma, valor probatorio que en el caso de la actora quedó desvirtuado con la inspección contable, motivo por la cual la certificación contable aportada no tiene ningún valor probatorio, evento en el cual, la sociedad estaba obligada a demostrar que las cantidades respectivas habían sido declaradas oportunamente por sus beneficiarios, al igual que los correspondientes rendimientos. Por ello, considera que la declaración de la rente del socio Carlos Alberto León Bueno, en cuyo renglón 3, se incluyeron créditos por valor de $ 28.266.681, no puede aceptarse porque en ella, no aparecen declarados los correspondientes rendimientos. Agrega, que el pasivo a favor de Miguel Acevedo, tampoco debe reconocerse por cuanto el impuesto de timbre solo fue cancelado el 30 de marzo de 1987.

Con lo anteriores argumentos, solicita a la Corporación se denieguen las pretensiones del apelante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Debe en primer lugar resolver la Sala, sobre la solicitud de la nulidad formulada por el apoderado de la sociedad actora, fundamentada en la causal prevista por el numeral 6o del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que a su letra dice:

> "Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión".

En concepto del apelante se configura esta causal, porque el Tribunal omitió decretar la practica de la inspección contable solicita en la demanda.

Observa la sala, que a folio 111 del cuaderno principal, aparece el auto de fecha mayo 3 de 1991, por medio del cual el Magistrado Sustanciador decretó las pruebas solicitadas en la demanda, y si bien es cierto, que éste omitió decretar la inspección contable solicitada en el numeral 2o del título " petición de pruebas" de la demanda, esta irregularidad no encaja en la causal alegada, pues en ningún momento con ello se impidió el ejercicio del derecho a solicitar pruebas o alegar

de conclusión. Es claro que la actora ejércitó su derecho a solicitar las pruebas no configurándose omisión alguna ni de términos ni oportunidades para pedir o practicar las mismas.

Frente a dicha irregularidad debió la actora recurrir en reposición, conforme a lo dispuesto por el artículo 180 del Código Contencioso Administrativo, y al no haber uso de este recurso para que se modificara la decisión, el proveído que decreto las pruebas quedó ejecutoriado convalidándose la irregularidad con la aceptación tácita de la actora, por manera que, la inconformidad al respecto no esta llamada a prosperar.

Resulta igualmente improcedente, la solicitud que formula el apelante para que esta corporación decrete la inspección contable solicitada en la demanda, toda vez que como se observó antes, dicha prueba no fue decretada por el Magistrado Sustanciador, decisión que quedó en firme sin objeción alguna por parte de la actora, de esta manera y como la mencionado prueba no fue decretada en la primera instancia no encaja en la hipótesis prevista en el numeral 1o. del artículo 214 del Decreto 01 de 1984, que se refiere a "pruebas decretadas en la primera instancia" que se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.

En consecuencia procede la Sala a examinar la inconformidad del apelante con la decisión del Tribunal relacionada con el desconocimiento de pasivos y la consecuente determinación de la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios.

Son objeto de la *litis*, el desconocimiento de los siguientes pasivos: a favor de la sociedad C.D.E. Ltda., por valor de $1.577.859, a favor de un socio Carlos León Bueno la suma de $4.000.000, y a favor de Miguel Angel Acevedo por $16.715.369, los cuales fueron rechazados por Administración de Impuestos teniendo en cuenta la inspección contable practicada a la actora en la cual se establecieron diversas inconsistencias en los valores contabilizados y soportes de las transacciones que los originaron, así:

1. Pasivo a favor de la Sociedad C.D.E. Ltda., se constató que la beneficiaria del crédito declaró como ingresos el valor que la actora solicitó como pasivo;

2. Pasivo a favor del socio Carlos Alberto Bueno, se verificó la existencia de este pasivo a 31 de diciembre, constituyendo un mayor valor entre lo declarado y lo contabilizado;

3. Pasivo a favor de Miguel Angel Acevedo, el soporte que respalda la contabilización del crédito carece del requisito de fecha cierta.

Para demostrar estos pasivos, la actora adujo certificación contable, que en su concepto es válida porque "las aparentes irregularidades del sistema contable" no generaron sanción alguna, según auto de fecha 20 de diciembre de 1989. También invocó la declaración de la rente del socio Carlos Alberto León Bueno, certificación de Miguel Acevedo y letra de cambio, pruebas que fueron desestimadas tanto por la administración como por el Tribunal, al no encontrarlas idóneas para la demostración de los pasivos glosados.

Conforme a las normas tributarias es evidente que los libros de contabilidad constituyen plena prueba, tanto para los contribuyentes no obligados a ellos, siempre y cuando se lleven en debida forma y cumplan con los requisitos expresamente exigidos:

1o. Estar registrados en la Cámara de Comercio, o en la Administración de Impuestos, según el caso;

2o. Estar respaldados por comprobantes internos y externos;

3o. Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural;

4o. No haber sido desvirtuado por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley;

5o. No encontrarse en las circunstancias del artículo 74 de Código de Comercio.

En el caso *subjudice,* se evidenció en la inspección contable, que los libros de contabilidad no se encontraron llevados en debida forma, puesto que no se registraron correctamente ni oportunamente los ingresos y pasivos a 31 de diciembre de año gravable y los mismos fueron desvirtuados por otros medios probatorios (escritura pública No 2068 de junio 25 de 1986) por medio de la cual se realizó una operación de compra, base de un pasivo glosado.

En estas condiciones, los libros de contabilidad irregularmente llevados y desvirtuados, con otros medios probatorios, carecen de valor probatorio, y por lo mismo no pueden aceptarse para demostrar los pasivos rechazados por falta de comprobación, tampoco puede aceptarse el argumento esgrimido por el apoderado de la actora en el sentido de que las "aparentes irregularidades en el sistema contable no fueron sancionadas, por cuanto la razón que llevó a la administración de impuestos a no aplicar la correspondiente sanción, según se

lee del correspondiente auto de archivo de fecha 20 de diciembre de 1989 (No. 00012= fue "por encontrarse vencido el término para imponerla" lo cual no legaliza las normas que reglamentan el valor probatorio de los libros de contabilidad.

Así las cosas, la certificación contable aportada al proceso, expedida con base en los libros de contabilidad llevados indebidamente y con omisión de requisitos legales, carece igualmente de valor probatorio, en materia Tributaria, no siendo en consecuencia válida para demostrar los pasivos cuestionados.

Ahora bien, en cuanto a la prueba supletoria aportada para demostrar el pasivo a favor del socio Carlos Alberto León Bueno, consistente en la declaración de la renta suya en fotocopia autenticada por la división de documentos de la Administración de Impuestos de Bucaramanga, prueba que a la luz del artículo 771 del Estatuto Tributario suple la prueba contable, si en ella aparece declaradas las cantidades respectivas (crédito activo) así como sus rendimientos, tampoco puede dársele el valor probatorio señalado por el legislador, por cuanto como lo observó la administración de impuestos y en la misma forma el Tribunal *a-quo*, en ella no se declara rendimiento alguno para el reconocimiento fiscal del pasivo desestimado.

No sucede lo mismo, con el pasivo a favor de Miguel Angel Acevedo, cuyo rechazo lo fundamentó la administración en el pago extemporáneo del impuesto de timbre, el cual se realizó el día 30 de marzo de 1987 (acogiéndose a la amnistía del artículo 59 de la ley 75 de 1986), motivo por el cual consideró que no era idóneo el título valor presentado (letra de cambio) para demostrar el pasivo de conformidad con lo establecido por el artículo 13 del decreto 3803 de 1982.

De acuerdo con el artículo 540 del Estatuto Tributario (artículo 26 de la ley a de 1976) ningún instrumento privado o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido como prueba mientras no se pague el impuesto, las sanciones y los intereses de acuerdo con el artículo 535. Es decir, que una vez cancelado el impuesto junto con las sanciones que la misma ley prevé, no existe fundamento legal para desconocer el valor probatorio de tales documentos.

En el *sublite*, tal como lo informa la propia inspección contable, la actora canceló el impuesto de timbre correspondiente, y si bien lo hizo extemporáneamente, ello no significa que el mismo carezca de idoneidad para demostrar el pasivo, si se tiene en cuenta que dicha formalidad constituye solo un medio coercitivo para obtener el cumplimiento de la obligación fiscal correspondiente, que una vez cumplida desaparece el impedimento para tenerlo

como prueba, documento que por lo demás en el caso de la actora obligada a llevar libros de contabilidad no requiere de la formalidad de fecha cierta, en términos del mismo artículo 13 del decreto 3803 de 1982.

En consecuencia, a juicio de la Sala el pasivo en cuestión se encuentra probado con documentos idóneos para el efecto, por lo cual debe reconocerse fiscalmente, lo que implica disminuir en su valor la renta gravable capitalizada que según la liquidación de revisión asciende a la suma de $32.985.397, subsistiendo aún el sistema especial aplicado por las oficinas de impuestos por ser aún superior la diferencia que subsiste a los factores que la justifican.

La nueva liquidación de impuestos quedará así:

Renta gravable capitalizada según liquidación:

	$32.985.397	
Menos: pasivo aceptado	$16.715.369	
Renta gravable capitalizada	$16.270.020	$4.881.008
TOTAL IMPUESTO A CARGO.....		$4.881.008

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:

1o. Revócase la sentencia de fecha noviembre 29 de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Santander.

2o. Anúlase, la operación administrativa integrada por los siguientes actos administrativos: Liquidación de revisión No 16250 septiembre de 1990, y la Resolución No 000018 septiembre de 1990, emanados de la Aministración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, por medio de los cuales se le determinaron los impuestos de renta y complementarios a cargo de la sociedad CONSTRUCTORA L.A. Ltda., Nit:890.208.405-3, por el año gravable de 1986.

3o. Fíjase en la suma de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHO PESOS M/CTE ($4.881.008.oo), el valor de

los impuestos de renta, a cargo de la sociedad CONSTRUCTORA L.A. LTDA Nit: 890.208.405-3 por el período gravable de 1986.

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.

Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A Torrado Torrado, Secretario.

SUPERMERCADO / ALMACEN DEPARTAMENTALIZADO / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Envigado

Los elementos característicos de los supermercados son entre otros: expendio al por menor o menudeo o al detalle; lo que se vende o materia objeto de mercadeo, son productos alimenticios; posibilidad de libre escogencia por el comprador en forma directa del producto y por su propia mano; ordenación racional y funcional de los artículos en los discretos mostradores y la cancelación del valor de lo escogido en las cajas instaladas a la salida. Estos elementos son distintos a los que tipifican a los "Almacenes Departamentalizados", puesto que en éstos se expenden gran variedad de artículos destinados a satisfacer además de las alimentarias otras necesidades del hombre, tales como vestidos, juguetería, vehículos, etc., pero que al contrario de los supermercados funcionan en forma separada física y administrativamente. En cada sección opera una caja para cobrar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., ventiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4441 Actor: ALMACENES EXITO S.A. C/MPIO. DE ENVIGADO IMPUESTO INDUSTRIA Y COMERCIO - FALLO -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del municipio de Envigado, contra la sentencia del 31 de julio de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió a las súplicas de la demanda

de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la sociedad ALMACENES EXITO S.A. contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Industria y Comercio a su cargo por el período fiscal 1989.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS:

Con fundamento en la declaración de industria y comercio año fiscal 1989, presentada el 17 de marzo del mismo año, la Secretaría de Hacienda Municipal de Envigado profirió la resolución sin número de fecha junio 30 de 1989.

Sin fundamentación legal alguna modificó la liquidación privada. En lugar de la tarifa del 5% aplicó la del 6% a los ingresos brutos declarados y por ende fijó el Impuesto de Industria y Comercio en la suma de $ 7'215.200 y el de Avisos y Tableros en $1'082.280. Reajustó presuntos impuestos dejados de percibir por los meses enero a junio de 1989 en cuantía de $ 20'700.006.

Interpuestos por la sociedad los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, la misma Secretaría de Hacienda Municipal de Envigado , por Resolución 1759 del 14 de julio de 1989 resolvió el primero y por Resolución 226 de agosto del mismo año el de apelación. No accedió a las pretensiones de la sociedad. Mantuvo la clasificación de ALMACENES EXITO S.A. como "ALMACEN DEPARTAMENTALIZADO O POR DEPARTAMENTOS" y consecuentemente la tarifa del 6% aplicada sobre los ingresos brutos del período para la determinación del Impuesto de Industria y Comercio.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cita, se declare en firme la liquidación privada y como restablecimiento del derecho que:

a) "Se ordene al municipio de Envigado proceder a la devolución a ALMACENES EXITO S.A. de las sumas pagadas en exceso por concepto de Impuesto de Industria y Comercio, exceso resultante de la diferencia cuantitativa entre la liquidación privada y la oficial efectuada por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Envigado, excedente efectivamente cancelado por la sociedad por la vigencia 1989".

b) "Se condene al municipio de Envigado a devolver dicha suma con el ajuste correspondiente, de acuerdo al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, teniendo en cuenta el momento de cada pago".

c) "Se condene igualmente al municipio de Envigado al pago de costas procesales".

Cita como infringidas las siguientes disposiciones:

- Artículo 28 literal B y Artículo 30 del Decreto 008 de 1989

- Artículos 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 32 del Código Civil

Argumenta en síntesis el apoderado, que Almacenes Exito es una sociedad anónima, un establecimiento de comercio, cuya actividad fue iniciada en 1981 y desde entonces ha sido y es un "SUPERMERCADO" que es muy distinto a un "ALMACEN DEPARTAMENTALIZADO".

Explíca que en éstos últimos, la comercialización se hace a través de departamentos independientes para fines de promoción, servicio y control. Los inventarios e ingresos por compras son manejados autónomamente por cada departamento, sin ingerencia alguna del uno en el otro y cada uno generalmente está a cargo de un ejecutivo denominado Gerente de Departamento que maneja con independencia cada unidad departamentalizada, sólo que se encuentran bajo un mismo techo para comodidad del comprador.

Excluye, agrega, "la posibilidad de que en ello pueda utilizarse el sistema de autoservicio, pues la atención es personalizada y está a cargo de vendedores especializados que conocen todos los secretos de la línea a su cargo, por ejemplo electrodomésticos, y a su vez ignoran absolutamente precios, características, forma de pago, gamas, variedades, etc., de las mercancías que se exhiben y venden en los otros departamentos del mismo establecimiento".

Esto es, que ALMACENES EXITO no es un ALMACEN DEPARTAMENTALIZADO por que no reune tales características. En él hay una administración, un control y unas compras centralizadas, sin que ninguno de los establecimientos pueda efectuarla con caracter autónomo .

El sistema de autoservicio identifica a ALMACENES EXITO y ésto excluye la posibilidad de que se preste a la clientela una atención personalizada y además especializada en determinada línea de mercancías. Vende víveres y mercancías de consumo popular en donde no se incluyen artículos especializados, suntuarios o de marca, ni mucho menos "muebles y equipos para oficina, artículos electrodomésticos", bienes éstos íntimos comprendidos en el código de actividad No 6235-XX bajo el cual la Administración del municipio de Envigado pretende enmarcar la actividad comercial de la empresa.

Señala que en términos de la Real Academia de la Lengua, SUPERMERCADO ES UN "establecimiento comercial de venta al por menor, en el que se expenden todo género de artículos alimenticios, bebidas, productos

de limpieza, etc, y en el que el cliente, que se sirve así mismo, paga a la salida". y dentro de esta concepción está enmarcado ALMACENES EXITO.

Como respaldo a lo expuesto invoca el apoderado la respuesta a la consulta formulada a la Jefe General de Impuestos de Medellín, por ALMACENES EXITO y en donde aquélla, en comunicación del 21 de marzo de 1985 (Oficio G-290) dijo:

> "...una vez hecho un estudio económico de la actividad que desarrollan los 'Almacenes Exito', fue posible concluir que efectivamente el expendio de mercancías al detal bajo la modalidad de autoservicio cabe perfectamente en el código de actividad 62-01-03, *máxime* cuando la clasificación CIUU INTERNACIONAL entra a definir el supermercado como una actividad afin con el autoservicio.
>
> Con base en lo anterior; ALMACENES EXITO podrá contemplar la clasificación de su actividad dentro del Código C2-01-03, tarifa 5 X 1000".

Entiende que si los establecimientos comerciales tanto de Medellín como de Envigado desarrollan actividades idénticas no hay razón para que tengan códigos y por ende gravámenes distintos.

Finalmente acude a la teoría de la actividad predominante cuyos parámetros consigna el Artículo 30 del Decreto 008 de 1989 y según el cual "para determinar el gravámen a un establecimiento en donde se ejerzan actividades comerciales que conforme al Artículo 28 le corresponden dos o más tarifas, se liquidará según la actividad predominante, aplicando el milaje correspondiente a esta, al promedio mensual de ingresos brutos mercantiles", prescripción de la cual infiere que si la actividad principal y casi exclusiva de ALMACENES EXITO, es la venta de productos alimenticios, como lo demuestra con constancia expedida por el Dr. Francisco Javier Naranjo, Revisor Fiscal de la Compañía, no le cabe duda que la tarifa que debe aplicarse a la actividad que desarrolla la empresa es la de 5 por mil, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 28, literal B y 38 del Decreto 08 de 1989.

Solicita inspección judicial a las instalaciones del almacén de Envigado con el fin de que se verifique y corroboren sus aseveraciones sobre el particular.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 31 de julio de 1992, anuló la operación administrativa impugnada. Con fundamento en el dictámen rendido por los peritos estableció que ALMACENES EXITO, funciona

en varias secciones de mercancías, agrupadas por su afinidad y género, pero no a través de departamentos con contabilidades propias y personal especializado. Consecuentemente confirmó la liquidación privada presentada por la sociedad correspondiente al período fiscal 1989.

DE LA APELACION:

El apoderado Judicial de la parte demandada apela. Solícita se revoque la sentencia. Advierte que desde que se inscribió ALMACENES EXITO, como sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio, la Administración Municipal le concedió licencia como "Almacén Departamentalizado", por Resolución 090 del 29 de septiembre de 1981, y que sino se le gravó desde entonces con esta calidad porque sólo a partir del Decreto 008 de enero 6 de 1989 se estableció el código 6235XX para aquella actividad.

Distingue entre el concepto "Almacenes Departamentalizados" con el de "Supermercados" de acuerdo con el sentido natural y disiente de que la sentencia acoja la definición del primero teniendo en cuenta la experiencia sobre el particular en otros países de mayor grado de desarrollo.

En lo que respecta a la teoría de la actividad predominante la cuestiona porque, en los términos del Artículo 30 del citado estatuto local, a ALMACENES EXITO se le ha asignado una sola tarifa, cual es la del 6% que corresponde al código de Almacenes Departamentalizados.

Finalmente pide se decreten algunas pruebas que concreta en el memorial apelatorío, para que se determine cuáles son las características generales de los servicios de ALMACENES EXITO. Solicitud negada por Auto de noviembre 17 de 1992, por cuanto la petición no encaja dentro de las prevensiones del Artículo 214 del C.C.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, pide se confirme la sentencia apelada. Adhiere a las conclusiones a que llegó el Tribunal teniendo en cuenta la prueba parcial.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

El Decreto 008 de enero 6 de 1989 expedido por el Alcalde Municipal de Envigado, fija en el código 62-01-XX que tributa a la tarifa del 5%. el comercio al por menor de los siguientes artículos: "ALIMENTOS Y BEBIDAS: tiendas, graneros, supermercados, comisariatos, carnicerías,salsamentarias, rancho,

Licores, Dulces, Cigarrillos, Panaderías, Bizcocherías y Reposterías". Y en el código 62-35-XX, que grava a la tarifa del 6% a los "MUEBLES: Accesorios y artículos para el hogar, muebles y equipo para oficina, artículos electrodomesticos,lámparas, almacenes departamentalizados". (Subraya la Sala).

Así las cosas, se trata de establecer en el caso si ALMACENES EXITO S. A. se ubica en el primero o en el segundo código, para determinar cuál es el milaje que se le debe aplicar a los ingresos brutos obtenidos por la empresa y por ende el tributo que debe pagar por concepto del Impuesto de Industria, Comercio y Avisos por el año fiscal 1989.

Si bien es cierto no existe definición legal que sirva de marco de referencia a la Sala para determinar cuáles son las características esenciales para distinguir a un "Supermercado" de un "Almacén Departamentalizado", si puede acudirse a lo expresado sobre el particular en la sentencia 1670 de noviembre 17 de 1989, en donde esta misma sección confirmó la nulidad de la expresión "Supermercado" contenida en el código 238 del Artículo 2o del Decreto 950 de 1975 proferido por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Previa definición del término "Supermercado" traída por el Diccionario de la Lengua Española, decimanovena edición, tomo VI, página 239, columna 3a., que dice significar: "Establecimiento comercial de venta al por menor en el que se expenden todo género de artículos alimenticios, bebidas, productos de limpieza, etc, y en el que el cliente, que se sirve así mismo, paga a la salida", dedujo la Sala que, los elementos característicos de dichos establecimientos son:

"a) Expendio al por menor o menudeo o al detalle

b) Lo que se vende o materia objeto de mercadeo, son productos alimenticios, tales como leche, víveres, abarrotes, verduras, frutas, carnes, tubérculos, etc. junto con los anteriores se expenden artículos de limpieza, aseo y otros.

c) Posibilidad de libre escogencia por el comprador en forma directa del producto y por su propia mano que va a adquirir.

d) Ordenación racional y funcional de los artículos en los distintos mostradores o escaparates generalmente abierto, y

e) Cancelación del valor de lo escogido en las cajas instaladas a la salida".

Estos elementos son distintos a los que tipifícan a los "Almacenes departamentalizados", puesto que en éstos se expenden gran variedad de artículos destinados a satisfacer, además de las alimentarias otras necesidades del hombre, tales como vestidos, juguetería, vehículos, equipos industriales, etc., pero que al contrario de los "Supermercados" funcionan en forma separada física y administrativamente. En cada sección opera una caja para cobrar los productos vendidos.

El certificado del Revisor Fiscal aportado con los antecedentes administrativos y el dictámen rendido por los peritos evidencian, el primero que el 53.47% de las ventas efectuadas por Almacenes Exito S.A. en el municipio de Envigado, durante el año 1988, correspondieron a "mercados", ésto es, a productos alimenticios; la prueba pericial describe en forma detallada tal como fue transcrita en la sentencia apelada, la manera funcional, como operan aquellos almacenes. Informa que en tales establecimientos no se venden artículos como: neveras, televisores, equipos de sonido, aspiradoras, brilladoras, lavaplatos, ni tampoco muebles ni vehículos, circunstancias de las cuales deduce la Sala, son aquellos almacenes "Supermercados" ubicados para efectos del Impuesto de Industria, Comercio y Avisos, dentro del código 62-01-XX que tributa a la tarifa del 5%. En este sentido se pronunció la Sala en un proceso aunque no igual porque estaba regulado por los Acuerdos de Bogotá, similar "CARULLA Y COMPAÑIA S.A.", exp.3442, sentencia del 6 de marzo de 1992.

Corrido el traslado a las partes por Auto del 7 de febrero de 1991, la prueba pericial no fué objetada dentro del término legal. El apoderado de la parte demandada no pidió ampliación ni aclaración al respecto, motivo por el cual en esta etapa del proceso resultan extemporáneas las críticas e inoportuna la nueva inspección solicitada ante esta Corporación para determinar las características de los servicios prestados por el Almacén.

Por lo anterior la Sala está de acuerdo con el Tribunal y el Ministerio Público por lo cual es procedente confirmar la sentencia apelada.

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 Antioquia en el proceso No 26278 el 31 de julio de 1992.

SECCION CUARTA

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION DE TERMINOS / INSPECCION TRIBUTARIA / LIQUIDACION DE REVISION

En manera alguna es admisible la interpretación que del artículo 54 del Decreto 2503 de 1987 hace la Nación en el sentido que en ninguno de los artículos 706, 710 y 733 del Estatuto Tributario se condiciona ni ordena que la inspección se realice con posterioridad a la respuesta al requerimiento y que donde la ley no distingue no puede el intérprete distinguir, porque eso conlleva a desconocer la preclusión de las diferentes etapas del proceso gubernativo y desconoce el mismo tenor literal de la norma que claramente señala la suspensión del término para practicar el requerimiento especial, practicar la liquidación de revisión, para fallar el recurso y para la firmeza de la liquidación privada únicamente cuando para la respectiva etapa procesal se practica inspección administrativa, con el objeto de obtener una ampliación del plazo de 6 meses para practicar la liquidación de revisión.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4455. Actor: GOMEZ Y GOMEZ SOCIEDAD DE HECHO AMOBLADOS DORESKY. NIT. 890.328.727-4. Apelación de la Sentencia de agosto 31 de 1992. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1987. FALLO

SECCION CUARTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia del 31 de agosto de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad **GOMEZ Y GOMEZ SOCIEDAD DE HECHO AMOBLADOS DORESKY** NIT 890.328.727-4, contra el acto administrativo de determinación del impuesto de renta, complementarios y sanciones que le fuera practicado para el período gravable de 1987.

ANTECEDENTES:

La sociedad presentó su declaración tributaria del impuesto sobre la renta y liquidación privada del período gravable de 1987, el 7 de julio de 1988, en la cual denunció ingresos por $6.937.000 y deducciones por $6.263.000 y una renta líquida de $674.000.

Mediante requerimiento especial #004420 de octubre 18 de 1989, la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, propuso a la contribuyente la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del rechazo de costos por $181.000 y deducciones por $6.194.110, los pasivos solicitados por $202.000 y la imposición de sanción por inexactitud.

El 17 de enero de 1990, la sociedad dió respuesta al requerimiento acompañando anexos y pruebas consistentes en documentos externos para probar costos y gastos, adujo pérdida de libros de contabilidad.

Mediante la liquidación oficial de revisión 013 de octubre 12 de 1990 la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, rechazó parcialmente los costos y gastos solicitados para determinar un mayor valor por impuesto de $1.204.025 y sanción por inexactitud de $1.926.440.

Contra dicha liquidación la sociedad, recurrió en reconsideración, alegando la ilegalidad del rechazo de sus costos, deducciones y pasivos e invocó el silencio administrativo positivo, por haberse practicado y notificado extemporáneamente la liquidación oficial. Pidió se declarara en firme la liquidación privada.

El recurso fué fallado mediante la Resolución A 0087 notificada el 14 de agosto de 1991, con confirmación del acto recurrido, al considerar que no estaban acreditados legalmente los costos y deducciones y que no se configuró el silencio administrativo positivo.

LA DEMANDA:

La sociedad contribuyente acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, alegando violación de los artículos 710, 714 último inciso y 730 numeral 3o. del Estatuto Tributario, arguyendo que la Administración practicó el acto administrativo de liquidación del tributo por fuera del término que para el efecto consagra el artículo 710 del Estatuto Tributario, y que tal circunstancia implicó la nulidad del acto acusado conforme con el artículo 730 numeral 3o. del Estatuto Tributario.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda considerando que evidentemente la Administración practicó el acto administrativo fuera del término previsto por la ley y en consecuencia incurrió en vicio de nulidad.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la entidad demandada al apelar, manifiesta que disiente de la decisión adoptada por el Tribunal porque:

1) El Decreto 2503 de 1987 en su artículo 54 establece la suspensión del término para practicar el requerimiento especial, la liquidación oficial y para fallar los recursos durante el plazo que dure la inspección cuando ésta se practique a solicitud del contribuyente, responsable o agente retenedor o declarante y hasta por 3 meses cuando se practique de oficio. Norma que fué recogida por el Estatuto Tributario en los artículos 706, 710 y 733 y que ninguno de ellos condiciona ni ordena que la inspección se realice con posterioridad a la respuesta al requerimiento, y donde la ley no distingue, no puede el intérprete distinguir que, por lo tanto, el Tribunal restringió la interpretación del artículo 710 del Estatuto Tributario.

2) Que en la actuación administrativa impugnada la Administración suspende el término por una sóla vez durante 3 meses, tal como lo establece la norma tributaria, la que hace efectiva únicamente cuando profiere la liquidación de revisión.

3) Que la Administración profirió el requerimiento especial 18 de octubre de 1989, plazo que venció el 18 de enero de 1990, fecha a partir de la cual se cuentan 6 meses mas los 3 de la suspensión que ordena la norma para proferir la liquidación de revisión.

SECCION CUARTA

Pide se revoque la sentencia y se denieguen las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado ante la Jurisdicción, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación puesto que es incuestionable que la Administración practicó la liquidación oficial después de haber vencido el plazo establecido por el artículo 710 del Estatuto Tributario, norma que dispone que dentro de los 6 meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial o su ampliación según el caso, la Administración debe practicar la liquidación de revisión, si hay mérito para ello, que cuando se realice inspección tributario, el término para practicar la liquidación se suspenderá mientras dure la inspección si ésta se practica a solicitud del contribuyente y hasta por 3 meses cuando se haga de oficio. Que en el *sub-judíce* el término para responder el requerimiento especial venció el 18 de enero de 1990, luego los 6 meses que la disposición señala, se cumplieron el 19 de julio de 1990, por lo que la liquidación expedida el 12 de octubre de 1990 no fué oportuna por cuanto la Administración no realizó ninguna inspección tributario en este lapso y por lo tanto no se produjo el fenómeno de la suspensión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para el año gravable de 1987 los términos para practicar válidamente la liquidación de revisión estaban regulados por el Decreto 2503 de 1987 artículos 51 y 53 y su suspensión estaba contemplada en el artículo mismo ordenamiento, normas que por ser de especial importancia para el *sublite* se transcriben:

"Artículo 51. Liquidación de revisión.

La Administración de impuestos podrá modificar, por una sola vez, las liquidaciones privadas de los contribuyentes, responsables o agentes retenedores, mediante liquidación de revisión."Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial o a su ampliación, según el caso, la administración deberá practicar la liquidación de revisión, si hay mérito para ello.

"Artículo 53. Firmeza de la liquidación privada.

La declaración tributaria quedará en firme si dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, no se ha notificado requerimiento especial. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, los dos años se contarán a partir de la fecha de presentación de la misma.

La declaración tributaria que presente un saldo a favor del contribuyente o responsable, quedará en firme si dos años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación, no se ha notificado requerimiento especial.

También quedará en firme la declaración tributaria, si vencido el término para practicar la liquidación de revisión, ésta no se notificó.

"Artículo 54. Suspensión de términos.

Cuando se practique inspección tributaria, el término para practicar el requerimiento especial, para practicar la liquidación de revisión, para fallar los recursos, y para que la declaración quede en firme, se suspenderá mientras dure la inspección, cuando ésta se practique a solicitud del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, y hasta por tres (3) meses cuando se practique de oficio." (Subraya la Sala)

El texto literal de los artículos transcritos claramente enseñan que:

1) Que la liquidación privada que presenten los contribuyentes adquieren carácter de definitiva si dentro de los 2 años siguientes al vencimiento del término para presentar la declaración no se ha notificado requerimiento especial.

2) Una vez vencido el término para que el contribuyente dé respuesta al requerimiento, o a su ampliación en el caso que la hubiera habido, conforme a lo ordenado por el artículo 51, la Administración debe practicar la liquidación oficial de revisión.

3) Puede suceder que en cualquiera de las etapas de investigación, determinación o discusión del impuesto, a juicio de la Administración o del contribuyente se haga necesaria la verificación de las sumas declaradas como ingresos, costos, deducciones, activos y pasivos por parte del contribuyente en su contabilidad mediante la práctica de inspección tributaria administrativa. En este evento, la ley prevé la suspensión del término respectivo en la etapa gubernativa en que la práctica de la inspección se realice, es decir, si previamente al requerimiento especial se efectúa inspección administrativa, el término de 2 años para notificarlo se suspende mientras dure la diligencia cuando ésta se practique a solicitud del contribuyente y hasta por tres meses cuando se practique de oficio.

Si vencido el término otorgado por la ley al contribuyente para responder el requerimiento especial se evidencia la necesidad de la práctica de la inspección tributaria, bien porque no se practicó antes del requerimiento, bien porque la

practicada en ese momento fue objetada por el contribuyente en la respuesta, el término de 6 meses señalado por el artículo 51 inciso 2º del Decreto 2503 de 1987, se interrumpe por el mismo período antes señalado.

Asimismo si con oportunidad del recurso gubernativo se practica la inspección administrativa de oficio o a solicitud del contribuyente el término de un año señalado por el artículo 83 del mismo decreto se suspende mientras dure la diligencia o hasta por 3 meses, según lo ordenado por el artículo 55 *ibidem.*

En manera alguna es admisible la interpretación que del artículo 54 hace la apoderada judicial de la Nación, porque con lleva a desconocer la preclusión de las diferentes etapas del proceso gubernativo y desconoce el mismo tenor literal de la norma que claramente señala la suspensión del término para practicar el requerimiento especial, practicar la liquidación de revisión para fallar el recurso, y para la firmeza de la liquidación privada únicamente, cuando para la respectiva etapa procesal se practica la inspección administrativa, con el objeto de obtener una ampliación del plazo de 6 meses que específicamente la ley para practicar la liquidación de revisión,contado a partir de la fecha del vencimiento del término para contestar el requerimiento cuando con posterioridad a éste no hay inspección tributaria.

En el caso que se resuelve el cómputo de los términos consagrados en las disposiciones citadas se concretan a lo siguiente:

-julio 7 de 1998 presentó la declaración, en principio el término para requerir vencía el 7 de julio de 1990, pero antes de esa fecha practicó inspección contable de oficio del 24 de mayo al 5 de septiembre de 1989 (3 meses 12 dias). Esta inspección permitía extender el término para requerir, mas allá del 7 de julio 1990, pero la administración no lo hizo así sino que, dentro del plazo normal, produjo el requerimiento el 18 de octubre de 1989.

-Siendo el enriquecimiento del 18 de octubre el termino para contestarlo era el 18 enero de 1990.

- Los seis meses a partir de esta fecha válidos para notificar la liquidación vencían el 18 de julio de 1990.

- En consecuencia, la liquidación del 12 de octubre fué extemporánea.

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la decisión de primera instancia que declara nulos los actos acusados, por haberse practicado fuera del término señalado en la ley la liquidación de revisión.

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 del 31 de agosto de 1992, preferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el juicio 17.719.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA / CODIGO DE REGIMEN MUNICIPAL - Aplicación

Es evidente que el Distrito Especial goza de un régimen administrativo especial que le permite tener una regulación propia, pero sin que ello implique de una manera definitiva, que no se le pueden aplicar normas legales que al regular aspectos específicos hayan determinado expresamente su aplicación al Distrito Especial de Bogotá. Precisamente por no existir está restricción o exclusividad, el Decreto- Ley 1333 de 1986, hizo referencia en varias definiciones legales, de una manera directa y expresa al Distrito Especial de Bogotá. No puede afirmarse así de una manera categórica, que éste Código que se ha denominado Municipal, se refiere única y exclusivamente al municipio ordinario, menos aún cuando especialmente en el capítulo de los bienes y rentas de estas entidades territoriales, cita a renglón seguido de los municipios, al Distrito Especial de Bogotá.

INGRESO NO GRAVADO / EXCEPCION DE ILEGALIDAD / SECTOR FINANCIERO / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Los pilares sobre los cuales el Distrito Especial de Bogotá basó su actuación administrativa de la adición del concepto " ingresos varios" no se ajusta a derecho, pues por mención expresa, lo dispuesto en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986 si es aplicable al Distrito Especial, el cual debió utilizar la autorización legal para establecer la base impositiva y no acudir a la cuestionada excepción de ilegalidad. O sea, no podía la Tesorería Distrital incluir dentro de los rubros que conforman la base gravable del actor, lo

correspondiente a ingresos varios, por no ser un factor incluído dentro de la definición de tal artículo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4578. Fallo. Actor: BANCO INTERNACIONAL DE COLOMBIA.INDUSTRIA Y COMERCIO. - FALLO-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante, contra la sentencia de 19 de octubre de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le negó las súplicas de la demanda que intentó contra la operación administrativa que le fijó el impuesto de industria, comercio y avisos correspondientes al ejercicio gravable de 1987, vigencia de 1988.

ANTECEDENTES

La demandante -Banco Internacional de Colombia- presentó en la ciudad de Santa Fe de Bogotá su declaración de Industria, Comercio y Avisos del año gravable de 1987, vigencia de 1988 y se liquidó un impuesto a su cargo por $43.704.873.

Previa la realización de una investigación tributaria, la Dirección Distrital de Impuestos, mediante la Resolución No. 203 de 17 de abril de 1990, liquidó oficialmente el impuesto por la mencionada vigencia, estableciendo un gravámen adicional por sucursales y oficinas y adicionando los impuestos inicialmente declarados, con el factor correspondiente a "Ingresos Varios", que habían sido excluídos por el Banco al establecer la base de cuantificación del impuesto. Encontró igualmente tipificada la conducta contemplada en el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, aplicando una sanción por inexactitud de $9.394.532.

La demandante planteó su inconformidad contra las anteriores adiciones y sanción, interponiendo recurso de reposición, que fué resuelto desfavorablemente en la Resolución No. 617 de 25 de octubre de 1990, del Director de Impuestos Distritales. Surtido el recurso de apelación, se mantuvo la anterior decisión, en Resolución No. 096 de 26 de mayo de 1991, de la Junta Distrital de Hacienda.

SECCION CUARTA

LA DEMANDA

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la anterior actuación, se basa fundamentalmente en los siguientes argumentos:

- Los Concejos Municipales no tienen soberanía plena para determinar impuestos, pues su facultad se encuentra enmarcada por la ley que autoriza la creación del respectivo impuesto.

- La Ley 14 de 1983, en su artículo 43 ordinal 1°., determinó la base impositiva para la cuantificación del impuesto de industria y comercio en el sector financiero, incluyendo dentro de la base el concepto "Ingresos Varios". Consecuencialmente con la anterior norma, el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, al reestructurar el impuesto de industria y comercio por medio del acuerdo 21 de 1983, transcribió literalmente en su artículo 98, el contenido del artículo 43 de la Ley 14 de 1983, fijando así las bases del impuesto para las entidades financieras en dicha entidad territorial.

- Posteriormente fué expedido el decreto-ley 1333 de 1986, denominado Código de Régimen Municipal, que reguló en su artículo 207 lo relacionado con el impuesto de industria y comercio en el sector financiero.

Al fijar la base impositiva para la cuantificación del impuesto, suprimió el rubro correspondiente a ingresos varios, que contenían la ley 14 y el acuerdo 21, ambos de 1983.

- Quedó suprimida la autorización legal para gravar los "ingresos varios", sin que pueda invocarse sobre el punto, la aplicación de la prohibición contenida en el inciso 2do. del artículo 183 de la anterior Constitución Nacional, no solo porque el aspecto discutido no hace relación a la derogatoria de una ley de autorizaciones, sino porque el inciso fué establecido con posterioridad al decreto 1333 de 1986.

- Invoca a su favor la interpretación que sobre el tema dió la Superintendencia Bancaria en la Circular No. 002 de 11 de enero de 1988, cuando al informar a las entidades vigiladas sobre los conceptos sobre los cuales debían tributar para Industria y Comercio, no incluyó los Ingresos Varios.

- Se opone a la excepción de ilegalidad aplicada por la Dirección Distrital de Impuestos, por ser un tema cuestionado por la jurisprudencia y la doctrina.

OPOSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Tanto en las resoluciones por medio de las cuales se determinó oficialmente el impuesto, como en la contestación de la demanda, afirma el Distrito Especial que por tratarse de una entidad territorial con un régimen especial contemplado en el artículo 199 de la Constitución anterior y en el decreto ley 3133 de 1968, no le son aplicables las normas del Código de Régimen Municipal, que es un estatuto básico para las entidades del régimen municipal ordinario.

Las entidades financieras que desarrollan sus actividades dentro del Distrito Especial, deben declarar sus ingresos para efectos del impuesto de Industria y Comercio, bajo los parámetros del acuerdo 21 de 1983, por ser el estatuto que rige el impuesto en esta localidad.

LA SENTENCIA APELADA

Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pese a los argumentos de la demanda sobre la regulación total que del impuesto de industria y comercio realizó el decreto-ley 1333 de 1986, la norma que debe aplicarse en el presente caso es el artículo 98 del acuerdo 21 de 1983, que no se vió afectado por el error de imprenta en que se incurrió en el artículo 207 del Código de Régimen Político y Municipal, pues en su opinión hubo una omisión en la publicación oficial, que llevó a que no se incluyera dentro de los conceptos gravables, lo correspondiente a "ingresos varios". Como lo que se presentó fué un error de transcripción, dichos ingresos continúan siendo gravables.

Encontró igualmente procedente la adición por sucursales no informadas, por tratarse de un hecho suficientemente demostrado en el proceso.

Por cuanto la no inclusión dentro de la base impositiva de los "ingresos varios"constituye la información de un dato incompleto que origina como consecuencia un menor impuesto a pagar, concluyó que era procedente la aplicación de la sanción por inexactitud. Denegó así las súplicas de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

Afirma el Banco en su recurso de apelación que en la sentencia se incurrió en una falla fundamental cuando no se analizó lo dispuesto en el artículo 1º. de la ley 8a. de 1991, sobre la aplicación al Distrito Especial de las normas comunes a todos los municipios, cuando no tengan disposición especial. Insiste en que no podían coexistir dos normas vigentes sobre la misma materia, debiendo aplicarse la posterior, que excluyó los ingresos varios de las bases gravables y solicita se

considere de manera especial, la improcedencia de la aplicación de la sanción por inexactitud.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandada defiende la legalidad de los argumentos en que basó la Dirección Distrital los actos administrativos demandados, los cuales se ajustaron a la Constitución Nacional, a la ley y al acuerdo Distrital, encontrándose suficientemente demostrado el régimen especial, que impide se le apliquen las normas generales del Código del Régimen Político y Municipal. La actuación realizada por la sociedad cuando no incluyó la totalidad de sus ingresos gravables, dando lugar a la determinación de un menor valor de impuestos, se encuentra exactamente definida en el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983. Solicita la confirmación de la sentencia apelada.

Para el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, se ha repetido suficientemente que los Concejos Municipales no gozan de autonomía tributaria. Por ello, cuando el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986 suprimió la autorización legal para fijar en las bases gravables del impuesto de industria y comercio lo correspondiente a ingresos varios, no podía la Dirección Distrital incluirlos en su liquidación oficial y aumentar así los impuestos. Solicita entonces se revoque la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El gravámen municipal de industria y comercio a cargo del sector financiero, que tuvo su origen en la Ley 97 de 1913 al crear un impuesto de patentes para las casas de préstamo y empeño, ha tenido unas características que lo han hecho diferente frente a los otros contribuyentes del mismo impuesto. Fundamentalmente y hasta la reforma de 1983, el impuesto se aplicó a partir de una tarifa fija anual por cada oficina o agencia, cuantificada según el número de habitantes del respectivo municipio donde se encontrara ubicada la sede gravada.

Con la Reforma introducida por la ley 14 de 1983, se buscó una tributación más equitativa para este grupo de contribuyentes frente a los demás sujetos pasivos y por ello se definieron en el Artículo 42 de la ley, los rubros que dentro de los ingresos operacionales del año, constituyen la base para la aplicación de una tarifa que variará de acuerdo a la entidad contribuyente. Se pasó así de una tributación fija cuya variación obedecía únicamente al número de oficinas de cada contribuyente, a una tribulación en la que depende del ingreso operacional percibido cada año, el valor a tributar por concepto de industria y comercio.

Esta Ley 14 de 1983, dictada con la finalidad de fortalecer los fiscos de las entidades territoriales, fué uno de los fundamentos legales sobre los que se cimentó el acuerdo 21 de 1983, por medio del cual el Distrito Especial de Bogotá reestructuró su impuesto de industria y comercio. Precisamente su artículo 98, sobre la base impositiva para entidades financieras, es la transcripción literal del artículo 42 de la Ley 14 de 1983.

El punto que se somete ahora a consideración de la Sala, es si con la expedición del Decreto-Ley 1333 de 1986, conocido como Código de Régimen Municipal, que en su Título X regula lo concerniente a los bienes y rentas de los municipios, se modificó la base gravable de las instituciones financieras en el impuesto de industria y comercio, cuando en su artículo 207, al referirse a la base impositiva para la cuantificación del mismo, no incluyó el rubro "ingresos varios", contemplado tanto en la Ley 14 de 1983, como en el Acuerdo 21 del mismo año. Se definirá así si podía el Banco Internacional excluir sus ingresos varios de los rubros sobre los cuales calculó su impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1987, vigencia de 1988, o si por el contrario, es válida la actuación administrativa distrital, que los grave aplicando adicionalmente una sanción por inexactitud, por omisión de ingresos.

Ha sido argumento central de la entidad demandada en su defensa, que por tratarse de una entidad territorial con características especiales, que conforme a los considerados y al artículo 1°. del Decreto 3133 de 1968, no está sujeto al régimen municipal ordinario, no le son aplicables las disposiciones del decreto-ley 1333 de 1986, que regulo todo lo relacionado con los municipios del régimen ordinario. La clasificación que se hace en el Artículo 207 de éste estatuto, no modifica la regulación especial que sobre el tema consagran la Ley 14 y el Acuerdo 21 de 1983. Se sustenta igualmente en las Consultas que sobre el tema ha proferido la Sala de Consulta y Servicio Civil de ésta Corporación, en las que se ha considerado que ni la Ley 11 de 1986, ni el Decreto-Ley 1333 del mismo año que hacen referencia al régimen municipal ordinario, le son aplicables al Distrito Especial de Bogotá.

Para la Sala es evidente que el Distrito Especial goza de un régimen administrativo especial que le permite tener una regulación propia, pero sin que ello implique de una manera definitiva, que no se le puedan aplicar normas legales que al regular aspectos específicos hayan determinado expresamente su aplicación al Distrito Especial de Bogotá

Precisamente por no existir ésta restricción o exclusividad, el Decreto-Ley 1333 de 1986, hizo referencia en varias definiciones legales, de una manera directa y expresa al Distrito Especial de Bogotá, como ocurre, a manera de ejemplo, en sus artículos 172, 187, 207, 211, 212 y 229, del mencionado estatuto.

SECCION CUARTA

No puede afirmarse así, de una manera categórica, que éste Código que se ha denominado municipal, se refiere única y exclusivamente al municipio ordinario, menos aún cuando especialmente en el capítulo correspondiente a los bienes y rentas de estas entidades territoriales, cita a renglón seguido de los municipios, al Distrito Especial de Bogotá.

Concretamente en el caso del artículo 207, cuya aplicabilidad aquí se discute, señaló:

> "Art. 207.- La base impositiva para la cuantificación del impuesto regulado en el artículo anterior se establecerá por los concejos municipales o por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, de la siguiente manera: ..... "(Subrayado fuera del texto).

Comprendió entonces al Distrito Especial dentro de su definición, sin que pueda considerarse el mecanismo de la excepción de ilegalidad, como el camino apropiado para que el Distrito no aplique su contenido. Encuentra así la Sala que los dos pilares sobre los cuales basó la actuación administrativa la adición del concepto "ingresos varios", no se ajusta a derecho, pues por mención expresa, lo dispuesto en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986 si es aplicable al Distrito Especial, el cual debió utilizar la autorización legal para establecer la base impositiva y no acudir a la cuestionada excepción de ilegalidad.

Más endeble aún es el argumento que empleó el fallador de primera instancia para confirmar la actuación administrativa, cuando considera que la no inclusión del concepto "ingresos varios" en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986, obedeció a ". . la omisión en que incurrió la publicación oficial al eliminar, con evidente error de imprenta, el literal E del artículo 207....". La anterior afirmación carece de asidero legal, resultante de la exclusiva interpretación del *a-quo*, pues el literal E de la Ley 14 de 1983 que correspondía a ingresos varios, fué sustituido en el Decreto-Ley por el rubro "ingresos en operaciones con tarjeta de crédito."

La información que sobre el monto de la base gravable para efectos de la cuantificación de impuestos de industria y comercio debe suministrar la Superintendencia Bancaria a los municipios, no es tan ajena al tema como parece interpretarlo la Administración Distrital y el mismo Tribunal. Conforme al artículo 47 de la Ley 14 de 1983, la Superintendencia Bancaria deberá informar a cada municipio "...y al Distrito Especial de Bogotá.....", el monto de la base descrita en el artículo 42 de la misma ley, o sea la base gravable para efectos del recaudo del impuesto municipal. A su vez el Decreto-Ley 1333 de 1986, hizo referencia a la obligación de las diversas entidades financieras, de informar a la Superintendencia Bancaria, los ingresos operacionales generados por los servicios

prestados "...en el Distrito Especial de Bogotá o en el municipio". Igualmente el artículo 212, define la obligación de la Superintendencia de informar "...a cada municipio y al Distrito Especial de Bogotá" el monto de dicha base. La información entonces que a través de la Circular No. 002 de enero de 1988 (folio 59 Cuaderno de Pruebas), solicitó la Superintendencia Bancaria a las entidades financieras para efectos del impuesto de industria y comercio, aunque su finalidad última es el control del impuesto, si marcó una pauta definitiva cuando en las columnas del anexo adjunto (folio 61), se hizo una transcripción de los rubros tratados en el artículo 207 del Decreto-Ley, con la exclusión del concepto ingresos varios.

Concluye así la Sala, que no podía la Tesorería Distrital incluir dentro de los rubros que conforman la base gravable del Banco Internacional, lo correspondiente a ingresos varios, por no ser un factor incluído dentro de la definición del artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986. De manera simplemente complementaría, según el detalle que del rubro "ingresos varios" obra a folio 143 del expediente, los conceptos que lo integran no se encuentran gravados con el impuesto de industria y comercio.

Le asistió si la razón a la Administración cuando adicionó el impuesto fijo por sucursales y agencias, pues las pruebas que demuestran que el Banco tenía 12 oficinas y no 10 como informó, no han sido desvirtuadas en el proceso, ya que en la mención que se hace en los diferentes memoriales, desde la demanda, no se ha dado argumento alguno que llevara a modificar la actuación. Se mantiene la sanción por inexactitud, por la diferencia resultante por este concepto.

Procede entonces la Sala a efectuar una nueva liquidación de impuestos, integrada por los siguientes factores:

Impuesto de Industria, Comercio, Avisos	Año gravable 1987 Vigencia de 1988
CONCEPTO	IMPUESTO
Impuesto anual de industria y comercio según liquidación privada	$ 37.756.814
Impuesto de Avisos	$ 5.663.522
Impuesto adicional por sucursales, según liquidación oficial	$ 253.944
Sanción por inexactitud	$ 84.648
Total de Impuesto de Industria y Comercio	$ 43.758.928

SECCION CUARTA

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:

1o.- REVOCASE la sentencia de 19 de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio No. 8577.

2o.- ANULASE la operación administrativa por medio de la cual la Tesorería Distrital de Impuestos de Bogotá fijó el impuesto de Industria, Comercio y Avisos a cargo del Banco Internacional por el año gravable de 1987, vigencia de 1988.

3o.- FIJASE en la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES, SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL, NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS ($43.758.928) el valor total del impuesto de Industria y Comercio y Avisos a cargo del Banco Internacional por el año gravable 1987 vigencia de 1988.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que ésta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL / REPRODUCCION DE NORMA INEXEQUIBLE

La expresión "razones de fondo" del art. 243 de la Carta, es suficientemente clara, pues siempre se ha aceptado la existencia de preceptos de carácter sustantivo y procesal, entendiendo por los primeros como aquellos que contienen un derecho, o regulan una determinada situación en su naturaleza, contenido y alcances, mientras que las segundas se refieren a la forma tanto de expedición de los primeros como a los trámites o mecanismos para hacerlo efectivos. Debe tenerse como un imperativo de la prohibición para reproducir preceptos declarados inexequibles, que estos hayan sido objeto de estudio en cuanto a su contenido y que por lo mismo las motivaciones o razones de la decisión definitiva guarden congruencia entre sí, elementos que no fueron materia de controversia ante la Corte Constitucional y por lo mismo no puede decirse que hubo pronunciamiento de fondo.

LEGISLACION FISCAL / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Funciones / CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA

No puede la administración, asumir que a falta de estatutos de rango legal, bien en sentido formal o material, automáticamente queda ella investida de competencias que constitucionalmente corresponden a otra rama del poder público y menos aún, por vía de interpretación distinguir donde el legislador no lo hace, para entender por legislación fiscal, todas las normas relativas ala materia, cualquiera sea la jerarquía o autoridad de quien emanen. Si el Código de Comercio expresa: "legislación fiscal", *stricto sensu*, ha de tomarse como referida a preceptos emanados del

SECCION CUARTA

Congreso de la República, ya que es él, la instancia derivada en quien se ha radicado la cláusula general de competencia legislativa, sin que puedan hacerse según el caso, interpretaciones extensivas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4632 Nulidad y suspensión provisional. Decreto Reglamentario No. 2075 del 23 de diciembre de 1992 emanado del Gobierno Nacional. Actor: ISIDORO AREVALO BUITRAGO C/LA NACION. AUTO-

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por las partes en contienda, en contra de la providencia de 11 de marzo de 1993, que decidió la admisión de la demanda de decretó la suspensión provisional de apartes de los artículos 15.1, 15.2 y 30 del Decreto 2075 de 1992.

Los Recursos

1.- De la parte demandante.

Solicita el ciudadano actor, que se revoque el auto recurrido y que en su defecto se decrete la suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Decreto 2075 de 1992.

1.1.- Suspensión provisional de la palabra "fiscal" contenida en los artículos 4, 7, 8, 10, 13, 15, 16, y 17 del decreto acusado, por considerar que con ellos se está desconociendo los fallos de inexequibilidad y estimulando al Gobierno para extralimitarse en el ejercicio de su potestad reglamentaria, reproduciendo normas retiradas del mundo jurídico.

Se cita como norma violada, el Artículo 243 de la Constitución Nacional.

Para el actor, la declaratoria de inexequibilidad del decreto 2911 de 1791, por vicios de forma no le da derecho al Gobierno para reproducir normas sustantivas en él contenidas.

1.2.- Suspensión provisional del numeral 3, artículo 8, Decreto 2075 *ibídem.*

De la comparación entre el Artículo 342 del Estatuto Tributario, norma superior y la acusada, se observan las siguientes contradicciones, para que proceda la suspensión provisional:

- La norma legal dice: "se podrá", expresión opcional, la norma acusada señala la manera imperativa, "se incrementará".

- La norma superior dispone que el ajuste podrá hacerse en forma proporcional del PAAG, que corresponda al número de meses de posesión del activo en el año, mientras que la norma acusada dispone que los ajustes se efectúen desde "el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó la compra si fué adquirido durante el año", la última regulación, recorta el período de ajuste, disminuyendo el costo fiscal y acumulando la utilidad y el impuesto a pagar.

Se solicita subsidiariamente la suspensión de la expresión "o el primer día del mes siguiente a aquél..." en caso de negarse la del precepto en su integridad.

1.3.- Suspensión provisional del artículo 18, Decreto 2075 *ibídem.* Compensación de pérdidas.

La compensación de pérdidas de que trata el artículo 351 del Estatuto Tributario cualquiera sea su naturaleza, es aplicable a los contribuyentes, personas naturales o jurídicas sometidas al sistema de ajustes integrales por inflación, ésta compensación no puede limitarse por el concepto fiscal; el cual resulta como elemento nuevo y que varía el sentido claro y expreso de la ley, violación ostensible por lo que se solicita la suspensión provisional de la expresión "fiscales ".

1.4.- Suspensión provisional del inciso 1°. del artículo 21 Decreto 2075 *ibídem.* Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

Para el recurrente el cambio en al expresión "este título" por "este Decreto" no es irrelevante por las razones siguientes:

- La suspensión de la expresión "éste Decreto", elimina las contradicciones derivadas de la norma acusada como por ejemplo si los ajustes fiscales a las compras deben contabilizarse o no, pues también debe contabilizarse el ajuste a las compras según lo dispuesto por el Artículo 8 del Decreto 2912 de 1992 cuyo período no es trimestral, cálculos que deben hacerse sobre la misma base.

SECCION CUARTA

1.5.- Suspensión provisional del Artículo 33 Decreto 2075 de 1992. Especialidad en la aplicación de normas tributarias.

Tanto en la demanda como en al solicitud de suspensión provisional se invocó como normas superior infringido la segunda parte del primer inciso del artículo 338 de la Constitución, y no la primera. Norma en al que se faculta para imponer contribuciones a contribución de que la ley las ordenanzas y los acuerdos, fijen directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos, requisitos esenciales para la determinación de los mismos, si la ley omite los requisitos referidos, la determinación del impuesto no podrá efectuarse, haciéndose ineficaz la facultad de imponer contribuciones.

La norma acusada establece de manera general la determinación del impuesto de renta y complementarios con base en las normas contables y con excepción en las normas fiscales. En conclusión si la ley no estableció los requisitos no pueden fijarse por decretos reglamentarios.

2.- De la parte demandada.

Notificada la Administración del auto admisorio de la demanda y de la decisión de suspensión provisional, oportunamente interpuso recurso de reposición contra ésta última, con base en las razones que acto seguido se sintetizan:

El artículo 15 numerales 1 y 2 del Decreto acusado no modifica el derecho sustancial acusado, pues establece un mecanismo para aplicar la ley, que en nada discrepa del deber reglamentario, el cual tiene por finalidad dictar medidas para el cumplimiento de la misma la Ley Tributaria para efectos de la aplicación del sistema de ajustes integrales por inflación, estableció el PAAG, mensual y anual y dejó a opción del contribuyente su utilización.

El artículo 30. Métodos de valuación de inventarios.

El artículo 450 inciso 30. del Código de Comercio dispone:

Expresa el recurrente, que los métodos a que alude la norma citada corresponden a técnicas universalmente aceptadas que no son de la Ley Fiscal, por ello la decisión del Consejo de Estado, lleva a concluir que por no haberse pronunciado hasta el momento el Congreso sobre los métodos de valuación de inventarios, no existiría alguna para hacerlos.

Finalmente, aduce la recurrente que cuando la norma superior invocada dice legislación fiscal no debe entenderse únicamente la emanada por el Congreso.

Descorre oportunamente la Administración el traslado del recurso, y en su escrito solicita se mantenga la decisión tomada en relación con el numeral 3°. del Artículo 8, Decreto 2075 de 1992, y expresa su coincidencia con las motivaciones de la providencia que así lo dispuso.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso, la Sala procede a estudiar los distintos puntos señalados por el demandante atendiendo el mismo orden reseñado en el acápite precedente.

1. Suspensión provisional de los artículos 4, 7, 8, 10, 13, 15, 16, 17 del Decreto acusado, por violación del Artículo 243 de la Constitución Nacional.

Para la Corporación, la expresión "razones de fondo" del artículo 243 de la Carta, es suficientemente clara, pues siempre se ha aceptado la existencia de preceptos de carácter sustantivo y procesal, entendiendo por los primeros como aquellos que contienen un derecho, o regulan una determinada situación en su naturaleza, contenido y alcances, mientras que las segundas se refieren a la forma tanto de expedición de los primeros como a los trámites o mecanismos para hacerlos efectivos.

Retomando lo expresado en las primeras líneas el párrafo anterior debe tenerse como un imperativo de la prohibición para reproducir preceptos declarados inexequibles, que estos hayan sido objeto de estudio en cuanto a su contenido y que por lo mismo las motivaciones o razones de la decisión definitiva guarden congruencia entre sí, elementos que como se expresó en la providencia objeto de este recurso, no fueron materia de controversia ante la Corte Constitucional y por lo mismo no puede afirmarse que al respecto hubo pronunciamiento de fondo.

En conclusión la pretendida vulneración del artículo 243 de la Carta, no ocurre en el caso *sublitis*, motivo suficiente para confirmar el auto recurrido.

1.2. Suspensión provisional del numeral 3, del Artículo 8, Decreto acusado.

Se dice que la norma acusada convierte en imperativo algo que en el Estatuto Tributario esta previsto como facultativo (los ajustes).

De acuerdo con la expresión del actor, la nueva formulación aumenta el impuesto a pagar debido a que los ajustes se realizan sobre la misma base, pero se introducen cambios en la determinación del período.

De la proposición hecha por el recurrente, se desprende que para llegar a las conclusiones por él efectuados, no basta la simple comparación entre la norma acusada y la norma superior violada, sino que se requiere una interpretación sistemática o del conjunto del Estatuto Tributario en relación con el acto demandado, además de ciertos cálculos matemáticos, que de por sí anticipan cierta dificultad para percibir la presunta infracción, operación mental atípica en la suspensión provisional y por ende argumento suficiente para negar su procedencia.

1.3.- Suspensión provisional del artículo 18, Decreto 2075 *ibídem*. Compensación de pérdidas.

Se dice que la expresión "fiscales", en la compensación de pérdidas, limita el alcance y el significado claro y expreso de la ley, elemento de violación apreciable a simple vista.

Si bien es cierta la afirmación del recurrente en el sentido de que el Estatuto Tributario menciona en partes diferentes la expresión compensación de pérdidas (ver artículos 147 y 351 del Estatuto Tributario), también lo es, que para arribar con seguridad a la conclusión de que el calificativo fiscal varía el alcance de la norma, es necesario efectuar disquisiciones y razonamientos con ayuda de los métodos de hermenéutica y de conceptos contables sumamente técnicos, trabajo que de por sí, insistimos, desnaturaliza la cautelar medida de la suspensión y que de por sí la hace improcedente para el punto bajo examen.

1.4.- Suspensión provisional del inciso 1o., artículo 21, Decreto 2075, *ibídem*. Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

El actor manifiesta que no es irrelevante el cambio de la expresión "este título" por "este decreto", advirtiendo sobre las contradicciones que genera el enunciado este decreto, particularmente en relación con el deber y la oportunidad de realizar los ajustes contables a las compras.

La Sala no desestima eventuales contradicciones derivadas de la norma acusada, sin embargo y se ha dicho reiteradamente, que cuando sea necesario realizar un estudio de fondo, y una labor de interpretación sistemática de las normas acusadas y de las vulneradas, la cuestión se halla en el campo de la decisión definitiva y no en el de la suspensión provisional, razones por las cuales no se dan los presupuestos para acceder a la medida pedida.

1.5.- Suspensión provisional artículo 33 Decreto 2075 *ibídem.* Especialidad en la aplicación de normas tributarias.

Para el demandante, con la norma acusada se infringe la segunda parte del inciso primero del artículo 338 de la Carta.

En atención al reclamo del recurrente en el sentido de que su solicitud de suspensión se debe entender referida a la última parte del inciso primero del artículo 338 de la Carta, la Sala observa que no puede predicarse prima facie la contradicción alegada pues habría que entrar a estudiar lo relativo al contenido y alcance y de las leyes que desarrollan el artículo 338 *ibídem* en cuanto a sujetos pasivos, hechos y bases gravables y tarifas del impuesto a la renta, además de precisar si con el artículo 33 del Decreto 2075 de 1992 se están prescribiendo requisitos, estudio que no corresponde a la presente etapa procesal y menos aún al pronunciamiento de suspensión.

En relación con los puntos de vista expuestos por la Administración en el *libelo* sustentatorio de su recurso, la Sala considera que no le asiste razón, cuando afirma que en ejercicio de la facultad reglamentaria del ejecutivo, la Administración puede establecer métodos de valuación de inventarlos, pues expresamente el artículo 450 inciso final del Código de Comercio, habla de métodos previstos por la "legislación fiscal".

No puede la Administración, asumir que a falta de estatutos de rango legal, bien en sentido formal o material, automáticamente queda ella investido de competencias que constitucionalmente corresponden a otra rama del poder público y menos aún, por vía de interpretación distinguir donde el legislador no la hace, para entender por legislación fiscal, todas las normas relativas a la materia, cualquiera sea la jerarquía o autoridad de quien emanen.

Si el Código de Comercio expresa: "legislación fiscal", *stricto sensu*, ha de tomarse como referida a preceptos emanados del Congreso de la República, ya que es él, la instancia derivada en quien se ha radicado la cláusula general de competencia legislativa, sin que puedan hacerse según el caso, interpretaciones extensivas. Las razones consignadas en cuanto al recurso de la Administración conducen a la confirmación del auto incoado.

En conclusión la Sala decide confirmar el auto recurrido.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1°.- Confírmase la providencia de once (11) de marzo de 1993.

2°. - Reconócese personaría conforme poder otorgado por la Administración a las doctoras Nidia Patricia Narváez Gómez y Elizabeth Whittingham García.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que ésta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección*; Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario

REGIMEN DE ADUANAS / CONTRATO DEL MANDATO / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El art. 189 num. 25 de la Constitución Nacional y el art. 3° de la ley 6° de 1971 hacen alusión a disposiciones relativas al régimen de aduanas, las cuales integran un estatuto especial y que por lo mismo impone su aplicación preferencial en estas materias,normas que por lo mismo carecen de la virtud suficiente para introducir modificaciones a la legislación ordinaria, la cual por regla general es objeto de competencia del Congreso en cuanto a su expedición. Así mismo tanto el contrato de mandato como el principio de solidaridad en materia de obligaciones son genéricamente objeto de regulación del código civil y que si bien es cierto por ser de rango legal puede ser modificado por una norma posterior del mismo nivel, no puede dársele automáticamente tal capacidad a un decreto del gobierno en desarrollo de una ley marco.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta

Santa Fe de Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia.: Expediente No. 4722. Actor: CAMILO VARGAS AYALA C/LA NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR- ACCION DE NULIDAD. AUTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por los apoderados de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público; y de Comercio Exterior , contra el auto de marzo 26 de 1993, en relación con el decreto de

suspensión provisional del inciso segundo del artículo 23 del Decreto 1909 de 1992.

La Reposición

1.- Del Ministerio de Hacienda y Crédito Púbico

Solicita la administración que se revoque el contenido del numeral 6o. del auto de fecha 26 de marzo de 1993 con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

En el caso bajo análisis no se ven los elementos señalados en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para hacer viable jurídicamente la suspensión decretada, pues no se evidencia obstensiblemente la violación de las normas superiores que seguidamente se citan por parte del acto acusado:

> "a. Las que constituyen el marco normativo (numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política , ; artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971, artículo 2o. de la Ley 7a. de 1991 y artículo 108 de la Ley 6a. de 1992) que facultó al ejecutivo para expedir el Decreto 1909 de 1992.
>
> "b. Las que el demandante y el Honorable Consejo de Estado denominan "legislación ordinaria" (artículos 1568, 2142, 2180, 2186 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio), por cuanto, como se desarrollará más adelante el Decreto 1909 de 1992 y, concretamente, el contenido del inciso segundo del artículo 23 sólo surte efectos jurídicos en relación con la actuación administrativa aduanera y no en las relaciones entre particulares por actividades jurídicas de igual naturaleza, aspecto para los cuales continúa vigente y sin niguna modificación la denominada "normatividad ordinaria". Esto fundamentalmente por que la legislación aduanera constituye una área del derecho diferente de la legislación ordinaria y de las demás de carácter especial, razón por la cual consideramos que no es posible efectuar este tipo de confrontaciones." (fls. 86/87).

La reforma constitucional de 1968, transfirió las competencias de la rama legislativa a la ejecutiva en relación con las materias que versan sobre "crédito público, deuda nacional y su servicio, cambio internacional y comercio exterior, aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas". figura se concreta en que el legislativo debe limitarse a señalar pautas generales y el ejecutivo debe desarrollarlas y ejecutarlas, concepción materializada en el numeral 22 del artículo 76 del acto legislativo No. 1 de 1968, aspectos que en

el nuevo ordenamiento constitucional se hallan en el literal "c", numeral 19 del artículo 150 y numeral 25 del artículo 189.

La generalidad que corresponde a las leyes marco, como en estas materias, limita y restringe la competencia del congreso a legislar sobre normas que contengan objetivos y criterios sin que implique el ejercicio de la acción comprendida por los verbos que componen la redacción del numeral 19 del artículo 150 de la carta.

La ley 6 de 1971, contiene las reglas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para regular dos aspectos claramente diferenciados:

- Normas generales para modificar aranceles y tarifas (artículo 1 y 2do).

- Normas generales para modificar las demás disposiciones del régimen de aduanas, distintas del arancel de aduanas .

- "El régimen aduanero hace referencia a toda una legislación que abarca, como en todo régimen de derecho, disposiciones de control, dentro de las cuales se encuentran las infracciones o faltas a dicho régimen y las sanciones que conforme al mismo proceden".

> "Argumentar lo contrario, no tendría lógica, ya que si el Gobierno pudo modificar y derogar las disposiciones relativas a la actuación ante la Aduana contenidas en la Ley 79 de 1931, con fundamento en el artículo 3o de la Ley 6a. de 1971, expidiendo el Decreto 2666 de 1984, no es entendible que ahora no pueda, en desarrollo de la misma disposición, continuar modificando las normas que dicho decreto consagró sobre el mismo respecto." (fl. 90).
>
> "A lo anterior se agrega que sí como se demostró, los decretos expedidos en desarrollo de una ley marco pueden modificar leyes preexistentes, también pueden hacerlo respecto de los Códigos por revestir estos el carácter de ley." (fl. 90).

- Para la expedición del Decreto 1909 de 1992, el Gobierno consultó la doctrina y los convenios internacionales y en especial las tendencias legislativas en materia de simplificación aduanera en otros países, este comentario hace relación a la responsabilidad aduanera del mandatario.

En respaldo de la tesis expuesta se trae como referencia el convenio de Kyoto, normas 5 y 7 el numeral 3o. del artículo 211 y el artículo 213 del

SECCION CUARTA

Código Aduanero Comunitario, del Consejo de Comunidades Europeas; así como preceptos de la legislación aduanera mexicana y argentina.

- Solidaridad en la legislación aduanera. La ley marco de aduanas, en su artículo 3o. faculta al Gobierno para modificar el régimen de aduanas, competencia en la que el ejecutivo al desarrollar la ley marco, actúa bajo parámetros constitucionales y no usurpar competencias del órgano legislativo.

Al constituir el derecho aduanero una legislación especial, sólo en casos de vacío se podrá acudir a otras normas, como por ejemplo a las del Código Contencioso Administrativo, del derecho civil o comercial.

- Se registran antecedentes normativos tales como el Decreto 2060 de 1984, artículos 2, 4, 5, 116, que permiten demostrar, que es materia del régimen aduanero, con base en su ley marco, regular los aspectos relacionados con las personas que intervienen en la gestión administrativa aduanera. El tema de la responsabilidad solidaria en materia aduanera no corresponde a la legislación ordinario, sino a la aduanera.

- Sobre la materia de impugnación.

La responsabilidad solidaria no atenta ni contra la esencia ni naturaleza del contrato de mandato, es decir no lo desfigura y menos aún, cuando ésta se establece por una norma legal.

El contrato de mandato para el agenciamiento aduanero en atención a los artículo 20, 21, 22 y 23 del Código de Comercio, es de naturaleza mercantil y en los negocios mercantiles se presume la responsabilidad solidaria.

En el estado gendarme, la voluntad de las partes materializaba el contenido de los contratos, pero bajo el estado intervencionista y en el campo aduanero público, cuando el mandatario interviene en la gestión aduanera, asume todos los derechos y obligaciones del importador.

Análisis del artículo 23 del Decreto 1909 de 1992, relativo a las facultades y cargos que corresponden a los sujetos en relación con la declaración de importación y sus efectos ante la Dirección de Aduanas Nacionales.

El importador como declarante.

Si es el importador el que suscribe y presenta la declaración de importación, será el sujeto responsable de las obligaciones aduaneras que se deriven de tal hecho.

Mandatario como declarante.

De conformidad con la legislación aduanera, si el importador otorga contrato de mandato para suscribir y presentar la declaración de importación, se origina responsabilidad solidaria del mismo.

La obligación Tributaria es de naturaleza personal y crea un crédito a favor del Estado, por ello se trata de un vínculo de derecho público y no de un simple crédito privado.

Bajo la nueva legislación, para el agenciamiento basta con el contrato de mandato y en consecuencia la responsabilidad será solidaria cuando se adquiere la calidad de declarante.

Destaca finalmente la recurrente, que siempre ha existido responsabilidad del declarante frente a la dirección de aduanas nacionales y que así como con fines de agilización se ha permitido la autodeclaración, se debe proteger el efectivo recaudo y cumplimiento de las obligaciones aduaneras.

Por último expresa la Administración, que en la Sección Primera de esta Corporación, cursa proceso en contra del Decreto 1105 de 1992, expedido con base en el artículo 3o. de la ley 6 de 1971, ley marco de aduanas, con el fin de precisar las facultades del ejecutivo en desarrollo de la misma.

2.- Del Ministerio de Comercio Exterior

Concreta su recurso la Administración, en la legalidad del Decreto impugnado, y como consecuencia la improcedencia de la suspensión ordenada, con fundamento en las razones que se resumen a continuación:

El artículo 189, numerales 11, 25 de la Carta establece la potestad reglamentaria y las facultades referidas a la materia aduanera respectivamente.

A su vez el artículo 1568 del Código Civil, establece la responsabilidad solidaria por virtud de la convención, el testamento o la ley.

De la norma citada, y entendiendo por ley no solamente la expedida por el Congreso, se encuentra que en el caso *sub-judice,* la solidaridad entre importador y mandatario, nació en virtud de la ley, pues las leyes marco constituyen una delegación del legislativo en el ejecutivo.

SECCION CUARTA

3.- Oposición al recurso

Solicita se confirme la providencia impugnada con fundamento en las siguientes razones:

El artículo 150, numeral 2o. de la Carta, establece como función exclusiva del Congreso, la de expedir y reformar códigos en todos los ramos de la legislación, de donde se concluye que no es dable afirmar como lo hace la apoderada del Ministerio de Hacienda, que los decretos expedidos en desarrollo de una ley marco pueden revocar leyes preexistentes y por ende los códigos por revestir éstos el carácter de ley.

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad solidaria sólo puede establecerse por virtud de la ley.

La responsabilidad solidaria establecida por la ley 79 de 1931, en los artículos 31, 56, 57 y 132, es diferente a la que consagró el Decreto acusado entre mandante y mandatario. De igual manera el artículo 403 de la citada ley, establecía responsabilidad del mandatario ante el importador y no del agente de aduana frente al Gobierno, como lo pretende hacer entender la recurrente. Finalmente y para desvirtuar la afirmación de que la solidaridad entre mandante y mandatario se derivan del artículo 825 del Código de Comercio, se cita el artículo 2162 del mismo estatuto y que define el "mandato comercial".

CONSIDERACIONES:

Con ocasión de la demanda de nulidad, el actor solicitó la suspensión provisional entre otros del inciso segundo del artículo 23 del Decreto 1909 de 1992, el cual expresa:

> "Cuando la declaración se presente a través de apoderado o mandatario, éste será solidariamente responsable con el importador por los tributos aduaneros y las sanciones que resulten de su actuación y del incumplimiento de las obligaciones aduaneras".

Norma que prevé la responsabilidad solidaria entre importador mandatario frente a las autoridades aduaneras por los tributos sanciones que se deriven de su actuación.

Esta Corporación, en la oportunidad procesal correspondiente decretó la suspensión provisional del precepto antes citado por considerar que con él, se introducían modificaciones a la legislación ordinaria y particularmente al contrato de mandato en cuanto a su naturaleza y obligaciones de las partes al

prescribir el principio de responsabilidad solidaria cuando se trata de actuaciones ante las autoridades aduaneras, lo anterior por considerar que este tipo de previsiones no corresponden a una competencia del ejecutivo.

El Ministerio de Hacienda a través de recurso de reposición expresa su inconformidad con la decisión de suspensión pues con el acto acusado no se está violando normas superiores tales como: numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Carta; artículo 30 ley 6, de 1971; artículos 2, ley 7a. de 1991 y 108 ley 6 de 1992.

Verificadas las normas invocadas por la recurrente en su relación con el acto acusado, se halla que el artículo 2 de la ley 7 se consagran los principios a los cuales deberá someterse el Gobierno al expedir las normas sobre comercio internacional del país y el artículo 108 de la ley 6 de 1992, adiciona las facultades de la Dirección de Aduanas Nacionales en los campos de investigación, fiscalización y control, que tiene la Dirección de Impuestos Nacionales, excluyendo las facultades de determinación de tributo, aplicación de sanciones y presunciones que tiene tal entidad, normas que no se relacionan directamente con la controversia planteada.

Como consecuencia del enunciado precedente y atendiendo lo expresado por las entidades recurrentes, la cuestión se reduce a determinar si de conformidad con el artículo 189 numeral 25 de la Carta y la ley 6 de 1971, el Gobierno en ejercicio de las competencias que con materia aduanera le otorga la Constitución y en desarrollo de la ley marco respectiva podía introducir las modificaciones que obran en el acto acusado.

Artículo 189, numeral 25 de la Constitución Nacional:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

"25. Organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y organizar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas...."

Artículo 3 Ley 6 de 1971.

"Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera Uniforme acordado por la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de

administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la ley 79 de 1971" (subrayo fuera de texto).

A su vez el encabezado de la ley 6 *ibídem* expresa:

"Por la cual se dictan normas generales, a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

Para la Sala, la preceptiva citada insistentemente hace alusión a disposiciones relativas al régimen de aduanas, las cuales integran un estatuto especial y que por lo mismo impone su aplicación preferencias en estas materias, normas que por lo mismo carecen de la virtud suficiente para introducir modificaciones a la legislación ordinaria, la cual por regla general es objeto de competencia del congreso en cuanto a su expedición.

Se discute en el caso bajo estudio, la capacidad del Gobierno para modificar en desarrollo de una ley marco alusiva al régimen aduanero, la institución de la solidaridad específicamente derivada del contrato de mandato para establecer responsabilidades ante las autoridades de aduana.

Encuentra la Sala, que tanto el contrato de mandato como el principio de solidaridad en materia de obligaciones son genéricamente objeto de regulación del Código Civil y que si bien es cierto que éste por ser de rango legal dentro de la jerarquía normativa puede ser modificado por una norma posterior del mismo nivel, no puede dársele automáticamente tal capacidad a un decreto del Gobierno en desarrollo de una ley marco, pues en estos eventos las facultades del ejecutivo han de señalarse con exactitud en el precepto que le sirve de fuente y no deducirse de expresiones vagas o imprecisas.

En el caso *sublitis*, el encabezado de la ley 6 de 1971, expresa: "y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", pero en ninguno de los artículos del texto se precisan las competencias para introducir modificaciones al régimen de la representación y al principio de la solidaridad.

De otra parte, la Constitución Nacional en sus artículos 150 numeral 19 y 189 numeral 25, utiliza la misma formula, de la ley de 1971, pero precisamente para que en las leyes cuadro se concreten las competencias que corresponden en desarrollo de las mismas al ejecutivo.

Con fundamento en lo antes expresado y por las mismas razones expuesta en la providencia recurrida, la Sala considera que ésta habrá de mantenerse.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o.- Confirmar, el auto de marzo 26 de 1993, proferido dentro del proceso de la referencia.

2o.- Reconocer personería a los doctores Patricia del Pilar Romero Angúlo y Campo Elías Rivera Pico en representación de la Administración.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FUERZA MAYOR / CASO FORTUITO / RENTA PRESUNTIVA.

Para que haya "fuerza mayor o caso fortuito", figura que incide, entre otros casos, en el cálculo de la renta presuntiva, se requiere por regla general que se tipifíquen varios presupuestos, a saber: que no se produzca por acto voluntario del contribuyente; que no ocurra conjuntamente con culpa del contribuyente, es decir, que el hecho no haya sido suficientemente probable para que el responsable lo haya podido prever; que además sea irresistible, es decir imposible de impedir, lo cual coloca al contribuyente en imposibilidad absoluta de obtener de su patrimonio líquido siquiera la rentabilidad mínima determinada por el Estatuto Tributario.

FUERZA MAYOR / CASO FORTUITO / DEVALUACION MONETARIA / RENTA PRESUNTIVA.

No es suficiente probar el hecho constitutivo de "fuerza mayor o caso fortuito" para consolidar el derecho a un cálculo de renta por debajo del porcentaje fijado para el efecto. Debe probarse también el grado de disminución ya que si el interesado se limita a mostrar únicamente la fuerza mayor o caso fortuito, sin determinar las consecuencias concretas, la presunción legal continuará vigente con todos sus efectos y en toda su extensión. La devaluación del peso colombiano y su incidencia en los costos y en la rentabilidad de la sociedad, no encajan dentro de la noción de "fuerza mayor", ya que tratándose de un fenómeno cíclico recurrente de la economía colombiana desde hace muchos años, nada tiene de emergente o repentino y si bien es un hecho "irresistible" no puede tenérselo como "imprevisible".

EXP. - 4422

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4422., Actor: METALMECANICA COLOMBIANA LTDA "METALCOL", IMPUESTO DE RENTA.-FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad METALMECANICA COLOMBIANA LTDA., contra la sentencia del 10 de agosto de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre la Renta correspondiente al año gravable 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS:

Previa inspección general a los libros de contabilidad y Requerimiento Especial 063 del 4 de diciembre de 1987 que la contribuyente contestó en marzo de 1988, la Administración Tributaria practicó y notificó la Liquidación de Revisión 119 de mayo 31 de 1988.

Determinó la renta por el sistema presuntivo, previsto por los Artículos 15 y 16 de la Ley 9a. de 1983, advirtiendo que en caso de desvírtuarse éste se establecería con base en el sistema ordinario de depuración, con desestimación de:

a) Ajustes en diferencia de cambio por valor de $26.882.371, de acuerdo a las prevenciones de los Artículos 16, 30 y 54 del Decreto 2053 de 1974.

b) Deducciones solicitadas por concepto de pagos al personal, en los términos de la Ley 21 de 1982, Artículos 17 y 61 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 y Artículo 74 del Decreto 2503 de 1987.

Y finalmente, con desconocimiento de retenciones en la fuente causadas en rendimientos financieros recibidos por la suma de $29.103 y en comisiones por $3.055.000, por cuanto la sociedad no aportó. las certificaciones correspondientes de conformidad con el Artículo 7° de la Ley 38 de 1969, Artículo 24 Decreto 2026 de 1983, Artículo 15 del Decreto 80 de 1984 y Artículo 16 del Decreto 81 de 1984.

SECCION CUARTA

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 44 de junio 26 de 1989, confirmó la liquidación oficial, y solo reconoció retenciones en la fuente por concepto de rendimientos financieros y comisiones por las sumas de $29.103 y $1.805, respectivamente.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos en cita y como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho lesionado se decrete:

a) Que la sociedad METALMECANICA COLOMBIANA LTDA. "METALCOL LTDA". no está obligada a pagar la suma de $13'070.531 mayor valor determinado en la liquidación de revisión, y

b) Que se confirme la liquidación privada presentada por METALCOL para la vigencia gravable 1985 y consecuentemente se confirme el saldo por restituir por valor de $15'411.051 que determinó en dicha liquidación la sociedad.

Como disposiciones que considera violadas cita:

Artículo 15 de la Ley 9a. de 1983; 1° de la Ley 95 de 1890; Artículo 23 del Decreto 460 de 1986 y 7° de la Ley 38 de 1969.

Estima en síntesis el apoderado judicial que, la Oficina de Impuestos : infringió aquellas normas porque, desde la contestación al requerimiento especial la sociedad probó que se encontraba dentro de uno de los eventos que pueden calificarse de "fuerza mayor o caso fortuito" y por lo tanto excluída del régimen de renta presuntiva.

Entiende que el endeudamiento externo y un acto de autoridad como la resolución expedida por la Junta Monetaria que prohíbe la cancelación de las deudas extranjeras antes de los doce meses siguientes a la fecha de su otorgamiento, genera una diferencia en cambio que a su turno hace que la renta liquida gravable declarada por la empresa, sea inferior a la renta liquida gravable presumida. Esto es, que la diferencia en cambio es producto de una fuerza mayor proveniente de la resolución expedida por el gobierno.

Aduce también como hecho que desvirtúa la presunción de rentabilidad, un control indirecto de precios que explica así: como la sociedad produce únicamente para SOFASA, al tener ésta sus artículos bajo control de precios, sólo admitió el reajuste de precios de los productos de METALCOL en la medida en que el gobierno autorizaba el reajuste de los vehículos automotores.

Invoca el contenido de los Artículos 23 del Decreto 460 de 1986 y 7 de la Ley 38 de 1969, para que se le reconozca la retención en la fuente efectuada por concepto de comisiones en cuantía de $1.250, de acuerdo a certificación expedida por CRECER S.A. y aportada con la declaración de renta.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de fecha 10 de agosto de 1992, denegó las súplicas de la demanda.

En síntesis, argumenta el *a-quo* que el acto de autoridad que la actora esgrime como constitutivo de "fuerza mayor o caso fortuito", no tiene el carácter de imprevisible y en consecuencia no constituye factor que releve a la empresa de la obligación de determinar la renta en forma presuntiva.

Mantiene el rechazo de la retención en la fuente porque, dentro del informativo lo que aparece es un certificado expedido por CRECER S.A. en el cual se hace constar una retención por concepto de intereses por $3.150, documento que no es suficiente para probar lo pretendido, por cuanto ni el concepto ni la suma coincide con lo que alega el reclamante.

DE LA APELACION:

El apoderado de la entidad demandante apela. Solicita se revoque la sentencia y se proceda a confirmar la liquidación privada. Con fundamentos similares a los consignados en la demanda, reitera que la depreciación del peso y la prohibición del giro al exterior para abonar la deuda externa de la sociedad, son hechos constitutivos de fuerza mayor y caso fortuito que desvirtúan la renta presuntiva. Tal circunstancia dice, "encarece el producto de la empresa y consecuencialmente disminuye las ventas, dada la exigua capacidad adquisitiva del consumidor colombiano".

En cuanto a la retención en la fuente insiste en que con el recurso de reconsideración, acompañó fotocopia autenticada del certificado expedido por CRECER S.A. por la suma de $1.250 prueba suficiente para su aceptación conforme lo prevé la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado judicial de la actora reitera los argumentos, ya expuestos y solicita de nuevo la revocatoria de la sentencia apelada y se confirme la liquidación privada.

SECCION CUARTA

El representante de la administración se opone a la apelación. Opina que la sentencia se encuentra ajustada a derecho y en consecuencia pide su confirmación.

Con respaldo en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de noviembre 20 de 1973 y agosto 31 de 1992, entiende que si bien la sociedad no es causante de la devaluación del peso, sí es factible que ella prevea las consecuencias de ésta, de donde infiere que tal hecho no es fuerza mayor que desvirtúe la presunción legal en cuestión.

Repite que dentro del informativo no reposa prueba alguna que respalde la retención en la fuente efectuada virtualmente por CRECER S.A., respecto a las comisiones por $1.250.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para que haya "fuerza mayor o caso fortuito", figura que incide, entre otros casos, en el cálculo de la renta presuntiva, se requiere por regla general que se tipifiquen varios presupuestos, a saber:

- Que no se produzca por acto voluntario del contribuyente.

- Que no ocurra conjuntamente con culpa del contribuyente, es decir, que el hecho no haya sido suficientemente probable para que el responsable lo haya podido prever.

- Que además sea irresistible, es decir imposible de impedir, lo cual coloca al contribuyente en imposibilidad absoluta de obtener de su patrimonio líquido siquiera la rentabilidad mínima determinada por el Estatuto Tributario.

> "La irresistibilidad a que alude el Artículo 1° de la Ley 95 de 1890, consiste según la jurisprudencia, en que el hecho no haya podido ser impedido y coloque a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla". (Auto Sala de Negocios Generales, 21 de mayo de 1947, LXII,554)
>
> "Es requisito para que haya caso fortuito de acuerdo con el Artículo 1° de la Ley 95 de 1890, que no se pueda preveer, porque si puede serlo y por ello evitar el daño, desplegando prudencia, no existe.
>
> Si no se puede prever, pero sí resistir, obrando con cierta diligencia, tampoco existe" (Sentencia S. de N.G., septiembre 1946, LXI, 576; Auto 18 de mayo 1948, LXIV, 389; Cas. 15 noviembre 1951, LXX, 781).

Por lo demás no es suficiente probar el hecho constitutivo de "fuerza mayor o caso fortuito" para consolidar el derecho a un artículo de renta por debajo del porcentaje fijado para el efecto. Debe probarse también el grado de disminución, ya que sí el interesado se limita a demostrar únicamente la fuerza mayor o caso fortuito, sin determinar las consecuencias concretas, la presunción legal continuara vigente con todos sus efectos y en toda su extensión.

La devaluación del peso colombiano y su incidencia en los costos y en la rentabilidad de la sociedad, por el acto que es materia de cuestionamiento no encajan dentro de la noción de "fuerza mayor", en los términos en que antes quedó expuesto.

> "La devaluación monetaria tratándose 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 1° 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, asimismo, 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".

Así se pronunció la Sala en sentencia del 11 de diciembre de 1992, proferida en proceso de la misma empresa contribuyente y sobre el mismo tema pero con relación al período gravable 1984 (exp.4347, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

Tampoco dentro del informativo se encuentra probado que la actividad económica que desarrolla la empresa se encuentre afectada por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios y el hecho de estarlo indirectamente, como proveedora exclusiva que dice ser de SOFASA, no esté contemplado en la regulación legal de la materia como causa justificativa de menor rentabilidad.

SECCION CUARTA

RETENCION EN LA FUENTE:

En cuanto a la retención en la fuente efectuada a la empresa por concepto de comisiones pagadas por CRECER S.A. por $1.250, encuentra la Sala que si bien es cierto no aparece dentro de los antecedentes administrativos la prueba de haberse realizado aquélla, con la demanda ante la jurisdicción se aportó fotocopia autenticada del certificado expedido por la empresa retenedora (fl.60) pero simultáneamente también se acompañó (fl.62) fotocopia autenticada de ante el Notario 23 del mismo certificado en el cual son visibles los sellos de la Administración y la Contraloría General de la República que indica haberse tenido en cuenta el valor de $1.250 en una diligencia de traslado de sobrantes de 1985 a 1986 por valor total de $15'325.??3 (números ilegibles) el día 16 de octubre de 1987 con lo cual surge la conclusión de que si tal retención ya fue objeto de aplicación, no puede ser nuevamente objeto de reconocimiento.

En tales condiciones no es posible acceder a la solicitud de modificación de la sentencia apelada.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

COMPETENCIA POR CUANTIA - Determinación / PRETENSION

Si bien el criterio de determinar la cuantía, de las controversias fiscales por la diferencia neta de *quantum* entre la liquidación privada y la oficial, resuelve el punto de la mayoría de los casos resuelta a veces insuficientes cuando en materia fiscal se contravierten cuestiones que con llevan una pretensión cuantificable aunque no se concrete en la fijación inmediata de un tributo y en este evento se debe dar aplicación al art. 20 núm. 1o del C de P.C. de determinar la cuantía, de acuerdo con el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, como es en este caso la aducida disminución del patrimonio representado en acciones, que evidentemente es una "pretensión" de valor claramente determinado, independientemente, de la incidencia de la misma pudiera acusar en el impuesto por liquidar en "futuras vigencias".

DIFERENCIA EN CAMBIO / PASIVO INTERNO / PASIVO FISCAL / PATRIMONIO LIQUIDO

Por lo común, la plusvalía de activos poseídos en moneda extranjera, originada en diferencias de cambio positivo del último día del período impositivo, que constituyen superávit de capital, solo es cuantificable, con el carácter de utilidad o beneficio, a tiempo de la enajenación de tales activos; pero en la práctica contable y tratándose de instituciones financieras, con inversiones en el exterior, este "ajuste de cambios", forma parte del "patrimonio" del balance, conformado por el capital, el superávit y las ganancias retenidas, respondiendo el indicado *item,* a un concepto eminentemente contable, configurativo del "pasivo interno" o crédito de socios que difiere de la noción de pasivo fiscal,

prevista por el art. 282 del E.T., para la determinación del "patrimonio líquido gravable".

PATRIMONIO NETO / ACCIONES - Valor intrínseco / PATRIMONIO EN MONEDA EXTRANJERA

El tratamiento contable de las provisiones y su efecto ordinario en la cifra líquida del patrimonio fiscal, no se opone al procedimiento señalado, por el art. 10 del decreto 825 de 1978 para la determinación del "patrimonio neto", porque se trata de una institución legal relativa, exclusivamente, a la determinación del valor intrínseco de las acciones que no registran movimiento en el mercado de valores, o no se hallan inscritas en bolsa. Por otro aspecto es evidente que los arts. 269 y 282 del E.T., son normas genéricas de los "bienes y créditos en moneda extranjera" y del "patrimonio líquido" determinado por métodos comunes, a las que por su especialidad, deben preferir los preceptos referentes a la forma de fijar el patrimonio neto de los entes societarios y el valor intrínseco de sus acciones independientemente de la nacionalidad del ente, pues tales preceptos no hacen ninguna distinción

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Radicación 4586. Apelación sentencia del 1 de octubre de 1992 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 1988. Actor: BANCO CAFETERO. FALLO.

Magistrada Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone el BANCO CAFETERO, demandante en el proceso, contra la sentencia de 1o. de octubre 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 referente al impuesto de renta del período impositivo de 1988 promovido en relación con la liquidación de corrección # 13 de 20 de febrero de 1990 y la resolución # 003 de 1o. de febrero de 1991, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Habiendo pedido el Banco, con oficio de 8 de septiembre de 1989, corregir la declaración del ejercicio, en cuanto la Superintendencia Bancaria había dispuesto modificar los estados financieros originalmente presentados, mediante comunicación # 037539 de 14 de agosto del mismo año, el acto liquidatorio impugnado, previa inspección tributaria, accedió a las modificaciones solicitadas, excepto por la referida al renglón 2 del formulario de declaración, "acciones y aportes", cuyo valor inicialmente declarado se pretendía reducir en la suma de $5.455.236.000, estimándose improcedente tal disminución en razón de que, conforme al artículo 114 del decreto 2053 de 1974, "en concordancia con el artículo 269 del Estatuto Tributario", tratándose de bienes poseídos en moneda extranjera, "el valor patrimonial del bien es el costo histórico más la diferencia en cambio declarada inicialmente"; la liquidación fue confirmada en la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Señala quebrantados los artículos 47 y 87 de la ley 57 de 1931, 114 y 115 del decreto 2053 de 1974, 57, inciso 1°, del decreto 2247 de 1974 y 15 y 40, parágrafo, de la ley 9 de 1983 y normas concordantes.

En desarrollo de los correspondientes cargos, reproduce lo expresado en el memorial de reconsideración, en el sentido de que para el Banco era imperativo el cumplimiento de las instrucciones de la Superintendencia Bancaria, relacionadas con la corrección de los estados financieros, por disponerlo así los artículos 1° de la ley 57 de 1931 y 47 y 48 de la ley 45 de 1923, debiendo castigarse las acciones de la filial del Banco en Panamá de acuerdo con las instrucciones dichas, configurándose de este modo, por ser éstas orden de autoridad competente, un evento de fuerza mayor respecto del valor de aquéllas, incidente en la renta presuntiva del Banco por patrimonio líquido, para 1989, el período subsiguiente al discutido, de conformidad con los preceptos incorporados por el artículo 181 del Estatuto Tributario; el valor patrimonial fiscal de las aludidas acciones debía establecerse, pues, en términos del artículo 274 *ib.*, según se había hecho en el proyecto de corrección presentado por el Banco ante la Administración, pues correspondía al balance de la filial en Panamá, corregido de acuerdo con las instrucciones de la Superintendencia Bancaria, no dándose el hecho económico imponible para fines de la renta presuntiva por 1989.

Reconoce que el valor de los bienes representados en moneda extranjera, se debe determinar por el tipo de cambio vigente el último día del año gravable, pero entiende que la conversión de divisas a moneda colombiana es cosa distinta

del valor de los bienes en moneda extranjera, "que debe establecerse previamente a la conversión a moneda colombiana", cuestión a la que se contraería la controversia y que no habría sido analizada por la Administración.

Explica, que el Banco tomó inicialmente las acciones de su filial panameña por su costo original en balboas, equivalente a dólares americanos, haciendo la conversión en moneda colombiana, al tipo oficial de cambio vigente el 31 de diciembre de 1988, "que era del 335.861", declarándose las acciones por $7.388.852.828, pero que en la revisión del balance, la Superintendencia Bancaria estimó que las acciones de la filial panameña no tenían tal valor comercial, "dados los castigos que forzosamente tenían que efectuarse en los créditos del Banco Cafetero de Panamá, a cargo de países suramericanos en cesación de pagos, como era públicamente conocido", instruyéndose para que, en definitiva, se tomaran las acciones por su costo histórico de $1.933.616.837, sin ajustes de cambio, por lo que el balance corregido de la filial mostraba un valor negativo ("U.S.$71.15"), como se demostró en la vía gubernativa, que se debía determinar conforme al artículo 57, inciso 1°, del decreto 2247 de 1974, que no distinguía entre sociedades nacionales y extranjeras, por tratarse de acciones que no se cotizaban en bolsa, y que era el valor patrimonial para los fines de la renta presuntiva; así que, pese a que las acciones podían excluirse del patrimonio por tener valor negativo, el proyecto de corrección las presentó por su costo histórico; repite, que las instrucciones de la Superintendencia, por las que se obró, constituyan fuerza mayor, de acuerdo al artículo 1° de la ley 95 de 1890, con efecto en la determinación de la renta presuntiva, según el artículo 15 de la ley 9a. de 1983.

LA SENTENCIA APELADA:

Advierte que la Administración no discute el valor de las acciones de la filial del Banco en Panamá, sino que niega su corrección con base en el artículo 114 del decreto 2053 de 1974 que, en la parte referente al valor de bienes representados en moneda extranjera, prevé su estimación en moneda nacional, sin que la valorización a que da lugar el ajuste de cambio constituya renta; añade, que "en el *sub-lite* tal valorización no se ha dado, pero la instrucción de la entidad de vigilancia atiende es a la prevención de la recuperación de créditos de la filial por lo cual se ordena la provisión"; y que habiendo declarado inicialmente el Banco su inversión en la filial de Panamá por el equivalente a U.S.$21.999.800, al tipo de cambio de 335.86, o sea la suma de 17.328.852.828, éste debía ser el valor patrimonial de la inversión, para efectos del artículo 114 citado, que, sin embargo, descompuso en las cantidades de $1.933.616.837 como costo histórico de la misma, y de $5.455.235,991, por ajuste de cambio, para presentar solo la primera en la declaración corregida.

Concluye, que la circunstancia de que la Superintendencia Bancaria hubiera ordenado crear una provisión, "hecho meramente contable preventivo", no significaba que el valor de la acción debiera reducirse "al valor negativo de U.S.$71.15, porque la constitución de la provisión por sí sola no implica la pérdida del bien y por tanto no afecta la conformación del patrimonio neto de la filial extranjera de donde deviene el valor de la acción al cual debe aplicarse la conversión", pues, "solo la desvalorización comprobada afecta el patrimonio, circunstancia que, debidamente comprobada, incide en la determinación de la renta presuntiva, evento que como lo indica el demandante corresponderá a vigencia fiscal diferente de la discutida...."

EL RECURSO DE APELACION:

Repite, en lo esencial, los argumentos de la demanda; sobre lo expuesto en la sentencia, observa que la Superintendencia, al ordenar la provisión del 100% del valor de las acciones de la filial, partió de la existencia de créditos de dudoso cobro, del Banco, correspondientes a deudas de países americanos en cesación de pagos o con graves problemas financieros de público conocimiento, que hacía necesaria la protección de su cartera de más de un año de vencida, con el 100%, y la de antiguedad inferior, con el 15%, siendo procedente el nuevo balance presentado por el revisor fiscal del Banco, según el cual, las acciones de la filial resultaban con valor negativo, situación ya advertida por la Superintendencia en su oficio # 023053 de 18 de mayo de 1989, cuando dijo, "que en el caso de la filial en Panamá, las provisiones superan el monto del patrimonio en la suma de U.S.$3.5 millones", o sea, que el patrimonio de la filial era negativo y, por consiguiente, también el valor de las acciones.

Niega que la creación de una provisión, fuera el "hecho meramente contable preventivo", que dice el Tribunal, o que no implicara una pérdida del bien, o no afectara el patrimonio neto de la filial extranjera, supuesto que la misma haría que el bien protegido tuviera un menor valor comercial del registrado en la contabilidad, mostrado en la cuenta de provisión, cuando no, directamente, en la cuenta de desvalorizaciones, aspecto comercial y contable en que se habrían inspirado normas tributarias, como el artículo 115 del decreto 2053 de 1974, según el cual, el valor de créditos dudosos, para fines patrimoniales, se afectaría con las provisiones constituídas para su protección, con repercusión, en el caso, sobre el valor fiscal patrimonial de las acciones, no cotizadas en bolsa, que habrían quedado "sin valor comercial en balboas o dólares", desapareciendo "la base para los ajustes de cambio".

SECCION CUARTA

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La parte demandada pide anular la actuación cumplida en la segunda instancia, "a partir del auto de enero 22 de 1993 que admitió la apelación interpuesta", por incompetencia de esta Corporación en razón de la cuantía, con fundamento en los artículos 131, numeral 4°, del decreto 01 de 1984 y 20 del Código de Procedimiento Civil, pues, a su juicio tratándose de procesos en los que se controvierte la determinación de obligaciones tributarias, "la cuantía está señalada por la diferencia entre el valor fijado por la liquidación privada y el valor fijado en los actos demandados", no pudiendo, en el caso, partirse de la liquidación privada,por haber sido objeto ésta de solicitud de corrección, conforme al artículo 589 del Estatuto Tributario, que había planteado una rebaja del impuesto a cargo, pretensión parcialmente aceptada, que daría lugar a una diferencia por impuesto de cero, si se comparan los fijados en la liquidación de corrección presentada ($932.187.000) y los determinados en la liquidación oficial de corrección ($932.187.000); o negativa, o inferior a cero, en el caso de que se tuvieran en cuenta el "valor a (sic) pagar" de la liquidación privada ($1.138.848.000), y el mismo valor señalado por la liquidación oficial de corrección ($1.083.801.000), de lo cual se infeririía que el proceso era de una instancia, por tener una cuantía inferior a la vigente cuando se presentó la demanda, el 4 de junio de 1991, que era de $1.120.000.

De otro lado, que la estimación hecha por el demandante, en cifra de $130.925.664 equivalente "al impuesto de renta del 30% de una mayor renta presuntiva de $436.418.879 a (sic) calcularse en la siguiente vigencia fiscal, por efecto del mayor valor tomado para las acciones de la filial panameña del Banco", no sería la cuantía real del proceso en 1988, la vigencia discutida, sino una estimación incierta de la cuantía que "posiblemente corresponda a futuras vigencias", según se habría pronunciado la Sala, por auto de 4 de diciembre de 1992, proceso 3856, con ponencia del Señor Consejero Carmelo Martínez Conn.

En lo de fondo, se afirma en la legalidad de la actuación administrativa reconocida por el fallo apelado, especialmente en cuanto a que la reserva del 100%, ordenada por la Superintendencia Bancaria, "no demerita el precio fiscal de las acciones correspondientes, sino que implica una capitalización por parte de dicha entidad bancaria, una canalización de sus utilidades hacia su propio patrimonio", y no una efectiva rebaja del valor de las acciones o su irrecuperabilidad, que permitiera ignorar lo dispuesto por el artículo 269 del Estatuto Tributario en la materia.

Tampoco estima de recibo el argumento de que, conforme al artículo 270 *ib.*, el valor de los créditos dudosos se afecte con las provisiones, pues el

contribuyente no solicitó deducir éstas, ni existían deudas dudosas o de difícil cobro para la filial de Panamá o, al menos, el hecho no se planteó en la declaración.

La parte demandante, a su vez, insiste en que, como resultado de los índices numéricos adelantados por la Superintendencia Bancaria, ésta había llegado a la conclusión de que, tanto la filial panameña como el Banco, debían hacer provisiones, la primera para proteger las deudas dudosas de Panamá y otros países suramericanos, resultando la misma con un patrimonio neto negativo; y el segundo, para proteger su inversión en aquélla, afectando la cuenta de ajuste de cambio, correspondiente a las acciones, cuyo valor fiscal se debía determinar con arreglo al artículo 57 del decreto 2247 de 1974, en consonancia con el 40, parágrafo de la ley 9a. de 1983, y el 10 del decreto 825 de 1978; y que, dado que el patrimonio neto de la filial era negativo, lo era igualmente el valor de las acciones del Banco en la misma, por lo que no resultaba ningún valor en moneda extranjera o colombiana, para aplicar la tasa de cambio a que se refería el artículo 114 del decreto 2053 de 1974, de modo que, en rigor, las acciones se tendrían que haber declarado en ceros, no obstante lo cual se presentaron por su costo histórico, en armonía con las aplicaciones contables que se dió a las indicaciones de la Superintendencia en el sentido de proteger el valor de las acciones mediante la afectación de la cuenta de ajuste de cambios.

Al contrario de lo que afirman la Administración y la sentencia, las instrucciones de la Superintendencia serían pertinentes para fines tributarios, pues para aplicar las normas impositivas que regulan el valor de las acciones que no se cotizan en bolsa, se deberían tener en cuenta los balances comerciales, en lo que sí tendrían plena validez dichas instrucciones, por su forzoso acatamiento.

Admite que, como se dice en la sentencia, las provisiones no hacen desaparecer el activo protegido pero resalta que si se hacen aquéllas, "es porque el valor de los activos protegidos ha sufrido demérito, y para establecer el valor fiscal se restan las provisiones en algunos casos (...) y, en otros, las provisiones representan un valor que puede, o no, incidir en el patrimonio líquido fiscal o neto comercial, según su incidencia en las cifras finales de los balances y del patrimonio líquido o neto...."; en el caso de la filial, "en que la constitución de las provisiones configuraron pérdidas en el ejercicio y el resultado final de un patrimonio neto negativo", el efecto de las provisiones sería el de afectar las cifras finales del patrimonio neto y el valor de las acciones.

Por último, la Señora Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación estima que, como es sabido, uno es el balance de carácter fiscal que debe

sujetarse a las normas tributarias, y otro, el balance comercial, que puede contener medidas financieras sanas y recomendables, "pero que no puede generar deducciones a la renta gravable ni disminución del patrimonio, por no corresponder al catálogo de aquellas que autoriza la ley tributaria".

Y que, dado que el Banco, de conformidad con el artículo 114 del decreto 2053 de 1974, declaró las acciones de que se trata, representadas en moneda extranjera, por su valor a la tasa de cambio vigente el 31 de diciembre de 1988, se ajustó a derecho, "y por lo tanto, su valor comercial real solo puede determinarse en el momento en el que se negocien dichas acciones, o en el que se liquide la filial....".

Destaca la función de control y saneamiento financiero de la Superintendencia y tiene por elemental la medida de protección ordenada al Banco, de crear una provisión que amparara la posible pérdida por su inversión en la filial; observa, igualmente, que las provisiones de cartera o de capital se deben efectuar con cargo a los rendimientos operativos de la entidad, y que cualquier aumento de la diferencia de cambio de inversiones en moneda extranjera, el rendimiento o utilidad comercial, siendo ostensible pues, que la provisión se ordenara con cargo a dicha diferencia, liquidada contablemente el 31 de diciembre de 1988; pero que se trataba de una medida de carácter financiero, que no podía afectar la forma en que, de acuerdo con la ley tributaria, se debían declarar los bienes de capital representados en moneda extranjera, así éstos soporten un proceso de desvalorización que pueda reflejarse en una pérdida para el inversionista, en prevención de lo cual, precisamente, se había dispuesto la provisión, no pudiendo así modificarse, "los factores determinantes de esta inversión para efectos fiscales, los cuales serán siempre los mismos mientras no se liquide la mencionada inversión.....".

Concluye, que el fallo merece ser confirmado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Nulidad por incompetencia

Habiéndose consagrado en el Decreto 01 de 1984 el factor de la cuantía para establecer las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, la jurisprudencia ha adoptado como criterio general que en las controversias fiscales su cuantía está dada por el importe de los gravámenes discutidos, (o diferencia neta de "*quantum*" entre las liquidaciones privada y oficial).

Si bien el anterior criterio resuelve el punto en la mayoría de los casos, resulta a veces insuficiente cuando en materia fiscal se controvierten cuestiones

que conllevan una pretensión cuantificable aunque no se concrete en la fijación inmediata de un tributo y en este evento se debe dar aplicación al artículo 20 numeral 1° del Código de Procedimiento Civil de determinar la cuantía, de acuerdo con el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda.

Puesto que la aducida disminución del patrimonio representado en acciones, en cifra líquida de $5.455.236.000, evidentemente es una "pretensión" de valor claramente determinado, independientemente de la incidencia que la misma pudiera acusar en el impuesto por liquidar en "futuras vigencias", de suyo inciertas, no cabe duda de que la fijación de la cuantía del proceso y, por ende, la competencia para conocer de éste en razón de aquélla, debía contraerse al importe específico de tal pretensión, caso en el que, de conformidad con los preceptos invocados por la demandada, la acción promovida amerítaba el doble grado de jurisdicción, sin lugar a la nulidad impetrada (Cfr. , sentencia de la Sala, abril 16 de 1993, proceso # 4386, demandante, Upjohn, S.A., Consejera ponente, Doctora Consuelo Sarria Olcos).

2. Cuestiones de fondo.

Por lo común, la plusvalía de activos poseídos en moneda extranjera, originada en diferencias de cambio positivo del último dia del período impositivo, que constituyen superávit de capital, solo es cuantificable, con el carácter de utilidad o beneficio, a tiempo de la enajenación de tales activos; pero, en la práctica contable, particularmente tratándose de instituciones financieras, con inversiones en el exterior, este "ajuste de cambios", forma parte del "patrimonio" del balance, usualmente conformado por el capital, el superávit y las ganancias retenidas, respondiendo el indicado *ítem* de patrimonio, a un concepto eminentemente contable, configurativo del "pasivo interno", o crédito de socios, accionistas o propietarios de la empresa, que difiere de la noción de pasivo fiscal, prevista por el artículo 282 del Estatuto Tributario, para la determinación del "patrimonio líquido gravable".

El hecho de hacer una provisión con la señalada plusvalía, como lo hizo la contribuyente, (o aún por el importe total del activo revalorado) implicaría, por tanto, la disminución en suma igual a la apropiada, no del patrimonio fiscal, líquido o gravable, sino del activo afectado por la provisión; pero como el valor apropiado se transfiere, por guarismo idéntico, a la mencionada cuenta "ajustes de cambio", con una contrapartida del mismo importe en el patrimonio contable o "pasivo interno", no se altera la condición de balanza ni, de suyo, el patrimonio fiscal, líquido o gravable.

Con todo, resulta de particular relevancia el hecho de que, según se planteó en los escritos del recurso gubernativo y la demanda, las acciones del

banco actor en su filial de Panamá, no solamente carecieron de mercado bursátil, sino que acusaban un comportamiento marcadamente irregular en lo que tocaba a su valor intrínseco (esto es, el que de conformidad con el artículo 274 del Estatuto Tributario, cabía establecer a falta de cotización en bolsa de valores), forzosamente atribuíble a la cesación de pagos, moratoria declarada, o estado de refinanciación en que se hallaban los créditos de la filial contra algunos países latinoamericanos, principalmente, Panamá, Ecuador y Argentina, de acuerdo a lo descrito por el accionante.

De conformidad con el artículo 274 del Estatuto Tributario, dicho valor intrínseco resulta, "de dividir el patrimonio neto de la sociedad por el número de acciones en circulación o de propiedad de los socios o accionistas", sin que el mismo sea inferior "al monto resultante de dividir el patrimonio líquido fiscal de la sociedad por el número de acciones en circulación en el último día del período gravable", de acuerdo con lo previsto por el inciso 2° de este artículo (subrayas fuera de texto).

Al respecto, es preciso resaltar que el régimen impositivo actual no dice lo que debe entenderse por "patrimonio neto", pero a la vez, también, que tal expresión proviene, en relación con el mismo tema, del artículo 118 del decreto 2053 de 1974 ("el valor de las acciones (...) de sociedades subordinadas o económicamente vinculadas entre sí, es el que resulte de dividir el patrimonio neto de la sociedad por el número de acciones en circulación o de propiedad de los socios o accionistas"), cuando igualmente regía el artículo 10 del decreto reglamentario 825 de 1978 que, a propósito de la responsabilidad solidaria entre vinculados económicos en materia de retención en la fuente establecida por el artículo 5°, letra a), de la ley 52 de 1977, había expresado que, "el patrimonio neto está constituído por el activo menos el pasivo externo, que está compuesto por las obligaciones a cargo de la sociedad y a favor de terceros, incluídas las debidas a los accionistas o asociados por utilidades abonadas en cuenta en calidad de exigibles, según mandato expreso del artículo 156 del Código de Comercio, y las provisiones constituidas con cargo a pérdidas y ganancias" (Subrayas fuera de texto).

La norma transcrita rigió, ininterrumpidamente, hasta la promulgación del decreto 624 de 1989, que expidió el Estatuto Tributario, pero el hecho de que no hubiera sido reproducida por éste, dado su carácter reglamentario, no significa que hubiera perdido vigor, pues, en tal caso, la aludida expresión "patrimonio neto", sí reproducida, habría quedado sin ningún significado aparente, suposición contraria a los principios de utilidad y eficacia de la ley, no pudiendo, de otro lado, asimilársela a la locución "patrimonio líquido, o gravable", sencillamente porque no hay precepto que haga tal homologación, ni los elementos de éste coinciden con los del "patrimonio neto".

Por otra parte, cabe anotar igualmente que, en la cuestión de que se trata, el artículo 23 del decreto 2160 de 1986 dice que, "se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables, así como para disminuir el valor de los activos a su valor de mercado en los casos necesarios. Las provisiones deben ser justificadas, cuantificables y verificables".

En el caso de autos, se tiene por demostrado que el banco actor, con el memorial de reconsideración, pidió, entre otras pruebas, oficiar al Superintendente Bancario para que certificara sobre la orden impartida, por oficios de 18 de mayo y 11 de julio de 1989, de provisionar la inversión en Panamá y reservar la revaloración de ésta por diferencias de cambio, y explicara las razones "de fuerza mayor" que fundaban dicha orden, sin que la Administración practicara tales pruebas (como ninguna otra) o siquiera aludiera a la situación específicamente referida al problema del valor intrínseco de las acciones, no obstante haberse acompañado también los estados financieros de la filial, con las modificaciones dispuestas por el Superintendente, certificados por la revisoría fiscal del Banco y destinados a probar el valor actual de las acciones en cuestión.

Ahora bien, lo dicho en los apartes introductorios de estas consideraciones, respecto del tratamiento contable de las provisiones y su efecto ordinario en la cifra líquida del patrimonio fiscal, no se opone al procedimiento señalado por el artículo 10 del decreto 825 de 1978 para la determinación del "patrimonio neto", porque se trata de una institución legal relativa, exclusivamente, a la determinación del valor intrínseco de las acciones que no registran movimiento en el mercado de valores, o no se hallan inscritas en bolsa. Por otro aspecto, es evidente que los artículos 269 y 282 del Estatuto Tributario, son normas genéricas de los "bienes y créditos en moneda extranjera" y del "patrimonio líquido" determinado por métodos comunes, a las que, por su especialidad, deben preferir los preceptos referentes a la forma de fijar el patrimonio neto de los entes societarios y el valor intrínseco de sus acciones, independientemente de la nacionalidad del ente, como bien se dice en la demanda, pues tales preceptos no hacen ninguna distinción.

Así las cosas, puesto que la prueba documental pedida por el actor, no decretada, pero luego aportada en la primera instancia del juicio, no fué discutida u objetada por la Administración, en cuanto al mérito probatorio que le confería la ley, ni la Sala encuentra reparo alguno que formularle, se considera acreditado que el valor intrínseco unitario de las acciones que el Banco poseía en su filial de Panamá, era de US$71.15 negativo y que, por consiguiente, el valor patrimonial de las mismas en el último día del ejercicio discutido, carecía de

importe numerario representativo, sin embargo de lo cual debe prevalecer el fijado en la liquidación privada.

En conclusión, está llamado a prosperar el recurso del actor.

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, anúlanse la liquidación de corrección # 013 de 20 de febrero de 1990 y la resolución # A-47.000003-P de 1° de febrero de 1991, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales en relación con el impuesto sobre la renta del ejercicio gravable de 1988 del BANCO CAFETERO.

Como consecuencia, declarase en firme el proyecto de corrección de la declaración de renta y patrimonio del indicado año gravable, presentado por el mencionado contribuyente el 8 de septiembre de 1989, sin perjuicio de la facultad de revisión de la Administración.

La Doctora NOHRA INES MATIZ SANTOS tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate,Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano*, (ausente); *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTIVA - Reducción / PERIODO IMPRODUCTIVO / INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION.

Si bien respecto del consorcio actor, no cabía desconocer el carácter acreditado de "productor", lo cierto es que no bastaba esta sola calidad circunstancial para acceder al derecho de exclusión porcentual de los ingresos netos base del cálculo de la renta presuntiva, toda vez en que incluso en los preceptos más antiguos, el factor "improductividad" (como justificativo de una rentabilidad inferior a la presunta) estuvo siempre asociado al concepto de "industria" esto es, a un sistema integrado de producción, mercadeo, financiación y comercialización desarrollado por un mismo empresario o grupo de empresas, dado que evidentemente, el solo hecho de la producción, sin ventas, haría que la actividad industrial careciera de significado alguno, en términos económicos.

PERIODO IMPRODUCTIVO / CONSORCIO / INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El "período improductivo" debe entenderse como el lapso durante el cual el empresario no recibe ingreso alguno por concepto de su "primera enajenación de bienes" o "prestación de servicios", precisamente por no encontrarse terminada, o lista para ser puesta en operación, la respectiva obra o construcción susceptible de enajenación o de prestar algún servicio, es decir, porque la misma se halla todavía en las fases de "prospectación" o "construcción". De admitirse que las actividades del Consorcio reunieran los presupuestos de las normas respectivas, necesariamente su "período improductivo" se habría hecho infinito, supuesta la

imposibilidad jurídica en que se encontraba al enajenar, explotar o poner en servicio, por su cuenta y riesgo, una obra pública. (período fiscal 1986).

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa tres (1993).

Coonsejera Ponente: *Dra Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 4637. Apelación sentencia de noviembre 17 de 1992 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 gravable de 1986. Actor: CONSORCIO SPIE CAPAG-CONCONCRETO. FALLO

El Director de Impuestos Nacionales, debidamente representado, apela de la sentencia de 17 de noviembre de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento, en materia del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986, promovido por el CONSORCIO SPIE CAPAG-CONCONCRETO, S. de H., contra la liquidación de revisión # 0016 de 8 de agosto de 1989 y la resolución # 0012 de 8 de junio de 1990, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES:

Previo requerimiento, el acto liquidatorio impugnado determinó la renta líquida por presunción sobre ingresos netos, como en la liquidación privada el ejercicio, pero sin que se reconociera la reducción porcentual de aquéllos, propuesta en la corrección de la declaración, por no estimar que la declarante gozara de tal beneficio, conforme al artículo 3°, numeral 4°, del decreto 353 de 1984, pues del mismo solo disfrutaría, "el que invierte en la obra y no el ejecutante", que sería el que podría "invocar el período improductivo", actuación confirmada íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Indica quebrantados los artículos 3, numeral 4° y parágrafo 3° y 7 y 10 del decreto 353 de 1984, en cuanto se habrían desconocido, el derecho que tenía el Consorcio a invocar el período improductivo y la proporcionalidad de la reducción calculada sobre los ingresos netos, en la determinación de la renta presuntiva, habiéndose puntualizado, en la resolución del recurso gubernativo, que si bien al Consorcio obligaba la ejecución del contrato, era la Empresa colombiana de Petróleos la que había hecho la inversión y, por tanto, la que se hallaría en período improductivo, según el artículo 10 *ib.*

Argumenta que, de conformidad con el artículo 3, numeral 4°, *ib.*, en consonancia con los artículos 7 y 10 *ib.* (normas respectivamente referentes a los ingresos netos susceptibles de restarse de la base de cálculo de la presunción por corresponder a actividades vinculadas a empresas en período improductivo, período improductivo en la industria de la construcción, comprendido entre las etapas de prospectación y construcción, y etapas de construcción, comprendidas entre la conclusión de la etapa de prospectación y la primera enajenación de bienes o primera prestación de servicios), el Consorcio tenía derecho a la reducción en cuestión, pues, en 1986, había realizado ingresos netos por concepto de la construcción del oleoducto de Neiva, "Campo Dina - San Francisco", obra en período improductivo que, como consecuencia, no constituían base para el cálculo de la presunción, "toda vez que los únicos ingresos que obtuvo el Consorcio durante el año gravable de 1986 correspondieron a la realización de los ingresos netos del Oleoducto de Neiva".

Subraya, que las reseñadas normas se refieren, genéricamente, a la "industria de la Construcción", por lo que la interpretación restrictiva de la Administración, en el sentido de que sólo el inversionista de la obra pudiera verse afectado por el período improductivo, carecería de toda razón jurídica por establecerse un condicionamiento no previsto en la ley, pues que sería obvio entender que, en la industria de la construcción, quienes realizan los ingresos son los dedicados a tal actividad y no quienes contratan con éstos la ejecución de una obra, que percibirían ingresos si después de recibir la misma, la enajenaran, de modo que el fenómeno de la improductividad sólo se podría aducir por el Consorcio y no por ECOPETROL, que no era el constructor.

Anota, que contratada la construcción del oleoducto bajo la modalidad "llave en mano", el Consorcio era dueño de la obra hasta su entrega en funcionamiento, facultándolo, las normas fiscales vigentes, "para contabilizar las obras en proceso como activos diferidos (construcciones en curso)", así como los dineros por avances o anticipos, "entregados por el contratista" (sic); y que habiéndose suscrito el acta final de liquidación de la obra, el 6 de noviembre

de 1986, y causado los costos y deducciones e ingresos, hecho probado, el Consorcio, con fundamento en el artículo 69 del decreto 2053 de 1974 (o 201 del Estatuto Tributario), "tenía pleno derecho de hacer uso del período improductivo contemplado para las empresas que se dedican a la industria de la construcción".

Aclara que el contrato de construcción de que se trata ("Campo Dina-San Francisco"), fué celebrado por el Consorcio con HOCOL, S.A., que actuó como operador en el convenio y que había pactado la construcción directamente con ECOPETROL, certificándose en el acta final de liquidación el valor contratado, $251.674.467, no incluído el importe de las reclamaciones pagadas, por lo que habría una diferencia de aproximadamente $64.000.000 en relación con lo declarado, que pide verificar con HOCOL, S.A.

Agrega, que la Administración acepta que el Consorcio realizó los ingresos "a la entrega del contrato de servicios autónomos", pero desconoce la regulación del parágrafo 3° del artículo 3°. del decreto 353 de 1984 que ordena, en el caso de los períodos improductivos que solo afectan una parte del período gravable, que el valor de los ingresos netos excluíbles se determine, multiplicando los ingresos netos realizados en el período, en las actividades afectadas por improductividad, por el número de días de la afectación, y dividiendo el resultado por 360.

La petición principal se funda en que el Consorcio no debió liquidarse renta presuntiva proporcional por el ejercicio, ya que "su único objeto fué la ejecución del contrato de obra, cuyos ingresos y costos realizó en el mes de noviembre, la confrontación de estos dos factores establece su única ganancia posible, no hay lugar a establecerse, por vía de presunción, rentabilidad distinta".

Y la petición subsidiaria, en que el Consorcio realizó los ingresos en la fecha de liquidación y entrega de la obra y sobre éstos determinó proporcionalmente la renta presuntiva, por aplicación del artículo 201, literal b), del Estatuto Tributario, según el cual, en los contratos de servicios autónomos, los ingresos, costos y deducciones se realizan en la fecha de terminación de la obra, debiendo, en ausencia de ingresos de enero a octubre, aplicarse la proporcionalidad en la determinación de la renta presuntiva; adicionalmente, porque en la industria de la construcción, los artículos 3 y 10 del decreto 353 de 1984 señalan claramente el período improductivo, que se habría dado de enero de 1986 hasta la fecha de realización, en el mismo ejercicio, de los ingresos.

LA SENTENCIA APELADA:

Desestima la petición principal, en cuanto que, según lo expuesto por la parte demandada en la vía gubernativa, aquélla implicaría la corrección de la declaración tributarla, que incumbía a la declarante en la forma y términos previstos por la ley tributaria.

Respecto de la petición subsidiaria, considera que la discusión se contrae a la pertinencia, en el caso, de las disposiciones de los artículos 3, 7 y 10 del decreto 353 de 1984, invocadas por el Consorcio en su condición probada de constructor, y cuya aplicabilidad no discute la Administración, sino que simplemente entiende que solo la inversionista, ECOPETROL, podría hallarse en período improductivo y reclamar el beneficio en cuestión, pero que sería ésta una distinción carente de apoyo legal, pues dicha inversionista no es la constructora, siéndolo, en cambio, el Consorcio, que vendió sus servicios y se encontraría en la situación prevista por la ley para obtener el beneficio.

Declara, asímismo, que el período improductivo, conforme al artículo 7° citado, "es el comprendido por las etapas de prospectación y construcción"; y aunque no encuentra que las constancias expedidas por HOCOL, S.A., sobre operación del contrato y aprobación del acta final de liquidación, aparezcan reconocidas en los términos del artículo 252.1 del Código de Procedimiento Civil, estima que el certificado del revisor fiscal de la citada sociedad, visible a folio 66 del cuaderno principal, "es suficiente para probar lo que se pretende; además, revisada la declaración de renta de la sociedad se ha denunciado como único ingreso por contratos de servicios autónomos, en el renglón 165, la suma de $250.210.200, partida ligeramente inferior a la que se certifica como pagada al Consorcio en el año gravable de 1986...."; y que siendo aplicables a éste las citadas normas y dado que la liquidación del contrato fué aprobada a 25 de noviembre de 1986, "es el caso aplicar la proporcionalidad establecida en el parágrafo 3° del artículo 3° del decreto 353 de 1984....".

EL RECURSO DE APELACION:

Discrepa de la decisión estimatoria del *a- quo*, en razón de que si era cierto que el Consorcio había celebrado un contrato de construcción de obra pública con ECOPETROL, no lo sería que el mismo fuera el que finalmente construyera y vendiera la obra, como en el caso de quien efectivamente se dedica a la construcción y venta de inmuebles y puede acogerse a la reducción de la renta presuntiva, por encontrarse en período improductivo, de acuerdo con el artículo 7° del decreto 353 de 1984.

SECCION CUARTA

Prosigue, que el Consorcio obtuvo, en virtud del contrato, honorarios o utilidades, "sin que pueda decirse que la primera enajenación de bienes o la primera prestación de servicios, como lo establece el artículo 10 del decreto en cita, le corresponda, toda vez que no siendo la empresa la inversionista o la usufructuaria de la obra, mal podría hablarse de alguno de tales eventos. Para la firma de autos, lo que ocurre es la entrega del trabajo o de la obra contratada por lo cual obtiene un ingreso proveniente de la ejecución de contratos administrativos de trabajos públicos, que referido al contrato suscrito con ECOPETROL, no puede encontrarse en período improductivo, pues precisamente la culminación de la obra en el año gravable en discusión, está indicando el desarrollo y ejecución del mismo, y consecuencialmente la obtención total de los ingresos derivados de dicha ejecución, situación muy diferente para la sociedad inversionista, quien justamente hasta cuando le entregan la obra terminada podría decirse que finaliza su improductividad y comienza la etapa de explotación de la misma....".

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La parte demandante reproduce, en lo esencial los argumentos de la demanda.

El Señor Procurador Tercero Delegado, a su vez, con apoyo en lo dispuesto por los artículos 15, inciso 1°, de la ley 9a. de 1983, 3°, numeral 4°, 7, inciso 2°, y 10 del decreto 353 de 1984, sostiene que las expresiones, "empresas en período improductivo", o "valor de los ingresos netos realizados en actividades vinculadas a empresas en período improductivo", aluden a "empresas u organizaciones económicas que se encuentren en etapa de prospectación, construcción, instalación o montaje y no se refiere (n) a la realización de una obra en particular, ni a la circunstancia de que ésta pueda ser considerada, como la hace la demanda, improductiva.....".

Igualmente, que "el Consorcio Spie Capag no constituía en el año 1986 'empresa en período improductivo', no hay prueba que demuestre que en ese año se encontraba en etapa de producción, construcción, instalación o montaje; por lo tanto, es claro que respecto de los ingresos obtenidos por la construcción de las obras contratadas con ECOPETROL, el Consorcio no tiene derecho al beneficio que consagra el artículo 3°, numeral 4°, del Decreto 353 de 1984...".

Concluye que la sentencia, "en cuanto accede a las pretensiones de la demanda, debe ser revocada".

Por último, la parte demandada, basada en las definiciones y precisiones de los artículos 3, 7 y 10 del mismo decreto 353 de 1984, reitera que, por el

objeto social único descrito en el certificado de la Cámara de Comercio anexo ("la firma, la realización y la terminación de contratos administrativos de trabajos públicos... "), el Consorcio no tenía "la calidad exigida por el artículo 7, pues su actividad no era 'la industria de construcción y venta de inmuebles'... ", delimitándose claramente, en el artículo 10, al período improductivo, desde la fecha de terminación de la etapa de prospectación, hasta la de la primera enajenación de bienes.

Por otro aspecto, que aún en circunstancia de admitirse que el objeto del Consorcio era la "construcción y venta de inmuebles", la prueba documental esgrimida por éste para demostrar el período improductivo, no sería idónea, no solo por falta del reconocimiento que señaló la resolución del recurso gubernativo, en el caso de las constancias de HOCOL, S.A., sino porque no expresa claramente, "cuándo empezó la etapa de prospectación, ni cuándo terminó, y mucho menos cuándo se liquidó", no habiéndose, pues, desvirtuado la presunción de rentabilidad mínima.

En lo demás, remite a lo expuesto en la primera instancia por la Administración y la Fiscalía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Si bien, respecto del Consorcio actor, no cabía desconocer el carácter acreditado de "productor" con el que contrató en el asunto materia de la controversia, lo cierto es que, según acertadamente lo sostiene el señor abogado de la parte demandada, no bastaba esta sola calidad circunstancial para acceder al derecho de exclusión porcentual de los ingresos netos base del cálculo de la renta presuntiva, toda vez que, incluso en preceptos tan antiguos como los de los artículos 77 del decreto 2053 de 1974, 59 del decreto 2247 del mismo año y 11 de la ley 54 de 1977, el factor "improductividad" (como justificativo de una rentabilidad inferior a la presunta) estuvo siempre asociado al concepto de "industria", esto es, a un sistema integrado de producción, mercadeo, financiación y comercialización desarrollado por un mismo empresario o grupo de empresas, dado que, evidentemente, el solo hecho de la producción, sin ventas, haría que la actividad industrial careciera de significado alguno, en términos económicos.

Del texto del artículo 7 del decreto 353 de 1984, en conexión con los artículos 3, numeral 4° y parágrafo 3°, y 7 ib., se establece nítidamente que, para el caso, el "período improductivo" se predica de la "industria de construcción y venta de inmuebles", o sea, no aisladamente de la sola construcción o de la mera enajenación o explotación de inmuebles, sino del conjunto de actividades, *in solidum*, por lo antes visto, como elementos constitutivos del fenómeno industrial.

SECCION CUARTA

El Consorcio actor pudo demostrar que fuera el responsable de la construcción de una obra pública, pero no que se le hubiera otorgado poder alguno de disposición sobre la obra construída, como no fuera el de entregarla al contratante lista para su operación.

De hecho, el contrato "llave en mano" que dice haber ejecutado, regulado, entre otras normas, por el artículo 101 del decreto 222 de 1983, suponía exclusivamente que el contratante le reembolsara periódicamente los gastos comprobados y le pagara los honorarios causados, no que lo hiciera "dueño" de dicha obra para disponer a su arbitrio de la misma, luego, es perfectamente claro que no obraba con el carácter y efectos del industrial de la construcción que pudiera alegar períodos de improductividad de consecuencias fiscales en la determinación de la renta presunta.

El "período improductivo" de que trata el artículo 7 del decreto 353 de 1984, en consonancia con el 10 *ib.*, debe entenderse, por tanto, como el lapso durante el cual el empresario no percibe ingreso alguno por concepto de su "primera enajenación de bienes", o " primera prestación de servicios", precisamente por no encontrarse terminada, o lista para ser puesta en operación, la respectiva obra o construcción susceptible de enajenación o de prestar algún servicio, es decir, porque la misma se halla todavía en las fases de "prospectación" o "construcción".

De admitirse que las actividades del Consorcio reunieran los presupuestos de las normas en mención, necesariamente su "período improductivo" se habría hecho infinito, supuesta la imposibilidad jurídica en que se encontraba al enajenar, explotar o poner en servicio, por su cuenta y riesgo, una obra pública; contrariamente, conformadas sus prestaciones contractuales por el reembolso periódico de los costos comprobados y el pago de honorarios causados, generalmente cubiertos con partidas de "anticipo", no cabría hablar de lapsos de improductividad, ni de que el acta de liquidación definitiva fuera equiparable a una primera venta o prestación de servicios, pues dicha liquidación no es otra cosa que un resumen de cuentas activas y pasivas, donde no es improbable que éstas excedan a aquéllas y, de suyo, el contratista no solamente no reciba pago adicional alguno, sino que eventualmente deba responder por saldos créditos.

Extrañamente, el actor no anexa la "fotocopia auténtica del acta final de liquidación del contrato", enunciada en la demanda, ni menos ésta; lo que obra es una carta del denominado operador HOCOL, S.A., al Consorcio, en la que se propone transar determinados sobrecostos ocurridos por ambas partes y se acepta la transacción por el destinatario, pero sin que en ninguna parte de tal misiva, o del resto de la prueba documental esgrimida, se testimonie que el importe del contrato fuera recibido íntegramente por el Consorcio sólo en la

fecha de la liquidación final, "en noviembre de 1986", de donde, por este otro aspecto, tampoco cabe tener por demostrada la "improductividad", supuestamente acaecida entre enero y octubre de 1986.

En conclusión, el Consorcio demandante no tenía derecho a las reducciones de la renta presuntiva solicitada, no solamente porque su actividad no se cifraba en la "industria de construcción y venta de inmuebles", contemplada por el artículo 7 del decreto 353 de 1984, sino porque, aún asumiendo que tal era realmente su actividad, no demostró la ausencia de ingresos constitutivos de renta en el período comprendido entre enero y octubre de 1986, debiendo, en consecuencia, prosperar el recurso de la Administración, en concordancia con las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación.

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, deniéganse las súplicas de la demanda.

El Dr. LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS tiene personaría para actuar en nombre de la parte demandada.

Se acepta la sustitución conferida por el Doctor Alejandro Páez Murillo al doctor Carlos Mario Lafaurie.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

TEORIA DE LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES

Conforme a la doctrina de los "móviles y finalidades" adoptada por la Corporación en sentencia del 10 de agosto de 1961, no es la naturaleza del acto administrativo el elemento determinante del tipo de acción procedente, sino que es el motivo y la finalidad del actor la que da tal determinación, de si se tutela el "orden jurídico abstracto" no hay duda que el recurso procedente es el contencioso objetivo. Pero si lo que se persigue es la tutela de un derecho objetivo (restablecimiento de un derecho), resulta inadmisible el recurso contencioso objetivo. Significa entonces, que en el evento de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particularizadas, es permitido el recurso contencioso objetivo en la medida en que la declaratoria de nulidad no conlleve al restablecimiento de un derecho subjetivo.

CONTRIBUCION PARAFISCAL / COMPETENCIA FUNCIONAL / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

El tema de las contribuciones señaladas por la Superintendencia Nacional de Salud no es nuevo por haberse decidido ya algunas acusaciones de nulidad como la que fijo las contribuciones a cargo de las fábricas de cervezas y sifones, donde se dijo: "...Al poner en vigencia la Res. 325 El Superintendente Nacional de Salud quebrantó el art. 338 de la Constitución puesto que fijó unas tarifas sin tener en cuenta que dicha norma constitucional exige la preexistencia de una ley que regule y precise esa facultad de imponer contribuciones parafiscales, que no es una facultad autónoma de las autoridades administrativas..." Asimismo al fallar otra demanda sobre el particular se dijo: ..."De acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional del 20 de octubre de 1992 el

Gobierno no tenía facultades para atribuir a la Superintendencia la competencia para fijar el monto de las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas...".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D. C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gomez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 3947. Actor: CARLOS MANUEL ANGARITA SALGADO C / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. AUTORIDADES NACIONALES. FALLO.

Decide la Sala la demanda de nulidad instaurada por el ciudadano Carlos Manuel Angarita Salgado, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 19.059.665 de Bogotá, contra la Resolución Nro. 0328 de junio 24 de 1991, por medio de la cual la Superintendencia Nacional de Salud fija el monto de unas contribuciones. Se solicita igualmente en dicho *libelo* la suspensión provisional del acto administrativo recurrido.

Por auto de fecha diciembre 6 de 1991, la Sala admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional incoada.

LA NORMA ACUSADA:

La resolución Nro. 0328 de junio 24 de 1991 cuyo texto es el siguiente:

"Por el cual se fija el monto de unas contribuciones."

"El Superintendente Nacional de Salud, en uso de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas en el artículo 70, literal 11) del Decreto 1472 de 1990, y "

"CONSIDERANDO"

"Que el Decreto 1472 en sus artículos 30, literal p y 7 , literal 11) autoriza al Superintendente Nacional de Salud para fijar las contribuciones que corresponde sufragar a las entidades sometidas a Inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud;"

SECCION CUARTA

"Que el artículo 40, literal a) del Decreto 1472 de 1990 determina como sujeto de inspección, vigilancia y control a las Cajas de Compensación Familiar;"

"Que para el eficaz ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud se hace necesario el recaudo de las contribuciones autorizadas por el Decreto 1472 de 1990,"

"RESUELVE"

"Artículo 1o. Fíjese el monto de la contribución anual que las Cajas de Compensación Familiar deben sufragar a la Superintendencia Nacional de Salud, en uno punto cero por mil (1.0 % X 1.000) que se liquidará sobre el valor total de los egresos destinados a salud según conste en el estado financiero de los ingresos y egresos a treinta y uno (31) de diciembre del año inmediatamente anterior".

"Artículo 2o. La liquidación de las contribuciones a que se refiere el artículo anterior se hará anualmente para cada entidad, por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante resolución".

"Artículo 3o. El monto de las contribuciones deberá consignarse en la cuenta Superintendencia Nacional de Salud, Contribuciones del Banco Oficial que se indique en la resolución de liquidación, dentro de los treinta (30) dias siguientes a su notificación".

"Artículo 4o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación".

NORMAS VIOLADAS:

En concepto del accionante, la resolución antes transcrita viola las siguientes normas del orden superior:

a. El artículo 49, parágrafo, de la Ley 10 de 1990.
b. El artículo 51, literal b) de la Ley 10 de 1990.
c. El artículo 76, numeral 12, de la antigua Constitución Nacional hoy artículo 150, numeral 10, de la nueva Constitución.
d. El artículo 338 de la nueva Constitución Nacional, antiguo artículo 43.
e. El artículo 345 de la nueva Constitución Nacional.
f. El parágrafo del artículo segundo del Decreto 1472 de 1990.

CONCEPTO DE VIOLACION:

Explíca el accionante, que mediante la Ley 10 de 1990, se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, pero en el parágrafo del artículo 49, advirtió que las instituciones de seguridad social, previsión social y subsidio familiar, conservarían el régimen de Inspección y Vigilancia que poseían en ese momento. No obstante esto, agrega, que el Decreto 1472 de 1990 (fundamento de la resolución acusada alteró ese régimen al disponer que la Superintendencia Nacional de Salud ejercería funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Cajas de Compensación Familiar y que éstas debían contribuir para su sostenimiento, con lo cual violó manifiesta y obstensiblemente el artículo 49 de la ley de facultades, así como el artículo 51 *ibidem*, que circunscribió las mismas para "reformar la estructura administrativa, naturaleza jurídica y funciones del Ministerio de Salud y de sus entidades adscritas, para adecuarlas a las normas de esta ley".

Aclara, que al entrar en vigencia la Ley 10 de 1990, el régimen de vigilancia de las Cajas de Compensación Familiar, estaba (sigue estando) en cabeza de la Superintendencia de Subsidio Familiar, y no de la Superintendencia de Salud, por lo que al establecer funciones de inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia de Salud, pasó por alto la prohibición consagrada por el citado artículo 49.

Observa entonces, que si el Decreto 1472 no podía modificar el régimen de vigilancia de las Cajas, tampoco la Resolución Nro. 0328 de 1991, emanada de la Superintendencia Nacional de Salud, podía establecer contribuciones para el sostenimiento de dicha Superintendencia, y al establecerla, crea una obligación nueva relacionada con la vigilancia de las cajas, ya que al momento de expedirse la citada ley la única contribución existente por razones de vigilancia era la contemplada por el artículo 14 de la Ley 25 de 1981 a favor de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Y, en cuanto a la violación de las normas constitucionales las concreta así:

El artículo 76, numeral 12 de la antigua (hoy 150, numeral 10) porque el Decreto 1472 de 1991, en el que se fundamentó la acusada resolución excedió las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República en la Ley 10 de 1990.

El artículo 338 de la Constitución vigente, dado que la resolución acusada no tiene respaldo constitucional para imponer por sí mismo una contribución a las Cajas de Compensación Familiar con destino al sostenimiento de la

Superintendencia Nacional de Salud, obligación que tampoco podía establecerse mediante un decreto ley, como el 1472 de 1990.

El artículo 345 de la Constitución Nacional vigente, porque la contribución que se fija en la resolución demandada no está incluida en el presupuesto de renta de la Superintendencia Nacional de Salud.

El parágrafo del artículo 2o. del Decreto 1472 de 1990, porque al fijar motuo propio la contribución para el sostenimiento de dicha entidad contraría los principios y normas constitucionales citadas al poner en peligro los recursos de los afiliados que son la clase trabajadora colombiana.

LA PARTE OPOSITORA:

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante apoderado especial se opone a las pretensiones del accionante, argumentando aquél que en su concepto las funciones de Inspección y vigilancia que ejerce su representada a las Cajas de Compensación Familiar y sobre los servicios de salud, no se contrapone a las funciones que debe ejercer sobre dichas entidades la Superintendencia de Subsidio Familiar, y critica el cuestionamiento que hace el actor de la facultad específica que otorga el Decreto 1472 de 1990, a la Superintendencia Nacional de Salud, poniendo de presente la declaratoria de exequibilidad del mismo por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 28 de noviembre de 1991. Por otra parte, plantea excepción de inepta demanda por cuanto teniendo en cuenta la teoría de los móviles y finalidades expuestas por el Consejo de Estado, la acción intentada es inadecuada, ya que si el actor persigue a través de la acción de simple nulidad un restablecimiento del derecho, se desnaturaliza la acción propia del contencioso popular de anulación.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El Ministerio Público representado en esta instancia del proceso por el doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Procurador Tercero Delegado, emite su concepto de rigor considerando que es procedente el conocimiento de fondo del proceso porque el acto acusado tiene características de general, impersonal y abstracto y, cree además que se debe negar la solicitud de nulidad incoada ya que en su concepto no es posible pretender la inaplicabilidad de un acto administrativo cuestionando la legalidad de las normas que sirvieron de fundamento a su expedición (Decreto 1472 de 1990) sin tener en cuenta que tales normas de jerarquía superior fueron declaradas totalmente exequibles por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha noviembre 28 de 1991.

La Superintendencia Nacional de Salud, a través de su representante judicial insiste en la legalidad de la resolución acusada, amparada en el Decreto 1472 de 1990, el cual conforme a la sentencia de fecha noviembre 28 de 1991 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, "podía modificar la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinar de manera general las funciones a su cargo de acuerdo con la naturaleza y objetivos, proveer sobre sus recursos y redistribuir competencia entre la Superintendencia Nacional de Salud y sus delegados en el nivel seccional, como lo hizo con las disposiciones Impugnadas para adecuarlas a las disposiciones de la ley habilitante que, como antes se dijo, reorganizó el sistema nacional de salud". Por otra parte, reitera la excepción de Inepta demanda al estimar inadecuada la acción intentada para impugnar la resolución objeto de acusación, la cual en su opinión, es un acto administrativo de naturaleza concreta y particular por cuanto fija el monto de una contribución anual a cargo de las Cajas de Compensación Familiar. Anota, que en caso de prosperar la acción iniciada se daría el restablecimiento automático del derecho en beneficio de las mencionadas entidades ante la imposibilidad de efectuar liquidación y cobro de la correspondiente contribución, y para respaldar su tesis se remite a la teoría de los móviles y finalidades expuestas por el Consejo de Estado, doctrina que transcribe en su memorial.

De acuerdo con estas consideraciones solicita la Corporación se niegue la solicitud de nulidad contra el acto administrativo impugnado.

La parte actora, por su parte, presenta copia informal de sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha octubre 20 de 1992, con ponencia del doctor Simón Rodríguez Rodríguez, en donde se declaran inexequibles los artículos 3o. literal p) y 7o. literal 11) del Decreto 1472 de 1990, normas en las que se fundamenta la Resolución 0328 de 1991, originaria de la Superintendencia Nacional de Salud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Procede la Sala a resolver primero lo atinente a la excepción propuesta por el representante judicial de la Superintendencia Nacional de Salud, quien estima inadecuada la acción de nulidad incoada por el actor contra la resolución Nro. 328 de 1991 por medio de la cual su representada fijó el monto de las contribuciones que debieron sufragar las Cajas de Compensación Familiar. En su concepto este acto administrativo es de carácter particular y concreto, de manera que en caso de prosperar la acción generaría el restablecimiento automático del derecho a favor de las Cajas de Compensación Familiar, motivo por el cual debió adelantarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término legal, y por los interesados.

SECCION CUARTA

Conforme a la conocida y citada doctrina de los "móviles y finalidades" adoptada por la Corporación en sentencia del 10 de agosto de 1961, y reiterada posteriormente en varias providencias de esta misma Corporación, no es la naturaleza del acto administrativo el elemento determinante del tipo de acción procedente, sino que es el motivo y la finalidad del actor la que da tal determinación, de suerte que, si se tutela el "orden jurídico abstracto" no hay duda que el recurso procedente es el contencioso objetivo. Pero si lo que se persigue es la tutela de un derecho objetivo (restablecimiento de un derecho) se configura una pretensión litigiosa, resultando inadmisible el recurso contencioso objetivo, por ello indica la doctrina: "b) Si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, el recurso objetivo no será admisible, a menos que la acción se haya instaurado dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del artículo 83 del C.C.A."

Significa entonces, que en el evento de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particularizadas, es permitido el recurso contencioso objetivo en la medida en que la declaratoria de nulidad no conlleve al restablecimiento de un derecho subjetivo, en caso contrario resulta inadmisible dicho recurso. Tratándose de actos administrativos de carácter general y abstracto, en donde se tutela el orden jurídico abstracto, procede obviamente el recurso contencioso objetivo.

Bajo esta óptica, analiza la Sala la demanda incoada contra la Resolución Nro. 0328 de 1991, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud por la cual fijó el monto de la contribución que deben sufragar las Cajas de Compensación Familiar. Pretensión que encaja perfectamente en el recurso contencioso objetivo si se tiene en cuenta que el propósito del actor no está encaminado a la protección de un derecho particular, propio de él, sino de uno general y abstracto, ligado también a la naturaleza general y abstracta del acto administrativo acusado, tal como lo advierte el colaborador fiscal.

En efecto, la resolución en cuestión, al fijar el monto (%) y el procedimiento para liquidar la contribución que debían sufragar las Cajas de Compensación Familiar, regula una situación jurídica general e impersonal con base en la cual se le liquidaría posteriormente y mediante resolución la correspondiente contribución a cada entidad, produciéndose así un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y concreta.

En consecuencia, no le asiste razón al representante de la Superintendencia Nacional de Salud, en la excepción propuesta, toda vez que la acción adelantada por el actor resulta adecuada a sus pretensiones tendientes a la tutela del orden jurídico abstracto característico de la acción incoada.

Resultando impróspera la excepción incoada, es viable un pronunciamiento de fondo sobre el asunto puesto a consideración de la Sala.

Como se advierte del concepto de violación expuesto por el actor, la acusación que se plantea está estructurado sobre la base de considerar ilegal e inconstitucional el Decreto 1472 de 1990, en cuyos artículos 3°, literal p) y 7° literal 11) se fundamenta la resolución Nro. 0328 del 24 de junio de 1991 objeto de la acusación.

Para la Sala el tema de las contribuciones señaladas por la Superintendencia Nacional de Salud, con base en la autorización otorgada por los artículos 3, literal p) y 7 literal 11) del Decreto 1472 de 1990, no es nuevo, por haber decidido las acusaciones de nulidad de las resoluciones Nros. 325, 327 y 329, las que fijaron contribuciones a cargo de las fábricas de cervezas y sifones, fábricas de licores y entidades que prestan servicios de medicina prepagada, al fallar sobre la primera y dado que el cargo coincide con el caso *sub-examine* y efectuar el análisis de contravenciones a lo dispuesto por el artículo 338 de la Constitución, se dijo:

> "Es evidente que si el Superintendente Nacional de Salud profirió la Resolución acusada dentro de la vigencia del artículo 338 de la Carta Política de 1991, tal acto administrativo debía estar sujeto a las previsiones constitucionales por determinarlo así la jerarquización de nuestro ordenamiento jurídico y no podía asumir el papel de legislador para determinar *motu* propio las tarifas, ante la carencia o inexistencia de una ley, que expedida por el Congreso estableciera los requisitos y condiciones que habilitaran esta facultad del Superintendente. Al poner en vigencia la Resolución 325, el 11 de julio de 1991, el Superintendente Nacional de Salud quebrantó el artículo 338 *ibidem* puesto que fijó unas tarifas sin tener en cuenta que dicha norma constitucional exige la preexistencia de una ley que regule y precise esa facultad de imponer contribuciones parafiscales, que no es una facultad autónoma de las autoridades administrativas, sino que requiere indispensablemente para su ejercicio la autorización de la ley en los precisos términos que la Carta establece." (Expediente Nro. 4003, Sentencia de 11 de septiembre de 1992, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano).

Al fallar sobre la segunda, previo recuento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional , un fallo de la primera y dos de la segunda, sobre la constitucionalidad de los artículos 3o. literal 1 p) y 7o. literal 11) del Decreto 1472 de 1990, aceptando en sentencia de 28 de noviembre de 1991, su conformidad con la Carta; disponiendo ya la Corte Constitucional en sentencia de 20 de octubre de 1992, estar a lo dispuesto en la sentencia primera

en cita; para, en esta misma fecha, declarar la inexequibilidad de las mismas normas citadas del Decreto 1472 de 1990, al considerar que el gobierno al expedir el anterior decreto y autorizar al Superintendente para establecer y liquidar las contribuciones que corresponda sufragar a las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, excedió las facultades otorgadas a él por el literal b) del artículo 51 de la Ley 10 de 1990; se expresó:

> "En efecto, de acuerdo con dicha providencia se refiere a la de inexequibilidad, el gobierno, a la luz de la ley 10 de 1990, no tenía facultades para atribuir a la Superintendencia Nacional de Salud, la competencia para fijar el monto de las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas, por lo cual, al hacerlo excedió las facultades otorgadas por la ley." (Subraya del texto)
>
> "Así las cosas, y teniendo en cuenta que el acto acusado tiene como único fundamento, las normas declaradas inexequibles, es claro, que no tenía facultades el Superintendente Nacional de Salud para proferirlo".
>
> "Lo anterior no implica que se esté aplicando un fallo de inconstitucionalidad a situaciones anteriores, sino que se trata simplemente de que la presunción de legalidad de un acto administrativo, sometido a juzgamiento, ha quedado desvirtuada, en cuanto la autoridad que lo expidió, no tenía las facultades invocadas para proferirlo, de acuerdo con lo decidido por la Corte Constitucional".
>
> "Es del caso mencionar que el actor en su demanda, planteó como fundamento de derecho de sus peticiones, el exceso en que incurrió el legislador extraordinario al expedir el Decreto 1472 de 1990, artículo 30 literal p) y 7o. literal 11)." (Expediente Nro. 4322, Sentencia de 11 de febrero de 1993) Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

Al decidir sobre la terceras se advirtió que, "teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte y en especial el último de los reseñados la situación adquirió claridad", (Sentencia de abril 12 de 1993, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate), afirmación que se acoge para el presente, por lo que, los antecedentes jurisprudenciales por referirse a casos prácticamente iguales dan lugar a que se acceda a las súplicas de la demanda y, en consecuencia, es procedente decretar la nulidad solicitada en el presente proceso.

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:

Declárase la nulidad de la Resolución Nro. 326 de junio 24 de 1991, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por la cual fijó el monto de las contribuciones que debían sufragar las Cajas de Compensación Familiar.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS / SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA.

Si bien es cierto en materia tributaría no puede afirmarse la existencia de derechos adquiridos, no se descarta que frente a un nuevo ordenamiento, que modifica el anterior, y frente a éste, se hayan consolidado situaciones jurídicas, por estar la conducta del contribuyente desarrollada bajo el supuesto legal y, como tal, amparada reciente para producir todos los efectos. Para el caso en sentencia de febrero 15 de 1985, se afirmó: "Por esta razón aun cuando no se puede hablar de derechos adquiridos en materia tributaria pues tales derechos hacen referencia al derecho privado, si debe hablarse de situaciones jurídicas consolidadas, las cuales emanan del principio de legalidad del tributo. En consecuencia no es retroactiva la ley que modifica el régimen del tributo en cualquiera de los aspectos sustanciales".

SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA / NORMA DEROGADA

Ciertamente, existe poder soberano del legislador para modificar la normatividad en materia impositiva en todos sus aspectos; las tarifas del impuesto sobre la renta, cambio de las bases tributarias, eliminación o consagración de exenciones, por ejemplo, lo cual no quiere decir que este poder conlleve a que la nueva ley pueda arrasar con situaciones engendradas y consolidadas bajo el amparo de la legislación que se deroga, por estar la conducta del contribuyente dentro del supuesto jurídico previsto en la norma vigente al momento de su realización, cumpliendo así la condición impuesta para producir todos los efectos. Por lo tanto si la conducta

se desarrolla conforme a la hipótesis jurídica está llamada a producir los efectos jurídicos de manera inmediata.

DESCUENTO TRIBUTARIO / EMPRESA DE TRANSPORTE AEREO / IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Como en el *sub-examine* la actora realizó las inversiones del 100% del impuesto de renta (un descuento tributario) al amparo de las prerrogativas del artículo 104 del Decreto 187 de 1975, luego cumplió con el supuesto legal al efectuar la inversión dentro del período gravable, vale decir, su situación jurídica se consolidó, no dependiendo su concretación de la finalización del período gravable, este tiene relevancia para determinar el monto del impuesto, y si lo hay, la inversión ya efectuada debe únicamente ser probada. Se trata de estímulos consagrados por la ley de conducta o actos realizados bajo el supuesto jurídico previsto en la norma derogada, que al ser ejecutados por la actora, se consolidaron en su esfera jurídica bajo su vigencia, no pudiendo en consecuencia ser desconocidos en su eficacia para el período fiscal de 1986. (Período fiscal 1986).

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D. C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente Nro: 3989 Actor: AEROVIAS DE INTEGRACION REGIONAL S.A. "AIRES S.A." IMPUESTOS (RENTA) FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación-Dirección de Impuestos Nacionales-Administración de Impuestos de Ibagué, contra la sentencia de fecha 27 de septiembre de 1990, por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, accedió en forma parcial a las súplicas de la demanda, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, incoado por la sociedad "AEROVIAS DE INTEGRACION REGIONAL S.A. AIRES S.A." NIT: 890.704.196, contra la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta correspondiente a la anualidad tributaria de 1986.

SECCION CUARTA

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó declaración tributaria del impuesto de renta, el día 14 de mayo de 1987, radicación Nro. 00009022260-DIN, en la Administración de Impuestos de Ibagué, fijando los impuestos a su cargo en la suma de $39.997, mediante el sistema de renta presuntiva sobre la base de ingresos netos, de la cual excluyó ingresos afectados por control de precios en cuantía de $888.812.497.

Sobre este denuncio rentístico, se produjo el requerimiento especial Nro. 00010 de fecha 10 de mayo de 1989, en el cual se propuso modificación sobre los siguientes factores: 1) renta presuntiva por falta de la autorización del Ministro de Hacienda; 2) Descuento Tributario, por cuanto de conformidad con la Ley 75 de 1986, solamente tienen derecho a él las empresas que prestan servicio de transporte aéreo o marítimo Internacional; y, 3) sanción por inexactitud.

Como quiera que la contribuyente, no dio respuesta alguna a dicho requerimiento, la División de Liquidación de la mencionada administración, practicó la liquidación de Revisión Nro. 0008 de fecha septiembre 21 de 1989, tasando los Impuestos en la suma de $6.496.445, más sanción por inexactitud en cuantía de $3.227.205, como consecuencia de determinar la renta por el sistema especial anunciado, con desconocimiento de los Ingresos excluidos por el contribuyente de dicho régimen, así como del descuento tributario solicitado. También se Incremento el anticipo para el año gravable de 1987.

En memorial de fecha 28 de noviembre de 1989, la sociedad recurrió en reconsideracion impugnando todos los factores que fueron modificados, originando los mayores impuestos liquidados así como la sanción por inexactitud.

Mediante la resolución Nro. 001 del 16 de abril de 1990, la División de Recursos Tributarlos falló el recurso instaurado, favoreciendo sólo en forma parcial las pretensiones del recurrente, al aceptar la inconformidad planteada respecto a la sanción por inexactitud, y confirmando en todo lo demás el proceder recurrido.

Con esta actuación se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Inconforme con los actos administrativos antes reseñados, la sociedad decidió acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual plasmó en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima, *libelo* en el cual arguye

contra los actos administrativos acusados las siguientes violaciones: a) del artículo 30 de la Constitución Nacional ; b) de el artículo 1o de la Ley 2a. de 1981 ; c) del artículo 99 del Decreto 2053 de 1974; d) del artículo 50 de la Ley 55 de 1985; e) del artículo 15, inciso 1o de la Ley 9a. de 1983, y, f) del artículo 17 de la Ley 38 de 1969.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Tolima, acogió en forma parcial las súplicas de la demanda considerando que: La Administración de Impuestos tuvo razón al desconocer la reducción proporcional de la renta presuntiva solicitada por el contribuyente en cuantía de $888.812.497, porque el Sr. Ministro de Hacienda negó la reducción solicitada por el control de precios, por no ser éste el factor determinante de la baja rentabilidad en el año gravable de 1986, en el cual la compañía obtuvo utilidades operacionales por valor de $11.4 millones.

La sociedad, por lo anterior, no podía perder la exención (descuento tributario) que traía el artículo 1o de la Ley 2a. de 1981 en el porcentaje señalado por el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, por tener ya un derecho adquirido, y no afectar la expedición de la Ley 75 de 1986, que aunque derogó la norma citada, no hizo referencia concreta sobre las situaciones consolidadas anteriormente que había que reconocer ante el amparo Constitucional del artículo 30 y, además, por existir prueba contable que demuestra que la actora invirtió durante el año gravable de 1986 en renovación, adición y gastos para mantenimiento de sus aviones la suma de $391.750.772,38 respaldada con certificación del revisor fiscal, lo cual respalda con sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de junio de 1989 relacionada con la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 108 de la ley 75 de 1986.

En consecuencia, encontró próspero el cargo contra las normas relacionadas con el descuento tributario: artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, 1o de la Ley 2a. de 1981; y para hacer efectivo su reconocimiento practicó nueva liquidación de Impuestos descontando con base en la Ley 2a. de 1981 la suma de $6.366.516 como valor exento, y determinando un impuesto a cargo en la suma de $129.929, más un anticipo para el año gravable siguiente de $48.724.

LA APELACION:

La Administración de Impuestos de Ibagué mediante apoderado judicial, apela la decisión del Tribunal, manifestando su discrepancia con la sentencia en lo relacionado con el descuento tributario establecido por el artículo 99 del

Decreto 2053 de 1974, por cuanto en este evento no puede hablarse de derechos adquiridos.

Explíca, que el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, estableció el descuento tributario para las empresas colombianas de transporte aéreo, el cual fué prorrogado por el artículo 1° de la ley 2a. de 1981 y ampliado a las empresas aéreas de fumigación, pero que el mismo, fué derogado en forma expresa por el artículo 108 de la ley 75 de 1986 (24 de diciembre) que derogó tanto el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, como el artículo 1° de la Ley 2a. de 1981, y que al entrar a regir la Ley 75 de 1986, se habían definido sólo las situaciones jurídicas tributarias hasta el año gravable de 1985, las cuales no se podían desconocer, pero a partir del año gravable de 1986, los contribuyentes no habían realizado ningún acto que los colocara en una situación concreta para tener un derecho adquirido porque no se había terminado el año gravable, siendo apenas una mera expectativa tanto el impuesto de la sociedad como el descuento mismo, lo cual ampara con sentencia de fecha 9 de diciembre de 1987, de la Corte Suprema de Justicia. (Exp. 1715).

De acuerdo con lo anterior, solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada, y en su lugar confirmar los actos administrativos impugnados.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Dirección de Impuestos Nacionales a través de uno de sus abogados de la División de Representación Externa de la Subdirección Jurídica, y en coadyuvancía a la apelación instaurada por la Administración de Impuestos de Ibagué, argumenta en lo fundamental lo siguiente:

Que teniendo en cuenta la aplicación de la Ley en el tiempo, la Ley Tributaria como toda ley es irretroactiva; pero que debe precisarse que la ley sustancial tributaria que se promulga en el transcurso de una vigencia fiscal determinada, se aplica a los hechos gravables ocurridos durante ese período porque ellos no pueden fraccionarse y si un hecho se realiza bajo el imperio de una ley y entra a regir otra dentro de esa misma vigencia se aplica a ese hecho la nueva ley a pesar de ser posterior en el tiempo. Como la Ley 75 del 23 de diciembre de 1986 empezó a regir desde el 24 de diciembre del mismo año de su expedición, la derogatoria expresa del artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, y 1° de la Ley 2a. de 1981, implica que para el año gravable de 1986, ya no se encontraban vigentes y por lo mismo no era posible dar aplicación a un beneficio tributario que no existía.

Que a partir del año gravable de 1986, el descuento tributario para las empresas aéreas era el establecido en el artículo 80 de la Ley 75 de 1986, hoy

artículo 256 del Estatuto Tributario, el cual favorece a los mismos sujetos pasivos, Empresas Colombianas de Transporte Aéreo, pero condicionado a que presten servicio de transporte internacional, y además ya no por el 100% sino a una parte proporcional dependiendo del cumplimiento de ciertos requisitos.

Que la voluntad del legislador al variar las condiciones de la procedencia del descuento tributario no puede considerarse como violatoria de derechos adquiridos porque cuando entró en vigencia la Ley 75 de 1986 (24 de diciembre) el período gravable no había concluído, por consiguiente no conocía el monto total del impuesto y por el lo no podía darse cumplimiento a ninguna de las dos opciones consagradas en la forma para la viabilidad del descuento tributario. O sea, que para el año gravable de 1986, el descuento tributario era apenas una expectativa que antes de finalizar el período modificó el legislador cambiando las condiciones para su procedencia, lo cual no altera en nada los derechos adquiridos al respecto por los años gravables de 1974 a 1985 inclusive, por los que rigió.

Que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de diciembre de 1987, expediente Nro. 1715, sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 118 de la Ley 75 de 1986, en el aparte que deroga el artículo 1° de la Ley 2a. de 1981, "Dijo, simplemente que, en adelante, no rige ese tratamiento tributario especial, de donde se colige que aquellas empresas de fumigación aérea que, al momento de la derogatoria, aún no habían cumplido la totalidad de los requisitos legales y, por tanto, aún no gozaban de un derecho adquirido sino que tenían una mera expectativa, no pueden aspirar a que ese derecho llegue a radicarse en su cabeza".

De acuerdo con lo anterior, la representante de la Nación pide a la corporación revocar la decisión del Tribunal y en su lugar confirmar los actos administrativos acusados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia se contrae a determinar sí para el año gravable de 1986, la sociedad actora, Compañía de Transporte Aéreo Local, tiene derecho al descuento tributario establecido por el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, prorrogado por el artículo 1° de la Ley 2a., de 1981, por el término de diez años, por tener derechos adquiridos según esta última ley, posición de la sociedad que acogió el Tribunal, o sí como lo ha sostenido la Administración a lo largo del proceso no tiene derecho al mismo, porque la Ley 75 de 1986, derogó expresamente las normas que lo consagraron y el que contempló solamente cobija a las Compañías de Transporte Aéreo que presten servicio internacional, el cual no presta la sociedad actora.

SECCION CUARTA

El artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, estableció el descuento tributario para las Empresas Colombianas de Transporte Aéreo, en un 100% del impuesto de renta, "siempre y cuando lo destinen a la renovación, adición o mantenimiento de sus propios equipos de vuelo o a efectuar aportes anuales hasta un cincuenta por ciento del valor del descuento en empresas latinoamericanas de transporte aéreo internacional".

El artículo 104 del Decreto 187 de 1975, que lo reglamentó, señaló el término dentro del cual debía efectuarse la inversión para gozar del beneficio, indicando que ello debía realizarse dentro del respectivo año gravable. También precisó el legislador que el descuento tributario se concedía hasta el año de 1979, inclusive.

Posteriormente, la Ley 2a. de 1981, prorrogó el descuento tributario por 10 años más, a partir del año gravable de 1980, y lo hizo extensivo a las empresas de servicio de fumigación aérea que estuvieran autorizadas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y también vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

Con la expedición de la Ley 75 de 1986 (23 de diciembre) con vigencia a partir del 24 del mismo mes y año, el artículo 108 derogó en forma expresa el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1° de la Ley 2a. de 1981, y sustituyó en su artículo 80 el descuento tributario, por un descuento tributario con un porcentaje diferente "equivalente a la proporción que dentro del respectivo año gravable representen los ingresos por transportes dentro del total de ingresos obtenidos por la empresa", incluyó las empresas colombianas de transporte marítimo, pero circunscribiendolo al transporte aéreo o marítimo "Internacional". Es decir, que las empresas aéreas de transporte Nacional, a partir de la vigencia de esta ley no tienen derecho al descuento tributario.

Observa la Sala que el *a-quo* acogió los planteamientos de la actora, al considerar que las inversiones efectuadas antes de la vigencia de la ley 75 de 1986, podían ser descontadas para dicho período fiscal, por haber sido realizadas bajo la vigencia del Decreto 2053 de 1974, dentro del correspondiente año, de acuerdo a la condición impuesta por el Decreto 187 de 1975; otorgándole a tales inversiones el alcance de derechos adquiridos; por tanto corresponde estudiar este concepto, y determinar sí es aplicable en materia tributaria y, además, si los actos u operaciones realizadas por la contribuyente pueden estar revestidos con el alcance jurídico, por lo cual, se aborda el análisis siguiente:

Para la Sala es claro que si bien en materia tributaria no puede afirmarse la existencia de derechos adquiridos, no se descarta que frente a un nuevo ordenamiento, que modifica el anterior, y frente a éste, se hayan consolidado

situaciones jurídicas, por estar la conducta del contribuyente desarrollada bajo el supuesto legal y, como tal, amparada legalmente para producir todos sus efectos. Para el caso en sentencia de febrero 15 de 1985, se afirmó:

> "Por esta razón aún cuando no se puede hablar de derechos adquiridos en materia tributaria pues tales derechos hacen referencia al derecho privado, si debe hablarse de situaciones jurídicas consolidadas, las cuales emanan del principio de legalidad del tributo. En consecuencia, no es retroactiva la ley que modifica el régimen del tributo en cualquiera de los aspectos sustanciales, en cuanto resulta aplicable a hechos gravables no perfeccionados al iniciarse su vigencia, porque sus efectos habrían de producirse en un momento posterior a la iniciación".(Subrayas de la Sala).

Bien claro queda, pues, que la Corporación no ha aceptado la existencia de derechos adquiridos en materia tributaria; pero sí, la existencia en este campo de situaciones jurídicas consolidadas, que emanan del principio de legalidad.

Para la Sala, ciertamente, existe poder soberano del legislador para modificar la normatividad en materia impositiva en todos sus aspectos; las tarifas del impuesto sobre la renta, cambio de las bases tributarias, eliminación o consagración de exenciones, por ejemplo, lo cual no quiere decir que este poder conlleve a que la nueva ley pueda arrasar con situaciones engendradas y consolidadas bajo el amparo de la legislación que se deroga, por estar la conducta del contribuyente dentro del supuesto jurídico previsto en la norma vigente al momento de su realización, cumpliendo así con la condición impuesta para producir todos sus efectos. Por tanto, si la conducta se desarrolla conforme a la hipótesis jurídica esta llamada a producir los efectos jurídicos de manera inmediata, pues, el hecho de existir un corte de cuentas y consolidaciones de toda la operación base de la obligación tributaria al finalizar el período fiscal, permite verificar el cumplimiento de los supuestos de hecho previsto en la norma derogada.

En el caso *sub-examine* la Sala advierte que la actora realizó las inversiones al amparo de la prerrogativas del artículo 104 del Decreto 187 de 1975, pues, "para gozar del beneficio establecido en el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, la inversión debe hacerse dentro del respectivo año o período gravable, lo cual debe demostrarse con la declaración de renta y patrimonio". Luego, cumplió con el supuesto legal al efectuar la inversión dentro del período gravable, vale decir, su situación jurídica se consolidó, no dependiendo su concreción de la finalización del período gravable, este tiene relevancia para determinar el monto del impuesto, y si lo hay, la inversión ya efectuada debe únicamente ser probada. Entiende la Sala que el descuento era un estímulo a la actividad desarrollada por la actora, de ahí, que la inversión debía efectuarse

dentro del ejercicio fiscal correspondiente con lo cual se incentivaba el desarrollo de su objeto social, que al producir utilidades y generar impuestos, estos no se traducían en carga para la contribuyente, al desaparecer su exigibilidad por la comprobación de que igual monto había sido invertido, lográndose de esta manera un fortalecimiento de la actividad empresarial beneficiada. Se trata, por lo tanto, de estímulos consagrados por la ley - de conductas o actos realizados bajo el supuesto jurídico previsto en la norma derogada -que al ser ejecutados por la actora, como en efecto sucedió, se consolidaron en su esfera jurídica bajo su vigencia, no pudiendo en consecuencia ser desconocidos en su eficacia para el período fiscal de 1986. Basta, pues, que las inversiones se hayan realizado antes de la vigencia de la ley 75 de 1986, como está probado, para que el derecho al descuento cumpla su eficacia.

Lo anterior es acorde con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de diciembre de 1987- demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 cuando en uno de sus apartes, expresa:

> "Declarar derogada una norma que consagracierto beneficio en modo alguna significa poner en tela de juicio los derechos que, en casos concretos (como los planteados por el actor en cuanto a empresas de fumigación aérea), se hubieran radicado en cabeza de 4 personas particulares durante el tiempo en que tal beneficio era aplicable, ya que, no es asunto si no de la Administración Tribunal y, en su caso, de los organismos jurisdiccionales competentes, definir si en cada caso se cumplieron (durante la vigencia de la norma que consagraba el beneficio) los requisitos legalmente exigidos para entender que se trataba de un beneficio legalmente adquirido y no de una mera respectiva "(Subraya fuera del texto)

Dentro de esta perspectiva, a juicio de la Sala, el descuento tributario para la actora por el año gravable de 1986, no era una simple expectativa como lo ha sostenido la Administración de Impuestos, puesto que al realizar las inversiones, adiciones y mantenimiento de sus equipos dentro del año gravable tal como lo exigían las normas derogadas, éstas se tornaron en situaciones jurídicas consolidadas.

En consecuencia, considera la Sala que por las anteriores razones y no por las expuestas por el *a-quo*, ha de ser confirmada la providencia recurrida.

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 septiembre 27 de 1990, originaria del Tribunal Administrativo del Tolima, objeto de esta apelación.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario

PAGO NO SALARIAL / APORTE PARAFISCAL

No constituye salario de conformidad con el artículo 128 del C.S.T. las sumas que recibe el trabajador ocasionalmente por mera liberalidad del patrono, ni lo que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como son los gastos de representación y los de transporte, ni las prestaciones sociales. Sin que en manera alguna pueda pretenderse que por el hecho de involucrar en la nómina del personal asalariado los pagos por tales conceptos éstos revistan carácter de salario para que sean base de aportes, por que si bien es cierto que el art.17 de la ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de aportes se refiere a la nómina mensual, entiende por tal la totalidad de los pagos hechos por el concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de junio mil novecientos noventa y tres(1993).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente N° 4705. Actor: SEGURIDAD TIFIN LTDA. NIT 890.307.736 Apelación de la sentencia del 18 de diciembre de 1992 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Impuesto de renta y complementarios año gravable 1986. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación contra la sentencia del 18 de diciembre de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a súplicas de la demanda contra los actos de determinación del impuesto de renta y complementarios que

por el año gravable de 1986 practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Cali a la sociedad SEGURIDAD TIFIN LTDA. NIT 890.307.736.

ANTECEDENTES:

La sociedad contribuyente presentó la declaración del impuesto sobre la renta del año de 1986 ante la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, el día 6 de julio de 1987.

Mediante auto comisorio 033 del 25 de mayo de 1989 se ordenó visita contable a la sociedad con el fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

De conformidad con los resultados de la investigación consignados en el acta de visita la Administración propuso a la sociedad contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia de adicionarle ingresos omitidos por $1.006.214, el rechazo de compras por $802.951, de deducciones por $12.574.950 y la imposición de sanción por inexactitud.

Dentro de la oportunidad otorgada la sociedad contestó el requerimiento, aceptando la adición de ingresos por servicios en $138.600 y para efectos de las deducciones por $12.521.138, acompañó los certificados de consignación de aportes con el SENA y los certificados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre amnistía (art. 5° Ley 88 de 1989) y rechazó las demás glosas formuladas. La Administración mediante la liquidación oficial de revisión 003-21 del 11 de enero de 1990, le adicionó los ingresos omitidos, y le rechazó los costos y deducciones para determinarle un mayor impuesto por $4.074.349 y sanción por inexactitud de $619.269.

Acto administrativo contra el cual la sociedad recurrió en reconsideración el 2 de abril de 1990, recurso que fué resuelto mediante la Resolución #013 del 31 de octubre del mismo año con confirmación de la liquidación recurrida.

LA DEMANDA:

Acudió la actora en demanda la nulidad y restablecimiento del derecho para acusar el acto administrativo de incurrir en violación del ordenamiento superior contenido en los artículos 26, 27, 28, 89 y 107 del Estatuto Tributario (antes artículos 15, 16, 17 y 45 del Decreto Ley 2053 de 1974); 127, 128 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que los ingresos adicionados estaban incluídos dentro del total de ingresos brutos declarados. Calificó de improcedente el rechazo como deducción de la suma de $11.322.812 por concepto de transporte adicional de armas y equipo, por no ser constitutivo de salario y por ende no

poder exigirse sobre él el pago de contribuciones parafiscales, y menos exigirse por la Administración el pago de intereses de mora sobre los mismos a efectos de mantener el rechazo al observar que la contribuyente, aún sin estar obligada, pagó las contribuciones exigidas.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal del Valle del Cauca, atendidas las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, confirmando la adición de ingresos por $867.614, atendiendo al dictámen que rindieron los peritos, que claramente demostraba los ingresos totales por servicios, observando inconsistencia en el denuncio de ingresos menores de $500.000, porque, mientras la actora alega que éstos fueron del orden de $4.049.725, los peritos solo constatan $3.914.077. Aceptó la partida de $11.049.870, al estimar que dichos pagos no eran constitutivos de salario conforme lo preceptuaba el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, y lo destacaban la doctrina y la jurisprudencia.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la demanda al apelar la sentencia, luego de un recuento de los hechos, reitera que el pago admitido por el Tribunal si constituye salario sujeto a aportes parafiscales y que al no haberse pagado los intereses o presentado acuerdo de pago sobre los mismos, no podían aceptarse. Que además, el dictámen pericial no hacen aclaración sobre si dichos pagos se hicieron o no dentro de la nómina.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante lo Contencioso conceptúa que la sentencia apelada merece confirmarse porque la demanda no ha desvirtuado ni probado contra la afirmación hecha en la demanda en el sentido de la necesidad de facilitar a los trabajadores los medios para transportar las armas y equipos a los lugares donde se presta el servicio de vigilancia privada, objeto de la sociedad, mediante pagos que no constituyen salario, porque los recibe el trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones y no para su propio beneficio o para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio. Y en tales condiciones, tal como lo advierte el *a-quo* la cantidad discutida sí es deducible según las reglas del artículo 107 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El asunto fundamental en ese proceso no es otro que el relacionado con la prueba acerca de la naturaleza de los pagos efectuados por la actora al personal de trabajadores, con el fin de determinar si éstos a la luz de lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituyen salario, evento en el cual estarían sujetos al pago de aportes parafiscales o sí no lo son de conformidad con el artículo 128 *ibídem,* caso en el cual no estaría condicionado su reconocimiento fiscal a tal satisfacción. De acuerdo con lo establecido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución de sus servicios de manera habitual sea cualquiera la denominación que se le de y no constituye salario, de conformidad con el artículo 128 *ibídem,* las sumas que recibe el trabajador ocasionalmente por mera liberalidad del patrono, ni lo que recibe por desempeñar a cabalidad sus funciones, como son los gastos de representación y los de transporte, ni las prestaciones sociales. Sin que en manera pueda pretenderse como lo intenta el apoderado judicial de la demandada que por el hecho de involucrar en la nómina del personal asalariado los pagos por tales conceptos éstos revistan carácter de salario o que sean base de aportes, porque si bien es cierto que el artículo 17 de la Ley 21 de 1983, para efectos de la liquidación de aportes se refiere a la nómina mensual, entiende por tal la totalidad de los pagos hechos por el concepto de los diferentes elementos integrales del salario en los términos de la ley laboral es decir, de acuerdo con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo (hoy modificados por los artículos 15 y 16 de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990).

Analizadas las pruebas arrimadas al proceso, especialmente el dictamen pericial practicado en la primera instancia, que no fue objetado por la demandada, que tampoco pidió aclaración, se observa que inequívocamente señala que en las sucursales de Pereira y Cali se efectuó un pago adicional a todo el personal que transportaba armas y equipos para el servicio de vigilancia, que se causaba según la distancia desde la oficina al sitio de trabajo, que operaba con el sistema de reintegro de costo de transporte y que aparece contabilizado bajo el código contable 466-84 "transporte adicional 1986" oficina de Cali por $6.992.342, de los cuales la suma de $349.334 correspondía a 1985. Indica así mismo que en la cuenta de la regional Pereira-Cartago, "aparece contabilizada la suma de $4.406.862, como puede deducirse de los asientos de los diferentes meses, según libros auxiliares (valores que fueron chequiados contra los comprobantes de contabilidad y libros)" para indicar luego el movimiento débito y crédito de la cuenta, incluído los ajustes por reintegros efectuados por los trabajadores cuando recibieron sumas de demás. Prueba que a juicio de la Sala es suficiente para demostrar que los pagos hechos por transporte no constituían salario y en consecuencia la sentencia del Tribunal que así lo declara merece confirmarse.

SECCION CUARTA

Considera conveniente la Sala, recordar a la apoderada de la demandada, que de acuerdo con los artículos 32 y 36 de la Ley 52 de 1977 la determinación de los tributos (entre ellos las contribuciones parafiscales) y la imposición de sanciones debe fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente por los medios de prueba señalados en la ley tributaria o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstas sean compatibles con aquellas, sin que pueda desconocerse la presunción de veracidad de la declaración tributaria señalada por el artículo 36 de la Ley 52 de 1977 (hoy art. 746 del Estatuto Tributario) para desplazar injustamente la carga de la prueba y menos aún, que pueda el funcionario administrativo bajo tal modalidad presumir la existencia de hechos generadores de tributos o de contribuciones parafiscales.

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 18 de diciembre de 1992 en el juicio 17.304.

2) **RECONOCESE** al doctor Carlos Alberto Castilla Murillo como apoderado de la demandada a términos del poder que obra a folio 185 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL / AVALUO CATASTRAL / IMPUESTO PREDIAL / SUSPENSION PROVISIONAL

En ninguno de los actos demandados se establece expresamente "un tributo cuyo cobro se efectúe sobre el universo de predios del municipio": por el contrario en ellos se hace referencia a clasificación de predios para la individualización del beneficio y la distribución de las contribuciones y a categorías de áreas de beneficio para efectos de tener en cuenta el grado de beneficio relativo que el conjunto de obras genere la propiedad inmueble, todo lo cuál lleva a la conclusión que no se da la manifiesta violación al comparar los términos de las normas, para ordenar su suspensión provisional; además que tampoco se establece de manera expresa que la contribución por valorización se cobrará teniendo, como base gravable el avalúo catastral aunque haga referencia al impuesto predial.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente No. 4840. Apelación auto del 19 de febrero de 1993, Tribunal de Cundinamarca, juicio de nulidad de los Acuerdos 16/90, 14/92, del Consejo de Santa Fe de Bogotá D.C. Actor: JOSE CIPRIANO LEON CASTAÑEDA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Señor José Cipriano León Castañeda, el actor, contra la providencia del 19 de febrero de

1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional de los artículos, 4°. parágrafos 1, 2, 3 y 5 del Acuerdo 16 de 1990, 1°. numerales 3°. y 2°. del Acuerdo 14 de 1992, expedidos por el Concejo de Bogotá, y los artículos 2°, 3° y 4° del decreto 656 de 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El actor, en ejercicio de la acción de nulidad demandó los artículos 4°. parágrafos 1, 2, 3 y 5 del Acuerdo 16 de 1990 del Concejo de Bogotá "por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrolla el concepto de Valorización por Beneficio General en el Distrito Especial de Bogotá" (folio 17); 1°. numeral 3°. y 2°. del Acuerdo 14 de 1992 del Concejo de Bogotá "por el cual se determina la financiación y contratación para el Plan de Obras Viales 1993-1994, se modifica parcialmente el Acuerdo 16 de 1990 y se dictan otras disposiciones" (folio 21); y los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto 656 de 1992 del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá "por el cual se establecen los porcentajes de absorción del monto distribuíble de la valorización por beneficio general y se dictan otras disposiciones" (folio 26).

Solicitó también la suspensión provisional de las normas anteriormente citadas, por considerar que vulneran la ley 44 de 1990, el decreto 2388 de 1991, y los artículos 313 numerales 3° y 4°, 317, 322 y 338 de la Constitución Nacional.

Antes de preferirse el auto admisorio de la demanda y de resolverse sobre la petición de suspensión provisional, el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá se opuso a la solicitud de suspensión provisional, en memorial que obra a folios 57 y siguientes del expediente.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la solicitud de suspensión provisional, porque:

-Con respecto a la alegada violación del artículo 2° de la ley 44 de 1990, que prohibe que con base en el impuesto predial unificado se grave la universalidad de los predios del municipio con un tributo diferente, y de los artículos 313 numerales 3 y 4, 317 y 322 de la Constitución, la infracción no es manifiesta como lo exige la ley.

"... Ya que evidentemente la base que va a distribuírse para el cobro del tributo de valorización por beneficio general, es el monto del plan de obras

(1993-1994) y no el valor del avalúo catastral, que es la base para el cobro del impuesto predial unificado. Un aspecto que requiere estudio es saber si ante la prohibición de la ley 44 de 1990, puede el Gobierno tomar los parámetros señalados por esta ley para aplicar o distribuír el monto de un impuesto distinto del impuesto predial, por ello para la Sala no se da la violación manifiesta y ostensible que pretende el actor, y exige la ley.

"..... La distribución del impuesto llamado contribución de valorización por beneficio general, se cobrará a los predios urbanos, este es otro punto que requiere estudio de fondo..... ".(folio 68).

En relación con las facultades otorgadas al Alcalde Mayor y la vulneración de la ley 44 de 1990 y de los artículos 313 numerales 3 y 4, 317, 322 y 338 de la Constitución, el a quo precisó que:

"En el caso *sub-examine* las normas constitucionales invocadas como transgredidas por el accionante no han sido violadas por confrontación directa ya que el artículo 313, numeral 3, en principio, establece que el Concejo puede autorizar al alcalde para ejercer pro tempore precisas funciones de las que le corresponden; al Consejo; es decir, prima facie, no prohíbe la delegación para ninguna materia específica. Aún más el Acuerdo 14 de 1992, en su artículo segundo fija un término de 20 dias hábiles para que el Alcalde desarrolle las materias relativas a la distribución y cobro de la contribución de valorización por beneficio general. Por consiguiente por este aspecto tampoco es ostensible la violación de las normas superiores, y por ello la Sala no puede acceder a la solicitud de suspensión provisional".

EL RECURSO DE APELACION:

El actor interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto anterior y en primer lugar manifiesta que

> ".... la actuación del Señor Alcalde Mayor Dr. JAIME CASTRO de pasar el memorial al despacho del Magistrado Ponente Dr. JULIO E. CORREA, antes de que este se pronunciara (sic) la Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, está así gestionando ilegalmente un asunto judicial de carácter Contencioso Administrativo y que efectivamente incidió en la presión indebida e ilegal a que la sala del tribunal se pronunciare presuntamente a favor de la solicitud del Alcalde Mayor de evitar la Suspensión provisional .... " (folio 74).

SECCION CUARTA

Y en cuanto al aspecto de fondo afirma que el Decreto 656 de 1992 y los acuerdos acusados, vulneraron el artículo 2° de la ley 44 de 1990, porque su "espíritu" es gravar el universo de predios del Distrito Especial de Bogotá.

Y agrega que teniendo en cuenta que el avalúo catastral constituye la parte fundamental para definir el impuesto predial, y sobre tal impuesto se volvió a gravar el impuesto de valorización por beneficio general (artículo 3° del decreto 656 de 1992, del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá), se violó el artículo 2° de la ley 44 de 1990 que determina la imposibilidad de imponer tributos (en este caso, el impuesto de valorización por beneficio general) cuya base gravable sea el avalúo catastral.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Los actos demandados disponen:

Acuerdo 16 de 1990

ARTICULO 4°

"....

"Parágrafo 1° CATEGORIAS DE PREDIOS: Para efectos de la individualización del Beneficio y la distribución de las contribuciones de Valorización que por Beneficio General se cobren a los predios de la ciudad, éstos se dividirán en seis categorías:

"1) Predios destinados a usos residenciales.

"2) Predios destinados a usos industriales.

"3) Predios destinados a usos comerciales.

"4) Predios destinados a usos institucionales Públicos o privados.

"5) Lotes y

"4) Predios Suburbanos.

"Parágrafo 2° BENEFICIO GENERAL RELATIVO: En la distribución de la contribución de Valorización por Beneficio General, e individualización del beneficio, la Junta Directiva del IDU tendrá igualmente en cuenta el grado de beneficio relativo que el conjunto de obras genere a la propiedad

inmueble, para lo cual se establecen según el beneficio general resultante en cada área, las siguientes categorías: a) Areas de beneficio mayor; b) Areas de beneficio medio; c) Areas de beneficio menor; y d) Areas de beneficio mínimo. En consecuencia, para cada una de las categorías mencionadas se establecerá un factor que interprete el mayor o menor Beneficio General Relativo, producido por el conjunto de Obras. Sin perjuicio de que las condiciones especiales de determinados Predios con relación al conjunto de Obras generen un beneficio nulo.

"Parágrafo 3º DISTRIBUCION - APROBACION Y ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE: El Consejo de Bogotá, para cada Plan Bienal que contemple el Sistema de Valorización por Beneficio General determinará la proporción del monto distribuible que corresponda a cada una de las categorías de Predios antes mencionados en concordancia con la Tabla N. 1 de este Acuerdo, de tal forma que su suma sea equivalente al 100% del mismo. La Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, aprobará la distribución a que se refiere el Artículo 42 del Acuerdo 7 de 1987 y la liquidación respectiva.

"TABLA N. 1

"ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE

"Categorías del Predio % Absorción del Monto Distribuíble.

Mínimo máximo

"Residencial 20% 40%
Industrial 10% 25%
Comercial 10% 25%
Institucional 2% 10%
Lotes 25% 45%
Suburbanos 0% 10%"

Acuerdo 14 de 1992

ARTICULO PRIMERO: La financiación y contratación de los programas y subprogramas que integren el Plan de Obras Viales 1993-1994 que adopte el Consejo se hará con cargo a los siguientes recursos y por las entidades respectivas:

.....

"3. Los provenientes de la contribución de valorización por beneficio general".

"ARTICULO SEGUNDO: Por el término de veinte (20) dias hábiles, contados a partir de la fecha de expedición del presente Acuerdo, autorízase al Alcalde Mayor de la ciudad para:

"1. Establecer los porcentajes de absorción del monto de la valorización por beneficio general distribuíble por categoría de predios, siempre y cuando los porcentajes de absorción para lotes suburbanos oscilen entre el 15% y el 30%.

"2. Ordenar las exenciones y rebajas que se consideren necesarias y que sean adicionales a las dispuestas por la Ley.

"3. Ordenar descuentos por pronto pago que faciliten el recaudo de la contribución y modificar los procedimientos de notificación"

Decreto 656 de 1992

"ARTICULO SEGUNDO: PORCENTAJES DE ABSORCION. - Establécense como porcentajes de absorción del monto distribuíble de la valorización ordenada en el Acuerdo 14 de 1992, según las categorías de predios definidas en el Acuerdo 16 de 1990,los siguientes:

"CATEGORIAS DE PREDIOS PORCENTAJES DE ABSORCION

DEL MONTO DISTRIBUIBLE

"Residencial	30.0
Industrial	14.0
Comercial	16.0
Institucional	5.0
Lotes	15.0
Suburbanos	20.0
TOTAL:	100.0

"ARTICULO TERCERO: TOPES MAXIMOS. El valor que se asigne a cada predio por concepto de valorización no podrá ser superior, en el caso de los residenciales e institucionales, a cuatro (4) veces el monto del impuesto predial, año gravable 1992, que se hubiere liquidado para el

respectivo predio. En el caso de los lotes, no podrá ser superior a diez (10) veces el valor de ese mismo impuesto y en el de los industriales y comerciales no será superior a quince (15) veces sus respectivos gravámenes prediales.

"Si el valor asignado a un predio fuere superior a los topes fijados en el inciso anterior, el contribuyente cumplirá su obligación pagando una suma igual a cuatro (4), diez (10) o quince (15) veces el monto del predial que le fue liquidado para 1992, según el caso.

"ARTICULO CUARTO. CENSO PREDIAL.- Para la distribución de la valorización por beneficio general se tendrá en cuenta el inventario predial del Departamento Administrativo de Catastro Distrital.

"También serán objeto del gravámen los predios que sean incorporados o inscritos en dicho inventario antes del 31 de diciembre de 1994. Para los predios de que trata este inciso no ,regirán los topes máximos establecidos en el artículo tercero del presente decreto".

Como el recurrente al sustentar la apelación se refiere únicamente a la violación del artículo 2° de la ley 44 de 1990, es del caso transcribirlo textualmente; dice así:

Ley 44 de 1990

"ARTICULO 2°. Administración y recaudo del impuesto. El impuesto predial unificado es un impuesto del orden municipal.

"La administración, recaudo y control de este tributo corresponden a los respectivos municipios.

"Los municipios no podrán establecer tributos cuya base gravable sea el avalúo catastral y cuyo cobro se efectúe sobre el universo de predios del municipio, salvo el impuesto predial unificado a que se refiere esta ley".

De la lectura cuidadosa de los textos transcritos puede concluirse que en ninguno de los actos demandados se establece expresamente"un tributo cuyo cobro se efectúe sobre el universo de predios del municipio; por el contrario, en ellos se hace referencia a clasificación de predios para la individualización del beneficio y la distribución de las contribuciones y a categorías de áreas de beneficio para efectos de tener en cuenta el grado de beneficio relativo que el conjunto de obras genere a la propiedad inmueble, todo lo cual lleva a la Sala a la conclusión de que, como lo dijo el *a quo,* no se da una violación manifiesta

que al comparar los términos de las normas, permita ordenar su suspensión provisional, según lo exigido por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Y en cuanto al otro argumento del recurrente de violación del citado artículo 2° de la ley 44 de 1990 por cuanto se establece la valorización con base en el avalúo catastral, en el texto transcrito de los actos demandados, tampoco se establece de manera expresa que la contribución por valorización se cobrará teniendo como base gravable el avalúo catastral, pues cuando se hace referencia al impuesto predial, solamente es para fijar un tope máximo del valor que se podrá asignar a cada predio por concepto de valorización, pero ello no implica necesariamente que la citada contribución se liquide sobre el avalúo catastral.

Por lo anterior, en este aspecto tampoco procede la suspensión provisional solicitada.

Y es que el mismo recurrente afirma que el "espíritu" de los actos demandados desconoce la norma superior, lo cual no es susceptible de establecerse en esta oportunidad procesal a través de una simple comparación entre los actos demandados y la norma superior citada como violada, que es lo que autoriza la ley.

Por lo expuesto el recurso de apelación interpuesto por el actor no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo.

RESUELVE :

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PASIVO DEL EXTERIOR / ACTIVO EN MONEDA EXTRANJERA.

Cuando la Circular en su Artículo tercero, y en complemento a lo dispuesto en su artículo segundo, señala un procedimiento para el pago de los saldos insolutos, cuando los recaudos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación no identificables con un determinado activo en moneda extranjera, fuera insuficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a favor de los acreedores del exterior, subsanó la Superintendencia un vacío que se advierte en los Decretos 2216 y 2217 de 1982, lo cual desde luego, no está dentro de sus atribuciones, éstas deben estar sustentadas en el contenido de las normas, para facilitar su cumplimiento por parte de los entes sometidos a su inspección y vigilancia, mas no crear procedimientos o formular aspectos nuevos no contemplados en las disposiciones a cuyo ejercicio pretende dar curso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia : Expediente Nro. 3025 Actor: IGNACIO CHIAPPE LEMOS Y CONSUELO AGUIRRE SILVA AUTORIDADES NACIONALES FALLO

Decide la Sala la demanda de nulidad instaurada por los doctores Ignacio Chiappe Lemos y Consuelo Aguirre Silva, con Tarjeta Profesional Nros. 8.059 y 22.547 del Ministerio de Justicia, respectivamente, quienes actúan en nombre

propio, contra el considerando Nro. 4 y el artículo 4 y el artículo 3°. de la Circular Externa D-020 de marzo 9 de 1983, expedida por la Superintendencia Bancaria. Se solicitó igualmente la suspensión provisional de los mencionados considerando y artículo.

Por auto de fecha 22 de febrero de 1991, se admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de la frase final del artículo 3° de la Circular acusada que dice "Hasta la cuantía de la cual dicha masa permita satisfacerlo".

Contra éste proveído la Superintendencia Bancaria recurrió en reposición para que se revocara lo atinente a la suspensión provisional decretada.

Por auto de fecha 5 de julio de 1991, fué confirmado el auto recurrido.

DE LA CIRCULAR ACUSADA:

Se demanda de la Circular Externa D-020 de fecha marzo 9 de 1983, expedida por la Superintendencia Bancaria, lo siguiente:

> "4.- En razón al punto anterior en el caso de los establecimientos intervenidos por la Superintendencia Bancaria a los activos originados en el financiamiento en moneda extranjera le son aplicables los numerales 3o. del artículo 7o. de los Decretos 2216 y 2217 de julio de 1982. Por consiguiente las sumas que se recauden de los importadores y exportadores en pagos por las financiaciones otorgadas no forman parte de la masa de liquidación y debe destinarse al pago de las obligaciones a favor de los acreedores del exterior que financiaron tales operaciones. El pago respectivo se puede realizar a través de la misma entidad intervenida o mediante la autorización de su endoso para ser tramitada por otras entidades de crédito en caso de que exista una identificación entre el activo en moneda extranjera y la correspondiente acreencia externa".
>
> "Procedimiento para liquidación de las operaciones en moneda extranjera de las entidades intervenidas: PRIMERO....."
>
> "SEGUNDO....."
>
> "TERCERO: Que si los recaudos obtenidos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importaciones y exportaciones no identificados con un determinado activo en moneda extranjera no fuesen suficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a favor de los acreedores del exterior, éstos acreedores podrán concurrir, por valor de los saldos insolutos, conjuntamente con los demás acreedores para ser atendidos en

sus reclamos con cargo a la masa de bienes de la liquidación en moneda extranjera hasta la cuantía en la cual dicha masa permita satisfacerlos."

DE LAS NORMAS VIOLADAS:

Los accionantes señalan los artículos 7o. numerales 3o. de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, en cuyo texto idéntico dispone lo siguiente:

"Artículo Séptimo: Integran la masa de la liguidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad."

"Además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no formarán parte de la masa de la liquidación:

"1-....."

"2-....."

"3- Las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectadas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella, por cuenta de un tercero, si de ello hubiera por lo menos un principio de prueba, escrito y, los documentos que obren en su poder, aunque no estén otorgados a favor del comitente, siempre que se compruebe que la obligación proviene de una comisión o fideicomiso y que los tiene por cuenta del comitente o fideicomitente".

Tambien estiman que se han violado las siguientes normas de la Constitución Política de 1886: artículos 120 numerales 3o y 15; 76 y 135.

CONCEPTO DE VIOLACION:

Para los demandantes la circular acusada es violatoria de los artículos 7o. numerales 3o. de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, porque establecen una distinción consistente en verificar si las sumas adeudadas por los importadores y exportadores a que se refieren las normas citadas se han recaudado o no para determinar en consecuencia si forman parte o no de la masa de la liquidación, lo cual contraría el texto expreso de las mismas que no establecen entre el recaudo o no la obligación para determinar si su inclusión o no dentro de la "no masa" en liquidación de una sociedad intervenida violando el principio general de derecho que dice "donde el legislador no distingue, no le es lícito al interprete distinguir".

SECCION CUARTA

Agrega que, ello igualmente implica una usurpación de competencias por extralimitación de funciones ya que las facultades concedidas por la ley y los artículos 120, numerales 15 de la Constitución Nacional de 1886, no la habilita para exceder el marco legal de inspección y vigilancia que le es propio a la Superintendencia Bancaría, y advierten además que al establecer un requisito adicional no contemplado en los Decretos 2216 y 2217 como es "el recaudo o no de la obligación para determinar su inclusión o no del crédito en la no masa de la liquidación de una entidad financiera, viola también el numeral 3° del citado artículo 120 *ibídem*, que atribuye al Presidente de la República la potestad reglamentaria, la que no puede ser ejercida por el Superintendente Bancario por ser exclusíva de aquel, y el artículo 135 *ibídem* que prevé la imposibilidad de delegar las funciones presidenciales en autoridades o entes diferentes de los contemplados en dicha norma.

En la demanda se precisa la violación así:

"Resulta evidente que la circular, en las disposiciones acusadas, establece una distinción que consiste en verificar si las sumas adeudadas por los importadores y exportadores contempladas en los numerales 3° de los arts. 7o. de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, se han recaudado o no para determinar en consecuencia sí forman parte o no de la masa de liquidación. Es decir, que el factor determinante para su clasificación como no masa radica en el recaudo de la obligación y no en que la operación cumpla los presupuestos contemplados en el decreto 2216 y 2217 de 1982 el cual sólo exige que dicha obligación se encuentre afectada a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella, entiéndase la entidad intervenida, por cuenta de un tercero y que ella provenga de una comisión o fidecomiso."

"La distinción hecha por la Superintendencia Bancaria, en la circular acusada contraría el texto expreso de las normas legales contenidas en los decretos 2216 y 2217 las cuales no establecen distinción entre el recaudo o no de la obligación para determinar su inclusión o no dentro de la "no masa" en la liquidación de una entidad intervenida y de contera viola el principio general de derecho que dice que donde el legislador no distingue, no le es ilícito al intérprete distinguir,"

LA PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria en la contestación a la demanda, se opone a las pretensiones de la misma, argumentando que los actores incurrieron en graves errores de interpretación, al no desentrañar el contenido del aparte tercero y al interpretarlo aisladamente del numeral segundo,

en armonía con los considerandos 3° y 4°, de la circular impugnada, de cuyo análisis sistemático se infiere que la Superintendencia Bancaria no pretendió desmejorar ni restringir los derechos de los acreedores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación, no identificados con un activo determinado, sino que señala por el contrario el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad intervenida no logre recaudar las sumas correspondientes a tales acreencias.

Dice que cuando la Circular faculta a los acreedores para concurrir a la masa de bienes de la liquidación parte del presupuesto de que las sumas adeudadas no se hayan recaudado, ya que si logran recaudarse no entran a formar parte de dicha masa, debiendo ser canceladas al acreedor en moneda extranjera o al beneficiario de la obligación contraída por la intervenida por cuenta del tercero.

Agrega que los Decretos 2216 y 2217 de 1982, señalan que antes de integrar la masa de la liquidación es necesario sacar las sumas adeudadas a acreedores en el exterior para con ellas pagar las obligaciones contraídas por la intervenida por cuenta de terceros; pero que si los terceros deudores no cancelan sus créditos queda la intervenida obligada frente a los acreedores extranjeros y por ende responderá por tales deudas con su patrimonio que forma parte de la masa de la liquidación. Por ello el parte tercero de instructivo entiende que sí las sumas adeudadas a la intervenida correspondientes a obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero, afecta a una finalidad específica no son recaudadas, no existen, y por lo tanto no pueden ser incluidas dentro de la masa de liquidación ni excluidas de ésta, entendiendo a su vez, que en cuanto la intervenida contrajo obligaciones por cuenta de un tercero es también obligada directa, por lo cual ya no serían sumas adeudadas a la intervenida, sino sumas a cargo de la intervenida, otorgándoseles de este modo a los acreedores la facultad de concurrir con los demás créditos a cargo de ésta, y si así no fuera los acreedores en moneda extranjera perderían las sumas correspondientes a esta clase de obligaciones al no recuperarse la cartera quedando la entidad exonerada de responsabilidad.

Concluye al respecto, que entonces no es cierto que se establezcan diferencias entre sumas recaudadas y no recaudadas para computarlas dentro de los bienes de la liquidación, porque debe entenderse que si en cualquier tiempo son recuperados los dineros debe entregarse en su totalidad a los corresponsales acreedores sin incluirlos dentro de la masa, pero si no son recuperados, la entidad responde por ellos con los bienes de aquella.

Que no se configura violación alguna del numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, porque como ampliamente lo exponen los autores

de la Superintendencia Bancaria ha sido facultada por la ley para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre el sector financiero, resultando incomprensible la afirmación en el sentido de que ésta entidad invade la orbita de competencia de la Presidente de la República.

Y, que finalmente la circular impugnada fué expedida por la Superintendencia Bancaria en desarrollo de las facultades de inspección y vigilancia asignadas a ella y nó con base en la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República, Artículo 120-3 *ibídem*; circular que se dirigió a las entidades intervenidas para indicarles el procedimiento que éstas debían tener en cuenta para la aplicación de los Numerales 3° de los artículos 7° de los Decretos 2216 y 2217 de 1982.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

En esta oportunidad procesal los actores presentan las siguientes conclusiones:

"1°. Los decretos 2216 y 2217 de 1982 establecieron la exclusión total respecto a la masa de bienes de la liquidación, en el caso de entidades intervenidas, de las obligaciones contraídas con acreedores del exterior".

"2°. La Superintendencia Bancaria por medio de la Circular D-020 cambio el sentido de lo dispuesto en los decretos mencionados antes, para limitar la exclusión a las cantidades que hubieren sido recaudadas y dispuso, sin base legal, que los acreedores del exterior concurran con los demás acreedores a la masa de la quiebra hasta donde el la fuere suficiente para recuperar las financiaciones hechas a la entidad intervenida, para atender préstamos a terceros."

"3°. El Consejo de Estado encontró obstensible la violación de los Decretos 2216 y 2217 de 1982 contenida en la Circular D-020 y en consecuencia suspendió provisionalmente la frase con que la Superintendencia Bancaria colocó a los acreedores externos en la condición de simples quirografarios."

"4°. Aparte de la frase que fué objeto de la suspensión provisional, la regla tercera de la Circular D-020 constituye un texto completo, indivisible y por lo tanto la tacha de nulidad se extiende a su totalidad."

Por su parte el apoderado de la Superintendencia Bancaria insiste en esta oportunidad procesal, en considerar que la circular acusada no es violatoria de las normas citadas por los accionantes, reiterando los argumentos expuestos

en la contestación a la demanda para finalmente y con base en ellos solicitar a la Corporación desatender las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Sexto Delegado no rindió concepto en ésta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Al tenor de los artículos 5° de los Decretos 2216 y 2217 los dos del 29 del julio de 1982, el primero reglamentario de la Ley 45 de 1923 y el Libro Cuarto del Código de Comercio, el segundo, expedido con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional cuando el Superintendente Bancario toma posesión de los negocios, bienes y haberes de una entidad sometida a su control y vigilancia,por las causales previstas en la Ley 45 de 1923, debe dentro de los quince (15) dias siguientes a la fecha de la toma de posesión efectuar un inventario detallado de los bienes y obligaciones de la misma.

El inventario tiene como finalidad comprobar el conjunto de activos y pasivos, determinar su naturaleza, los gravámenes que los afectan, los titulares de las obligaciónes, para podor determinar el conjunto de bienes y obligaciones que han de conformar la masa activa y pasiva de la liquidación, y establecer, a su vez los que no han de formar parte de la masa de liquidación, en atención a lo dispuesto en los artículo 7° de los citados decretos, que disponen:

"Artículo 7°. Integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad."

"Además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del código de Comercio, no formarán parte de la masa de la liquidación":

"1. Los títulos que se hayan entregado a la entidad para su cobranza y los que hayan adquirido por cuenta de otro, siempre que estén emitidos o endosados directamente a favor del comite o fideicomitente".

"2. El dinero remitido a la entidad intervenida en desarrollo de una comisión, mandato o fideicomiso del comitente o mandante, siempre que haya por lo menos un principio de prueba escrita sobre la existencia del contrato a la fecha de la toma de posesión".

"3. Las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad especial por corresponder a obligaciones contraídas

por ella por cuenta de un tercero, si de ello hubiere por lo menos un principio de prueba escrito, y, los documentos que obren en su poder, aunque no estén otorgados a favor del comitente, siempre que se compruebe que la obligación proviene de una comisión o fideicomiso y que los tiene por cuenta del comitente o fideicomitente."

"4. Los bienes que tengan la entidad intervenida en calidad de depositario o fiduciario, o por razón del recaudo de cartera descontada."

"5. Los valores de cesión de rescate de los títulos de capitalización".

"6. En general, las especies identificables que aún encontrándose en poder de la entidad intervenida, pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberán acreditar las pruebas suficientes:"

Para la Sala el numeral 3° de la precitada norma, de manera genérica, señala que no forman parte de la masa de la liquidación "las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero, si de el lo hubiere por lo menos un principio de prueba por escrito..."

Por su parte, el Artículo 9° del Decreto 2217, señala:

"Artículo 9°.- Una vez recibidas las reclamaciones el Superintendente hará entrega de los bienes que no forman parte de la masa, en el orden establecido por el mismo funcionario mediante resolución motivada y teniendo siempre en cuenta el principio de la protección de los intereses de los ahorradores. Dichos pagos se efectuarán en la medida en que las disponibilidades lo permitan. En caso de no acceder a tal entrega, los interesados podrán reclamar ante el juez competente, quien decidirá previos los trámites de un incidente. Para los efectos de este artículo, el Superintendente podrá realizar las operaciones previstas en el artículo 19 de este decreto." (Subraya fuera del texto).

Observa la Sala que la norma es clara al señalar el procedimiento a seguir para la entrega de bienes y pago de obligaciones que no forman parte de la masa de liquidación, y las últimas serán satisfechas en la medida que las disponibilidades lo permitan.

Por su parte los artículos Segundo y Tercero, de la Circular dispusieron:

"SEGUNDO.- Que cuando por razón de la forma como se otorgó la financiación externa no sea posible identificar qué pasivo externo

corresponde al recaudo de un determinado activo en moneda extranjera, dicho recaudo se lleve a una cuenta destinada a ir cubriendo las acreencias que no se hayan podido identificar como correspondientes a una determinada operación. Los pagos de acreencias con cargo a dicha cuenta, para cubrir deudas no identificadas con una determinada operación se distribuirá entre los acreedores del exterior en proporción al monto de los dos pendientes de pago a cada acreedor, por concepto de tales acreencias no identificables con un activo determinado."

"TERCERO.- Que si los recaudos obtenidos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación no identificados con un determinado activo en moneda extranjera no fuesen suficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a favor de los acreedores del exterior, estos acreedores podrán concurrir, por el valor de los saldos insolutos, conjuntamente con los demás acreedores para ser atendidos en sus reclamos con cargo a la masa de bienes o la liquidación en moneda extranjera hasta la cuantía en la cual dicha masa permita satisfacerlos".

Para la Sala la Circular no señala distinción que conduzca a que hay que verificar si las sumas adeudadas por los importadores y exportadores a la entidad intervenida se han recaudado o nó para determinar si forman parte de la masa de la liquidación, pues claro está, que tanto el actívo del establecimiento de crédito intervenido originado en el financiamiento en moneda extranjera, como los recaudos que se originan en dichos activos, no forman parte de la masa de la liquidación: comparte por tanto lo afirmado por la Superintendencia Bancaria, en cuanto a que el artículo 3° de la Circular no puede ser interpretado de manera aislada, para su cabal cumplimiento, su análisis debe abarcar el artículo 2°, ya que éste regula lo referente al destino del recaudo y pago de las acreencias, cuando no fuere posible identificar qué pasivo externo corresponde al recaudo de un determinado activo en moneda extranjera, siendo el 3° su complemento, al señalar el procedimiento de pago a los acreedores del exterior, cuando los recaudos obtenidos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación no identificados con un determinado activo en moneda extranjera fueren insuficientes para cubrir las totalidad de los pasivos a favor de los acreedores del exterior.

De acuerdo con lo anterior, en cuanto a que las sumas recaudadas no hacen parte de la masa de la liquidación, no escapa a la Sala que cuando la Circular en su artículo tercero, y en complemento a lo dispuesto en su artículo segundo, señala un procedimiento para el pago de los saldos insolutos, cuando los recaudos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importación e importación no identificables con un determinado activo en moneda extranjera, fueren insuficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a favor de

los acreedores del exterior, subsanó la Superintendencia un vacío que se advierte en los Decretos 2216 y 2217 de 1.982, lo cual, desde luego, no está dentro de sus atribuciones, éstas deben estar sustentadas en el contenido de las normas, para facilitar su cumplimiento por parte de los entes sometidos a su inspección y vigilancia, más no crear procedimientos o formular aspectos nuevos no contemplados en las disposiciones a cuyo ejercicio pretende dar curso.

En relación con el considerando Cuarto de la Circular, la Sala reitera lo dispuesto en auto de veintidos de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), en el cual se expresó:

> "La Sala no se pronunciará ni admitirá la demanda de nulidad de los considerandos por cuanto estima que no tienen carácter de actos administrativos demandables. - Se pronunciará en relación con la suspensión provisional del artículo 3° de la citada Circular.-"

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°. Declárese nulo el Artículo Tercero de la Circular Externa D-020 del 9 de marzo 1983 expedida por la Superintendencia Bancaria

2°. Declárase inhibido para un pronunciamiento de mérito, respecto al Considerando Cuarto de la Circular Externa D-020 del 9 de marzo de 1983, expedida por la Superintendencia Bancaria.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

PASIVO / SUSTITUCION PATRONAL

La "provisión para indemnizaciones" (no deducible) correspondía a la suma recibida por subrogación de contratos de trabajo, dinero que no pertenecía al patrón sustituto, pues con él debía cubrir estrictamente el pago de dichas obligaciones, ya que la sustitución patronal genera responsabilidad entre los patronos sustituído y sustituto frente a los trabajadores y en tal caso procede la entrega por parte del antiguo patrono al nuevo, del valor total de prestaciones en la cuantía que éstas sean exigibles. En estas condiciones no hay duda que la suma recibida para este efecto que debió ingresar a cualquiera de las cuentas activas, debió también afectar el pasivo de la empresa, y si bien es cierto que la sociedad lo registró como previsión para indemnizaciones, no por ello puede desconocerse su naturaleza deudora.

PATRIMONIO LIQUIDO / PASIVO / COMPARACION PATRIMONIAL

La provisión para pago de pensiones de jubilación que influyó para la determinación del patrimonio líquido del ejercicio anterior, y en consecuencia ha debido tomarse en cuenta, de manera consistente, por parte de la administración, para efectos de la conciliación patrimonial bien como un valor que no podía disminuir el patrimonio líquido del ejercicio anterior, caso en el cual el patrimonio líquido del año anterior, para efectos de comparación, sería mayor, bien admitiéndolo como pasivo para efecto de la conciliación en el año de 1883, o desconociéndolo en ambos ejercicios. Pero no podía darle carácter de pasivo en un ejercicio y desconocerle tal carácter en el siguiente, para configurar así el incremento patrimonial.

SECCION CUARTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente No. 4680 Actor: SOCIEDAD DE APLICACIONES ELECTRONICAS S.A. NIT 60004936. Apelación de la sentencia del 14 de julio de 1992. Tribunal Administrativo de cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la Nación contra la sentencia del 14 de julio 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 DE APLICACIONES ELECTRONICAS S.A.** NIT 60.004.936. contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le determinó el impuesto de renta, complementario y sanciones para la vigencia fiscal de 1983.

ANTECEDENTES:

La contribuyente presentó la declaración de impuesto de renta y complementarios correspondientes al año gravable de 1983, el día 11 de mayo de 1984, en el Municipio de Bogotá, la cual quedó radicada con el # 00725 DIN-571. En ella se determinó privadamente el impuesto de renta y complementarios por valor de $ 698.306.

Mediante el requerimiento especial # 026 del 19 de marzo de 1986, la sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, propuso a la contribuyente la modificación de su liquidación privada, con el fin de rechazarle los pasivos solicitados por un cheque girado al Banco de Colombia y por la previsión para el pago de las indemnizaciones de los contratos de trabajo por la suma recibida de Fonotón S.A. en virtud de la sustitución patronal por no haber identificado a los trabajadores, y determinarle en consecuencia la renta por el sistema de comparación patrimonial.

Lo anterior que concretó en la liquidación de revisión 00861 de agosto 11 de 1986. En la cual se determinó la renta líquida por comparación de patrimonios y un mayor valor a pagar por impuestos de $ 1.387.321, aduciendo que la sociedad ha debido enviar, con la declaración de renta, la relación de las

personas a quienes debía indemnizaciones y no la prueba de que recibió la cantidad rechazada para pago de dichas indemnizaciones de Fonotón S.A..

En escrito presentado el 1° de octubre de 1986, la sociedad contribuyente, interpuso ante la administración recurso de reconsideración, que fué admitido por auto # 0093 de diciembre 9 de 1986 y fallado mediante la Resolución 00553 del 27 de julio de 1988, en la cual la administración aceptó el pasivo por el valor de $ 774.523, en razón de haber demostrado la actora que el cheque del Banco de Colombia girado por tal valor, no fué cobrado en el año gravable sino en el siguiente mes de enero de 1984 dia 20, pero mantuvo el desconocimiento del pasivo por la cantidad recibida de Fonotón S.A..

LA DEMANDA:

La sociedad contribuyente demandó los actos de determinación de su impuesto, por considerar que transgredieron los artículos 74 del Decreto 2053 de 1974; del Decreto 187 de 1975 y el artículo 4o. numeral 6o. del Decreto 80 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, declaró la nulidad del acto acusado y practicó una nueva liquidación aceptando el pasivo declarado por la actora, por fundamento en que, analizada la declaración de renta del año anterior aparecía denunciado el mismo pasivo, el cual no fué objetado por la Administración, razón por la cual no procedía la comparación de patrimonios ya que ésta constituye una presunción de ocultamiento en rentas que no tenía ocurrencia en el *sublite.*

LA APELACION:

Apeló la apoderada judicial de la entidad demandada y solicita que la sentencia, se revoque, porque la Administración no incurrió en violación del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 y mucho menos de los artículos 116 del Decreto 187 de 1975 y 4o. numeral 6° del Decreto 080 de 1984, porque no es valida la premisa de la sentencia, porque en el expediente no existe la prueba de que en el denuncio rentistico del año gravable de 1982, la contribuyente hubiese declarado como pasivo la suma discutida, ni mucho menos que la Administración se hubiese abstenido de objetarla.

Afirma que a folios 000256 y siguientes, citados por la tendencia, obra el denuncio fiscal por el año gravable de 1982 del cual no se infiere como lo induce el Tribunal, que la sociedad haya declarado como pasivo a favor de

Industrias Fonotón S.A. la suma discutida y concluye que por lo tanto la comparación no se ha desvirtuado.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse, para denegar las súplicas de la demanda, porque es clara la apreciación del apelante en el sentido de que no se genera la existencia de un pasivo, ya que no puede hablarse en una duda contraída con la entidad respecto de la cual se operó la sustitución patronal y además disuelta y liquidada, tal como lo manifiesta el señor apoderado. Y de otro lado no aparece claro que en la declaración de renta de 1982, la contribuyente hubiese declarado como pasivo la suma discutida, ni mucho menos que la administración que hubiese abstenido de objetarla.

Acoge igualmente la apreciación del funcionario liquidador en el memorando explicativo cuando afirma, que si es cierto que están pendientes de pago estas indemnizaciones, la sociedad ha debido enviar la relación con identificación de las personas a quienes se les debe las indemnizaciones.

CONSIDERACION DE LA SALA:

El asunto fundamental del *libelo* consiste en determinar si la suma de $4.554.628, que recibió la sociedad actora en el año de 1982 en parte de la Sociedad Industrias Fonotón, S.A., con el fin de que se pagaran indemnizaciones a favor de sus trabajadores, en virtud de la sustitución patronal, constituyó o no un pasivo para el patrón sustituto o si presenta para este un ingreso susceptible de ser gravado en el impuesto sobre la renta.

Para el efecto debe precisarse, en primer lugar que la administración no discute el hecho de sustitución patronal y que a folios 37 y 38 (numeración manual tinta azul) del cuaderno de antecedentes administrativos enviados por la Administración al Tribunal en cumplimiento del auto del 19 de diciembre de 1988, aparece el certificado expedido por Fonotón S.A., en donde da cuenta de su disolución por fenecimiento del termino de duración de la sociedad, previsto en los estatutos y la órden de liquidación impartida por la Superintendencia Bancaria y de la sustitución patronal con la Sociedad Aplicaciones Electrónicas S.A., cediéndole la actividad y la totalidad de los trabajadores, y como, para el pago de las prestaciones debidas, y para las indemnizaciones por terminación unilateral del contrato entregó a la sustituta

dinero para tales fines, y específicamente la cantidad de $ 4.565.362 para estas indemnizaciones.

Consta así mismo a folio 00289 num "provisión para indemnizaciones" (no deducible) la suma de $ 4.565.362, recibida de Industrias Fonotón S.A., por subrogación de contratos de trabajo, dinero que no pertenecía al patrón sustituto, pues con él debía cubrir estrictamente el pago de dichas obligaciones; lo anterior, sin desconocer el hecho de que la sustitución patronal genera responsabilidad entre los patrones sustituído y sustituto frente a los trabajadores, en la forma establecida por el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, y según el numeral 5o. *ibídem*, procede la entrega por parte del antiguo patrono al nuevo, del valor total de prestaciones en la cuantía que éstas sean exigibles.

De igual forma si en virtud de la liquidación de la empresa el nuevo adquirente debe indemnizar el retiro de trabajadores, a quienes le termina unilateralmente el contrato de trabajo, naturalmente debe pagar las indemnizaciones a que haya lugar, de acuerdo con el mismo ordenamiento jurídico.

No hay duda de que la suma recibida para este efecto que debió también efectuar el pasivo de la empresa, y si bien es cierto que la sociedad lo registró como provisión para indemnizaciones, no por ello puede desconocerse su naturaleza deudora para la actora.

Se aprecia así mismo que en el balance general a diciembre 31 de 1982 (fl. 000266 numeración mecánica tinta verde) en el rubro "otros pasivos" figura la provisión para pago de pensiones de jubilación por $ 2.353.080, **y para prestaciones sociales la suma de $ 4.565.362,** cifra igual a la del anexo de #000269, que corresponde al valor recibido por Fonotón S.A., que como bien señala el Tribunal, influyó para la determinación del patrimonio líquido del ejercicio anterior, y en consecuencia ha debido tomarse en cuenta, de manera consistente, por parte de la administración, para efectos de la conciliación patrimonial bien como un valor que no podía disminuir al patrimonio líquido del ejercicio anterior, caso en el cual el patrimonio líquido del año anterior, para efecto base de comparación, sería mayor, bien admitiéndolo como pasivo para efecto de la conciliación en el año de 1983, o desconociéndolo en ambos ejercicios, pero no podía darle carácter de pasivo en un ejercicio y desconocerle tal carácter en el siguiente, para configurar así el incremento patrimonial, pues con tal proceder se incurre no en transgresión del artículo 74, del Decreto 2053 de 1974, ya que en el *sub-lite* el supuesto aumento patrimonial no existe como claramente quedó justificado,sino en la violación del principio de justicia tributaria señalado en la ley 52 de 1977 artículo 31.

SECCION CUARTA

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.

F A L L A:

1) **CONFIRMASE** la sentencia proferida en el juicio 6572 al 14 de julio de 1992, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2) **RECONOCESE** al doctor Carlos Alberto Castilla Murillo como apoderado de la demanda a términos del poder que obra a folio 85 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CERT - Requisitos

Para tener derecho a los CERT es preciso que se cumplan los siguientes requisitos: que se trate de proveedores de bienes nacionales, entendidos por tales, los que reúnan las características del decreto 1355 de 1984 art. 1o.; que los proveedores de bienes nacionales se les haya adjudicado un contrato en licitación internacional abierta en Colombia por una entidad oficial; que los bienes a adquirir hayan sido financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o instituciones financieras internacionales de carácter público; certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado de conformidad con el D. 1355/84; allegar con la solicitad copia autenticada del contrato.

CERT / PROVEEDOR NACIONAL / DOCUMENTO PUBLICO

La calidad de proveedor de bienes nacionales, se adquiere si éstos reúnen los requerimientos previstos en el art. 1o. del Decreto 2847 de 1985, es decir los bienes adjetivan u otorgan al contratista el atributo de proveedor nacional y a su vez por expreso mandato de normas transcritas (Decreto 1518/84 arts. 1, 2, 3, 4, 8 y 9 y D. 2847/85 art. 1o), la prueba de que dichos bienes son nacionales atendiendo su valor agregado nacional, la constituye la certificación expedida por la entidad licitante; las dudas surgidas en relación con la certificación del valor agregado no pueden resolverse en esta instancia pues dicha certificación, tiene los alcances de documento público auténtico que no ha sido cuestionado y que por tanto no puede invalidarse en este juicio.

SECCION CUARTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D. C. once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4706. Apelación sentencia de 4 de diciembre de 1992. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: BANCO DE LA REPUBLICA C / CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, contra la sentencia del 4 de diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Actuación Administrativa.

El Banco de la República, con posteridad a solicitud de expedición y cancelación de CERT por parte de la demandada, profirió el acto administrativo por medio del cual reconoció a la sociedad CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A., el derecho a certificados de reembolso tributario por valor de $109.785.000 pesos moneda corriente, más la suma de $932,25 pesos moneda corriente, en dinero efectivo, los cuales le fueron entregados el dia 28 de octubre de 1986 a través del Banco de Colombia sucursal de Cali.

2. La demanda.

A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Banco de la República solicita se declare:

- Que es nulo el acto administrativo antes citado.

- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que la demandada está obligada a devolver al Banco los CERT por el valor de $109.785.000 pesos moneda corriente, más la suma de $932,24 pesos moneda corriente, más los intereses corrientes desde el dia 28 de octubre de 1986 hasta cuando se efectúe la devolución y la corrección monetaria correspondiente a dichas sumas con base en el índice de precios al consumidor para el mismo período.

- Que como petición subsidiaría se declare que la demandante está obligada a devolver al Banco, los certificados de reembolso tributario, por el mayor valor pagado que aparezca debidamente acreditado en el proceso, más los intereses corrientes desde el dia 28 de octubre de 1986 hasta cuando se efectúe la devolución y la corrección monetaria correspondiente a dichas sumas con base en el índice de precios al consumidor para el mismo período.

Expresa la demandante como fundamento de su solicitud, las razones que resumidas se transcriben a continuación:

HECHOS

Entre la demandante y el ICEL, se celebró el contrato identificado con el No. 5295 para la venta de conductores consistentes en cables de aluminio y aluminio aislado. Con fundamento en el Decreto 1518 de 1984, la entidad contratista, presentó al Banco de la República, solicitud para que éste le expidiera y entregara CERT, por valor de 109.785.941,85, y la entidad desconociendo lo preceptuado en los Decretos 1518 de 1984; artículo 11, ley 48 de 1983; Decreto 636 de 1984; Decreto 1355 de 1984; Decreto 2847 de 1985, reconoció el derecho a los mencionados CERT, por el valor solicitado en dinero en efectivo, el cual fué entregado al peticionario por intermedio del Banco de Colombia, sucursal de Cali.

Normas violadas y concepto de la violación

Artículo 11 de la ley 48 de 1983, artículos 1, 2, 3, 4, 7 y 8 del Decreto 1518 de 1984, Decreto 636 de 1984, artículo 1 del Decreto 1355 de 1984, en armonía con el artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985, artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984.

Resumen del concepto de la violación:

Luego de varias previsiones normativas, la ley 48 de 1983, marco del comercio exterior, en su artículo 1o., señala que en materia de comercio exterior las previsiones del Gobierno deben "promover las exportaciones de bienes y servicios, su diversificación y estimular la industria y los sectores productivos nacionales" y en el artículo 2o., eliminó los certificados de Abono Tributario - CAT - y creó el certificado de reembolso tributario CERT - los cuales expediría el Banco de la República, según contrato con el Gobierno Nacional.

En el artículo 11 de la ley *ibídem*, autorizó a PROEXPO, para financiar la participación de proveedores nacionales de bienes y servicios en licitaciones internacionales, caso en el cual se podría apoyar a estos proveedores con los

CERT, advirtiendo que para los anteriores efectos, el Gobierno definiría que se entiende por bienes y servicios nacionales y tratándose de sociedades, cuales se consideran proveedores nacionales.

Mediante el Decreto No. 636 de 1984, el Gobierno desarrolló las pautas generales de la ley 48 de 1983 y en su artículo 11 estableció los requisitos para la expedición y entrega de los CERT, por parte del Banco de la República.

A través de Decreto 1518 de 1984, el Gobierno Nacional reguló exclusivamente el CERT, para proveedores de bienes nacionales favorecidos por licitaciones internacionales abiertas en Colombia.

De conformidad con las normas citadas para tener derecho a los CERT, es preciso que quienes los solicitan cumplan con los siguientes requisitos:

- Que se trate de proveedores nacionales.

- Que a esos proveedores nacionales se les haya adjudicado un contrato en licitación internacional abierta en Colombia.

- Que la licitación internacional haya sido abierta por entidad oficial para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público.

- Certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta, determinado conforme el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, modificado por el 2847 de 1985.

- Copia autenticada del contrato debidamente perfeccionado.

- Solicitud presentada al Banco dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato.

El acto acusado vulneró los artículos 1, 2, 3, del Decreto 1518 de 1984 por las siguientes razones:

Las normas invocadas en concordancia con el Decreto 222 de 1983, para los fines discutidos definen al proveedor como el productor del bien, para efectos de la protección del trabajo y de la industria nacional.

Con el acto demandado, se violó uno de los requisitos exigidos por el artículo 1518 de 1984, relacionado con la certificación que debe expedir la

entidad licitante sobre el valor agregado nacional, pues la certificación expedida por el ICEL, no detalla de manera clara el valor agregado nacional de los productos objeto del contrato y no dice si el mencionado valor se determinó de acuerdo con lo indicado en el Decreto 1355 de 1984 y su modificatorio el 2847 de 1985, razón por la que esta certificación no podía servir de base al Banco para reconocer los CERT, equivalentes a un 20% de un valor agregado nacional que no se acreditó plenamente.

Oposición a la demanda

La sociedad demandada manifestó su oposición a las pretensiones de la entidad actora, con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen:

- Los hechos primero, segundo y tercero son ciertos.

- Los hechos cuarto y quinto contienen afirmaciones que se contestan como a continuación se transcribe:

"**AL CUARTO**.- Contiene varias afirmaciones que contesto así:

"A) No es cierto que CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A. presentó su solicitud de reconocimiento del derecho a CERT el día 26 de septiembre de 1986. La realidad es que mi representada presentó dicha solicitud el dia 23 de mayo de 1986, mediante carta Gf 0525 de esa fecha, cuya copia obra en el expediente a folios 40, 41 y 42.

"B) La certificación expedida por el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL-, que sirvió de base para que el BANCO DE LA REPUBLICA reconociera el derecho a mi representada a los CERT, fué expedida de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 3o. del Decreto No. 1518 de 1984, y 1o. del Decreto No. 2847 de 1985. Estas normas no contemplan los requisitos adicionales a que se refiere la parte demandante.

"**AL HECHO QUINTO**. - No es cierto en lo que toca con mi representada. Tampoco es cierto que el BANCO DE LA REPUBLICA haya reconocido el derecho a CERT, contrariando disposiciones legales.

"Se demostrará en este proceso, que el BANCO DE LA REPUBLICA reconoció a CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A., su derecho a los CERT, por haberse cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos para tal afecto, requisitos que no son los que ha imaginado la parte

demandante, sino los contemplados por el Decreto 1518 de 1984 y el Decreto 2847 de 1985." (modificaciones del Decreto 1355 de 1985)." (fls. 128/129).

-Excepciones

a.- Inexistencia de causales de anulación del acto administrativo.

b.- Falta de legitimación por activa, no era el Banco de la República el facultado para demandar, sino la Nación que es la que resulta afectada en su patrimonio.

c.- Ineptitud de la demanda.

Porque no se demandaron todos los actos administrativos que determinaron la expedición de los CERT.

d.- Caducidad de la acción.

Argumenta que el término de caducidad aplicable al Banco es de 4 meses y no de dos años, dado que este carece de la naturaleza de entidad pública, tesis que se respalda con el artículo 2o. del Decreto 386 de 1982 que expresa "... Por su naturaleza única y su autonomía, al Banco de la República no le será aplicable el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional..."

e.- Excepción innominada.

"Adicionalmente propongo como excepción toda circunstancia de hecho o de derecho que resulte probada dentro del proceso y que sirva para enervar las pretensiones de la demanda." (fl. 132).

3. El fallo de primera instancia.-

El Tribunal *a-quo*, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Concreta su análisis el fallador de primera instancia en establecer si la sociedad CEAT GENERAL S.A., obtuvo el reconocimiento de los CERT, sin que hubiera acreditado debidamente el origen nacional de los bienes licitados, sin que se probara que la referida sociedad los hubiera producido y sin que se hubiera acreditado cual era el valor agregado de los mismos de conformidad con las normas respectivas.

Para el Tribunal la entidad demandada, desde su primera petición, realizó continuas gestiones para obtener los CERT, las cuales se reseñan a continuación:

- El 23 de mayo de 1986 dirigió carta al Banco solicitando el reconocimiento de los CERT liquidados sobre el 20% del valor agregado nacional que señala en US$578.367.000.

- El 17 de junio de 1986, el Banco de la República, devuelve a sus oficinas de Cali, la documentación aportada por la solicitante, porque con los datos suministrados por el ICEL en oficio OPER-03268 de mayo 15 del mismo año, no era fácil establecer el valor agregado nacional de la operación (folio 46).

- El 9 de septiembre de 1986, la sociedad demandada dirige comunicación al Banco de la República de Cali, en la que informa que en junio 23 del mismo año recibieron la glosa No. 332, y desde esa fecha ha estado tratando de facilitar el cálculo solicitado, pero que se les ha hecho imposible, razón por la que acudieron al Incomex, pero que éste les respondió que ellos no son los que deben realizarse tipo de operación, similar respuesta obtuvieron de Proexpo.

- En septiembre 18 de 1986, nuevamente se dirige la sociedad demandada, informando al Banco sobre sus gestiones y solicita a una prórroga de 60 dias para la presentación del mencionado cálculo.

- El 26 de septiembre de 1986, se dirige la sociedad nuevamente al Banco, expresándole que anexa la comunicación G. OPER 006426 del ICEL, donde precisa claramente el valor agregado nacional del contrato No. 5395 y que se relaciona con el otorgamiento de los CERT, solicitados con un valor agregado de US$2.756.639,93, al cual corresponde un 20% liquidado al tipo de cambio que indica la circular reglamentaria DFV 1222 de julio de 1986.

- El 7 de octubre de 1986, la sociedad se dirige nuevamente al Banco, para la ampliación de la garantía por la variación en el tipo de cambio.

- El 15 de octubre de 1986, la sociedad informa al Banco que son dos las garantías que debe constituir a favor del ICEL, que son respectivamente de cumplimiento contractual y de la calidad y funcionamiento del material vendido y que es necesaria la aprobación del BID para que el contrato tenga validez y que están esperando dicho certificado.

- El 22 de octubre de 1986, el BID, dirige al Banco una constancia para la tramitación de los CERT, la cual fué recibida por la demandante el 24 de octubre del mismo año.

SECCION CUARTA

El 2 de octubre de 1986, el Banco de la República sucursal de Cali, en comunicación dirigida al Banco de la República de Bogotá, le remite la garantía No. 145/86 por valor de $4.034.058,60, con el fin de que se sirvan expedir los CERT respectivos. El Banco de Colombia, fué el intermediario financiero y en tal carácter recibió los CERT el 28 de octubre de 1986.

Examinadas las normas aplicables al caso *sub-litis*, el *a-quo* no encuentra que en parte alguna se disponga que la entidad licitante que expida la certificación correspondiente, tenga que dejar constancia expresa de que el valor agregado nacional a que aquella se refiere ha sido calculado sobre los bienes de origen nacional.

Lo que ordena el artículo 3o. del Decreto 1518 de 1984, es que la certificación debe ser expedida por la entidad licitante y expresar el valor agregado nacional, valor previamente acreditado en la oferta durante el curso de la licitación y determinado como lo dispone el Decreto 2847 de 1985.

Advierte por demás el *a-quo*, que el Banco exigió que se le expresara el valor agregado nacional ya sea en pesos o en dólares, pero sin la exigencia de demostración alguna ó de constancia expresa adicional.

De otra parte, la obligación de verificar el valor agregado nacional, es decir el procedimiento para hacerlo corresponde a la entidad licitante, en este caso al ICEL, y no al beneficiario de los CERT.

En conclusión el Tribunal, estima que la demandada cumplió con los requisitos de allegar una certificación debidamente obtenida de quien debía expedirla y si la entidad encargada no observó los procedimientos adecuados ello queda en la esfera de su propia responsabilidad.

4.- La apelación-

Solicita el Banco de la República, la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por considerar que al momento de la expedición del acto acusado no estaban dados los requisitos legales para que le surgiera al peticionario el derecho al incentivo tributario, expresa como razones de su recurso las siguientes:

- La certificación expedida por el ICEL, para el reconocimiento de los CERT, no demuestra el origen nacional de los bienes, ni su valor agregado en la forma exigida por el Decreto 1518 de 1984 y su modificatorio el 2847 de 1985.

Para expedir la certificación referida, la entidad licitante debe dejar constancia expresa de que el valor agregado nacional a que ello se refiere,

debe ser calculado sobre los bienes de origen nacional, entendiendo por tales, los producidos en el país.

La certificación expedida por el ICEL, no detalla claramente el valor agregado nacional de los productos objeto del contrato y no dice si este valor se determinó de acuerdo con lo indicado en las normas antes referidas, por lo cual esta certificación no podía servir de base para la expedición de los CERT.

Otro elemento en contra de la sentencia, es la omisión en el estudio del cargo de ilegalidad del acto acusado, ya que la demandada, no acreditó la calidad de productora nacional de los bienes suministrados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, del Decreto 1518 de 1984.

5.- Alegatos de conclusión.-

5.1. De la parte demandada

Solicita confirmar la sentencia apelada con fundamento en lo siguiente:

La sociedad CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A., cumplió con los requisitos sustanciales y formales para la obtención de los CERT, los cuales establece de manera expresa el Decreto 1518 de 1984 a saber:

Sustanciales:

- Que se trate de proveedor nacional.

Como prueba se tiene el dictámen pericial rendido por las señoras Olga Satizábal y Celmira Duque, y los documentos que obran al expediente sobre la calidad de fabricante (folios 11, 14, 27, 29 cuaderno 2), actas de interventoría, declaraciones de testigos.

- Se acreditó en debida forma el requisito que se expresa en las comillas siguientes:

> "B.- Que esos proveedores nacionales hayan resultado favorecidos con la adjudicación de contratos resultantes de licitaciones internacionales, abiertas por las entidades oficiales, para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público." (Fl. 289).

- Se presentó la solicitud al Banco dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del respectivo contrato.

FORMALES

Los que se deben presentar al Banco para el reconocimiento de los CERT, esto es:

- Certificación sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta, expedido por la entidad licitante;

- Copia autenticada del contrato perfeccionado.

5.2.- De la parte demandante

Manifiesta que se impone la revocatoria de la sentencia apelada por cuanto no estaban acreditados los requisitos legales para la expedición del acto acusado.

Concreta la demandante su alegato, en la falta de pruebas de la calidad de productor nacional de la sociedad demandada, elemento que vicia de nulidad el acto administrativo de reconocimiento de los CERT, se insiste en la vulneración de los artículos 1, 2, 3 del Decreto 1518 de 1989.

Similares argumentos a los presentados en la demanda en relación con la determinación de los bienes de producción nacional, se traen aquí para respaldar las pretensiones del recurrente, se invocan normas del Decreto 222 de 1983.

El título 1o. del Decreto 222 de 1983, relacionado con la protección de la industria y del trabajo nacional, busca amparar al productor proveedor y no al productor intermediario.

En cuanto a la certificación que debía expedir la entidad licitante, correspondía determinar si los bienes contratados, eran de "origen nacional", para lo cual es preciso tener en cuenta el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de aquellos y que aparece en el respectivo registro de importación expedido por el INCOMEX y si este último es igual o inferior al 50% del primero, certificar entonces el valor agregado nacional sobre tales bonos terminados.

De otra parte la certificación expedida por el ICEL, omitió mencionar si se había demostrado la calidad de productor nacional del contratista, y si se

había acreditado el valor agregado nacional en la propuesta presentada por el demandado.

Las condiciones antes mencionadas no permitían al Banco reconocer el incentivo tributario en favor de la sociedad solicitante y por lo mismo no podían servir de base para la expedición de los CERT.

Las razones anteriormente expresadas, indican que la sentencia apelada no consulta el espíritu de las normas aplicables al caso *Sub-litis* y por lo mismo debe revocarse.

5.3.-Del Ministerio Público

El Delegado del Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Para la Sala la *litis* se concreta en las pretensiones de la entidad demandante, expresadas en el recurso de apelación y consistente en determinar si al momento de proferir el acto administrativo de reconocimiento y expedición de los CERT, se reunían los requisitos legales para que la demandada tuviera el derecho a este incentivo tributario, si la conclusión a que se arribe es positiva, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, si lo contrario, ésta deberá revocarse.

La ilegalidad acusada básicamente está referida a dos puntos a saber:

1.- Ineptitud de la certificación expedida por la entidad licitante por cuanto no demuestra el origen nacional de los bienes proveídos, ni su valor agregado, en la forma exigida por el Decreto 1518 de 1984 y su modificatorio el 2847 de 1985.

2.- Falta de demostración por la contratista su calidad de productora nacional de los bienes suministrados, de conformidad con los artículos 1, 2, 3, del Decreto 1518 *ibídem.*

A continuación se transcriben:

Artículos 1, 2, 3, 4, 8 y 9 del Decreto 1518 de 1984.

"**Artículo 1o.**- Los proveedores de bienes nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos resultantes de licitaciones internacionales, abiertas por las entidades oficiales, para adquirir bienes financiados en

virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, tendrán derecho al Certificado de Reembolso Tributario -CERT- en las condiciones y términos establecidos en el presente decreto.

"**Artículo 2o**- Para los efectos de este decreto se consideran bienes nacionales aquellos establecidos en el artículo 1o. del decreto 1355 de 1984.

"**Parágrafo**. Las sociedades que, conforme al Código de Comercio, sean Colombianas y que suministren bienes nacionales en los términos establecidos por el presente artículo se consideraran, igualmente, proveedores nacionales.

"**Artículo 3o**.- La certificación, expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado Nacional acreditado en la oferta y determinado con arreglo al artículo anterior, junto con copia autenticada del contrato perfeccionado, presentados por las personas a que se requieren los artículos 1o y 3o. darán derecho a la expedición del Certificado de Reembolso Tributario - CERT-, por parte del Banco de la República.

"**Artículo 4o**.- El Banco de la República liquidará el monto del Certificado de Reembolso Tributario -CERT-, sobre el valor agregado nacional certificado conforme a lo establecido en el artículo 3o. del presente decreto.

"**Artículo 8o**.- Las disposiciones generales sobre el Certificado de Reembolso Tributario CERT-, se aplicarán en las materias no reguladas en este decreto, en cuanto no les sean contrarias.

"**Artículo 9o**.- Las normas de este decreto se aplicarán en las licitaciones internacionales a que se refiere el artículo 1o. y que se abran con posterioridad a la fecha de su expedición." (Fls. 298/299).

Artículo 1o.- Decreto 2847 de 1985.

El artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, quedará así:

"Para los efectos de la aplicación del título *X* del Decreto 222 de 1983, son bienes de origen nacional aquellos producidos en el país para los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual o inferior al 50% del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos."

La ley 48 de 1983 "ley marco del comercio exterior", contiene las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, al momento de regular el comercio exterior; la ley en mención estableció entre sus objetivos, "Promover las exportaciones de bienes y servicios, y su diversificación y estímulo a la industria y los sectores productivos nacionales."

El artículo segundo de la ley *ibídem*, creó con el propósito antes citado, el certificado de reembolso tributaria, señalando que el Gobierno Nacional contratará con el Banco de la República la expedición y entrega de CERT a los exportadores, con el objeto de fomentar las exportaciones y además en relación con las licitaciones internacionales abiertas en Colombia.

En desarrollo de esta ley marco, el Gobierno Nacional dictó entre otros decretos, el 636 de 1984, estatuto a través del cual precisó las características de los CERT y las condiciones para su expedición y entrega.

Además del estatuto en mención y por referirse a una situación especial, se expidió el Decreto 1518 de 1984, reglamentario de la ley 48 de 1983, con el propósito de regular lo relacionado con la entrega de los CERT a proveedores nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, razón por la que habrá de verificarse el alcance de los preceptos del estatuto en comento y en relación con los elementos fácticos en el caso *sub-litis*.

Para tener derecho a los CERT, de conformidad con las normas transcritas es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

a.- Que se trate de proveedores de bienes nacionales, entendidos por tales, los que reúnan las características establecidas por el decreto 1355 de 1984 artículo 1o.

b.- Que a los proveedores de bienes nacionales se les haya adjudicado un contrato en licitación internacional abierta en Colombia, por una entidad oficial.

c.- Que los bienes a adquirir hayan sido financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o instituciones financieras internacionales de carácter público.

d.- Certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado de conformidad con el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, modificado por el artículo 1o. del decreto 2847 de 1985.

e.- Allegar con la solicitud copia autenticada del contrato perfeccionado.

f.- Presentación de la solicitud al Banco de la República, dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato.

Examinado el expediente, se encuentra plenamente demostrado el cumplimiento de los requisitos señalados en los literales "b, c, e, y f"; respecto de los cuales el demandante no expone ningún reparo, sin embargo la discusión se plantea en relación con los reseñados en los literales "a y d".

El requisito del literal "a" hace relación directamente con el del literal "c" puesto que la calidad de proveedor de bienes nacionales, se adquiere si éstos reúnen los requerimientos previstos en el artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985, es decir, los bienes adjetivan u otorgan al contratista el atributo de proveedor nacional y a su vez por expreso mandato de las normas transcritas, la prueba de que dichos bienes son nacionales atendiendo su valor agregado nacional, la constituye la certificación expedida por la entidad licitante; por ello habrá de precisarse el alcance de la norma que ordena la mencionada certificación y cuales los requisitos exigibles al contratista en relación con la misma.

El artículo 3 del Decreto 1518 de 1984, prevé que la certificación sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta, expedida por la entidad licitante con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 del mismo decreto, junto con la copia autenticada del contrato debidamente perfeccionado, dan lugar a la expedición de los CERTS.

Resulta claro en el expediente y fué analizado acuciosamente por el *a-quo*, que la demandada realizó todas las diligencias a su alcance, para la expedición de la mencionada certificación acorde con los preceptos legales que la rigen.

Diligencias que al tenor de la norma que viene aplicable al caso bajo análisis correspondían a la entidad contratante, pues la fuente inmediata de información para la expedición de la certificación se hallaba en la respectiva oferta del contratista.

Es cierto que corresponde a los administrados contribuir al buen funcionamiento y oportuno cumplimiento de las competencias propias de los órganos del Estado, máxime cuando existe interés particular en el contenido de la decisión como ocurrió en la actuación administrativa que aquí se cuestiona, deber de colaboración que no puede mal entenderse para trasladar a terceros las consecuencias propias de las omisiones administrativas.

Para la Sala la sociedad demandada obró conforme a derecho y procuró los medios a su alcance para que el ICEL, certificara el valor agregado nacional de los bienes contratados por él, las dudas surgidas en relación con el mencionado documento no pueden resolverse en esta instancia pues dicha certificación, que concentra los reparos del Banco, tiene los alcances de documento público auténtico que no ha sido cuestionado y que, por tanto no puede invalidarse en este juicio.

De otra parte y como bien lo observó el Tribunal *a-quo* y de manera prolija lo expresó, no existe disposición alguna ni puede ingerirse de los textos legales invocados que para la certificación tenga que utilizarse un método especial de cálculo para demostrar, el origen nacional de los bienes y su valor agregado, entendiendo obviamente que una certificación que contengan los datos referidos habría de tenerse como confiable y seguro documento para la extensión del beneficio tributario.

En concordancia con lo expresado en líneas precedentes, las reglas que señala el artículo 1 de Decreto 2847 de 1985, para el cálculo del valor agregado nacional fijan parámetros, pero no un procedimiento específico. En síntesis cualquier regla al respecto habrá de tenerse como dirigida a la entidad licitante y no como una carga del contratista.

En conclusión, esta superioridad comparte en su integridad la providencia de primera instancia la cual fué suficientemente amplia en sus análisis, razón por la que resultan innecesarios pronunciamientos adicionales.

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:

1o.- CONFIRMASE, la sentencia del 4 de diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso radicado con el No. 15853.

2o- RECONOCESE, personería a los doctores José Ricardo Caicedo Peña y Ricardo Ramírez Acuña.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase

SECCION CUARTA

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario

Nota de Relatoría: En igual sentido puede consultarse sentencia del 25 de junio de 1993, expediente 4741; Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Deberes / DERECHO DE DEFENSA / ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACION.

No es potestativo de la autoridad administrativa notificar el acto que interese a un particular o a un tercero, pues su conocimiento es condición de seguridad jurídica, requisito indispensable para el cumplimiento de las normas y cabal funcionamiento de un estado de derecho. Lo contrario equivaldría a consagrar la arbitrariedad, ya que en tales condiciones la administración podría tomar determinaciones secretas en perjuicio de terceros interesados quienes al no haberse enterado oportunamente no podrían defenderse de este tipo de actuaciones. El hecho de que el acto se notifique al particular directamente interesado, pero no al tercero también interesado, puede dar lugar a la ejecutoria del acto administrativo en perjuicio de terceros de buena fe.

NOMBRE COMERCIAL / AUTORIDAD PUBLICA - Funciones / SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Al utilizar la actora el nombre del Banco de Crédito a partir de 1978 la entidad encargada de ejercer la inspección y vigilancia sobre las entidades financieras (Superbancaria) no podía lesionar ese derecho autorizando a otra entidad distinta para usarlo, porque al hacerlo así obviamente estaba desconociendo el contenido y alcance del artículo 16 de la constitución que consagra los fines para los cuales están instituidas las autoridades públicas como son esencialmente la protección de los asociados en su vida, honra y bienes.

SECCION CUARTA

NOMBRE COMERCIAL - Violación / PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD / PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD / SUPERINTENDENCIA BANCARIA .

Como la Superintendencia conoció oportunamente la oposición del Banco de Crédito a la utilización por parte del Banco Mercantil de su nombre comercial amparado por la ley, por lo que resulta que la aprobación del cambio de nombre con transgresión del art. 607 del Código de Comercio, sin que previamente se hubiera aclarado el derecho al uso, si implica que la Superintendencia actuó sin observar los principios de imparcialidad y objetividad señalados en los artículos 2° y 3° del Decreto 01 de 1984 cuyo cumplimiento es obligatorio y no potestativo para los funcionarios, con evidente perjuicio para la actora debido a la confusión que el cambio causó tanto en la clientela como a otros estamentos oficiales según se desprende de las pruebas.

Consejo De Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 0483 Actor: BANCO DE CREDITO. Acción restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 5007 de 1985 y 5626 de 1986 de la superintendencia Bancaria. Autoridades Nacionales.FALLO

Corresponde a la Sala decidir sobre la demanda que en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, propuso ante el Consejo de Estado el Banco de Crédito contra las Resoluciones 5007 del 18 de septiembre de 1985 en sus artículos primero y tercero y 1016 del 19 de febrero de 1986, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES:

1°. Mediante oficio del 14 de mayo de 1985, (fl.473 cdno ppal) el Presidente del Banco Mercantil, sometió a consideración de la Superintendencia Bancaria una reforma parcial de los Estatutos Sociales de la entidad previamente aprobada por la Asamblea de Accionistas.

2.° Dentro de dicha reforma estaba lo concerniente al cambio del nombre o razón social de la persona jurídica de "Banco Mercantil" a la de "Banco de Crédito y Comercio de Colombia".

Previamente, 28 de septiembre de 1983, el Presidente del Banco de Crédito establecimiento bancario cuyos estatutos fueron aprobados por la misma Superintendencia Bancaria por Resolución No. 1464 de 1973, dirigió un oficio al Superintendente Bancario (Fl.40 cdno ppal), mediante el cual le manifiesta que enterado de la pretensión del Banco Mercantil de modificar su razón social por la de "Banco de Crédito y Comercio", considera que dicho nombre comercial resulta inconveniente para los dos bancos, y que de otra parte, el nombre del Banco de Crédito, se encuentra debidamente registrado como marca de servicios en la Superintendencia de Industria y Comercio y que por lo tanto el Banco de Crédito está amparado por el artículo 607 del Código de Comercio.

Mediante oficio DB-4351 (Fl. 343 cdno ppal) dirigido por la Jefe de la División de Bancos de la Superintendencia al Gerente del Banco Mercantil, se comunica que en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 607 del Código de Comercio, el despacho objeta el artículo 2° del proyecto de reforma de estatutos y se abstiene de autorizar la modificación del nombre del Banco Mercantil dispuesta en el proyecto de reforma.

Posteriormente, mediante Resolución 5007 de 1985, la Superintendencia Bancaria, aprueba la reforma de los estatutos sociales del Banco Mercantil incluído el cambio de nombre o razón social por el de "Banco de Crédito y Comercio de Colombia", considerando que: "revisada La denominación propuesta por el banco interesado Y sus caracteres distintivos fundamentales, según aparecen descritos en los anexos del oficio 5626, radicado con el No. 57432, el 26 de agosto de 1986, no se encuentra que exista similitud o igualdad con las autorizadas a otros establecimientos bancarios en el país, de tal manera que el empleo del nombre Banco de Crédito y Comercio de Colombia, dentro de tales condiciones, pueda significar un riesgo de confusión y desviación de clientela en perjuicio de la propiedad comercial de otros bancos".

Contra dicha resolución artículo 1°, el Banco de Crédito, por intermedio de apoderado interpuso recurso de reposición, por considerar que la aprobación del cambio de nombre del Banco Mercantil a la de Banco de Crédito y Comercio de Colombia lesionaba los derechos de la entidad bancaria por él representada, cuyo nombre la identificaba públicamente nacional e internacionalmente e identificaba los servicios que presta y las actividades que desarrolla, que además su nombre comercial estaba amparado por el artículo 516 del Código de Comercio y argumentando que, expuesto con antelación su interés ante la Superintendencia para la no autorización de cambio de la razón social del Banco

SECCION CUARTA

Mercantil al del Banco de Crédito y Comercio y la respuesta de la Superintendencia en el sentido de pronunciarse sobre las inquietudes planteadas, estaba obligada a observar los artículos 14 y 46 del Código Contencioso Administrativo, y al no hacerlo los violó así como también el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Que por demás el artículo 3° de la resolución, incorpora a la parte resolutiva del acto administrativo, un conjunto de elementos y condiciones no contenidas en él y que por lo tanto no han podido ser conocidas por la entidad lesionada.

El recurso fué resuelto mediante la Resolución 1016 de febrero 19 de 1986, con confirmación de la resolución recurrida, al considerar la Superintendencia que "es posible, sin embargo que subjetivamente la nueva designación comercial del Banco Mercantil perturbe la virtud distintiva del nombre que viene utilizando de tiempo atrás el Banco de Crédito, pero semejante controversia y la definición del derecho a un amparo, junto con el eventual resarcimiento, son temas cuyo reconocimiento corresponde a la jurisdicción común.

Inconforme con el resultado obtenido en la vía gubernativa el Banco de Crédito acude en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la Jurisdicción Contenciosa alegando violación de los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; 603 y 607 del Código de Comercio: 1° literal f) del Decreto Legislativo 975 de 1950; 1° literal d) del Decreto Ley 125 de 1976; 3° incisos 6, 7, 8, 14 y 46 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de la violación expone que el artículo 16 de la Constitución Nacional establece la obligación de las autoridades de proteger a los residentes en Colombia en su vida, honra y bienes; incluídos dentro de éste ultimo concepto los bienes incorporales siendo dentro de estos de especial importancia el nombre comercial.

Que el artículo 30 de la Constitución Nacional, garantiza no solo la propiedad sino todos los derechos adquiridos con justo título conforme a las leyes, y que habiendo adquirido el Banco de Crédito, con justo título y de acuerdo con la ley mercantil la Superintendencia estaba obligada a respetar y hacer respetar el derecho adquirido por el Banco de Crédito sobre su nombre y a impedir su utilización por el Banco Mercantil y al no hacerlo, sino por el contrario, al aprobarlo violó las disposiciones constitucionales que garantizan los derechos adquiridos y asimismo los artículos 35 y 47 del Código de Comercio que eran de obligatorio cumplimiento para la Superintendencia. Esta al permitir la inscripción del comerciante o establecimiento de comercio con el nombre similar al de otro ya inscrito, violó la ley por aplicación indebida.

Asimismo estima que la Superintendencia violó el principio de imparcialidad contenido en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo al no citar al Banco de Crédito para participar en el procedimiento administrativo en donde se resolvería acerca del cambio de nombre del Banco Mercantil, pese a que con más de un año de anticipación el Banco de Crédito le había comunicado su preocupación e interés por el citado cambio y al haber omitido la notificación del acto administrativo al Banco de Crédito, cuyo interés estaba demostrado, violó el inciso 7° del mismo artículo y el artículo 46 del mismo código y que consagra la publicidad del procedimiento administrativo y su No. 8 que establece el principio de la contradicción y el artículo 14 *ibídem* que impone la citación de terceros que puedan estar interesados en las resultas de una decisión administrativa.

Manifiesta que la Superintendencia violó también el Decreto Ley 125 de 1976, artículo 1° ordinal d) y el Decreto Ley 975 de 1950 artículos 1° ordinal f), al no ejercer sus funciones dentro de los parámetros y lineamientos señalados en las Leyes y previa verificación del cumplimiento de las normas por parte del solicitante de aprobación de estatutos, ni vigiló el registro público que está obligada a llevar para evitar por lo menos los problemas de homonimia.

OPOSICION A LA DEMANDA:

Tanto la entidad demandada, como el Banco Mercantil se oponen a las pretensiones de la entidad actora.

La Superintendencia Bancaria, alegando en primer lugar la incompetencia de esta jurisdicción contenciosa para conocer y decidir sobre el mérito de las pretensiones contenidas en la demanda; argumenta que no hubo violación de las normas citadas por la demanda porque de acuerdo al texto de la Ley 57 de 1985, toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposan en las oficinas públicas y a que se le expida copia, siempre que no tengan carácter de reservados y que es función de la Superintendencia la de aprobar los estatutos de un establecimiento bancario mediante acto administrativo cuando estos se ajustan a los presupuestos de orden normativo, competencia y procedimiento.

El Banco Mercantil, como citado al proceso expone además de la incompetencia de jurisdicción, argumentos relacionados con el uso del nombre mercantil y la prohibición contenida en la Ley 45 de 1923, que en su artículo (que no identifica) impide la utilización de la palabra "Banco" en cualquier actividad distinta a la bancaria afirma que tampoco se dieron las violaciones de los artículos del Decreto 01 de 1984, alegadas en la demanda, ya que por el hecho de haber intervenido el "Banco Afectado en la vía gubernativa al interponer

el recurso de reposición contra la providencia, con lo cual estructuró una notificación por conducta concluyente.

Con el fin de reafirmar sus aseveraciones pide como pruebas principales que la Superintendencia oficie que el B.C.C.I. Holding (Luxemboorg) S.A., es accionista mayoritario del Banco de Crédito y Comercio de Colombia, y que certifique sobre la existencia del nombre en el exterior, que le concede el derecho a utilizar el nombre de Banco de Crédito y Comercio de Colombia.

CONCEPTO DEL FISCAL:

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que los actos administrativos acusados que aprobaron el cambio de nombre del Banco Mercantil por el de Banco de Crédito y Comercio de Colombia a todas luces similar al ya autorizado al Banco de Crédito, son violatorios del artículo 607 del Código de Comercio y que por este motivo deben ser anulados los artículos 1° y 3° de la Resolución 5007 y la Resolución 1016, como lo pide el accionante ya que la Superintendencia advirtió la similitud entre el nombre propuesto y los nombres ya usados por otros bancos a tal punto que en el oficio DB 4352 le informó al Presidente del Banco Mercantil la inconveniencia de la propuesta del artículo 2°, de tal forma que sujetó el uso del nombre autorizado a las condiciones contenidas en el oficio 5626 del mismo banco y en la misma Resolución 1016 anunció que tomó las precauciones que las circunstancias del caso aconsejaron como razonables, para conjurar el riesgo de que el cambio de nombre pudiera derivar en uno de los hechos que los numerales 1° y 9° del artículo 75 del Código de Comercio prohíben terminantemente. Que en consecuencia la Superintendencia extralimitó sus funciones, pues el órgano que aprueba está facultado para probar o improbar, pero no para modificar o adicionar los actos aprobados, si el nombre era igual o similar como en verdad lo era, debió la Superintendencia improbar la reforma, pero no someter su uso a condiciones restrictivas so pretexto de precaver riesgos que no se precaven sino con el cumplimiento estricto de la prohibición contenida en el artículo 607.

CONSIDERACIONES DE SALA:

La competencia de la Sala para avocar la demanda propuesta quedó definida en las providencias del 19 de septiembre de 1986, (fl. 327) y 21 de abril de 1989 (fl. 679) pues se trata de juzgar si la actuación del organismo estatal estuvo o no arreglada a la ley, al aprobar la reforma parcial de los estatutos sociales autorizando el cambio de la razón social. El acto acusado es de naturaleza administrativa que nace de la función y vigilancia que ejerce el gobierno a través de la Superintendencia Bancaria y que responde a la finalidad de defender el cumplimiento de la ley por parte de las entidades sujetas al control de la

Superintendencia, función que no puede interpretarse como el simple registro de hechos cumplidos, (reiteración de unos estatutos por haber sido aprobados previamente por la Asamblea General de Accionistas) sino que implica que se vigile y exija de la entidad el cumplimiento total de la ley, previa a la aprobación de sus actos, sin que pueda pretenderse, como lo hace el apoderado judicial de la entidad demandada que al exigir tal cumplimiento, se esté invadiendo la órbita de la función jurisdiccional, porque si en el ejercicio de sus atribuciones la Superintendencia observa que la sociedad sujeta a su vigilancia no cumple con la ley, no puede aprobar el acto, porque se reitera, su función no es de espectador sino preventiva y más exactamente, de velar que el ente vigilado tanto en su operación como en las decisiones que adopten sus órganos sociales, se ajusten al ordenamiento jurídico.

De acuerdo con el contenido de la demanda son cargos de violación de la ley superior:

a) La no citación y notificación al tercero interesado, del proceso gubernativo de aprobación de los estatutos del Banco Mercantil, en cuyo artículo 2° cambia su razón social, hecho con el cual se violó el artículo 3° del Decreto 01 de 1984.

Las formalidades que establece la ley para la expedición de un acto administrativo constituyen la garantía que se concede a los administrados, de tal suerte que cuando se pretermiten, esto es, cuando no se cumplen los trámites establecidos el acto es anulable.

El artículo 3° del Código Contencioso, invocado como violado en sus incisos 6° y 7°, consagra los principios de imparcialidad y publicidad de las actuaciones administrativas, que se dicen vulnerados porque habiendo tenido previo conocimiento la Superintendencia Bancaria de la oposición del Banco de Crédito a que su nombre se utilizara por el Banco Mercantil en su nueva razón social, a juicio del demandante, demostrado su interés era necesaria la citación y notificación del acto administrativo al lesionado con el mismo.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido que no es potestativo de la autoridad administrativa notificar el acto que interese a un particular o a un tercero, pues su conocimiento es condición de seguridad jurídica, requisito indispensable para el cumplimiento de las normas y cabal funcionamiento de un estado de derecho. Lo contrario equivaldría a consagrar la arbitrariedad, ya que en tales condiciones la administración podría tomar determinaciones secretas en perjuicio de terceros interesados, quienes al no haberse enterado oportunamente no podrían defenderse de este tipo de actuaciones.

SECCION CUARTA

El hecho de que el acto se notifique al particular directamente interesado, pero no al tercero también interesado, puede dar lugar a la ejecutoria del acto administrativo en perjuicio de terceros de buena fé quienes estarán sujetos al azar (por su tuvieron conocimiento extraoficial) para hacer valer su derecho, cuando de pronto su restablecimiento ya no es posible.

No obstante, por disposición del artículo 48 del Decreto 01 de 1984, pese al vicio de indebida notificación o publicación del acto administrativo, este se tendrá por notificado, cuando la parte o el tercero interesado se den por suficientemente enterados de la respectiva decisión administrativa y utilicen en tiempo los recursos legales. Por esta circunstancia, si la actora como tercero, interpuso en tiempo los recursos legales en la vía gubernativa, y sin que conste dentro del proceso, la existencia de otros terceros afectados por el acto administrativo indebidamente notificados y publicado, que no hayan podido interponer en tiempo los recursos, es dable concluir que no prospera el cargo de nulidad, por indebida notificación del acto administrativo acusado, porque este se notificó por conducta concluyente.

b) Violación del artículo 16 de la Constitución. Consagra este artículo los fines para los cuales están instituídas las autoridades públicas como son esencialmente la protección de los asociados en su vida, honra y bienes. Norma que estima violada porque al ejercer sus atribuciones la Superintendencia Bancaria no protegió como era debido el nombre comercial del cual la sociedad hacia uso desde tiempo atrás.

Efectivamente observa la Sala que al utilizar la actora el nombre del Banco de Crédito a partir de 1978, la entidad encargada de ejercer la inspección y vigilancia sobre las entidades financieras no podía lesionar ese derecho autorizando a otra entidad distinta para usarlo, porque al hacerlo así obviamente estaba desconociendo el contenido y alcance de la precitada norma constitucional.

c) Nulidad del artículo 3º de la resolución, que dispuso "que la utilización que el Banco interesado haga del nombre que se autoriza, por la presente resolución, para cualquier propósito se someta a las condiciones que el Banco indicó en el oficio Nro. 5626".

Con relación a este cargo, la Sala comparte íntegramente el concepto de la colaboradora fiscal en el sentido de que la Superintendencia sí se extralimitó en sus funciones, pues el órgano que aprueba está facultado para probar o improbar, pero no para modificar o adicionar los actos aprobados.

Sabido es que de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Nacional, los funcionarios públicos, son responsables por la extralimitación de funciones o

por omisión en el ejercicio de estas, ello equivale a manifestar que los funcionarios públicos no pueden atribuirse funciones no previstas en la ley ni dejar de cumplir las en ella establecidas.

Precisa la Sala como se manifestó anteriormente, que la Superintendencia Bancaria estaba obligada por la ley a verificar previamente a la aprobación de la reforma estatutaria del Banco Mercantil, que el proyecto de estatuto aprobado por la Asamblea de Accionistas cumpliera cabalmente el ordenamiento positivo; no obstante encuentra que pese a haber observado la entidad pública que el Banco Mercantil incluía en el cambio de razón social la utilización de un nombre comercial similar al ya usado, para el mismo ramo de negocios por otro establecimiento comercial, en contravención con lo dispuesto por el artículo 607 del Código de Comercio y a haber consignado como manifiesto tal hecho en el oficio DB-4352 (fl. 343 del cdno. ppal) argumentando el Banco Mercantil la similitud del nombre con el ya usado por otras dos entidades bancarias y la inconveniencia de su aprobación que "conduciría a una eventual confusión en la clientela". Posteriormente los aprobó, sin que la persona jurídica hubiera realizado las gestiones recomendadas en el mismo oficio con relación a este punto.

Además, la Superintendencia conoció oportunamente la oposición del Banco de Crédito a la utilización por parte del Banco Mercantil de su nombre comercial amparado por la ley, por lo que resulta que la aprobación del cambio de nombre con transgresión del artículo 607 del código de comercio, sin que previamente se hubiera aclarado el derecho al uso, si implica que la Superintendencia actuó sin observar los principios de imparcialidad y objetividad señalados en los artículos 2° y 3° del Decreto 01 de 1984 cuyo cumplimiento es obligatorio y no potestativo para los funcionarios, con evidente perjuicio para la actora debido a la confusión que el cambio causó tanto en la clientela como a otros estamentos oficiales según se desprende de las pruebas que obran a folios 100 a 164 del cuaderno principal.

Por lo expuesto, la Sala estima que las resoluciones Nros. 5007 de 1985 artículos 1° y 3° y la 1016 de 1986, que la confirma, violaron la ley y por tanto merecen ser anuladas.

En consecuencia la Superintendencia Bancaria ordenará al Banco Mercantil (o Banco de Crédito y Comercio de Colombia) el ajuste de sus estatutos al ordenamiento legal en cuanto a la razón social o nombre comercial se refiere, de acuerdo con el artículo 607 del Código de Comercio.

SECCION CUARTA

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,

F A L L A:

1°. Anúlanse los artículos 1°, éste en lo referente a la razón social autorizada, y el 3° de la resolución 5007 de 18 de septiembre de 1985; anúlase la Resolución 1016 de 19 de febrero de 1986, expedidas pro la Superintendencia Bancaria.

2°. La Superintendencia Bancaria ordenará al representante legal del Banco de Crédito y Comercio de Colombia, si a la fecha de ejecutoria de la presente providencia está utilizando la razón social autorizada mediante Resolución 5007 de 18 de septiembre de 1985, que convoque a reunión extraordinaria a la Asamblea General de Accionistas, a fín de que proceda a modificar su razón social.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

RENTA PRESUNTIVA - Reducción / CONTROL DE PRECIOS

No se está de acuerdo con la interpretación de que el pronunciamiento del Ministro sobre reducción de la renta presuntiva, debe ser de oficio y manera general, ya que no puede desconocerse la existencia de la ley por falta de su reglamentación. En cuanto a la renta presuntiva, el cambio principal que introdujo el legislador de 1985 fué trasladar la competencia para efectuar la reducción, del Director de Impuestos a cabeza del Ministro de Hacienda. La reducción en caso de "control de precios" debe establecerse mediante resolución individual, no general. Para que tuviera aplicación la reducción de la renta presuntiva, era necesario formular una solicitud que permitiera al contribuyente colocarse en el estado de excepción de los afectados por las medidas oficiales de control de precios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D. C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 4424. Apelación sentencia de agosto 14 de 1992 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y patrimonio correspondiente al año de 1985. Actor: TRANSPORTES FLOTA BLANCA S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por TRANSPORTES FLOTA BLANCA S.A. la actora, contra la sentencia de 14 de agosto de 1992, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta por el período gravable de 1985, a saber: la liquidación de revisión No. 000251 de 27 de julio de 1988 y la resolución No. 00322 de 30 de junio de 1989, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

En la declaración de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1985, la sociedad actora disminuyó la base para renta presuntiva en el valor de los ingresos provenientes de la venta de combustibles derivados del petróleo, en cuantía de $422.488.140, con base en lo previsto por el artículo 15 ordinal 2o. de la ley 9a. de 1983.

Mediante requerimiento especial No. 016 de 15 de abril de 1988, la Administración anunció la modificación de la liquidación privada de la actora, incluyendo en la base de renta presuntiva los ingresos provenientes de la venta de combustibles derivados del petróleo en cuantía de $422.488.140, argumentando que no se había aportado la prueba documental emanada del Ministerio de Hacienda relativa a la calificación de la reducción proporcional prevista en el artículo 50 de la ley 55 de 1985.

En la respuesta al requerimiento especial, la actora señaló que no existe disposición legal que obligue al contribuyente a presentar prueba documental, y que de acuerdo con lo establecido por el artículo 50 de la ley 55 de 1985, es el Ministerio de Hacienda quien oficiosamente debe expedir la resolución de carácter general indicando la reducción proporcional a que se refiere el artículo 15 de la ley 9a. de 1983.

La Administración expidió la liquidación de revisión No. 00251 de 27 de julio de 1988, mediante la cual modificó la liquidación privada incluyendo dentro de la base del cálculo de la renta presuntiva los ingresos sometidos al control de precios.

Contra tal liquidación la actora interpuso oportunamente recurso de reconsideración, el cual fue resuelto por la Administración a través de la resolución No.00322 de 30 de junio de 1989 que confirmó en todas sus partes la liquidación de revisión, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

Artículo 50 de la ley 55 de 1985, por interpretación errónea. En lo relacionado con el control de precios, la ley ordena al Ministerio de Hacienda practicar la reducción proporcional de la renta presuntiva tomando como base los estudios de carácter económico que se hayan utilizado para fijar el precio de los respectivos bienes y servicios.

Afirma la actora que los actos administrativos demandados desconocieron el artículo 50 *ib.* al pretender imponerle obligaciones no establecidas en la ley, como lo sería elevar solicitud individual al Ministerio de Hacienda y suministrarle los estudios realizados para la determinación de los precios de los bienes y servicios, cuando la norma prevé que a tal Ministerio por vía general le corresponde el señalamiento de la reducción proporcional de la renta presuntiva en relación con las actividades económicas sujetas al control de precios, como lo es la venta de combustibles derivados del petróleo.

-Inciso 5o. ordinal 2o. del artículo 15 de la ley 9a. de 1983, por falta de aplicación.

Esta norma ordena efectuar la reducción proporcional cuando se ha demostrado que la actividad económica del contribuyente fué afectada por disposiciones legales o administrativas referentes al control de precios:

-Artículos 64 y 67 del decreto 1651 de 1961, por aplicación indebida.

-Artículos 31 y 32 de la ley 52 de 1977, por falta de aplicación.

Considera vulnerado el artículo 31 *ib.* porque la Administración se excedió al exigir a la contribuyente más de lo que ordena el régimen tributario, y el artículo 32 *ib.* en atención a que la liquidación de los gravámenes no se fundamenta en los hechos demostrados por los medios previstos en las normas tributarias, sino que por el contrario, obliga a presentar pruebas que no exige la ley.

-Artículo 20 de la Constitución, por falta de aplicación.

Con los actos demandados, se impusieron a la contribuyente responsabilidades no contempladas en la ley, y los funcionarios de la Administración se extralimitaron en sus funciones.

SECCION CUARTA

LA OPOSICION:

La apoderada de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que:

De conformidad con lo establecido por el artículo 50 de la ley 55 de 1985, el Ministro de Hacienda expedirá en cada caso concreto y previa solicitud del contribuyente interesado en reducir una parte de sus ingresos, la resolución, con fundamento en los factores económicos suministrados por la contribuyente que solicita el beneficio.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

Del artículo 50 de la ley 55 de 1985 se deduce claramente que el Ministro de Hacienda y Crédito Público es "el único facultado para efectuar la reducción proporcional de la renta presuntiva a que se refiere el artículo 15 de la ley 9a.de 1983, circunstancia que no ha acontecido en el caso *sub judice*, por omisión del interesado como este mismo lo admite".(folio 81).

No acepta la argumentación de la actora en el sentido de que el Ministerio debe proceder por vía general en relación con los contribuyentes que desarrollan actividades afectadas por el control de precios, porque la norma (artículo 50 *ib*) solo permite concluír que la decisión del Ministro debe recaer sobre cada caso específico.

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:

Corresponde al Ministerio de Hacienda expedir la resolución de exoneración general, respecto de cada una de las actividades comerciales relacionadas con artículos sometidos al control de precios.

Afirma que cuando la Administración exige una resolución previa del Ministerio de Hacienda donde este último se pronuncie en relación con la reducción de la renta presuntiva "para cada uno de los contribuyentes en forma individual se está exigiendo un incidente previo a la liquidación". (folio 88).

Posteriormente reitera lo expuesto en la demanda al explicar el concepto de la violación.

Finalmente señala que por medio de la ley 26 de 1989 (a través de la cual se adicionó la ley 39 de 1987 y se dictaron otras disposiciones sobre distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo), "el Estado aplicó por vía general la reducción de la renta presuntiva y la plasmó en la ley 26 de 1989 Art. 10 para evitar que se siguieran cometiendo atropellos e injusticias fiscales contra los contribuyentes...." (folio 91).

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado judicial de la entidad demandada se opuso a la prosperidad del recurso de apelación, y alegó que:

La posición del Consejo de Estado en las providencias de 19 de Julio de 1991, expediente 3240, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, y de 6 de diciembre de 1991, expediente 3587, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano, ha sido clara en el sentido de rechazar la procedencia de la reducción proporcional de la renta presuntiva, cuando la actividad económica del contribuyente estando afectada por disposiciones relativas al control de precios, omite la resolución del Ministerio de Hacienda que autorice tal reducción en los términos del artículo 50 de la ley 55 de 1985.

Para la determinación de la renta presuntiva se debe tener en cuenta lo establecido por el artículo 15 de la ley 9a. de 1983 respecto de los porcentajes aplicables y el procedimiento para determinar la base para su cálculo. En relación con el numeral 2o. del artículo 15 *ib.* , se debe probar que la actividad económica del contribuyente está afectada por disposiciones legales relativas al control de precios y que ese control oficial impide alcanzar el mínimo porcentaje de rentabilidad.

-El literal e) del numeral 39 del artículo 16 del decreto 80 de 1984 dispone que el control de precios se prueba con certificación expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, Colcultura o el Inderena, según el caso.

-De conformidad con el artículo 55 de la ley 50 de 1985, la imposibilidad para lograr el mínimo de rentabilidad se prueba por medio de la autorización del Ministro de Hacienda y Crédito Público para reducir proporcionalmente la renta presuntiva. Advierte que la ley 55 de 1985 estaba vigente para la época de los hechos y no ha sido objeto de declaratoria de inconstitucionalidad.

SECCION CUARTA

El inciso 2°. del artículo 50 *Ib*, prevé que para efectos de la reducción se deben tener en cuenta los estudios económicos que hayan servido de base para fijar el precio de los respectivos bienes o servicios. El análisis de los estudios económicos para la procedencia de la reducción proporcional de la renta presuntiva, sólo se puede concretar en una autorización de carácter particular, que en el caso *sub-judice* no se ha aportado.

Dentro de esta oportunidad procesal no se conocen pronunciamientos de la actora ni del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El tema de controversia que debe resolver la Sala, relacionado con la determinación de la renta presuntiva, cuando la actividad del contribuyente está sometida al control de precios ha sido objeto de múltiples y diferentes pronunciamientos de esta Corporación, y en cada caso se han tenido en cuenta sus aspectos específicos, tales como el período gravable discutido y la legislación aplicable al mismo, las decisiones administrativas impugnadas y sus motivos, las pruebas allegadas por la contribuyente ante la Administración y en el proceso, entre otros.

Si bien es cierto que dichos pronunciamientos pueden aparecer como diferentes en relación con un mismo tema, ello se debe a las dificultades de interpretación y aplicación a que dió lugar la ley 55 de 1985, cuando en su artículo 50 atribuyó la competencia en este aspecto al Ministro de Hacienda y Crédito Público, sin establecer el procedimiento a seguir para obtener su decisión.

La Sala ha revisado su jurisprudencia y en sentencia del 11 de junio de 1993, Expediente 4200, Consejero Ponente Doctor Jaime Abella, dilucidó el aspecto que debe precisarse para resolver la controversia planteada por la demanda, en el sentido de que el pronunciamiento del Ministro de Hacienda debe ser de oficio y de carácter general, en los siguientes términos:

> "En el caso que se atiende en esta oportunidad el principal argumento que se ha esgrimido por la sociedad demandante se resume en que el pronunciamiento del Ministro debe ser de oficio y de manera general, de donde se deduce que no la obliga la presentación de un acto particular.
>
> "La Sala no está de acuerdo con esta interpretación de la ley y las consecuencias que de ella se derivan en materia procedimental o de requisitos, por las razones que se exponen a continuación.

"1. No puede desconocerse la existencia de la ley por la falta de su reglamentación. Su interpretación y aplicación debe hacerse con arreglo a lo que disponen normas que regulan aspectos similares y es la misma Ley 55 la que remite a la regulación general de la renta presuntiva cuando dispone que "la reducción proporcional de la renta presuntiva a que se refiere el Artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 se efectuará por el Ministro de Hacienda", de lo cual se deduce que se trata de la misma institución de la renta presuntiva consagrada en la citada Ley de 1983 y que el cambio principal que introdujo el legislador de 1985 fue trasladar la competencia para efectuar la reducción, del Director de Impuestos a cabeza del Ministro de Hacienda en los casos de "control de precios", conservándola el Director en todos los demás casos de fuerza mayor.

"2. Los demás casos de improductividad por causa de fuerza mayor en la Ley 9a. en la acepción de orden de autoridad como son los de prohibición de urbanizar propiedades urbanas, conservación de sitios históricos o de recursos naturales, se efectúan mediante análisis, trámite y resolución individual, no general. La única excepción a este sistema se refiere a la afectación de un sector específico de la actividad económica o una zona geográfica que específicamente regula el Parágrafo 1°. del Artículo 15. En consecuencia la reducción en caso de "control de precios", que es uno de los eventos de "fuerza mayor", también debe establecerse mediante resolución individual, no general.

"Avala esta posición la circunstancia de que la reducción debe ser proporcional a la incidencia que en la renta de un contribuyente influyó el control de precios, lo cual no puede determinarse en forma general ni siquiera por sectores de la economía, sino en cada caso particular.

"3. De estas características surge la conclusión de que para que tuviera aplicación la reducción de la renta presuntiva, era necesario formular una solicitud que permitiera al contribuyente colocarse en el estado de excepción de los afectados por las medidas oficiales de control de precios. Además, como este procedimiento sólo tenía efectos en la determinación del Impuesto de Renta, es obvio que dicha solicitud debía hacerse con relación a la declaración de renta y patrimonio de un ejercicio determinado, pues la incidencia del control no es igual todos los años.

"La ausencia de reglamentos que concreten dicha necesidad de formular una solicitud, en una obligación, no es factor que disculpe el incumplimiento de la ley porque se trata más de un deber formal que surge de la naturaleza de las cosas (así como no existe obligación de pedir cédula para ubicarse

en la condición de ciudadano). Igualmente, la falta de reglamentación del respectivo procedimiento que indique oportunidad, forma, pruebas, etc., relativas a la solicitud, no es impedimento para que este deber pudiera cumplirse libremente con sujeción a las formas que surgen de una interpretación armónica de la reglamentación existente para los demás casos de reducción de renta presuntiva que se tramitan ante la Dirección de Impuestos.

Es de público conocimiento que no obstante la falta de reglamentación se consideraron válidas las solicitudes elevadas ante el Ministro y a ellas se les dió trámite y culminaron en una Resolución a muchas de las cuales se les tramitó recurso de reposición con base en el procedimiento general establecido en la primera parte del Decreto 01 de 1984".

Los planteamientos anteriores son suficientes para confirmar la decisión apelada, no sin antes precisar, en relación con el argumento del recurrente, que invoca la ley 26 de 1989, la cual adicionó la ley 39 de 1987 sobre distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, que dichas normas no son aplicables al caso de autos, toda vez que el período fiscal discutido es el de 1985.

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 WILLIAM RIBERO VALDERRAMA tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LA PREVISORA / DONACION - Destinación / SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades

La Asamblea General de Accionistas de la actora, al cambiar el destino de la donación que en principio se había aprobado para realizar obras en una entidad que pertenece y forma parte de la caja Nacional de Previsión Social, desconoció los arts. 2° de la ley 57 de 1964 y 1° del Decreto 1566 de 1982, que establecen claramente la destinación de tales dineros para la Caja Nacional de Previsión, y no para instituciones ajenas a la caja. Así las cosas, la Superintendencia Bancaria actuó conforme a derecho al expedir las resoluciones acusadas mediante las cuales sancionó la actuación de la actora, en desarrollo de su obligación legal de inspección y vigilancia y en especial de las facultades a ella otorgadas por el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de mil noveciento noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente 4581. Apelación sentencia de 10 de septiembre de 1992 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones 306 de 28 de marzo de 1988, y 882 de 22 de marzo de 1982 expedidas por la Superintendencia Bancaria. Actor: LA PREVISORA S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderada, por la Superintendencia Bancaria, contra la sentencia de 10 de septiembre de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal

SECCION CUARTA

Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 306 de 28 de enero de 1988 y 882 de 22 de marzo de 1988, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES:

La Asamblea General de Accionistas de la sociedad actora en la sesión ordinaria del 31 de marzo de 1986 (Acta N° 22), en presencia del delegado de la Superintendencia Bancaria, aprobó íntegramente el proyecto de distribución de utilidades, dentro de las cuales " .... se destinaron $200.000.000, como donación a la Caja Nacional de Previsión Social para obras que la Clínica Santa Rosa requiera, manejados por la Fiduciaria La Previsora Ltda." (folio 3).

El 29 de diciembre de 1986 la Asamblea general de Accionistas de la actora, reunida en sesión extraordinaria (Acta N° 23), en presencia del delegado de la Superintendencia Bancaria, escuchó los planteamientos del Director de Cajanal en el sentido de la grave crisis por la que atravesaba la entidad por la falta de drogas urgentes y la ausencia de un centro neurológico en la Costa Atlántica. El cambio de destinación de la donación sería así: $30.000.000 para la adquisición de drogas, $30.000.000 para las obras de adecuación del Instituto Neurológico del Caribe y el resto para dotación.

La Superintendencia Bancaria mediante el oficio N° DS y C-4757 de 31 de agosto de 1987, solicitó a la presidencia de la sociedad actora, la explicación de los motivos que llevaron a la Asamblea de tal sociedad al cambio de destinación de la donación, y la discriminación exacta de la distribución.

El Presidente de la Junta Directiva y el Presidente de la Sociedad actora respondieron con el oficio N° 060338 de 19 de octubre de 1987, informándole al Superintendente Bancario Segundo Delegado con base en lo planteado en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas celebrada el 16 de septiembre de 1987 (Acta N° 25), que:

> "... en adelante las donaciones que efectúe la Asamblea General de Accionistas serán manejadas autónomamente por las Juntas Directivas las entidades que se vean beneficiadas por la donación .....
> .....
>
> " d) La razón por la cual la Asamblea ha distribuido un mayor porcentaje de utilidades a título de donaciones que de dividendos, radica en que la caja aún no tiene establecidos programas específicos con relación con el bienestar de sus pensionados ...a través de donaciones se le dota de los

recursos necesarios para la realización de importantes programas asistenciales a su cargo" (fl.5).

Mediante oficio N° 049080 de 29 de octubre de 1987 la Superintendencia Bancaria preguntó a la actora si la donación a Cajanal había sido aceptada por el donatario, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 1469 del Código Civil.

La actora, a través de la comunicación del 20 de noviembre de 1987, respondió que la donación a Cajanal se entregó por medio de un contrato de fiducia, celebrado con la Fiduciaria La Previsora Ltda., de acuerdo con lo ordenado por la Asamblea y previa aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Posteriormente, la Superintendencia Bancaria expidió la resolución N°306 de 28 de enero de 1988, y con fundamento en los anteriores hechos, sancionó a la sociedad actora con una multa de $2.000.000.

Contra la anterior resolución, la actora interpuso recurso de reposición en el cual fué decidido mediante la Resolución N° 882 de 22 de marzo de 1988, confirmando en todas sus partes la Resolución N° 306, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Las normas violadas y el concepto de la violación se resúmen así:

-La superintendencia Bancaria, al interpretar la ley 57 de 1964, se excedió ya que tal normatividad dispuso que los dividendos que en cada ejercicio le hayan correspondido al Ministerio de Salud, por razón de las acciones que posea en la Previsora, serán cedidos a la Caja Nacional de Previsión. Además, en el caso presente, como se trataba de dividendos sino de una donación que la asamblea de la Previsora le hizo a CAJANAL.

-La Superintendencia incurrió en exceso de poder por violación de los artículos 25 a 32 del Código Civil, al interpretar en forma errónea y analógica el artículo 2° de la ley 57 de 1964 y el artículo 1° del decreto 1566 de 1982, porque en el caso presente, no se trataba de dividendos, sino de una donación que la Asamblea de La Previsión S.A. le hizo a Cajanal, " .... entidad que decidió cambiarle la destinación inicial y a manera de informe explicó a la misma Asamblea meses después, las razones de este cambio.

SECCION CUARTA

LA OPOSICION:

La apoderada de la entidad demandada se opuso a prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que:

De conformidad con lo establecido en el artículo 455 del Código de Comercio, aplicable a La Previsora S.A. a Cajanal le correspondían las utilidades que quedaren después de efectuar las reservas a que se refiere el artículo 452 *ib.* Aunque por unanimidad los asociados pueden prescindir del reparto de utilidades previsto en el artículo 455 *ib.* , " ... en este caso concreto existe una norma especial, de carácter preferente e imperativo, que ordena que los dividendos tanto los que le hayan correspondido como los que le **correspondan** a la Caja deben destinarse al fin específico señalado en el decreto 1566 de 1982" (folio 70).

Con el cambio de destinación de la donación aprobada en la Asamblea Extraordinaria de accionistas de La Previsora celebrada el 29 de diciembre de 1986, se vulneraron los artículos 452 y 455 del Código de Comercio, la ley 57 de 1964 y el decreto 1566 de 1982, ya que los dividendos que le hubiesen correspondido a Cajanal debían destinarse a la ejecución de las obras señaladas en las dos últimas normas citadas

EL FALLO APELADO:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el fallo apelado, acogió las súplicas de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

El artículo 2 de la ley 57 de 1964, se refiere a que los dividendos a que tendría derecho el Ministerio de Salud en la Previsora S.A. deben cederse a Cajanal. Luego de examinar la situación ".... no aparece prueba de que liquidados los dividendos para los diversos accionistas de la Sociedad Anónima LA PREVISORA se haya desconocido la obligación legal de ceder a CAJANAL los dividendos que corresponden al Ministerio de Salud". (folio 127).

Con respecto a la destinación que debe dar la Caja Nacional de Previsión a los dineros que por concepto de dividendos reciba del reparto de utilidades de La Previsora S.A. (artículo 1° del decreto 1566 de 1982),

> "..... a juicio de la Sala no se entiende el por qué de la aprobación de la Superintendencia Bancaria del destino de la donación de $200.000.000 para la Clínica Santa Rosa de Lima, cuando lo cierto es que ateniéndonos al texto de las normas todo dinero entonces que recibiera CAJANAL por concepto de las acciones que tiene en la PREVISORA está destinado

legalmente y en forma exclusiva **a los planes y programas sociales para los pensionados de esta Institución**, de manera que desde el comienzo el monto de dicha partida con destinación legal específica, se estaba disminuyendo pues entregarlos para obras en la Clínica Santa Rosa no cumple con la finalidad que le dio la norma". (folios 128, y 129).

El *a-quo* señaló que las normas citadas por la Superintendencia Bancaria no describen la conducta censurable, incurriendo así la entidad de vigilancia en el desconocimiento del principio constitucional de la tipicidad, ya que interpretó de manera extensiva artículo 2° de la ley 57 de 1964 y el artículo 1° del decreto 1566 de 1982.

De conformidad con los anteriores planteamientos, el Tribunal concluyó que en el *sub lite* no existió la debida correlación "entre las circunstancias de hecho censuradas por la Superintendencia Bancaria y los presupuestos de derecho en cuya transgresión apoya la Administración la expedición de los actos acusados: "..... cuanto en realidad hubo errónea interpretación de las normas citadas como base para el acto administrativo". (Folios 132 y 133), encontrándose así demostrado el exceso de poder en la actuación de la administración.

LA APELACION:

La apoderada de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, y lo sustentó así:

La apoderada de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, y lo sustentó así:

Así como lo indicó el Tribunal, el legislador expidió la ley 57 de 1964 con el fin de dotar a la Caja Nacional de Previsión de los dineros suficientes para que pueda cumplir su función social.

La ley 57 de 1964 y el decreto 1566 de 1982 determinaron concretamente que los dividendos que le correspondían a la Caja debían destinarse a las obras previamente señaladas, "....a fin de evitar desfaces como el presentado en el caso materia de estudio, en que se acude a mecanismos aparentemente amparados por la ley, para reducir de manera artificiosa el monto del dividendo a través de actos de disposición de las utilidades sociales ".....evitando así que ingresen en calidad de dividendos sumas de consideración a la Caja Nacional de Previsión Social. . . . " (folio 155), las cuales, sin ninguna justificación irán al patrimonio de otras personas naturales o jurídicas, que no tienen relación alguna con CAJANAL.

SECCION CUARTA

Concluyó la apelante afirmando que en el *sub lite*, de conformidad con lo anteriormente planteado, se estructuró un "fraude a la ley", al realizarse actos contrarios a la finalidad y espíritu de la ley.

Al respecto, citó el salvamento de voto de la Doctora Beatríz Martínez Quintero a la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La apoderada de la sociedad actora, dentro de esta oportunidad procesal, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, con fundamento en que:

La sociedad actora, como empresa industrial y comercial, puede realizar todas las actividades que autorice la ley (artículo 446 numeral 3° literal c) del Código de Comercio) y los estatutos.

En el caso de la actora, los dividendos presentan la destinación específica al pago de las pensiones de CAJANAL, pero en relación con las utilidades, la Asamblea es soberana para disponer de ellas, "sin que estén sometidas a destinación específica". (folio 162).

La Superintendencia Bancaria incurrió en contradicción, ya que aunque acepta que la Asamblea General de Accionistas tenía facultad para efectuar la donación inicial, rechazó el cambio de destinación, para lo cual, también estaba facultada tal Asamblea.

Todas las decisiones de la actora fueron previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

Afirma que: " .... lo que la Asamblea de La Previsora S.A. hizo en favor de Cajanal y que ha sido cuestionado por la Superintendencia fué el cambio de una donación, no el pago de un dividendo...."(folio 164).

La apoderada de la entidad apelante, en esta etapa procesal alegó que:

Al aprobarse la donación con destino a la Clínica Santa Rosa de Lima (entidad adscrita y que forma parte de CAJANAL "... resulta obvio que tal donación estaba destinada en forma específica y directa a lograr el bienestar de los afiliados a la Caja Nacional, ".....empero, no puede predicarse la misma condición jurídica del Instituto Neurológico del Norte, entidad que no estaba ni adscrita ni vinculada a la pluricitada Caja, y que solo eventualmente podría prestar algún servicio". (folios 183 y 184)

Por lo anterior, no puede válidamente afirmarse que la entidad de vigilancia haya interpretado errónea ni analógicamente el artículo 2° de la ley 57 de 1964 y el artículo 1° del decreto 1566 de 1982, ni que los actos acusados estén afectados del vicio de explotación irregular por exceso de poder, porque las normas en mención señalan con claridad la destinación de los dineros que tenga CAJANAL como accionista mayoritaria de la sociedad actora, ".... lo cual fué abiertamente desconocido por la aseguradora en cuanto permitió el cambio de destinación de la donación en principio dirigida a una clínica adscrita a la Caja Nacional de Previsión". (folio 184.).

El Señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, solicitó la revocatoria del fallo apelado, y alegó que:

El artículo 22 del decreto 2920 de 1982 (precepto invocado por la superintendencia para demostrar su facultad sancionatoria establece que cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se serciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquier norma legal a que deban estar sujetas, impondrá una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de $500.000; ni mayor de $2.000.000.

De acuerdo con lo anterior, y con lo establecido en el artículo la ley 57 de 1964 y en el artículo 1° del decreto 1566 de 1982, encuentra que la finalidad prevista en tales normas no pudo cumplirse en el caso presente, por el cambio de destinación de la donación " ... para trasladarla al mismo título, a una entidad diferente sin ninguna relación con la Caja Nacional de Previsión Social". (folio 179).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Previsora S.A. (la actora), es una sociedad de economía mixta con régimen de empresa comercial, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en los términos de la ley 105 de 1927 del decreto 1493 de 1940, y sus propios estatutos.

El artículo 2° de la ley 57 de 1964, establece que:

> "Cédense a la Caja Nacional de Previsión Social los dividendos que en cada ejercicio le hayan correspondido o puedan corresponderle al ministerio de Salud Pública, por razón de las acciones que posea en la Previsora S.A. Compañía de Seguros, empresa ésta última que estará exenta del pago de Impuestos Nacionales, a excepción de los derechos de aduana y otros que graven las importaciones." (Se Subraya).

SECCION CUARTA

La anterior disposición fué reglamentada por el decreto 1566 de 1982, el cual en su artículo 1° prevé que:

> "Los dividendos que cada ejercicio fiscal le hayan correspondido o le correspondan a la Caja Nacional de Previsión Social, por razón de las acciones que posea en la Previsora S.A., Compañía de Seguros y los que le correspondan de acuerdo a la distribución de utilidades conforme lo establece el artículo 2° de la ley 57 de 1964, tendrán como destinación especifica la ejecución de programas y obras sociales que tengan relación directa con el bienestar de los pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social ". (Se subraya).

La Asamblea General de Accionistas de la sociedad actora aprobó en la sesión del 31 de marzo de 1986 (sesión ordinaria N° 22), el proyecto de distribución de utilidades correspondiente al ejercicio de 1985, dentro del cual se contempló una partida de $ 200.000.000 como "Donación a la Caja Nacional de Previsión Social para obras que la Clínica Sta. Rosa requiera, manejados por la fiduciaria la Previsora Ltda." (Folio 37).

Posteriormente, y en reunión extraordinaria celebrada el 29 de diciembre de 1986, la Asamblea General de Accionistas de la actora decidió cambiar la destinación de la donación (de los $200.000.000 y de sus respectivos rendimientos), así: $30.000.000 para adquisición de drogas, $30.000.000 para el Instituto Neurológico del Caribe y el resto para dotación.

El mencionado instituto, conforme al Acta N° 23, correspondiente a la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la actora, es una "...Fundación sin ánimo de lucro, patrocinada por el Club Rotario de Barranquilla..." (folio 43).

De conformidad con lo anterior, la Sala observa que la Asamblea General de Accionistas de la sociedad actora, al cambiar el destino de la donación de la partida de $200.000.000 que en principio se había aprobado para realizar obras en la Clínica Santa Rosa, entidad que pertenece y forma parte de la Caja Nacional de Previsión Social, desconoció los artículos 2° de la ley 57 de 1964 y 1° del decreto 1566 de 1982 antes transcritos y que establecen claramente la destinación de tales dineros para la Caja Nacional de Previsión Social, y no para instituciones ajenas a la mencionada Caja, como lo es, en este evento, el Instituto Neurológico del Caribe.

Así las cosas, la Superintendencia Bancaria actuó conforme a derecho al expedir las resoluciones acusadas mediante las cuales sancionó la actuación de la sociedad actora, en desarrollo de su obligación legal de inspección y

vigilancia, y en especiàl de las facultades a ella otorgadas por el artículo 22 del decreto 2920 de 1982, sin que resulten válidos los argumentos relativos a que la Asamblea tenía facultades para un cambio de destinación de las utilidades de la Sociedad.

Las anteriores consideraciones, son suficientes para que se revoque en todas sus partes la sentencia apelada y, se denieguen las súplicas de la demanda, prosperando así el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

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.

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

COPIA - Valor probatorio

Si bien en el momento de la presentación de la demanda, el valor probatorio de las copias se encontraba regulado par el artículo 254 del Código de-Procedimiento Civil y limitado a sólo dos eventos, a partir de la modificación introducida por el artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, norma de aplicación inmediata, debe entenderse que tienen el mismo valor que el original, las copias autenticadas por notario "previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente". Son ahora plenamente válidas las autenticaciones realizadas ante cualquier notario, habiéndose eliminado la antitécnica restricción de solo poder obtener copias ante el funcionario público en cuya oficina se encontrara el original.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION / BIEN INMUEBLE - Titularidad / PAGO EN EXCESO / DEVOLUCION

Ante el elemento probatorio consistente en la escritura pública en donde consta quien es el verdadero dueño del lote, se debió tratar de esclarecer, proveyendo las pruebas necesarias en quien recaía realmente la obligación de la cancelación de dicho gravamen. Si existía un principio de prueba plenamente válido, como lo era tal escritura que demostraba la propiedad del inmueble en cabeza de otro titular, no podía mantenerse la actuación administrativa que impuso la contribución a un tercero. Y como del contenido de la escritura así como de su posterior registro en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados, se evidencia que el predio no era de su propiedad, se debe acceder a la anulación de la actuación distrital que asignó el gravamen y ordenar se le devuelva lo que-pagó indebidamente, con valores actualizados.

EXP. -4661

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No 4661 Actor: URBANIZACION LAS SIERRAS DEL CHICO LTDA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACION. FALLO.-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora, contra la sentencia de 18 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la acción de revisión de impuestos contra las Resoluciones Nos. 1040 de 30 de mayo, 1161 de 5 de agosto y 027 de 22 de agosto, todas del año de 1983, proferidas por el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, en la determinación de la contribución de valorización a cargo de la sociedad "Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.", por la obra de la Avenida Circunvalar.

ANTECEDENTES:

Hechos:

El 6 de octubre de 1982, la sociedad demandante y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, suscribieron un acuerdo de pago sobre el gravamen o contribución de valorización por la Avenida Circunvalar, estableciendo el área gravable en 49.266 metros cuadrados y el gravamen en la suma de $8.128890, equivalente a $165 el metro cuadrado. El 30 de mayo de 1983, por medio de la Resolución No. 1040 el IDU asignó la contribución de valorización elevando el valor del metro cuadrado a $446 y agregando en su numeral 33877, el predio No. 7, con un gravamen de $10.345.854

Los recursos de reposición y apelación, fueron resueltos en las Resoluciones 1161 de 5 de agosto de 1983, de la División de Asuntos Jurídicos del IDU y la Resolución No. 027 de 22 de agosto del mismo año, de la Junta Directiva del mismo Instituto, en forma adversa a la sociedad demandante.

LA DEMANDA:

Un primer cargo hace relación a la violación de los artículos 1° y 12 del decreto legislativo 1604 de 1966. 1o., 55, 58 y 71 del decreto 536 de 1981 del Alcalde Mayor del Distrito Especial, vigentes cuando los actos acusados

gravaron con la contribución de valorización, al predio No 7, que no es de propiedad de la actora

Se incurrió igualmente en violación de los artículos 2o del decreto 868 de 1956 y de los artículos 47 y 48 del Decreto Distrital No 536 de 1981, al gravar con un coeficiente de zona desarrollada, unos predios, que por la actuación de otras dependencias del Distrito, no han podido ser urbanizados. Se está gravando así una circunstancia hipotética o eventual, hecho que rechaza la ley.

Un tercer cargo se refiere a que los actos acusados no se dictaron con fines encaminados a lograr un buen servicio, sino buscando perjudicar a la actora, en razón del fallo de la justicia ordinaria, que condenó al IDU a pagarle a la demandante, el valor de la zona de terreno que siendo de su propiedad, fué ocupada de hecho por el IDU para la ampliación de la Carrera 7a.

No de otra manera puede entenderse, que a pesar del Acuerdo de pago suscrito entre el IDU y la sociedad bajo unos determinados parámetros, a los pocos días de proferido el fallo contra la entidad distrital, se produjera la Resolución 1040 de 30 de mayo de 1983, en la que se liquidó oficialmente un impuesto muy superior al inicialmente acordado. Solicita entonces que previa la revisión, se anule la operación administrativa demandada y se practique una nueva liquidación de la contribución que en justicia le corresponda pagar a la actora, ordenando al IDU la devolución de las sumas pagadas en exceso, con sus intereses.

OPOSICION DE LA DEMANDA:

El apoderado judicial del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, se opone a las pretensiones de la demandante, alegando contra el primer cargo de violación, que conforme a la ley, debió la sociedad informar cualquier cambio con respecto a sus predios, sin que oportunamente lo hiciera con respecto al No.7. hecho que además no fué alegado en la vía gubernativa. En cuanto a La violación del artículo 2o del decreto 868 de 1956, esta no pudo haberse configurado, por ser un decreto no acogido el Concejo del Distrito Especial, apoyándose en cambio la actuación de liquidación en los artículos 47 y 48 del decreto 536 de 1981, que fija el procedimiento para llegar al factor definitivo de la contribución por valorización.

Los argumentos en que se basa la desviación de poder, son apreciaciones subjetivas de la demandante, que falsean la realidad, pues la decisión judicial en contra del IDU, fué conocida por éste con posterioridad al acto de liquidación. Propone la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, con respecto al cargo de no ser propietaria del lote No. 7, y a la desviación de poder.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la excepción del indebido agotamiento no prospera, por cuanto en los recursos gubernativos la actora manifestó su inconformidad por el gravamen fijado al predio No.7, así como los criterios con los cuales se determinó en la actuación la zona utilizable de terrenos, para fijar el gravamen. No se trata entonces de hechos nuevos, que pueda dar lugar al indebido agotamiento de la vía gubernativa.

Sobre la inclusión de la actora como sujeto pasivo del cobro del gravamen al predio No. 7, sin que fuera ésta su propietaria, encontró que la fotocopia de la Escritura Pública por medio de la cual se pretendió demostrar quien era el verdadero propietario del inmueble, no reunía los requisitos del artículo 254, ordinal 1o. del Código de Procedimiento Civil, además de adolecer de la constancia de registro, solemnidad indispensable para que dicha transacción fuera válida ante terceros. Encontró así improcedente el primer cargo formulado en la demanda.

En cuanto a la inconformidad por los coeficientes utilizados para determinar el gravamen, consideró que si bien en la Inspección Judicial se estableció que los terrenos objeto de gravamen no han tenido hasta el momento ningún desarrollo urbanístico, como el artículo 47 literal i) del decreto 536 de 1981, del Alcalde Mayor de Bogotá, dispone que dentro de las características de los predios y la calificación del beneficio, se deben considerar los cambios que antes, durante o después" de realizada la obra puedan presentarse, el Distrito en su actuación se limitó a aplicar correctamente las normas vigentes, gravando los lotes en consideración a factores como: distancias, acceso, topografía, etc. así como la existencia de un proyecto de desarrollo aprobado.

El cargo de desviación de poder, al pretender ser demostrado con copia de la sentencia judicial que no está autorizada por el Secretario del Juzgado, no está llamada a prosperar. Comparte las objeciones formuladas en la visita fiscal a los elementos de la prueba indiciaría, para reafirmar la improcedencia de la formulación de la demanda.

Después de negar la objeción hecha al dictamen pericial por parte de la apoderada de la entidad demandada, procedió a negar las súplicas de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION:

En su memorial de apelación la sociedad demandante cuestiona la interpretación en su parecer errónea, que se dió en la sentencia al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, ya que es plenamente válida la autenticación

realizada por Notario, previo el cotejo con el original. En cuanto a la ausencia de registro de la Escritura Pública, ha debido el Magistrado Ponente ordenar el perfeccionamiento de la prueba, máxime cuando la demandante estaba tratando de probar un hecho negativo; que el lote No.7 gravado en las resoluciones impugnadas, no es de su propiedad. Perfecciona la prueba en la segunda instancia, enviando la nota de registro correspondiente.

Afirma que en el proceso se encuentra plenamente demostrado que los predios gravados no han sufrido modificación alguna desde la fecha en que se suscribió el acuerdo de pago con el IDU y que por tanto el aumento desmesurado del gravamen practicado en la liquidación oficial acusada, obedeció fundamentalmente a una retaliación por la decisión judicial que ordenó al Instituto pagar unos terrenos a la actora, por ser de su propiedad. Adjunta la liquidación de las sumas de dinero que por concepto de impuestos no causados se debe ordenar devolver a la apelante, con su liquidación de intereses y la actualización a marzo de 1993.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Para la Procuradora Sexta Delegada ante el Consejo de Estado, se encuentra acreditado en el expediente que el lote No. 7, gravado en los actos impugnados, no es de propiedad de la sociedad actora y si bien inicialmente no se demostró el registro de la Escritura Pública que demostraba quien era el verdadero titular del bien, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, solicita se acceda a la petición de la impugnante sobre este punto.

En cuanto al coeficiente de contribución fijado en los actos acusados, sostiene la vista fiscal que éste obedeció a todo un procedimiento adelantado por el IDU, por medio del cual se determinó el beneficio generado a los predios por la construcción de la Avenida Circunvalar y en el cual se tomaron en cuenta factores diferentes a lo relacionado con la explotación económica. La desviación de poder tampoco se logra configurar con las pruebas aportadas al proceso, debiendo mantenerse la legalidad de los actos, en cuanto a estos dos cargos de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término llama la atención de la Sala la demora que sufrió el trámite del proceso durante la primera instancia, si se tiene en cuenta que la demanda fue presentada el 24 de noviembre de 1983, admitida en julio 13 de 1984 y proferida la sentencia el 18 de septiembre de 1992. Sin dejar de reconocer las demoras inherentes al trámite probatorio, no existe justificación para

situaciones como la aquí presentada, que indudablemente van en contravía de los principios de celeridad y eficacia que deben acompañar la administración de justicia.

Teniendo en cuenta que la apelación instaurada por la sociedad actora, mantuvo los mismos cargos de violación del *libelo* inicial, la Sala procede a su estudio, en el mismo orden en que fueron allí formulados.

1. -Gravamen al predio No. 7.

En la Resolución No. 1040 de 1983, bajo el numeral 33877, el IDU gravó en cabeza de la accionante el predio No.7, identificado con la Cédula Catastral No. 83-18E/L17, en un área de 61.500 metros cuadrados y por un valor de $10.345.854. La sociedad se opone a este gravamen, afirmando que no es propietaria del inmueble mencionado y para probar su afirmación, presentó fotocopia autenticada ante notario de la Escritura Pública No. 3126 de 7 de octubre de 1980, en donde consta la compra que de éste inmueble realizó la sociedad "Chicó Oriental Número 2".

El Tribunal de Cundinamarca se abstuvo de analizar la anterior prueba, por dos razones fundamentales: porque la fotocopia no estaba autenticada en la misma notaria donde se realizó la transacción y por la falta de la constancia de registro en la oficina correspondiente. Con motivo de la apelación, presenta nuevamente la recurrente la fotocopia de la Escritura de compraventa y la constancia de su registro en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados.

Para la Sala es evidente que el Tribunal pecó de exceso de formalismo en la apreciación de la prueba. Si bien en el momento de la presentación de la demanda, el valor probatorio de las copias se encontraba regulado por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y limitarlo sólo a dos eventos, a partir de la modificación introducida por el artículo 1o. del decreto 2282 de 1989, norma de aplicación inmediata, debe entenderse que tienen el mismo valor que el original, las copias autenticadas por notario "previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente". Son ahora plenamente válidas las autenticaciones realizadas ante cualquier notario, habiéndose eliminado la antitécnica restricción de sólo poder obtener copias ante el funcionario público en cuya oficina se encontrara el original.

Partiendo entonces de la premisa de que la contribución de valorización es una obligación fiscal a cargo de los duelos de las propiedades raíces beneficiadas por la ejecución de una determinada obra, si la actora basó su defensa en la afirmación de no ser propietaria del predio No. 7 gravado, ante el elemento probatorio consistente en la Escritura Pública en donde consta quien

es el verdadero dueño del lote, debido el Tribunal tratar de esclarecer, proveyendo para ello las pruebas necesarias, en quién recaía realmente la obligación de la cancelación de dicho gravamen. Si existía un principio de prueba plenamente válido, como lo era la Escritura Pública que demostraba la propiedad del inmueble en cabeza de otro titular, no podía mantenerse la actuación administrativa que impuso la contribución a un tercero.

Es por ello que a pesar de las objeciones que plantea la entidad demandada a la procedencia de las pruebas en la segunda instancia, como el registro de las escrituras públicas debe entenderse como una formalidad adicional al otorgamiento del instrumento mismo, la Sala considera que la constancia que del registro de la Escritura Pública No. 3126 de octubre de 1980 se adjuntó con motivo de la apelación, (folio 743 cuaderno principal) no es una prueba nueva, sino que se trata de un documento que está mejorando la presentada desde el momento mismo en que se instauró la demanda.

Y como del contenido de la Escritura Pública mencionada, así como de su posterior registro en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados, se evidencia sin lugar a dudas que el predio relacionado en los actos acusados como "lote No. 7" y sobre el cual se fijó un gravamen en cabeza de la demandante, no era de su propiedad, al constituir el hecho gravado con la contribución de valorización la propiedad inmueble que se encuentra ubicada en la zona de influencia de la obra, debe la Sala acceder a la anulación de la actuación distrital que asignó el gravamen a un tercero y ordenar se le devuelva lo que pagó indebidamente por éste concepto, con valores actualizados, según liquidación que se realizara más adelante.

2.- Inconformidad por el coeficiente utilizado para determinar el gravamen.

El segundo cargo de violación que se planteó en demanda, hace relación a que a pesar de que el IDU, en acuerdo de pago suscrito previamente con la actora, aceptó que los terrenos de su propiedad no tenían ningún tipo de explotación, fijando el valor del gravamen por valorización en $165 el metro cuadrado, posteriormente, en la liquidación oficial impugnada, sin que se hubiera presentado ninguna modificación en las condiciones físicas de los predios, se elevó el valor del metro cuadrado a $447.62, con el correspondiente incremento del gravamen.

Se afirma que los predios no han sido explotados, pues aunque se han adelantado todos los trámites para su urbanización, en razón de los obstáculos impuestos por otro organismo del distrito Planeación Distrital- el proyecto no se ha llevado a cabo. Al respecto la actora presentó ante la jurisdicción, como

elemento probatorio a sus afirmaciones, Dictamen Pericial rendido por expertos, en el que se da cuenta de la inexplotación de los predios gravados.

Conforme al Capítulo Segundo del Decreto 536 de 16 de marzo de 1981, por medio del cual la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió el Estatuto de Valorización del Distrito Especial, se fijan los métodos a seguir para la distribución de las contribuciones valorización, en los cuales se tiene en cuenta varios factores que pueden considerarse como determinantes para la cuantificación mismo. Fue así como en la Resolución No. 1040 de 30 de mayo de 1983, que fijó el gravamen discutido, se estableció como método de distribución del correspondiente a las obras de la Avenida Circunvalar y con respecto a los predios de la sociedad actora, el, señalado en el literal f) del artículo 48 del decreto mencionado, el cual se denomina "Método de los Factores de Beneficio", en el cual se tiene en cuenta cada una de las características de los predios y las circunstancias que lo relacionan con la obra, llagando a cada uno de los coeficientes o factores numéricos en razón del beneficio que a aquellos genera la obra.

En los fundamentos expuestos por la Administración Distrital en las resoluciones que conocieron de los recursos gubernativos, así como en la declaración que ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rindió el Doctor Luis Alfredo Ramos, en ese entonces Jefe de la División de Valorización del Instituto de Desarrollo Urbano (folios 409 a 410 del cuaderno principal) se observa que la asignación del gravamen a la actora se basó fundamentalmente en el hecho que con respecto a los predios gravados se había presentado un proyecto urbanística ante Planeación Distrital, cuya aprobación estaba en trámite, entendiendo así que ese proyecto implicaba una mejor situación de los predios gravados, frente a los inexplotados y sin proyecto de urbanización. Se tuvo en cuenta así, los cambios que antes, durante o después de realizada la obra, pudieran afectar los predios. Afirmó igualmente el Jefe de Valorización en la declaración rendida ante el Tribunal, que aunque el predio No. 7 fué gravado teniendo en cuenta los mismos factores generales de los otros, como distancia, acceso etc, como para el momento de la liquidación ".. . no se conocía ningún proyecto urbanístico como tal, no se le aplicó el factor de, explotación del terreno.", y por ello se le asignó un valor de, impuesto de $165 el metro cuadrado.

Queda así claramente definido el factor de cuantificación del tributo, pues estando los lotes en las mismas condiciones generales frente a la obra, indudablemente la única razón para gravar el No. 7 con $165 el metro cuadrado y a los otros con 446, fué que con respecto a éstos últimos se había presentado un proyecto de desarrollo urbanístico ante Planeación Distrital.

SECCION CUARTA

Pero de lo que no se ha hecho mención en la actuación acusada, ni en la sentencia apelada, es que si, bien el literal i) del artículo 47 del decreto 536 de 16 de marzo de 1981 hace alusión a los cambios que previa, en o posteriormente puedan presentarse en los predios gravados, como elemento que justifica un mayor gravamen, textualmente el literal hace referencia a cambios que "... sean aprobados por el organismo competente hasta un año después de su liquidación"., e introduciendo así un factor temporal para la aprobación de los proyectos que puedan dar lugar a los cambios que incidieron en la mayor determinación del gravamen.

Es necesario tener entonces en cuenta, al analizar la legalidad de los actos acusados, que demostrado como está por diversos medios probatorios, que el factor que determinó el reajuste del gravamen fué la presentación del proyecto urbanístico para los predios de propiedad de la actora, el cual no fue aprobado un año después ni posteriormente, encontrándose aquellos hasta la fecha totalmente inexplotados, desaparece el fundamento legal de la actuación que fijó la contribución de valorización en razón al posible beneficio que obtendrían los predios cuando fueran urbanizados.

Por las consideraciones anteriores, concluye la Sala que la sociedad actora solo estaba obligada a pagar el gravamen de valorización para predios inexplotados, correspondiéndole el factor 19-33, al cual corresponde un valor de $168.22 el metro cuadrado, que multiplicado por el número de metros de propiedad de la apelante 60.425, arroja un valor de gravamen por valorización de $10.164.525.

Demostrado como está, por medio de los recibos oficiales de pago, que la actora pagó la totalidad del gravamen asignado al predio No. 7, sin ser de su propiedad, por un valor de 10.345.854 y que por los predios de su propiedad canceló un mayor valor de $16.805.535, la Sala accede, previa la anulación de la actuación a ordenar la devolución de las sumas indebidamente pagadas, por un total de $27.151.389.

Dentro del restablecimiento del derecho formulado en la petición demandatoria la actora solicitó, y lo ha reiterado a lo largo del debate, que las sumas que se ordene devolver deben ser actualizadas a su valor presente, para cuyo efecto la Sala tomará en cuenta el hecho notorio que constituye los índices de precios al consumidor fijado por el DANE, partiendo del vigente cuando la contribuyente efectuó el pago indebido -abril de 1986- como índice inicial y el vigente a la fecha de ésta providencia -junio de 1993 - como índice final.

Se aplicará la siguiente formula de actualización monetaria de la suma a devolver:

$$VP \quad VH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

De donde:

VP = Valor presente o actualizado
VH = Valor histórico

Indice Final = Indice de precios al consumidor fijado por el Dane, vigente a la ejecutoria del fallo.

Indice inicial = índice de precios al consumidor vigente al momento de efectuarse el pago de cada una de las cuotas del impuesto.

Entonces:

$$VP \quad 27.151.389 \times \frac{298.06}{58.12} = 139.241.965$$

Valor Actual = $139.241.965.

Con respecto a la solicitud de devolución de los intereses de financiación pagados por haber cancelado el gravamen por cuotas, la Sala no accede a tal petición, por ser un elemento distinto a la liquidación misma del tributo, al constituir un valor que la actora convino cancelar como contrapartída del pago diferido del gravamen. Tampoco se pronuncia la Sala sobre el tercer cargo de violación, por haber accedido ya a las súplicas de la demanda.

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,

F A L L A:

Revocar la sentencia de 18 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 3.218 y en su lugar se dispone:

1.- Anúlase la operación administrativa integrada por las Resoluciones Nos. 1040 de 30 de mayo, 1161 de 5 de agosto y 027 de 23 de agosto de 1983, por medio de las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano IDU fijó a la sociedad

SECCION CUARTA

"Las Sierras del Chicó Ltda." con Nit. 860.058.847-1 la contribución de valorización por la Avenida Circunvalar de Bogotá.

2- Fíjase en la suma de diez millones ciento sesenta y cuatro mil quinientos veinticinco pesos ($ 10.164-525) el valor de la contribución por valorización a cargo de la sociedad Las Sierras del Chicó Ltda. con Nit 860.058.847-1 por la obra anteriormente mencionada y en relación con los predios identificados en los numerales 33869, 33870, 33871, 33872, 33873, 33874 y 33875 de la resolución No 1040 de 30 de mayo de 1983.

3.- Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena al IDU reintegrar a la sociedad Las Sierras del Chicó Ltda., con Nit. 860.058.847-1 la suma de ciento treinta y nueve millones doscientos cuarenta y un mil novecientos sesenta y cinco pesos ($139.241.965) de conformidad con la parte motiva de este proveído.

4.-Deberán reconocerse intereses de conformidad con las previsiones del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

5.- Para efectos de dar cumplimiento a los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, expídase copia auténtica de ésta sentencia con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO / CONTRIBUYENTE - Obligaciones / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Cuando el parágrafo del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 ordena a los contribuyentes que ejercen actividades objeto del hecho imponible a través de sucursales y agencias en más de un municipio, registrar su actividad en cada municipio, está violando el ámbito territorial que la constitución y la ley le ha conferido a los acuerdos. De igual modo lo hace al ordenar la apertura de registros contables a los contribuyentes que operan en más de un municipio a través de Sucursales y Agencias. Es decir se estima que la norma acusada viola normas superiores de su escala normativa como son el artículo 197 de la Constitución Política del 1886 y los arts. 2° y 32 de las leyes 4a. y 14 de 1913 y 1983 respectivamente y por lo tanto es procedente su anulación.

Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta

Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia.: Expediente No. 4691. Actor: JOSE HILARIO LUGO BERNAL. Apelación sentencia de 16 de octubre de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló el parágrafo tercero, del artículo 20 del Acuerdo No. 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá. FALLO.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, contra la sentencia de 16 de octubre

de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló el paragrafo tercero del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El doctor José Hilario Lugo Bernal con cédula de ciudadanía No. 15.637 de Bogotá, con fundamento en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (acción de nulidad) demandó ante el Tribunal la nulidad de los parágrafos lo., 2o. y 3o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, mediante los cuales se reglamentan los ingresos por actividades comerciales o de servicios realizadas en lugares distintos a Bogotá; se prohíbe descontar de la base gravable de las actividades industriales los ingresos percibidos en otros municipios y se impone la obligación a los contribuyentes que ejerzan actividades gravables en más de un municipio a través de sucursales o agencias, de registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en tales municipios, etc.

Encontrándose en trámite el proceso ante el Tribunal, el actor desistió de la pretensión de nulidad del parágrafo 2o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por cuanto el Consejo de Estado (sentencia de junio 1o. de 1990, expediente 2440) declaró la nulidad del mencionado parágrafo 2o. (fl. 102).

Surtida la etapa procedimental prevista en el Código Contencioso, el *a-quo* mediante sentencia de mérito anuló el parágrafo tercero del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por considerar que el Cabildo Distrital, no podía expedir normas locales que impongan obligaciones en municipios diferentes a Bogotá como son el registro de actividades objeto del hecho imponible (impuesto de industria y comercio) en el municipio o municipios en donde se establezcan sucursales y agencias; y además exigir la apertura de los respectivos controles de tipo contable que permitan la determinación del volúmen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en tales municipios, pues la facultad constitucional de los Concejos Municipales debe utilizarse dentro de la respectiva jurisdicción territorial propia y no con carácter general como se evidencia del texto del parágrafo 3o. de la norma acusada. (fls. 125/133).

RECURSO DE APELACION.-

La representante judicial del ente demandado sustenta la apelación afirmando que no se evidencia tal ilegalidad del contenido del parágrafo 3o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 originario del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, porque lo único que hace es referirse a las obligaciones que el Código de Comercio estableció a los comerciantes (artículo 28) en cuanto a su inscripción en el registro mercantil cuando en el ejercicio profesional del comercio abran establecimiento o sucursales de esta naturaleza; o la obligación de llevar su contabilidad, libros, registros contables, etc., conforme a las disposiciones de dicho código, (artículo 48, *ibídem*).

De igual modo señala que el parágrafo 3o. del artículo acusado no desborda norma legal alguna debido a que el artículo 63 del Código de Comercio permite a los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público la presentación o exámen de los libros y papeles del comerciante para efectos de la tasación de los impuestos. Concluye entonces que el Acuerdo 21 de 1983, en su parágrafo 3o. del artículo 20 lo único que persigue es evitar la evasión de impuestos, "pues en las disposiciones que se señalan transgresoras, se desprende que en desarrollo de la ley sustancial, en ellas se implantaron mecanismos para hacerla efectiva impidiendo una posible evasión de impuestos, aspectos que competía determinar al Honorable Concejo Distrital en aras de salvaguardar las rentas y patrimonio del Distrito" (fls. 185/188).

Traslados para alegar de conclusión.-

En primer lugar descorre dicho traslado la apoderada judicial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, quien presenta los mismos argumentos expuestos con motivo de la apelación observando que como existen contribuyentes que realizan sus actividades objeto del gravamen en varios municipios, para evitar precisamente una de las prácticas muy comunes en el país (evasión de impuestos), se reglamentó mediante el artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, en tal forma que el contribuyente podía descontar de su base gravable los ingresos obtenidos en los demás municipios fuera del Distrito Capital, ajustándose tal reglamentación a los parámetros legales (artículos 263 y 264 del Código de Comercio), pues estima que la Administración Distrital no incurre en doble tributación, ni la contribuyente evade la obligación fiscal que le corresponde. En consecuencia, solicita la revocación de la sentencia proferida por el Tribunal y en su lugar se desestimen las pretensiones de la demanda. (fls. 191/194).

En segundo lugar descorre el traslado para alegar de conclusión la Delegada Sexta de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación, doctora Margarita de Obando quien estima que la sentencia apelada merece

ser confirmada, porque a su juicio en el Código de Comercio no existe la obligación de llevar registros contables en cada una de las Agencias o Sucursales que son los establecimientos de Comercio a que se refiere el parágrafo 3o. Señala que tal obligación la cumple el comerciante con el sólo hecho de llevar los registros contables en la sede principal del establecimiento (artículo 66 Código de Comercio). Concluye entonces que el parágrafo 3o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 está imponiendo una obligación adicional no consagrada en disposición alguna, a más de que toca temas que no son de competencia funcional o territorial por parte del Concejo de Bogotá.

De otro lado observa que la referencia a los artículos 28 y 48 del Código de Comercio que hace la entidad apelante se circunscribe a la obligación que tiene todo comerciante de inscribirse en el registro mercantil que maneja y administra la respectiva Cámara de Comercio, y relacionada con el domicilio declarado por el mismo comerciante. Relieva que "éste registro, es bien diferente a la exigencia que hace el parágrafo 3o. a los contribuyentes de "registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos, por las operaciones realizadas en tales municipios", exigencia que además, trasciende los límites territoriales a que está circunscrito el Concejo Distrital, convirtiéndolo en un mandato con efectos nacionales lo cual no es posible por cuanto su capacidad jurídica está restringida a la órbita distrital exclusivamente". Por tanto, pide la confirmación del fallo apelado. (fls. 195/199).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

A pesar de que la apelante en modo alguno se refiere en su impugnación a las transgresiones del artículo 197 de la Constitución Política de 1886, del artículo 2o. de la Ley 4 de 1913 y del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, lo cierto es que el parágrafo 3o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 sí desborda estas disposiciones, porque la atribución de los Concejos es votar las contribuciones y gastos locales, a más de que los acuerdos rigen en el respectivo municipio; y tratándose específicamente de materia imponible, el impuesto de industria y comercio recae sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales directa o indirectamente.

En efecto, cuando el parágrafo 3o. de la norma acusada ordena a los contribuyentes que ejercen actividades objeto del hecho imponible a través de sucursales y agencias en mas de un municipio, registrar su actividad en cada municipio, está violando el ámbito territorial que la constitución y la ley le ha conferido a los acuerdos. De igual modo lo hace al ordenar la apertura de

registros contables a los contribuyentes que operan en más de un municipio a través de Sucursales y Agencias.

Sobre estos aspectos la Delegada de la Procuraduría atinadamente observa que todo comerciante tiene la obligación de inscribirse en el registro mercantil del domicilio declarado por el mismo comerciante. De ahí que sea muy diferente a la exigencia que hace el parágrafo 3o. a los contribuyentes de "registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volúmen de ingresos obtenidos, por las operaciones realizadas en tales municipios", pues ello trasciende los límites territoriales a que ésta sujeto el Concejo Distrital.

Respecto a los registros contables la Procuraduría precisa también que no existe obligación en el Código de Comercio de llevarlos en cada una de las Sucursales y Agencias, sino que tal obligación la cumple el comerciante con el sólo hecho de manejar los registros contables en la sede principal del establecimiento. De lo anterior concluye que el parágrafo 3o. acusado está imponiendo una obligación adicional no consagrada en disposición alguna.

De lo brevemente expuesto la Sala estima que evidentemente el parágrafo 3o. del artículo 20 del Acuerdo 21 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá viola normas superiores de su escala normativa como son el artículo 197 de la Constitución Política de 1886 y los artículos 2o. y 32 de las leyes 4a. y 14 de 1913 y 1983 respectivamente, y por lo tanto es procedente su anulación tal como lo hizo el Tribunal en la providencia apelada. Por consiguiente, se impone la confirmación de tal decisión.

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 de 16 de octubre de 1992 proferida en el juicio 7.700, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad del parágrafo 3o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

SECCION CUARTA

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección (salvo voto); *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL (Salvamento de Voto).

La competencia de los Concejos Municipales tiene por límite el marco territorial del respectivo municipio, así como la competencia en materia tributaria, era en la Constitución abolida en 1991 y lo sigue siendo en la vigente, derivada, sujeta a la ley, principio reiterado hoy con base en los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Politica. Pero no encontré transgresión a ninguno de tales principios, ni de las disposiciones constitucionales y legales, por la sencilla e inexplicablemente no alegada razón de que todo lo que hizo el Concejo fué trascribir el inciso primero del artículo 1° del Decreto Reglamentario 3070 de 1933. Entiendo que los decretos reglamentarios mientras no sean suspendidos o anulados por esta jurisdicción son de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades administrativas.

Consejero Ponente: *Dr. Gillermo Chaín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 4691. Fallo del 18 de junio de 1993 Actor: JOSE HILARIO LUGO BERNAL.

Con mi acostumbrado respeto con los compañeros de la Sala, me aparto de la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

Que la competencia de los Concejos Municipales tenga por límite el marco territorial del respectivo municipio, ha sido principio arduamente sostenido por la jurisprudencia de la Sala, que el suscrito ha prohijado indeclinablemente. Igualmente, que la competencia en materia tributaria, era en la Constitución abolida en 1991 y lo sigue siendo en la vigente, derivada, sujeta a la ley, también

es principio reiterado con base hoy en los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Política.

Con la invocación que de ellos se hace en la sentencia anterior estoy plenamente de acuerdo. Pero no encontré transgresión a ninguno de tales principios, ni de las disposiciones constitucionales y legales, en el caso del parágrafo tercero del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por la sencilla e inexplicablemente no alegada razón de que todo lo que hizo el Concejo fué transcribir el inciso primero del artículo 1° del Decreto Reglamentario 3070 de 1983 (nov. 3).

En efecto, con una pequeña variación del texto, que no del sentido, en la referencia a la materia imponible, las normas mencionadas disponen:

Decreto Reglamentario 3070 de 1983.

ARTICULO 1o. "Los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipio, a través de sucursales o agencias constituídas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable"
".....".

Acuerdo 21 de 1983.

ARTICULO 20 ....."
"Parágrafo, 3o. Los contribuyentes que ejerzan actividades objeto de hecho imponible en más de un municipio a través de sucursales o agencias, constituídas de acuerdo con lo definido en los Artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada Municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en tales municipios.
"....."

Entiendo que los decretos reglamentarios mientras no sean suspendidos o anulados por esta jurisdicción son de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades administrativas, incluídos en ellas los Concejos Municipales, o sea que tienen igual fuerza vinculante que la ley que reglamentan.

Si la disposición comentada encierra algun vicio de extralimitación, sería atribuíble al Decreto más no al Acuerdo que lo reprodujo y su aplicación ha de entenderse limitada al territorio del entonces Distrito Especial, o mejor a quienes ejerzan dentro de él actividades gravadas.

Además, me parece que la situación de los contribuyentes no varía, pues mientras esté vigente el Decreto Reglamentario, las autoridades Distritales podrán invocarlo, sin que la anulación del aparte del Acuerdo signifique desaparición del sistema y obligaciones consagradas en aquél.

Jaime Abella Zárate

Santa Fe de Bogotá D.C., junio 24 de 1993.

CADUCIDAD - Cómputo / RECURSO DE REPOSICION

Uno de los presupuestos básicos para ocurrir ante esta jurisdicción consiste en que la acción intentada no haya caducado. Para efectos del respectivo cómputo (cuatro meses contados a partir del dia de la notificación o ejecución del acto) es necesario determinar si contra un determinado acto sólo procede el recurso de reposición; entonces la ejecutoria de éste se logra desde el dia siguiente de la notificación del recurso que lo decide. En cambio, si el interesado no interpone la reposición, la ejecutoria se produce al día siguiente del vencimiento de los cinco dias que tenía para interponerlo. Por lo tanto es a todas luces improcedente pretender que se cuenten los cuatro (4), meses a partir de la fecha en que se expidió la resolución negando el recurso de reposición por extemporáneo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D. C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No 4756 Actora: INDUSTRIAS INTEGRADAS PARA LA RECREACION LTDA. "INTER-RECREO"-. Apelación sentencia de 18 de diciembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto a Espectáculos Públicos período 15 de mayo de 1988 a 18 de septiembre de 1988). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de INDUSTRIAS INTEGRADAS PARA LA RECREACION LTDA. "InterRecreo", contra la sentencia de 18 de diciembre de 1992 mediante la cual

el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se inhibió para proferir fallo de mérito por caducidad de la acción.

ANTECEDENTES.-

Inter-Recreo (Parque de Atracción La Gran Aventura) por la temporada del 15 de mayo de 1988 al 18 de septiembre del mismo año canceló a la Junta Administradora de Deportes de Bogotá D.E. impuesto a espectáculos públicos por un total de $3.483.278,oo según recibos 21794, 21814, 21831, 21853, 21873, 21897, 21909,21924, 21951, 22028, 22058, 22078, 22088, 22102, 22122 y 22143 cuyas fechas oscilan entre el 24 de mayo de 1988 recibo 21794) y el 19 de septiembre de 1988 (recibo 22143).

Contra los mencionados actos liquidatarios del impuesto a espectáculos públicos el 14 de diciembre de 1988 la sociedad interpuso recurso de reposición, el cual fué negado por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.E en Resolución 0171 de 3 de febrero de 1989 por haberse presentado fuera del término previsto en la ley. (fls. 19/36).

Mediante demanda presentada el 12 de mayo de 1989 la contribuyente acudió ante el Tribunal con el fin de impetrar la nulidad de los actos acusados debido a que ellos a más de liquidar el 10% sobre cada boleta de entrada al espectáculo contienen gravamen sobre el uso de aparatos mecánicos.

Surtido el trámite de rigor el *a-quo* estimó que tanto el recurso de reposición presentado el 14 de diciembre de 1988 como la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo formulada el 12 de mayo de 1989 fueron instaurados fuera de los términos legales, pues el recurso gubernativo que no es obligatorio debió incoarse dentro de los cinco dias siguientes de haberse efectuado los pagos, es decir mayo 31 de 1988, junio 8, 15, 22, 29 de 1988, julio 6, 12, 19 de 1988, agosto 11, 16, 24, 29 de 1988, septiembre 6, 13, 19 de 1988; y respecto a la acción incoada puntualiza que se operó el fenómeno de la caducidad de la acción porque el interesado al no interponer la reposición dentro del término legal no interrumpió) el lapso de los cuatro (4) meses, previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por consiguiente se inhibió para proferir fallo de mérito por caducidad de la acción (fls. 157/164).

RECURSO DE APELACIÓN.-

El apoderado de Inter-Recreo en la sustentación del recurso relieva que ninguno de los recibos de liquidación contiene término alguno para la interposición de los recursos por vía gubernativa. Además señala que no hubo notificación

legal de los actos de liquidación y que el hecho del pago no significa que se hubiere aceptado o convenido la liquidación realizada, pues si no se cancelaba el gravamen se corría el riesgo que se impidiera el funcionamiento de la ciudad de hierro.

Fuera de las consideraciones anteriores estima que si el recurso de reposición fué resuelto por la resolución 0171 del 3 de febrero de 1989 y la demanda fué presentada el 12 de mayo de 1989, es evidente que el término de los cuatro meses previstos en el Código Contencioso vencía en el mes de junio de 1989 y por lo tanto es oportuna. En consecuencia pide se revoque la sentencia del Tribunal y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda. (fls. 171/175).

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN.-

En este proceso sólo lo descorre el Delegado Tercero de la Procuraduría General de la Nación, doctor Jaime Ossa Arbeláez quien precisa que el artículo 51, inciso 5o. del Código Contencioso Administrativo dispone que el recurso de reposición no es obligatorio, pero que si alguien lo intenta debe hacerlo dentro de los cinco dias siguientes a la notificación del acto. Respecto a la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, señala que la demanda debe presentarse dentro de los cuatro meses siguientes a esa notificación y que si en ese termino el interesado no la formula, obviamente se produce la caducidad de la acción que fué precisamente lo que ocurrió en el caso que se examina.

Cita como ejemplo el recibo No. 22088 cuya notificación se produjo el 29 de agosto de 1988, señalando que como la sociedad dejó vencer el término de cinco días para interponer la reposición, aquella podía entonces acudir a esta jurisdicción hasta el 30 de diciembre de 1988, pero al presentar la demanda el 12 de mayo de 1989 la acción ya había caducado. Concluye entonces que la sentencia merece ser confirmada. (fls. 178/180).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

En primer término se observa que uno de los presupuesto básicos para ocurrir ante esta jurisdicción consiste en que la acción intentada no haya caducado. (artículo 136 del Código Contencioso Administrativo).

Para efectos del respectivo cómputo (cuatro meses contados a partir del día de la notificación o ejecución del acto) es necesario determinar si contra un determinado acto sólo procede el recurso de reposición, entonces la ejecutoria de éste se logra desde el día siguiente de la notificación del recurso que lo

decide. En cambio, si el interesado no interpone reposición, la ejecutoria se produce al día siguiente del vencimiento de los cinco días que tenía para interponerlo.

Pues bien, en el caso sujeto a estudio y decisión de la Sala el término para la caducidad de la acción debe contarse a partir del día siguiente del vencimiento de los cinco días, porque según la resolución 0171 de febrero 3 de 1989 la reposición fué extemporánea.

Siendo ello así, es a todas luces improcedente pretender, como lo hace la sociedad actora que se cuenten los cuatro (4) meses establecidos para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada, a partir del día 3 de febrero de 1989, fecha en que se expidió la resolución 0171 negando el recurso de reposición por extemporáneo; pues si se tiene en cuenta la última liquidación (recibo 22143 de septiembre 19 de 1988) y la fecha de interposición (diciembre 14 de 1988) el término de los cinco dias que concede la ley se sobrepasa en exceso. En resúmen, si se toma la última liquidación de fecha septiembre 19 de 1988 la actora podía acudir a esta jurisdicción hasta el 26 de enero de 1989, pero al formular la demanda el 12 de mayo de 1989 habían transcurrido de sobra los cuatro meses previstos en la ley. Por consiguiente, la Sala habrá de confirmar la decisión del Tribunal debido a que es evidente la falta de uno de los presupuestos procesales de la acción, como lo es de que ésta no se encuentre caducada.

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,

F A L L A:

Confírmase la sentencia de 18 de diciembre de 1992 proferida en el juicio 6.995 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se inhibió para emitir fallo de mérito por caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que ésta, providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

SECCION CUARTA

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A.Torrado Torrado, Secretario.

SALARIO INTEGRAL / FACTOR PRESTACIONAL / RENTA EXENTA

El texto mismo del inciso 1° del art: 26 del Decreto 836/91, al prescribir que cuando el trabajador perciba un salario integral, el 30% del mismo no constituye ingreso gravable para el trabajador es preciso y concreto en establecer cual es el monto exento de dichos ingresos laborales, sin que pueda afirmarse, que lo que establece dicha norma, es el "mecanismo para determinar el factor prestacional correspondiente a la empresa", porque, expresamente no lo prescribe así y porque el factor prestacional es uno, tanto para el trabajador como para la empresa. Por otra parte, se comparte las consideraciones de conveniencia y de equidad, que son las que ha debido tener en cuenta el legislador, y no el reglamentador, pues es a él al que le corresponde establecer las exenciones tributarias.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta

Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente 4775. Recurso de Reposición contra el auto de mayo 17 de 1993. Actor: JUAN FERNANDO PETERSSON. AUTO.

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de apoderado, contra el auto proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante el cual se admitió la demanda presentada por el Señor JUAN FERNANDO PETERSSON

SECCION CUARTA

SAMPER contra el inciso 1o del artículo 26 del Decreto 836 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

EL AUTO APELADO:

El auto proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado además de admitir la demanda en cuestión, resolvió suspender provisionalmente los efectos jurídicos del inciso primero del artículo 26 del Decreto 836 de 1991, porque de la lectura comparativa del acto demandado y de la norma superior invocada como violada, se establece la violación manifiesta, toda vez que mientras la ley dispone que en el salario integral, el monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos, sin límite alguno, el decreto reglamentario demandado dispone que el salario integral será exento de impuestos y de retención solamente en el 30% de su valor, con lo cual establece un tope máximo para aplicarle la exención tributario, que no fue previsto en la ley y que por lo tanto no podía ser establecido por el titular de la potestad reglamentaria, ya que al hacerlo rebasa los límites de su competencia y el marco de referencia que en el caso específico establece la ley reglamentada.

EL RECURSO INTERPUESTO:

El Señor Apoderado de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público- oportunamente interpuso el recurso de reposición contra la anterior providencia y solicita que se revoque el numeral 6o de su parte resolutiva, es decir, el que ordenó la suspensión provisional de la norma demandada.

Fundamenta su petición en primer término, en la afirmación de que una cosa es el carácter de exento del factor prestacional y otra cosa es el factor prestacional mismo y en este sentido es preciso concluír que en ningún momento el reglamento desconoce el carácter de exento de dicho factor, ni establece tope máximo a la citada exención tributaria; lo que, a su juicio, hace el acto demandado es reafirmar como tope mínimo el 30% del salario integral, que para efectos tributarios, no constituye ingreso gravable para el trabajador.

Y agrega que tan no establece tope máximo la norma demandada, que el segundo inciso del mismo artículo 26 contempla expresamente la posibilidad de que el factor prestacional exento sea superior al 30% del salario integral, como se puede establecer de su simple lectura y por ello el inciso demandado debe analizarse dentro del contexto del que forma parte, es decir de los demás incisos del artículo 26 y su parágrafo.

Anota que lo que establece el artículo 26 del decreto 836 de 1991 es el mecanismo para determinar el factor prestacional CORRESPONDIENTE A

LA EMPRESA, (noción que se contempla en el inciso 2o numeral 2o Artículo 132 Código Sustantivo del Trabajo) con el fin de evitar que los particulares fijen caprichosa o arbitrariamente el impuesto de renta y complementarios a que equivale la retención en la fuente para los asalariados, sin desconocer el factor prestacional mínimo establecido en la ley, con fundamento en su responsabilidad de velar por la cumplida ejecución de las leyes y de cuidar de la exacta recaudación de las rentas y caudales públicos.

Luego al fijar las bases para la determinación del factor prestacional correspondiente a la empresa, sin desconocer su calidad de exento, lo que busca es evitar que los particulares, negocien el impuesto con lo cual se presentarían graves y profundas inequidades con los demás contribuyentes, desconociéndose la obligación de la exacta recaudación de las rentas y además el mandato constitucional según el cual el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Finalmente precisa que el artículo 18 de la ley 50 de 1990 únicamente imponía dos límites a la potestad reglamentaria, a saber: que el factor prestacional no fuera inferior al 30% de diez salarios mínimos legales mensuales y que el monto de dicho factor se encuentra exento del pago de impuestos y retención.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Luego de analizar cuidadosamente los argumentos del apelante, la Sala no encuentra razón alguna suficiente para revocar su decisión de suspender provisionalmente el inciso primero del artículo 26 del decreto 836 de 1991.

El texto mismo del inciso demandado, al prescribir que cuando el trabajador perciba un salario integral, el 30% del mismo no constituye ingreso gravable para el trabajador, es preciso y concreto en establecer cuál es el monto exento de dichos ingresos laborales, sin que pueda afirmarse, como lo hace el apelante que lo que establece dicha norma, es el "mecanismo para determinar el factor prestacional correspondiente a la empresa", porque, expresamente no lo prescribe así y porque el factor prestacional es uno, tanto para el trabajador como para la empresa.

En cuanto al argumento de que no se establece un tope máximo en la norma demandada, porque en el inciso segundo del mismo artículo se contempla la posibilidad de que el factor prestacional exento sea superior al 30% del salario integral, se observa que es una situación de carácter especial enfrente a la norma general del inciso primero, para aquellos casos en que la empresa tenga un factor prestacional superior al 30% reconocido a **quienes no se acogen al**

régimen del salario integral, todo lo cual en nada modifica los términos expresos y concretos del inciso primero demandado.

Por otra parte, la Sala comparte las consideraciones de conveniencia y de equidad, que son las que ha debido tener en cuenta el legislador, y no el reglamentador, pues es a él al que le corresponde establecer las exenciones tributarias.

Finalmente, es cierto como lo anota el recurrente que el artículo 18 de la ley 50 de 1990 estableció que el factor prestacional no fuera inferior al 30% de diez salarios mínimos legales mensuales y que el monto de dicho factor se encuentra exento del pago de impuestos y retención y fué justamente este último aspecto el que resulta manifiestamente desconocido cuando el inciso demandado dispone que cuando el trabajador perciba un salario integral, el 30% del mismo no constituye ingreso gravable para el trabajador y por tanto no se encuentra sometido a retención en la fuente.

Por todo lo anterior, el recurso de reposición no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

No prospera el recurso de reposición contra el auto de mayo 17 de 1993.

El Doctor LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS tiene personería para actuar como parte dentro del presente negocio.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION / SERVICIO PUBLICO DE TV. / MINISTERIO DE COMUNICACIONES / SUSPENSION PROVISIONAL

La confrontación de la Resolución 029 del 20 de octubre de 1992 con el artículo 22 de la Ley 14 de 1991 revela la manifiesta infracción de este último al decretar una obra (emisión de TV. internacional y local) cuya realización solamente puede ser utilizada si obtiene el permiso oficial previamente. Así se trate solamente de realizar una infraestructura queda incierto su destino en el evento de que la autoridad competente (Ministerio de Comunicaciones) no llegare a conceder la licencia o autorización para su uso. Esta sola consideración de decretar una obra que requiere de un permiso especial sin que éste se haya obtenido, es razón suficiente para mantener la suspensión decretada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4871. Actor: RUBEN DARIO GARCIA R. C/MUNICIPIO DE ARMENIA. APELACION INTERLOCUTORIOS (SUSP. PROV.) -AUTO-

De plano, como lo autoriza el Artículo 213 del C.C.A., la Sala procede a resolver el recurso de APELACION contra el auto del 10 de marzo de 1993 mediante el cual, el Tribunal Administrativo del Quindio al admitir la demanda de nulidad incoada por el Dr. RUBEN DARIO GARCIA, ordenó la suspensión

provisional de la Resolución 029 del 20 de octubre de 1992 expedida por la Junta Directiva de la OFICINA DE VALORIZACION MUNICIPAL DE ARMENIA.

El recurso fué interpuesto oportunamente por el apoderado judicial de la entidad demandada, cuya existencia jurídica y representación legal quedó acreditada a solicitud del Tribunal (fls. 169/194).

El coadyuvante refuerza la demanda de nulidad con alegato y pruebas presentadas después de concedido el recurso de apelación.

La Resolución acusada y suspendida fué dictada por la mencionada Oficina de Valorización con invocación de las facultades legales, especialmente las conferidas por el Artículo 15 del Acuerdo 042 de 1983 (cuyo texto se desconoce en el expediente) y previos considerandos como el de que "es necesario integrar la comunidad a las exigencias de la era moderna", que las señales de T.V. están a disposición de la comunidad y para obtenerlas las obras técnicas son de interés público y que la Junta de Planeación Municipal "dió concepto favorable".

DISPUSO: "1° Decrétase la realización de la obra "EMISION DE T.V. INTERNACIONAL Y LOCAL, SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS" por el sistema de Valorización.

2° Facúltase al Director de la Oficina de Valorización Municipal, para que lleve a cabo todas las actividades administrativas necesarias, para que con el lleno de los requisitos de ley, ponga en ejecución la obra decretada"

Se ordenó notificar conforme a lo dispuesto por el Acuerdo 042 de 1983.

LA DEMANDA:

La acusación de ilegalidad de esta disposición de la Junta la concentra el actor, en la fundamentación de la solicitud de suspensión provisional, principalmente en la transgresión del Artículo 22 de la Ley 14 de 1991 que autoriza a las organizaciones regionales de televisión la prestación del servicio público de televisión mediante la utilización de un canal o cadena regional en frecuencias adjudicadas por el Ministerio de Comunicaciones. Tales organizaciones deben ser entidades de derecho público del orden nacional vinculadas al Ministerio de Comunicaciones y constituídas mediante la asociación de INRAVISION, (como empresas industriales y comerciales del Estado) sujetas a posterior reglamentación del Gobierno Nacional, lo cual según informe del actor hasta el momento no se ha producido.

Además invocó como sustentos el Artículo 1° de la Ley 14 de 1991 y el Artículo 17 del Decreto Ley 1900 de 1990 para cuyo entendimiento adujo la Circular del 16 de agosto de 1991 del Ministerio de Comunicaciones y que en resumen consiste en la centralización en INRAVISION del servicio público de televisión y a las organizaciones territoriales siendo claro que las autoridades municipales no pueden prestar directamente o conceder en gestión indirecta la prestación de tal servicio.

Consideró también violado el Artículo 2° del citado Decreto 1900 de 1990 y citó como ejemplos de organizaciones que se han avenido a la regulación legal los casos de Teleantioquia y Telecafé.

Resaltó que por ejemplo en éste último se dió cumplimiento al Artículo 8° de la Ley 72 de 1989 que exige la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones para el establecimiento, explotación y uso de sistemas de telecomunicaciones nacionales o internacionales. Por falta de tal autorización para el "establecimiento" proyectado por la Oficina de Valorización estimó ilegal lo actuado, además por violación del Decreto 225 de 1988.

El Tribunal accedió a la suspensión con estas resumidas consideraciones:

> "En efecto, comparando el acto acusado con las normas antes transcritas, y de acuerdo con la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Armenia, visible a fl. 109 C.1, mediante la cual se informa que en los libros y archivos del registro mercantil que tal entidad maneja no se encontró inscrita ninguna Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada "EMISION DE T.V. INTERNACIONAL Y LOCAL, SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS", encuentra el Tribunal que hay transgresión de las mismas, puesto que el servicio de Televisión, como pretende serlo el que valorización decretó, sólo puede ser prestado por INRAVISION o por las Organizaciones Regionales de Televisión, sin que la ofícina de valorización esté constituída como tal; ninguna otra persona o ente está autorizado para prestar o conceder la prestación de tal servicio. Para prestar el servicio de telecomunicaciones se requiere de autorización o concesión, y ni ésta ni aquélla existen, y para ello valorización necesitaría constituírse en el ente al que se refiere el Artículo 22 de la Ley 14 de 1991, con la presencia obligatoria en el mismo de INRAVISION. De otro lado, con la obra, valorización pretende la recepción de televisión para uso público, comercializando el servicio, lo cual va a todas luces en contra de lo establecido en el Artículo 4° del Decreto 225 de 1988".

Un coadyuvante de la demanda complementa la posición del demandante aduciendo en fotocopia autenticada el Oficio 157 de febrero 23 de 1993 del

SECCION CUARTA

Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones al señor Alcalde de Armenia en la que recuerda la facultad exclusiva del Ministerio para asignar y adjudicar frecuencias y el uso del espectro electromagnético con cita de varias normas y la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en sentencia de Sala Plena de octubre 20 de 1992 y en el cual advierte de la contrariedad con las respectivas normas el proyecto o intento que sobre el particular ha informado la prensa.

El señor apoderado del Municipio defiende la Resolución 029 de 1992 en síntesis con varios argumentos algunos propios de la contestación de la demanda y otros referidos a la suspensión provisional, de los cuales se destacan los siguientes:

1. No se dan las violaciones alegadas porque apenas se están iniciando los trámites para realizar la obra para lo cual el Artículo 2° de la Resolución autoriza al Director para que ponga en ejecución la obra con el lleno de los requisitos de ley.

No hay hasta el momento acto administrativo del Ministerio de Comunicaciones que niegue el permiso y la Oficina de Valorización no pretende prestar el servicio sino implementar la obra o infraestructura técnica para la emisión de T.V., por el sistema que autoriza el Artículo 43 de la Ley 14 de 1991.

2. El acto acusado es preparatorio en el sistema de valorización y sólo la Resolución 489 que estableció el derrame de la contribución produce efectos jurídicos en la obligación fiscal.

3. El demandante erró en demandar en acción de nulidad solamente la Resolución 29 y no pedir en acción de restablecimiento del derecho con relación a las obligaciones fiscales decretadas para lo cual, lo procedente es la acción contemplada en el Artículo 85 del C.C.A. que en materia de suspensión provisional requiere además de la demostración de la nulidad, la del perjuicio según lo contempla el numeral 3° del Artículo 152 del C.C.A.

CONSIDERACIONES:

Como se mencionó en la anterior exposición de antecedentes algunos de los argumentos expuestos por el apelante pueden ser materia de análisis en el estudio de fondo en el momento de dictar sentencia, mas no en esta etapa procesal de admisión de la demanda y suspensión provisional que, como lo ha

reiterado la jurisprudencia se caracteriza por la objetividad del juicio provisional y rápido que surge de la confrontación directa con una de las disposiciones invocadas.

En cuanto al fundamento de la suspensión provisional decretada por el Tribunal y los argumentos en contra expuestos por el señor apoderado del Municipio, la Sala encuentra que la confrontación realizada por el *a quo* revela la manifiesta infracción del Artículo 22 de la Ley 14 de 1991, al decretar una obra cuya realización solamente puede ser utilizada sí obtiene el permiso oficial previamente. Así se trate solamente de realizar una infraestructura como lo dice el apelante, que da incierto su destino en el evento de que la autoridad competente (Ministerio de Comunicaciones), no llegara a conceder la licencia o autorización para su uso.

Esta sola consideración de decretar una obra que requiere de un permiso especial previo sin que éste se haya obtenido, es razón suficiente para mantener la suspensión decretada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

CONFIRMASE EL AUTO APELADO.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Charria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO A LOS MOTELES / FACTULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / FONDO DE VIGILANCIA

En principio la facultad impositiva de los municipios continúa siendo subordinada a la ley, en una interpretación armónica de los artículos 338 y 313 numeral 4° de la Constitución Política de 1991. Ninguna de las normas invocadas por el Concejo del D.C. al expedir el Acuerdo 28 de 1992 sirve de fundamento específico para justificar el parágrafo acusado relativo al recaudo de un importe sobre los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como moteles. Ni siquiera el num. 6° del art. 313, que faculta al Concejo para determinar la estructura de la administración municipal y crear entes administrativos, que dan sustento a la creación y reestructuración del Fondo de vigilancia y Seguridad, más no a la atribución a éste de recaudar unos dineros de los particulares.

IMPUESTO MUNICIPAL / ACTIVIDAD DE SERVICIOS / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Con la expedición del Decreto 1333 de 1986 (art. 385) de la Ley 97 de 1913, solamente quedaron vigentes algunas normas relativas al impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra, el impuesto de delineación y el de uso del subsuelo en las vías públicas (art. 233), pues otros como el de patentes, consagrado en el literal f) y el de inscripción del literal 1), fueron sustituídos por el Impuesto de Industria y Comercio reglado por la Ley 14 de 1983 incorporado en el citado Estatuto en los artículos 195 y siguientes, quedando "los hoteles, casas de huéspedes, moteles, amoblados.." señalados como actividades de servicios por el artículo 199.

EXP. -4873

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4873 - Actor: HERNANDO PINZON AVILA - Apelación Interlocutorios - AUTO -

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la señora apoderada del Distrito Capital de Bogotá contra el auto del 12 de marzo de 1993 de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo Décimo primero (11) del Acuerdo 28 de 1992, expedido por el Concejo del citado Distrito Capital.

La norma acusada dispuso el recaudo de un "importe" a cargo de los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como moteles, según reglamentación que debería expedir el Alcalde Mayor de Bogotá, en los siguientes términos:

> "PARAGRAFO 1o.: El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santa Fe de Bogotá, recaudará mensualmente un importe de hasta diez (10) salarios mínimos diarios que deberán pagar por habitación, los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como motel o residencia, según reglamentación que expedirá el Alcalde Mayor, en un término de ciento veinte (120) dias contados a partir de la promulgación de este Acuerdo.
>
> "Esta suma se incrementará anualmente en un porcentaje igual al índice de inflación".

El *a quo* en primer lugar observó que el Acuerdo impugnado no menciona ninguna norma precisa que los autorice para atribuir al "Fondo de Seguridad" la función de recaudar el importe mencionado, con olvido de citar la norma precisa que lo autorice y por otra parte, con apoyo en el artículo 313 numeral 4o. de la Constitución Nacional, consideró que no podía atribuír al citado Fondo la facultad de recudar impuestos como el consagrado en la norma impugnada.

La señora apoderada del Distrito Capital llama la atención sobre la cita que en el Acuerdo 28 hizo el Concejo Distrital de los Artículos 311, 313 numerales 5 y 6, 322 y 323 de la Constitución Política para dictar las disposiciones en él contenidas y adicionalmente, la referencia a las atribuciones legales, dentro de las cuales se pueden mencionar las contenidas en la Ley 97 de 1913 artículo

1o., en cuyo literal 1) autorizó crear el "impuesto de inscripción de fondas, posadas, hoteles, restaurantes, casas de inquilinato, cualquiera que sea su denominación ...", con base en lo cual considera que el cobro cuestionado se encuentrra autorizado por la citada Ley 13. Para complementar su alegato incorpora las definiciones de los distintos términos referidos a los establecimientos mencionados en la citada disposición, considerando con ello que los hoy llamados moteles, se encuentran ubicados en dichas denominaciones.

SE CONSIDERA:

1. Sin entrar a mayores disquisiciones la Sala ha considerado, en principio, que la facultad impositiva de los municipios continúa siendo subordinada a la ley, en una interpretación armónica de los artículos 338 y 313 numeral 4o. de la Constitución Política de 1991.

2. Como lo recordó el *a-quo* que el auto impugnado, también la Sala ha extrañado una disposición como el derogado Decreto 49 de 1932 que obligaba a los Concejos Municipales a citar en forma precisa la ley que los facultaba para expedir el respectivo Acuerdo y que daba certeza sobre las atribuciones ejercidas.

Resultan insuficientes las facultades generales invocadas por el Concejo del Distrito Capital al expedir el Acuerdo 28 de 1992, para justificar la norma acusada. En efecto, dichas normas son el artículo 311 de la Constitución Política, que se refiere a las atribuciones generales del municipio como las de prestar servicios públicos, construír obras, promover el desarrollo de la localidad, etc.; el artículo 313 numeral 5, que atribuye a los Concejos Municipales la facultad de dictar normas orgánicas del presupuesto y expedir el que corresponda al ejercicio, el numeral 6, determinar la estructura de la administración municial, crear establecimientos públicos y otras; el artículo 322, sobre el régimen especial de Santa fé de Bogotá como Distrito Capital de la República y el 323, sobre la composición del Concejo Distrital.

Como puede apreciarse ninguna de estas normas sirve de fundamento específico para justificar el parágrafo acusado relativo al recaudo de un importe sobre los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como moteles. Ni siquiera el numeral 6o. del Artículo 313, que faculta al Consejo para determinar la estructura de la administración municipal y crear entes administrativos, que dan sustento a la creación o reestructuración del Fondo de Vigilancia y Seguridad como establecimiento público del orden distrital con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, más no a la atribución a éste de recaudar unos dineros de los particulares que por el

hecho de llamarlos "importes", no quedan legitimados como obligaciones fiscales creadas previamente.

La invocación que la señora apoderada del Distrito hace de la Ley 97 de 1913 concretamente en lo dispuesto en el literal 1) de su artículo 1o. relativo a la creación del impuesto de inscripciones de establecimientos tales como Fondas, posadas, hoteles, restaurantes, etc., aparentemente resulta improcedente no solo porque, como lo dicel el actor, se trata de la "inscripción" y no del funcionamiento, sino porque al parecer, con la expedición del Decreto 1333 de 1986 (art. 385), de la citada Ley 97 de 1913, solamente quedaron vigentes algunas normas relativas al impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra, el impuesto de delineación y el del uso del subsuelo en las vías públicas (art. 233), pues otros como el de patentes, consagrado en el literal f) y el de inscripción del literal 1), fueron sustituídos por el Impuesto de Industria y Comercio reglado por la Ley 14 de 1983 incorporado en el citado Estatuto en los artículos 195 y siguientes quedando "los hoteles, casas de huéspedes, moteles, amoblados.." señalados como actividades de servicios por el art. 199.

Estas consideraciones elementales, que desde luego no pueden considerarse como definitivas, inclinan a la Sala a respaldar el criterio plasmado en el auto apelado consistente en que el Concejo del Distrito Capital actuó sin competencia constitucional y legal para autorizar a un establecimiento público a "recaudar" un impuesto no creado, ni autorizado previamente por ley alguna.

Lo anteriormente expuesto es suficiente para compartir la decisión del Tribunal.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

CONFIRMESE EL AUTO APELADO

Copíese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

Como no obra en el expediente el Acuerdo 16 de 1990 el cual fué modificado por el Acuerdo demandado, la violación de la norma constitucional invocada como violada al solicitar la suspensión provisional de las normas demandadas, no puede aparecer *prima facie*, si se tiene en cuenta que el Acuerdo que se modifica bien puede contener los elementos que los demandantes consideran que no se advierten en el Acuerdo demandado y que simplemente han sido delegados sin que tal delegación sea posible. En efecto, no es posible establecer la violación directa de una norma constitucional, por parte de un acto administrativo de carácter local, modificatorio de otro, sin poder analizar este último, no solo porque no obra en el expediente, sino porque no es posible su estudio y consideración en esta etapa procesal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo - Sección Cuarta.

Santa Fe de Bogotá D. C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente 4898. Apelación auto de abril 15 de 1993 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y suspensión provisional contra los artículos lo., 2o. y 6o. del Acuerdo 14 de 1992, expedido por el Concejo de Santa Fe de Bogotá D.C. y el artículo 2o. del Decreto 656 de 1992 expedido por la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá.

Actor: CARLOS LLERAS DE LA FUENTE Y OTRO. AUTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Doctora LUCY CRUZ DE QUIÑONES una de los demandantes, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de abril de 1993, mediante el cual se negó la suspensión provisional del Artículo 2o., primer inciso y numeral lo. del Acuerdo 14 de 1992 emanado del Concejo del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y del artículo 2o. del Decreto 656 de 1992 del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá.

EL AUTO APELADO:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el auto apelado admitió la demanda y negó la suspensión solicitada de las normas demandadas, con base en las siguientes consideraciones:

> "Para decidir advierte la Sala que el Acuerdo 14 de 1992 en su encabezamiento indica que modifica parcialmente el Acuerdo 16 de 1990, el cual no ha sido allegado al proceso, pero cuya sola cita implica que la violación de la norma constitucional no aparezca *prima facie* si se tiene en cuenta que el Acuerdo que se modificó bien puede contener los elementos que los demandantes consideran que no se advierten en el Acuerdo impugnado y que simplemente han sido delegados sin que tal delegación sea posible, amén de que el artículo 4o. del Acuerdo distrital acusado establece que el monto global distribuible será igual al valor fijado para los mismos efectos por el Acuerdo 19 de 1990 para el período 1991-1992".

EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO:

La apelante solicita que se revoque el auto del 15 de abril de 1993, por medio del cuál se deniega la suspensión provisional de los actos acusados, por ser manifiesta su inconformidad con el artículo 338 de la Constitución Nacional.

Afirma que por razones de lógica formal y material no comparte la decisión del *a-quo*, porque es necesario primero desentrañar, que se autorizo modificar, que se modifico y si constitucionalmente el Concejo podía otorgar esa facultad al Alcalde Mayor desprendiéndose de una función que le es propia, particularmente en materia tributaria.

A su juicio, si el acuerdo 14 acusado dice modificar el 16 que sí está aportado al proceso, es porque entiende que se requiere una norma de la misma naturaleza para modificar un acto administrativo general y abstracto como es el caso del acuerdo.

Precisa que el artículo 338 de la Constitución Nacional, reafirma el principio

de reserva de ley en materia tributario y afirma que la vieja regla "No hay impuestos sin representación" se confunde con la historia del parlamento como que le dió su origen.

El artículo 150 numeral 12 reserva expresamente el establecimiento de contribuciones al Congreso, que es el único órgano con competencias legislativas, y de la misma manera el 150 numeral 10) excluye algunas materias de la posibilidad de conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre las que se encuentra la de decretar impuestos.

Se refiere luego al cuestionamiento planteado por la doctrina tributaria sobre el alcance del principio de legalidad respecto de los elementos del tributo y anota que la Constitución de 1991 resolvió el debate, en el citado artículo 338, estableciendo el principio de legalidad de manera rigurosa para los impuestos y admitiendo una pequeña flexibilidad en el caso de las contribuciones y tasas. De acuerdo con lo anterior todos los elementos de la obligación tributaria en materia de impuestos deben fijarse directamente por la ley, mientras que para las tasas y contribuciones, la Constitución Nacional:

> "Reserva al acto legislativo y administrativo genérico local y departamental los elementos ya dichos, así como el sistema y el método para definir costos-beneficios, y la forma de hacer el reparto entre los contribuyentes, es decir todos los parámetros consustanciales al tributo, del cual la contribución es una especie".

Lo anterior de acuerdo también con lo dispuesto por los artículos 300 numeral 4o. y 313 numeral 4o. todo lo cual indica que se trata de una competencia compartida de la ley que crea la contribución y del Concejo que la vota para su aplicación local.

Anota que el citado artículo 338 de la Constitución Nacional

> "utiliza una expresión "permisiva" solamente para las tarifas o alícuotas que por ser elementos matemáticos que aplicados a la base gravable Arrojan el valor individual a pagar, pueden ser fijados por las autoridades (Subrayado en el Texto).

Por todo lo anterior, a su juicio se descarta que se habilite al ejecutivo, en este caso del Distrito Capital para actuar en materia reservada directamente a la ley, ordenanza o acuerdo de manera que no puede deslegalizarse una materia que el propio constituyente ha querido dejar en cabeza de órganos de representación popular, tal como lo dispone el citado artículo 338 cuando dispone que "en tiempo de paz solamente "... determinados órganos pueden imponer

contribuciones, lo que implica que, en tiempo de paz, no pueden concederse al ejecutivo facultades para decretar impuestos y por ello la excepción del artículo 338 sólo se refiere a las tarifas.

Precisa que es necesario establecer si lo delegado fué una tarifa o una forma de hacer el reparto, porque según el Acuerdo demandado el Alcalde podría fijar los porcentajes de absorción. Y agrega que si la autorización es para establecer el porcentaje que sobre el monto o recaudo de $167.000.000.000 debe absorber cada categoría o conjunto de predios, ello significa que la comunidad quedará gravada según diferenciación y procedimientos de determinación que quedan en manos del ejecutivo.

Luego de citar un ejemplo comparativo con el Acuerdo 16 de 1990 afirma:

"El monto total a recaudar que es el valor de las obras, no es técnicamente la base gravable, porque la base gravable es el beneficio que tampoco tiene una regla segura de determinación en este sistema. Si existiera alguna duda acerca de la derogatoria tácita del decreto 868 de 1956 por el decreto 1604 y la ley 44 de 1990, resulta clara hoy su inconstitucionalidad sobreviniente toda vez que su sistema no es compatible con la valoración individual de costo-beneficio que exige el artículo 338 para las tasas y contribuciones.

"Luego el Concejo no podía, en primer lugar crear un sistema de valorización de beneficio general sin ley vigente que lo autorizara, como se expuso en la demanda y aún aceptando que el Decreto 868 de 1956 estuviese vigente la forma como debe hacerse la distribución no se encuentra en tal disposición que sólo se refiere a un método de manera genérica pero no a la fórmula de distribución.

"Esa competencia constitucionalmente le correspondía al Concejo en tiempos de paz es indelegable como no se trata de tarifa pues no es un elemento que sirva para cuantificar el gravamen individual ni para medir el beneficio, pues todo ello quedó en manos de los funcionarios administrativos, se violó el principio de legalidad y el de seguridad jurídica de que tratan los artículos 338 y 150, 12 y 313 13".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término y con el fin de aclarar afirmaciones contradictorias del Tribunal en el auto apelado y de la recurrente en su memorial sustentatorio

de la apelación, la Sala precisa que no obra en el expediente el Acuerdo 16 de 1990 el cual fué modificado por el Acuerdo demandado.

En estas condiciones y teniendo en cuenta que como lo dijo el *a-quo*, el Acuerdo demandado modifica el citado Acuerdo 16 de 1990, la violación de la norma constitucional invocada como violada al solicitar la suspensión provisional del artículo 2o. numeral 1o. del Acuerdo 14 de 1992 y del artículo 2o. del Decreto 656 de 1992 no puede aparecer *prima facie*, si se tiene en cuenta que el Acuerdo que se modifica bien puede contener los elementos que los demandantes consideran que no se advierten en el Acuerdo demandado y que simplemente han sido delegados sin que tal delegación sea posible.

En efecto, no es posible establecer la violación directa de una norma constitucional, por parte de un acto administrativo de carácter local, modificatorio de otro, sin poder analizar este último, no solo porque no obra en el expediente, sino porque no es posible su estudio y consideración en esta etapa procesal, en la cual la ley expresamente establece que la alegada violación solo podrá surgir de la comparación entre el acto demandado y la norma superior que se cita como violada.

El anterior razonamiento es suficiente para confirmar lo decidido por el Tribunal, para que la legalidad de los actos demandados se establezca, contando con todos los elementos de juicio indispensables en la sentencia final luego del debate procesal.

Además observa la Sala que los términos mismos de la sustentación del recurso llevan a la necesaria conclusión de que la violación alegada de la norma constitucional no es manifiesta como se requeriría para su suspensión provisional, sino que es necesario, tener en cuenta algunas disposiciones legales y establecer su vigencia o no, después de la expedición de la Constitución de 1991, para poder resolver los interrogantes que la misma recurrente puntualiza que es necesario desentrañar, a saber: 1) qué se autorizó modificar, 2) qué se modificó; 3) si constitucionalmente el Concejo podía otorgar esa facultad... todo lo cual indica que el auto apelado que negó la suspensión provisional de los actos demandados, debe confirmarse, por estar en plena concordancia con los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, según los cuales la suspensión provisional de los actos administrativos solamente procede cuando la violación es manifiesta y surge de una simple comparación entre el acto acusado y la norma superior citada como violada, lo que no se da en este caso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo.

RESUELVE:

No prospera el recurso de apelación interpuesto por la Doctora Lucy Cruz de Quiñones.

Confírmase el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de abril de 1993.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

*Jaime Abella Zárate,*Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CIRCULAR EXTERNA / ACTO ADMINISTRATIVO / SUPERINTENDENCIA BANCARIA

La circular externa mediante la cual la Superintendencia Bancaria impartió instrucciones para la presentación de balances, es un acto administrativo revestido de la presunción de legalidad, y mientras esté vigente es obligatoria su observancia tanto por la Superintendencia Bancaria como por los entes sometidos a su inspección y vigilancia; la facultad de expedir estos actos administrativos para cumplir los objetivos y funciones que la ley le ha asignado le fué conferida por el Decreto Extraordinario 1939 de 1986 art. 3.

FACULTAD SANCIONATORIA / BALANCE GENERAL - Presentación / SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Desde la Ley 45 de 1923 art. 45 el Superintendente está revestido de la atribución de solicitar informes a las entidades bancarias, pudiendo imponer sanciones pecuniarias a quien no rinda el informe o demore su envío, y qué informe puede ser más útil para conocer la situación del sujeto sometido a inspección y vigilancia que el referente a estado financiero principal, como lo es el balance. Por tanto si la actora incumplió las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria, de presentar los balances dentro de los veinte primeros dias de cada mes, podía como en efecto lo hizo, ejercer la facultad sancionatoria consagrada en el art. 22 del Decreto 2920 de 1982 en cuanto a su cuantía

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D. C. , veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4063 Actor: BANCO CENTRAL HIPOTECARIO AUTORIDADES NACIONALES. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, contra la sentencia de fecha noviembre 21 de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra las Resoluciones Nros. 0679 y 4249 de marzo 2 y noviembre 29 de 1988, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impuso sanción de carácter pecuniario a favor del Tesoro Nacional, en la suma de $1.300.000,oo, por retardo en la presentación de los balances correspondientes a los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre de 1987.

ANTECEDENTES:

Con base en explicaciones solicitadas y su respuesta, la Superintendencia Bancaria profirió la Resolución Nro. 0679 del 2 de marzo de 1988, mediante la cual impuso sanción al BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, consistente en una multa a favor del Tesoro Nacional, en cuantía de $1.300.000,oo, generada por el retardo en la presentación de los balances correspondientes a los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre de 1987, de acuerdo con los plazos establecidos en la Circular No. DAB-106 de 1979.

Contra esta resolución, la entidad sancionada recurrió en reposición, alegando:

1) No haberse tenido en cuenta la prórroga concedida para la presentación de los balances pendientes, hasta el 30 de noviembre de 1987:

2) Inconvenientes de tipo operacional para remitir los estados financieros dentro de los términos señalados en la Circular Externa;

3) Reducción del monto de la sanción impuesta.

Por Resolución No. 4219 del 29 de noviembre de 1988, la Superintendencia Bancaria decidió el recurso en referencia, en sentido adverso a lo pretendido por el recurrente, confirmando en su integridad la resolución sancionatoria por cuanto:- La prórroga concedida hasta 30 de noviembre de 1987, sólo era para la presentación de los estados financieros a los meses de junio y julio de 1987 y no para la presentación de los balances que hasta dicha fecha estaban pendientes.

SECCION CUARTA

- Los inconvenientes operacionales no constituyen razón suficiente para no dar cumplimiento a las disposiciones legales. Además los mismos no fueron detallados, ni demostrados.

-Improcedencia de la reducción, por cuanto la tarifa de $500.000.oo era la vigente para el período de octubre 1o. de 1982 a septiembre 30 de 1983.

LA DEMANDA:

En desacuerdo con la decisión plasmada en los actos administrativos antes reseñados, el Banco Central Hipotecario, acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuyo *libelo* adujo violación de las siguientes disposiciones de carácter legal y constitucional:

Los artículos 2o., 16, 20, 23, 26, 28, 55 y 76 (numerales 2o. y 15) de la Constitución Nacional de 1886. Los artículos 3o. y 5o. de la Ley 58 de 1982; 1o. y 5o. en concordancia con el 375 del Decreto 100 de 1980; 22 del Decreto 2920 de 1982; 28, 34, 35, 36, 56 y 59 incisos 2o. y 3o., 84 del C.C.A. y 239 Inciso 1o. de la Ley 4a. de 1913.

En el concepto de la violación, expresa que se incurrió en quebranto del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, porque este precepto en ningún caso atribuye competencia al Superintendente Bancario para sancionar por haber violado normas diferentes a las "de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a la que debe estar sometido" y la circular que sirvió de fundamento a la imposición de la sanción no es parte del estatuto y tampoco del reglamento, ni de cualquiera otra norma legal a la que debía estar sometido el Banco Central Hipotecario, porque es un simple acto administrativo, sin jerarquía legal . También, por cuanto omitió regular la multa sin tener en cuenta las reglas de la dosimetría penal que consagra la misma norma.

Agrega, que ni las sanciones aplicadas, ni los fundamentos o motivos expuestos en las resoluciones acusadas, están consagradas en disposición legal alguna, motivo por el cual se violaron las disposiciones constitucionales citadas y las normas del Decreto-Ley 100 de 1980. Y, al carecer la circular de jerarquía legal, la Superintendencia Bancaria extralimitó el ejercicio de sus funciones al no haber demostrado la existencia de norma que hubiere definido el motivo de sus decisiones, desatendió el debido proceso y de consiguiente la legítima defensa del actor. Sostiene, de igual manera que, las resoluciones demandadas infrigieron, entre otros, los artículos 1, 5 y 375 del Decreto-Ley 100 de 1980- Código Penal- que consagra y garantiza los principios de universal aplicación en el campo jurídico penal relativos a la legalidad del delito y la pena, normas aplicables a las

controversias en que puedan incurrir las entidades financieras, y, si se prescinde de tales normas al expedir el acto administrativo, ello conduce a la nulidad del mismo.

Pone de presente, que el demandante dió explicaciones satisfactorias de su proceder sobre los balances de junio a octubre de 1987 a la Superintendencia Bancaria, pero ésta no las tomó en cuenta sino que procedió a aplicar la sanción sin verificar las causas que originaron el retardo y la culpabilidad del actor.

Explica, que se violaron las normas indicadas del C.C.A., porque no se comunicó a el Banco Central Hipotecario la existencia y el objeto de las actuaciones administrativas, es decir, se expidieron en forma irregular, con falsa motivación y con desviación de las atribuciones de la Superintendencia Bancaria.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó las súplicas de la demanda por encontrar imprósperos los cargos formulados en el *libelo* demandatorio.

Para resolver el primer cargo, se remitió a sentencia de esta Corporación de fecha 22 de agosto de 1991, en la cual precisa que la expresión "o cualquier otra (norma) legal a que debe estar sometido" contenido en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, debe entenderse en el sentido que se refiere a todos los ordenamientos positivos dictados por las autoridades estatales en el marco de sus respectivas competencias y no limitarse a las leyes dictadas por el Congreso, Actos Administrativos y Decretos Legislativos expedidos por el Presidente de la República, sino que ella ha de interpretarse extensivamente de manera que tras ese mecanismo haya comunicación con el propósito que inspiró la expedición del Decreto 2920 de 1982. De ahí, que observa que la Circular Externa No. DAB-106 de 1979, que junto con el Decreto 2920 de 1982 sirvió de fundamento a la Superintendencia Bancaria para dictar los actos acusados, tiene todas las características de una norma legal, no sólo porque fué expedida por la autoridad competente, sino también porque se encontraba vigente para la época de los hechos.

En cuanto a la falta de regulación de la multa impuesta, estima el *a-quo* válido los argumentos expuestos al respecto por la Fiscalía de esa Corporación, y la entidad demandada. Anota, que si bien el Decreto estableció un tope mínimo de $500.000.oo, también señaló que las sumas establecidas en el mismo, debían aumentarse en el índice de precios al consumidor, y no demostró el actor si el millón trescientos mil pesos impuesta en los actos acusados, superó el limite.

SECCION CUARTA

Expresa, con relación al segundo cargo, que no es cierto que no exista norma legal que contemple como sancionable los hechos que en el *sublite* se sancionan. La Circular No. DAB-106 de 1979, en desarrollo del Decreto 2404 de 1974, le impone a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda como a la Sección de Ahorro y Vivienda del Banco Central Hipotecario, la obligación de presentar balances mensuales dentro de los 20 dias siguientes a la fecha de cierre del registro, o sea , que por ley la demandante estaba obligada a presentar los balances dentro de los 20 dias primeros de cada mes, y como no lo hizo así , y las explicaciones dadas no fueron debidamente justificadas se hizo acreedor a la sanción establecida en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, por violar normas legales a las cuales se encontraba sometido el actor.

Al tercer cargo, sostiene, que la administración nada tenía que verificar y mucho menos demostrar la culpabilidad del banco. Lo primero, porque la sociedad al rendir las explicaciones solicitadas por la Superintendencia Bancaria, no presentó ninguna prueba, ni solicitó que se decretara alguna, y como conforme al artículo 177 del C.P.C. la carga de la prueba le corresponde al actor, era al Banco a quien le correspondía probar los extremos invocados en la respuesta a las explicaciones solicitadas o en la oportunidad del recurso. Tampoco tenía porque probar la culpabilidad de aquél , principio del Código Penal , que según sentencia del Consejo de Estado (Expediente No. 1028, Consejero Ponente Doctor Jaime Abella Zárate) no tiene cabida en la actividad sancionatoria de la Administración.

Sobre las normas del C.C.A., observa que no se indica la norma específica que le impone a la Superintendencia Bancaria comunicar a las entidades que son objeto de su inspección y vigilancia, la iniciación de la investigación. Advierte, que el procedimiento contenido en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, obliga a ese organismo vigilador del estado a solicitar explicaciones sobre los hechos antes de aplicar la sanción, los cuales fueron solicitadas y dadas por el demandante.

Considera igualmente, que en lo que a la falta de motivación de los actos acusados se refiere, carece de fundamento tal apreciación, ya que los mismos se encuentran debidamente motivados, y el hecho que la Administración no hubiera dado a las explicaciones el alcance que pretendía el actor, es diferente, y no puede considerarse por ello que adolecen de la motivación correspondiente.

Finalmente, rechazó el cargo de violación del artículo 239 de la Ley 4a. de 1913, cuya adición consideró impertinente.

LA APELACION:

El apoderado de la sociedad actora, oportunamente impugna la sentencia del Tribunal y con la sustentación expresa que en ella no se tuvo en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, los Oficios DC-2096 de noviembre de 1987 y el Oficio No. 422320 del 8 de octubre de 1987, que demuestran que su representada solicitó prórroga para la presentación de los balances, y la Superintendencia Bancaria la concedió y no obstante ello, la sancionó.

Manifiesta, que el Tribunal erró al señalar que el asunto examinado la Superintendencia Bancaria no violó el derecho de defensa, por cuanto en su concepto a su representada no se le comunicó sobre la iniciación de la investigación, y menos aún de presentar pruebas y defenderse, sino que, por el contrario, habiendo solicitado y obtenido autorización para presentar los balances fuera de los términos señalados en la circular DAB-106 de 1979, se le sancionó, desconociéndose con ello además el principio de la presunción de inocencia ya que la Superintendencia Bancaria no pudo demostrar la existencia de la infracción por parte del Banco.

Observa, que en el capitulo correspondiente al "Concepto de Violación" de la demanda se explica la forma como se infrigieron las normas a las cuales debía estar sujeta, razón por la cual la expedición de los actos administrativos fue irregular y falsamente motivados.

Concluye, que el análisis del sentenciador del artículo 239 de la Ley 4a. de 1913 es equivocado, como que no entendió el fallador en que sentido se violaba esta norma, ya que la Superintendencia Bancaria, no es ni el Gobierno, ni el superior jerárquico del Banco Central Hipotecario, de modo que aquella no le podía fijar deberes al último.

Con estos argumentos, el apelante solicita a la Corporación la revocatoria del fallo apelado, y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El representante judicial de la parte actora, en esta oportunidad del proceso, reitera el cargo de violación del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 , porque la Superintendencia Bancaria para aplicar la sanción contenida en ella, se fundamentó en una circular que no tiene el carácter de "norma legal " error que reafirmó el Tribunal; éste dice, le dió a tal expresión una interpretación y un alcance que no tiene, olvidando el principio consagrado en el artículo 27 del C.C., que establece la prohibición de desatender al tenor literal de la ley cuando es clara, bajo el pretexto de consultar su espíritu.

SECCION CUARTA

En su concepto el Tribunal interpretó erróneamente la demanda, ésta lo que quiere significar es que una circular emitida por la Superintendencia Bancaria, cuya naturaleza de acto administrativo es indiscutible, que por lo tanto no tiene la categoría de estatuto, reglamento, ley o norma legal a que el establecimiento deba sujetarse, no puede considerarse como sustento suficiente para ejercer la Superintendencia Bancaria la facultad sancionatoria por cuanto no se ha configurado la violación de ningún precepto con jerarquía de ley.

Reitera igualmente, que la Superintendencia Bancaria no tuvo en cuenta las reglas de la dosimetría penal que consagra el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, al imponer la multa, que son: la gravedad de la infracción y/o el beneficio pecuniario obtenido. Tampoco observó el procedimiento consagrado en el C.C.A., para la expedición de los actos administrativos, lo que implicaba el deber de comunicar a aquellas personas afectadas con la actuación administrativa, la iniciación de la investigación administrativa, a fin de que pudieran hacer valer sus derechos antes de tomar la decisión de aplicar la sanción.

Por último sostiene, que: "De acuerdo con el principio constitucional de la presunción de inocencia, no corresponde a quien supuestamente viola la ley probar que no ha sido así, sino por el contrario corresponde a quien imputa la violación la labor de sustentarlo y probarlo, debiendo para tal efecto aportar todos los elementos necesarios y conducentes a tal propósito. Ciertamente es indispensable y acorde con el principio de legalidad y contradicción dar a quien se le imputa la violación de la ley la oportunidad de allegar pruebas conducentes a desvirtuar tal imputación, por ello no significa que tan pronto como se hace la imputación hay un completo traslado de la carga de prueba y que es el imputado a quien le corresponde defenderse como pueda, sin que deba haber por parte quien acusa un despliegue de su actividad tendiente a evidenciar la veracidad de la imputación," fl. 139) .

El representante judicial de la Superintendencia Bancaria en su alegato de conclusión, refuta los argumentos expuestos por el apelante, con las siguientes consideraciones:

No es cierto que el fallador desconoció el acervo probatorio, porque el oficio DC-2096 del 25 de noviembre de 1987 concedió prórroga para la presentación de los estados financieros correspondientes a los meses de junio y julio de .987, y no para la presentación de los balances pendientes a 30 de noviembre de 1987, o sea, el Banco incumplió con la obligación contenida en la Circular Externa DAC-106 de 1979, respecto de los meses de agosto, septiembre y octubre de 1987. Además la solicitud de prórroga en mención no fue presentada oportunamente, porque el Banco debió enviar la documentación correspondiente al mes de junio de 1987, a más tardar el 20 de julio del mismo año, y los de julio,

el 20 de agosto, y aquella se presentó el 8 de octubre cuando la Superintendencia ya había formulado la solicitud de explicaciones.

La Superintendencia Bancaria se ajustó estrictamente al procedimiento establecido en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, para imponer la sanción, formulando la correspondiente solicitud de explicaciones, previa a ella, diferente es que los argumentos esgrimidos por el Banco no hubieran tenido la virtualidad de enervar los cargos imputados, por las razones expuestas en los actos administrativos, y que no fueron rebatidos en el proceso. Tuvo las oportunidades para defenderse y aportar pruebas al formular los descargos sobre las explicaciones solicitadas y al interponer el recurso, pero en ninguna de ellas aportó pruebas que respaldaran sus argumentos.

Contrario a lo que dice el apelante, su representada sí probó la comisión de la infracción por parte del Banco, ya que cuando advirtió el incumplimiento a lo ordenado en la circular DC-106 de 1979, formuló las correspondientes explicaciones, hecho que el Banco reconoce al dar respuesta a ellas aduciendo causales de justificación no aceptadas. Al solicitar prórroga por los meses de junio y julio de 1987, también estaba reconociendo expresamente que incumplió la obligación que generó la sanción, no puede entonces aceptarse la pretendida violación al principio de presunción de inocencia.

Los actos acusados no adolecen de expedición irregular, porque su representada observó todos los requisitos tanto sustanciales como formales para su expedición, tampoco se configura desviación de poder, pues la actuación de su representa estuvo orientada a preservar el orden público económico que le compete tutelar, y sí el Tribunal no tuvo en cuenta este cargo, fué porque en el concepto de violación no se planteó una proposición jurídica completa.

Manifiesta, finalmente, que el apelante yerra al considerar que la Superintendencia Bancaria no puede impartir instrucciones como la contenida en la circular externa DC-106 de 1979, porque violaría el artículo 239 de la Ley 4a. de 1913. Su representada en ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia, expide instrucciones como la citada, y estas son de imperativo cumplimiento para quienes están sometidos a dicha inspección y vigilancia, mientras no sean suspendidas o anuladas por el Consejo de Estado, o modificadas por la propia entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Comienza la Sala por resolver el cargo de interpretación errónea del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, precepto que en concepto del apelante no contempla la posibilidad de sancionar por desacato a una circular, por cuanto

estas son simples actos administrativos sin jerarquía legal, y tal ordenamiento se refiere a la violación "de su estatuto o reglamento, o cualquier otra legal a la que debe estar sometida".

Para la Sala la Circular Externa Nro. DAB-106 de 1979, mediante la cual la Superintendencia Bancaria impartió instrucciones para la presentación de balances, es un acto administrativo revestido de la presunción de legalidad, y mientas esté vigente es obligatoria su observancia tanto por la Superintendencia Bancaria como por los entes sometidos a su inspección y vigilancia; la facultad de expedir estos actos administrativos para cumplir los objetivos y funciones que la ley le ha asignado, le fué conferida por el Decreto Extraordinario 1939 de 1986, en cuyo artículo 3., en lo pertinente dispuso:

> "g) 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;"
>
> "k) Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, cuando la Superintendencia considere que alguna institución financiera sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura;" (Subrayas de la Sala)
>
> "n) Imponer a las instituciones vigiladas, a los directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones, las medidas o sanciones que sean aplicables, por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria," (subraya de la Sala.)

Si bien el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, no puede ser Interpretado con el alcance restringido que le concede el libelista, observa la Sala que desde la ley 45 de 1923 artículo 45- el Superintendente está revestido de la atribución de solicitar informes a las entidades bancarias, pudiendo imponer sanciones pecuniarias a quien no rinda el informe o demore su envío, y qué informe puede ser más útil para conocer la situación del sujeto sometido a inspección y vigilancia que el referente a su estado financiero principal, como lo es el balance. Por tal razón, y para mayor precisión es por lo que el literal n) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1986, al determinar las causales de las sanciones que puede imponer el organismo de control, dispuso que estas pueden serlo por "infracción a las leyes,

a los estatutos o a cualquier otra norma legal que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las ordenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria". (Subraya de la Sala,)

Por tanto, si la actora incumplió las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria, de presentar los balances dentro de los veinte primeros dias de cada mes, podía como en efecto lo hizo, ejercer la facultad sancionatoria consagrada en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, en cuanto a su cuantía, pues el invocar la Superintendencia Bancaria el artículo 12, literal f) del Decreto 1939 de 1986, el cual la faculta para "Aplicar las sanciones y medidas a que haya lugar con forme a la ley", no hizo nada distinto que dar cumplimiento a lo previsto en el literal n) del artículo 3., razón por la cual, no se configura violación del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982.

Ahora bien, en lo referente a la graduación de la sanción, que según el apelante, no fueron tenidas en cuenta las reglas de dosimetría penal que consagra el citado artículo 22, se observa, que a este respecto, tampoco le asiste razón en su pretensión. Si bien, esta disposición establece como factor de graduación la gravedad de la infracción y el beneficio pecuniario obtenido, para graduar la multa entre los topes señalados "no menos de $500.000 ni mayor de $2.000.000", no puede pasarse por alto que dichas sumas debían ser ajustadas anualmente en el porcentaje correspondiente al índice de precios al consumidor, así lo ordena la norma cuando dice: "Estas sumas se ajustaran anualmente en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor". Según la Resolución Nro. 4249 del 29 de noviembre de 1988, que confirmó la resolución sancionatoria, para el período en que se cometió la infracción el tope mínimo **reajustado** era de $1.242.427,96, es decir, que la sanción impuesta de $1.300.000, fué prácticamente de tope mínimo, como lo advirtió el Tribunal, lo cual demuestra que la Superintendencia Bancaria tuvo en cuenta los factores de graduación de la pena al aplicar prácticamente la mínima vigente para la época en que sucedieron los hechos.

En cuanto a la aplicación de las normas del código Contencioso Administrativo, que reclama el apelante, en la expedición de los actos administrativos, y concretamente en la expedición de los actos acusados, la Sala recuerda que la aplicación de las disposiciones contenidas en la primera parte de este código es de carácter supletoria frente a la existencia de normas especiales que son de preferente aplicación, conforme a lo ordenado en el inciso 2. del artículo 1., del Decreto 01 de 1984, que dispone: "Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles".

El artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, norma especial, establece

claramente que "Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se serciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento por cada vez, una multa..." (Subraya la Sala).

Aparece probado en el proceso, que la Superintendencia Bancaria, solicitó las correspondientes explicaciones a la actora, por el hecho de no haber presentado los correspondientes estados financieros, en los términos establecidos en las circulares Nros. DAC-106 de 1979, y PD-022 de 1987, por oficios Nros. 044286 y 1699 del 25 de septiembre y DC-2096-053679 del 25 de noviembre de 1987, sobre las cuales el Banco emitió las correspondientes respuestas en oficios de fechas 8 de octubre y 29 de diciembre de 1987; dando así cabal cumplimiento al procedimiento establecido en el citado artículo 22.

Es cierto, que la Superintendencia Bancaria en el Oficio Nro. DC-2096 de 1987, concedió prórroga para la presentación de los estados financieros, de acuerdo con lo manifestado por la actora en el oficio de respuesta a las explicaciones pedidas, sin embargo, tal prórroga como lo advierten las actuaciones administrativas, hacía referencia a los meses de junio y julio de 1987, y no a los estados financieros pendientes hasta la fecha en que se concedió la prórroga, el 30 de noviembre de 1987. Si se aceptara que la prórroga cobijaba también los meses de agosto, septiembre, y noviembre del mismo año, de todas maneras se evidencia que los estados financieros relacionados con los últimos meses fueron presentados extemporáneamente, el dia 4 de diciembre de 1987, y el 1. de enero de 1988 (folio 58) de donde surge que a pesar de la prórroga concedida la actora excedió también dicho plazo, lo cual demuestra claramente la infracción a las normas y circular que ordenaban la presentación de los estados financieros dentro de los veinte días siguientes a cierre de cada mes.

Resulta entonces improcedente las violaciones que se alegan, sobre los hechos mencionados, toda vez que, la entidad guardián del sector financiero comprobó plenamente la infracción que originó la sanción discutida, la cual además fue aceptada en todo el trámite gubernativo por la actora, en donde para justificarla se adujeron diversas causases, como la prórroga comentada e inconvenientes operacionales, los cuales habían sido tenido en cuenta al momento de conceder la prórroga solicitada, hecho sobre el cual no existe discusión en la jurisdicción.

Considera la Sala, finalmente, a propósito del cargo planteado por violación del artículo 0239 inciso 1. de la Ley 4a. de 1913, desacertada la apreciación del apelante al respecto. En efecto, el Banco Central Hipotecario,

entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, está obligado a dar estricto cumplimiento a las circulares e instrucciones expedidas por dicha entidad en ejercicio de las funciones que en desarrollo de atribución constitucional el gobierno ejerce a través de ella, el con el objeto de salvaguardar el orden público económico, entonces son improcedentes las pretensiones igualmente en este punto.

Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, la sentencia del Tribunal debe confirmarse por cuanto como ha quedado establecido al apelante no le asiste razón 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,

F A L L A:

Confírmase la sentencia de fecha noviembre 21 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 fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

PROVISION GENERAL DE CARTERA / DEDUCCION / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El reconocimiento de la deducción por reserva general de cartera, ciertamente está sujeta a la debida contabilización tanto de la provisión, como de las deudas que se cancelan contra la misma, en la forma indicada en el Decreto 187 de 1975, y es deber del contribuyente presentar el movimiento contable de la cuenta correspondiente, así como los asientos contables, que así lo demuestren. En este caso, los elementos probatorios aportados con la respuesta al requerimiento especial, sí acreditan la debida contabilización de la Reserva General de Cartera, ya que está demostrado el movimiento de dicha cuenta, dentro del cual especifican las deudas canceladas con cargo a la misma cuenta, y asimismo se indica el saldo que coincide con el valor llevado al formulario oficial.

Consejo De Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta

Santa Fe de Bogotá D.C. veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4206 Actor: DISTRIBUIDORA QUIMICA HOLANDA COLOMBIA S.A. IMPUESTOS RENTA-1983 FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de fecha abril 6 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, incoada por la sociedad DISTRIBUIDORA QUIMICA HOLANDA COLOMBIA S.A., Nit: 60.002.590, contra la operación administrativa que le determinaron el impuesto sobre la renta por el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó su declaración de renta por el año gravable de 1983 oportunamente, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en cuya liquidación privada tasó los impuestos a su cargó en la suma de $8.389.162.

Previo requerimiento especial, la administración de Impuestos practico la liquidación de revisión Nro.000833 de agosto 8 de 1986, en la cual rechazó deducciones por concepto de honorarios y comisiones por valor de $8.669.535, y por reserva general de cartera por valor de $29.450.971, determinando en consecuencia un mayor valor por concepto de Impuestos en la suma de $11.229.757.

Contra dicho acto liquidatario de los impuestos, la sociedad presentó recurso de reconsideración solicitando se aceptara con fundamento en las pruebas y explicaciones presentadas la deducción por provisión general de cartera y los pagos por honorarios y comisiones pagadas a entidades sin ánimo de lucro.

Por medio de la Resolución Nro. 000239 del 26 de agosto de 1988, la División de Recursos Tributarios decidió el recurso incoado, actuación administrativa en la cual se acepta la deducción por pagos de honorarios y comisiones y se mantiene el rechazo de la deducción por provisión general de cartera en cuantía de $28.891.362. Con está decisión se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Teniendo en cuenta que los actos administrativos no fueron del todo favorables a sus pretensiones, la sociedad actora acudió a la Jurisdicción Contenciosa en ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, *libelo* en el cual solicita nulidad de los actos administrativos para que se le restablezca en su derecho, aduciendo que se han violado las siguientes disposiciones: El artículo 98 de la ley 9a. de 1983, sobre el valor de la prueba contable, el artículo 9° de la ley 45 de 1960, relacionado con el valor probatorio de la firma del contador, y el inciso 2° de los artículos 78 y 77 del

decreto 187 de 1975 por el derecho que tiene el contribuyente al reconocimiento de la deducción por provisión general de cartera.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda encaminadas a obtener la nulidad de los actos administrativos acusados y el reconocimiento de la deducción por provisión general de cartera con la consecuente confirmación de la liquidación privada. En efecto el *a-quo* acogió el concepto del fiscal de la Corporación, quien consideró que se encuentra debidamente demostrado y soportada la operación sobre la reserva general de cartera, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 75 del Decreto 187 de 1975, y además por estar acreditada la inscripción del contador ante la Junta Central de Contadores.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la Nación apela la decisión del Tribunal, y en la sustentación manifiesta su inconformidad con la sentencia de la corporación, por cuanto la sentencia falla más de lo solicitado en la demanda, vulnerando el artículo 305 del código de Procedimiento Civil, al ordenar en el artículo 3o. de la parte resolutiva de la sentencia una devolución de $268 que no se ha pedido, puesto que al fijar la liquidación en $8.389.164 y expresar que la misma cifra se cancelo mediante el mecanismo de la retención en la fuente, mal puede establecerse una diferencia, y menos ordenar la devolución motuo propio cuando el debate no ha girado en torno a ello modificando la liquidación privada. Así mismo insiste el apelante en el incumplimiento de los requisitos de los artículos 75 de Decreto 187 de 1975, y del literal a) del numeral 24 del artículo 16 del Decreto 080 de 1984, porque la sociedad no demostró, en el caso de comprobante de contabilidad Nro. 10.10.17.779 haber efectuado los asientos contables, descargando en el año gravable las deudas y respecto del comprobante Nro. 130156 del 31 de diciembre de 1983, no se demuestra que la suma relacionada está afectando la deducción por provisión de cartera. En consecuencia, solicita a la Corporación negar las súplicas de la demanda y confirmar la actuación administrativa.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado de la sociedad actora, en su alegato de conclusión, manifiesta que el fallo se encuentra ajustado a derecho y que no puede confundirse el resultado de una operación matemática con el fallo extrapetita, por cuanto el saldo a favor de la sociedad no es más que el producto de la operación matemática resultante de la modificación oficial y la prueba de lo pagado por la

sociedad por el año gravable discútido. En cuanto a la deducción por reserva general de cartera expresa, que el fallo se encuentra conforme a derecho por cuanto tanto en la etapa gubernativa como en la contenciosa se encontraban plenamente acreditados los requisitos establecidos en el artículo 75 del Decreto 187 de 1975, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 78 *ibídem* y 98 de la ley 9a. de 1983, por tanto solicita a la Corporación confirmar el fallo apelado.

El apoderado judicial de la Nación no comparte las apreciaciones del Tribunal para acoger las súplicas de la demanda y en tal virtud coadyuva los argumentos expuestos en la apelación, manifestando que si bien es cierto la sociedad subsanó la omisión relacionada con la vigencia de la inscripción del Contador Público que certificó los movimientos contables, no lo es menos que las normas tributarios exigían anexar las copias de los asientos contables correspondientes. Expresa, que en los antecedentes administrativos se aprecian algunos comprobantes, de contabilidad que aunque forman parte de la contabilidad no puede considerarse que con ellos se han efectuado los registros contables que exige la ley, descargando en el año gravable las deudas, según lo dispone el artículo 78 del Decreto 187 de 1975. Además por la falta de comprobación de los correspondientes asientos contables carecen de eficacia probatoria los comprobantes de contabilidad, por cuanto era necesario que los ajustes al cálculo de la provisión se registraran contablemente tal y como lo exigen los artículos 16 y 53 del Código de Comercio y 16 del Decreto 1798 de 1990, situación que no se presentó en el presente caso, razón por la cual solicita se revoque la sentencia de primera instancia y confirmar la actuación administrativa.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Doctor Jaime Ossa Arbelaéz, en calidad de Procurador Delegado, manifiesta en su alegato de conclusión, en lo fundamental lo siguiente:

Con relación al artículo 3° de la parte resolutiva de la sentencia, el cual ordena una devolución de $268, y como lo advierte el Tribunal, en los antecedentes administrativos aparecen pagos por $7.920.621 más una retención en la fuente por $468.811, para un total de $8.389.432, y como el total a cargo de la contribuyente que fija el Tribunal es de $8.394.164, existe una diferencia a favor de la sociedad de $268; pero como la demanda no solicitó ninguna suma de dinero, el fallo recurrido debe ser modificado en la parte que ordena el reintegro de dicha cantidad.

En lo que atañe a la cuestión de fondo, observa que sobre la exigencia de no haber efectuado los asientos contables descargando en el año gravable las

deudas, ello no lo consagra de manera específica el artículo 75 del Decreto 187 de 1975, y además por cuanto en la liquidación de revisión no se le advirtió a la sociedad que el rechazo de la Provisión obedecía a la omisión de ese requisito sino que se le dijo que no observó todas las formalidades a que se refiere el precepto comentado, y si se armonizan todas las pruebas que la sociedad aportó en la vía gubernativa con las certificaciones expedidas por el contador, anexo 37, la que se refiere al movimiento de la cuenta "Provisión General de Cartera". durante el año gravable de 1983, se concluye que las correspondientes operaciones fueron contabilizadas en debida forma y que tales pruebas se acomodan a las finalidades que persigue el artículo 75 del Decreto 187 de 1975. Por tanto, considera que en cuanto al punto atinente a la reserva general de cartera se debe confirmar la providencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La *litis* en esta instancia del proceso se centra en la inconformidad del apoderado de la entidad demandada, la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, con la sentencia del Tribunal, por cuanto éste aceptó la deducción por concepto de reserva general de cartera en cuantía de $28.450.971, y, además porque en la parte resolutiva de la sentencia ordenó la devolución de la suma de $268.

Observa la Sala, que la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, efectuó el rechazo a la deducción por concepto de reserva general de cartera solicitada por la actora en su denuncio rentístico del año gravable de 1983, (renglón 227), fundamentada en el incumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 75, inciso 2° del 78 del Decreto 187 de 1975, y literal a) del numeral 24 del artículo 16 del Decreto 080 de 1984, por cuanto los comprobantes de contabilidad aportados con la respuesta al requerimiento especial no demuestran haber descargado las deudas en el año gravable de 1983. La sociedad actora, a este respecto alega que con dichos asientos contables dió cumplimiento estricto a las exigencias de la ley, abonando su valor a la cuenta por cobrar y cargándolo a la provisión autorizada, motivo por el cual en su concepto la Administración violó las normas en que se apoya.

Conforme a los artículos 75, 77 y 78 del Decreto 187 de 1975, reglamentarios del artículo 60 del Decreto 2053 de 1974:

> "Los contribuyentes que lleven contabilidad de causación y cuyo sistema de operaciones origine regular y permanentemente créditos a su favor, tendrán derecho a que se les deduzca de su renta bruta, por concepto de provisión general para deudas de dudoso o difícil cobro, un porcentaje de

la cartera vencida". (5%, 10%, 15% según lleven de vencidas 3, 6, 12 meses respectivamente).

"Esta deducción sólo **se reconocerá cuando las deudas y la provisión estén contabilizadas** y el contribuyente no haya optado por la provisión individual".

"La provisión ... general de cartera, se forma con cargo a pérdidas y ganancias y deberá ajustarse anualmente la cuenta respectiva, debitando o acreditando la diferencia" y "deberá figurar en el balance como un menor valor de las cuentas por cobrar; en consecuencia, su valor no podrá formar parte del Superávit".

De manera que,

"cuando se establezca que una deuda originada en operaciones productoras de renta gravable es incobrable o perdida deberá descargarse, abonando su valor a la cuenta por cobrar y cargándolo a la provisión autorizada".

Por su parte, el artículo 24, del decreto 080 de 1984, que señaló para el año gravable de 1983, las pruebas, certificados y relaciones, que debían presentar los contribuyentes, en lo que concierne a la deducción en *litis*, indicó:

"24. Para efectos de la deducción de las deudas manifiestamente perdidas o sin valor, de que trata el artículo 61 del Decreto 2053 de 1974, se deberán adjuntar los siguientes documentos:"

"a) Los contribuyentes que lleven libros de contabilidad por el sistema de causación, copia de **los asientos contables mediante los cuales se efectuaron los descargos de dichas deudas en el año o período gravable de que se trate,** debidamente auténticados por contador público o revisor fiscal".

Para demostrar las exigencias establecidas en las disposiciones anteriores, la sociedad actora aportó al proceso gubernativo, los siguientes elementos probatorios: 1) movimiento de la cuenta provisión general de cartera, durante el año de 1983 (anexo 37) suscrito por el revisor fiscal, Sr. Gonzalo Peñalosa B. Matrícula 385-A de la Junta Central de Contadores; 2) copia de los asientos contables mediante los cuales se efectuaron los movimientos en la cuenta "provisión general de cartera durante 1983", también suscrita por el revisor fiscal; y, 3) certificación de la Junta Central de Contadores, sobre la inscripción del contador que atestigua los hechos discutidos.

SECCION CUARTA

De acuerdo con las disposiciones antes transcritas, surge entonces, que el reconocimiento de la deducción por reserva general de cartera, ciertamente está sujeta a la debida contabilización tanto de la provisión, como de las deudas que se cancelan contra la misma, en la forma indicada, y es deber del contribuyente presentar el movimiento contable de la cuenta correspondiente, así como los asientos contables, que así lo demuestren. A juicio de la Sala, los elementos probatorios aportados por la actora con la respuesta al requerimiento especial, tal como lo considero el Fiscal del Tribunal y lo acogió este, y también lo puntualiza el Procurador Tercero de la Corporación, si acreditan la debida contabilización de la Reserva General de Cartera, cuya deducción se discute.

En efecto, se encuentra demostrado en el proceso el movimiento de la "CUENTA PROVISION GENERAL DE CARTERA" en el año gravable de 1983, dentro del cual especifican las deudas canceladas con cargo a la misma cuenta, se indica así mismo, el saldo a 31 de diciembre de 1983, por valor de $5.764.653, el cual coíncide con el valor llevado al renglón 9 del formulario oficial, como un menor valor de las cuentas por cobrar (deudores comerciales), información debidamente certificada por el revisor fiscal de la sociedad actora. (Fl. 000138, tinta verde cuaderno azúl). También se evidencia la constitución de correspondiente provisión general de cartera, con cargo a pérdidas y ganancias, según los asientos contables que obran a folios 000141 a 000161 del mismo cuaderno, y los registros de cancelación de deudores varios con cargo a la provisión general de cartera, según los asientos contables que obran a folios 000162 a 000175.

Todo lo anterior, lleva a la Sala a la convicción de que la deducción por reserva general de cartera, solicitada por la actora en su denuncio rentístico del año gravable de 1983, se encuentra debidamente contabilizada, y por ello, su reconocimiento como deducción fiscal se impone, conforme lo decidió el Tribunal, y ahora lo corrobora ésta Corporación, no siendo en consecuencia viable acceder a lo solicitado por la apelante al respecto.

En cuanto a la objeción que formula la apoderada de la Nación, al numeral 3° de la parte resolutiva de la sentencia, por cuanto ordena que "la Administración devolverá a la sociedad contribuyente el saldo que resulta a favor de DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE. ($268.oo), observa la Sala que en este punto si le asiste razón, toda vez que los actos administrativos acusados están referidos a la determinación de la obligación tributaria, impuesto de renta año gravable de 1983, a lo que debe circunscribirse la decisión, fijar el valor a cargo o a favor del contribuyente, Pero no a ordenar devolución de suma alguna.

En consecuencia, Por éste último aspecto, procede la Sala a revocar lo ordenado en el numeral 3°, de la sentencia apelada y en lo demás quedará confirmada.

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:

Revócase el numeral 3°, y confírmase los demás puntos consignados en la parte resolutiva de la Sentencia, proferída por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha abril 6 de 1992.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen, Cúmplase.

Se deja Constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DOCUMENTO - Valor probatorio / CONTRATO MERCANTIL / PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD / CAUSACION

Dado que solo en casos excepcionales de las operaciones comerciales, cabe atribuir a los documentos el carácter de elementos "sustanciales" del acto, resulta inaceptable la tesis de que las facturas o efectos mercantiles análogos tengan la virtud de "perfeccionar" el contrato, donde basta el mero consentimiento de las partes sobre cosa y precio, conforme a la letra de los artículos 1500 Y 1857 del Código Civil y 824 del Código de Comercio, o de que únicamente por la "entrega" o contabilización de tales documentos, opere la causación. De hecho los documentos en cuestión, si tienen fecha cierta y han sido expedidos conforme a la ley de su circulación no son más que medios de prueba del contrato y de la causación de las prestaciones recíprocas que de ahí se derivan, no el contrato mismo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente 4679. Apelación sentencia del 27 de noviembre de 1992 preferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: CARACOL TELEVISION S. A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone CARACOL TELEVISION, S. A., la actora, contra la sentencia de 27 de noviembre de 1992, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido respecto de la liquidación de revisión #0026 de 5 de febrero de 1987 y la resolución #0096 de 19 de octubre de 1988, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por las que se determinó el impuesto de renta del período impositivo de 1984 y decidió el recurso existente.

ANTECEDENTES:

El primero de los señalados actos, mediando acta de inspección tributaria y requerimiento especial, desestimó "gastos operacionales" ($1.987.024) contabilizados en 1984, pero correaspondientes "a la vigencia fiscal de 1983", en razón de los cuales aplicó sanción por inexactitud ($1.987.024), y una erogación por concepto de "acometida de red subterranea" ($200.000), que se tuvo como "inversión" no deducible fiscalmente. El acto fue confirmado en la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Plantea, en síntesis, los siguientes cargos:

1. Incompetencia de los funcionarios que practicaron el requerimiento y la liquidación, conforme al artículo 89 de la ley 9a de 1983, por no aparecer acreditadas la delegación que, respectivamente, les hubieran conferido a éstos los jefes de las Divisiones de Auditoría y Liquidación, ni la condición de "profesionales especializados" con que dijeron actuar, no pudiendo presumirse dichas calidades, según se pretendió en la resolución del recurso, porque tal inferencia solo podría darse cuando el acto se produzca por aquellos a quienes señale directamente la norma como competentes, o sea, los mencionados jefes de unidad, no por otras personas, que tendrían que probar la delegación con la constancia de publicación o notificación exigida por los artículos 44 y siguientes del decreto 01 de 1984, lo que no se hizo, incurriéndose en las causales de nulidad del artículo 57, nums. 1° y 2° de la ley 52 de 1977, en armonía con el 56 ib.

2. Falta de traslado del acta de inspección, en los términos del artículo 91 del decreto 1651 de 1961 (que habría regido hasta su derogación expresa por el artículo 154 del decreto 2503 de 1987, no pudiendo entenderse que hubiera sido objeto, antes, de derogación tácita, porque sólo se derogan las normas vigentes), que daría lugar, igualmente, a la violación del artículo 32 de la ley 52 de 1977, sobre el fundamento de las liquidaciones oficiales y de la aplicación de sanciones.

3. Referente el rechazo de los "gastos operacionales", haberse ignorado "olímpicamente", en la resolución del recurso, los argumentos presentados en

ésta, en materia de las sanas prácticas contables y la costumbre mercantil, que autorizarían la contabilización de las operaciones en el periodo fiscal de su pago, con transgresión de los artículos 16 del decreto 2053 de 1974 y 1° del decreto 187 de 1975, pues aunque, según el primero, los costos y deducciones de quienes llevan contabilidad por causación se entienden realizadas en el año o período de ésta, seguidamente dice, que se entienden causados los ingresos, cuando nace el derecho a exigir su pago, y los costos y deducciones, cuando surge la obligación de pagarlos, debiendo distinguirse, "entre el momento en que nace una obligación y el momento en que nace la obligación de pagarla".

Tal distingo sería importante, dado que las obligaciones contractuales nacen, perfeccionado el contrato, pero no siempre son exigibles en el mismo momento, por estar sujetas a término o condición, diferiéndose el pago, como cuando se pacta que éste se haga solo a la conclusión y entrega de una labor o de una cosa, supeditándose la exigibilidad de la obligación a la presentanción de la factura o documento equivalente de cobro, que sería el comprobante externo para la contabilización de la operación, pues, según el artículo 944 del Código de Comercio, "mientras el vendedor no forme y entregue factura, el comprador puede suspender el pago del precio, en virtud del principio de la *exceptio non adimplecti* (sic) *contractus*".

Prosigue, que según el artículo 52 *ib.*, en armonía con el 40 del decreto 2821 de 1974, los asientos contables deben soportarse en comprobantes internos y externos, entre éstos últimos, las facturas, de acuerdo con el artículo 1° del decreto 1495 de 1978, cuya ausencia sanciona el artículo 57 del decreto 3803 de 1982; y que, en materia del impuesto sobre las ventas, el artículo 42 del decreto 3541 de 1983, obliga a los responsables a expedir factura o documento equivalente, "cuya fecha determina la causación del gravamen", conforme al artículo 23 *ib.*, revistiendo especial importancia para el asunto discutido, el tratamiento que este decreto da a los impuestos descontables, ya que, por lo dispuesto en sus artículos 18 y 30, éstos solo pueden contabilizarse en el período que corresponda a la fecha de su causación; o en uno de los períodos bimestrales subsiguientes y solicitarse en la declaración del ejercicio en que se hayan contabilizado, de modo que para determinarlos, de conformidad con el artículo 15 *ib.*, cuando se refieren a adquisición de bienes y servicios, se debe partir de los valores que consten en facturas o documentos equivalentes, "de donde se sigue que sin éstos no es posible la causación de las operaciones de que se trate", caso similar al de las retenciones en la fuente, de acuerdo con los conceptos DIN 117468 de 18 de julio de 1985 y #14152 de 19 de julio de 1988, algunos de cuyos apartes se transcriben, y que permitirían concluir que "la causación de los egresos se produce al momento de su contabilización y que ésta debe verificarse cuando se reciba factura, cuenta de cobro o documento equivalente que puede servir de soporte para el respectivo comprobante externo",

por lo cual, las explicaciones suministradas en el escrito del recurso, sobre la contabilización de egresos por facturas recibidas en 1984, estarían ajustadas a los principios enunciados.

4. En relación con los gastos operacionales por $200.000, correspondientes al valor de la "red subterránea para la conexión telefónica", afirma que las normas invocadas por la Administración (arts. 33 y 40, D. 2821/74; 51 y 53, Código de Comercio; y 1°, D. 1495/78) no eran aplicables al caso, por referirse éstas a aspectos formales de la contabilidad y no al carácter deducible de la erogación, habiéndose infringido, por ello, el artículo 49, literal G), de la ley 52 de 1977, sobre explicación sumaria de las modificaciones efectuadas, con lugar a tener por expedida la liquidación oficial en forma irregular e incluso con falsa motivación, vicios que la harían anulable, a términos del artículo 84 del decreto 01 de 1984.

El rechazo implicaría, igualmente, la violación del artículo 45 del decreto "2053/87" (sic), referente a la deducibilidad de las expensas necesarias, pues, de los artículos 46 a 66 del decreto 2053 de 1984, solo el 58 podría contener limitaciones a la deducibilidad del gasto discutido (se refiere a la amortización periódica de las "inversiones necesarias") para lo cual, sin embargo, tendría que haberse demostrado que se trataba de inversión y no de "expensa necesaria", análisis que habría "escamoteado" la Administración en sus actos, con transgresión del artículo 59 del decreto 01 de 1984, que le imponía una decisión motivada en sus aspectos fácticos y jurídicos y basada en todas las cuestiones planteadas en el recurso, entendiéndose no decidido éste oportunamente, y debiendo operar en el punto el silencio administrativo positivo.

Concluye que, tanto en el caso de los gastos supuestamente causados en 1983, como en el de la "acometida telefónica" (sic), se habrían presentado diferencias de criterio o, a lo sumo, errores de interpretación de la contribuyente, relativos a la interpretación del derecho aplicable, que excluirían la sanción por inexactitud, "pues no hay discusión acerca de que los hechos y cifras denunciados en la declaración, no sean completos ni verdaderos", habiéndose infringido, así, el artículo 49 del decreto 3803 de 1982.

LA SENTENCIA:

Desestima los cargos de nulidad fundados en la incompetencia de los funcionarios auditor y liguidador y en la ausencia de traslado del acta de inspección tributaria, el primero, por encontrar que aquéllos actuaron con suficiente competencia, de acuerdo con las resoluciones y oficios obrantes en el expediente, "documentos en los cuales consta (n) la (s) espectiva (s) delegación e idoneidad profesional en su orden para actuar válidamente";el segundo, por

haber perdido vigencia el artículo 91 del decreto 1651 de 1961 invocado, en virtud de la derogación tácita de que lo había hecho objeto la ley 52 de 1977, que sustituyó tal exigencia por el requerimiento especial.

En lo que dice relación con el impetrado reconocimiento de los gastos operacionales por $1.987,024, desecha los argumentos de la demandante en el punto, en consideración a que, por tener ésta un sistema contable de causación, la imputación del concepto, de conformidad con los artículos 15 y 16 del decreto 2053 de 1974, debía hacerse, "precisamente cuando nace la obligación y no cuando se hace el pago", identificándose en ésto con la actuación administrativa, adicionalmente, con apoyo en el experticio contable practicado en la instancia, que corroboraría los argumentos allí expuestos, en cuanto expresó éste que las facturas, cuentas de cobro y soportes demostraban que la mayoría de las transacciones discutidas se habían causado en 1983, sin que obraran las correspondientes contabilizaciones por tal período; comparte, así mismo, las apreciaciones de la parte demandada, en el sentido de que, antes de la determinación de los resultados definitivos, se debían apropiar las partidas necesarias para "atender cuentas tales como las de reserva legal, depreciación y desvalorización, entre otras. Es así que basta que la partida se cause, así no se pague en el momento, para que se entienda causado el ingreso (sic). No es como lo afirma el señor apoderado que se trata de disparidad de criterio. En ningún caso las oficinas de la Administración fiscal pueden variar los sistemas generales de la contabilidad al simple arbitrio ... "

Respecto de la partida por $200.000, reclamada también por concepto de gastos operacionales, no halla que su rechazo careciera de motivación ni que, por tanto, se pudiera alegar aquí el silencio de la Administración; pero concede que, como lo adujo la accionante, se trataba de una expensa necesaria y no de una inversión, pues, aunque fuera difícil precisar la índole de la erogación, la cuestión debía resolverse por el principio de la duda, prescindiendo del experticio contable en el punto, por ser asunto de puro derecho.

Por último, en lo que hace a la sanción, por inexactitud aplicada en razón del rechazo de la partida de gastos por $1.987.024, considera que "no han desaparecido (sus) presupuestos fácticos", ni se ha dado, en relación con la misma, la diferencia de criterio alegada por la demandante, debiendo mantenerse.

EL RECURSO:

Discrepa de la decisión de primera instancia, en cuanto estima que "la causación de los gastos debe apreciarse al momento de la entrega de las facturas, que es cuando se pueden verificar los respectivos abonos en cuenta para todos

los efectos legales"

Del mismo modo, por no haberse tenido en cuenta, "la diferencia razonable de criterio que, en razón del debate sobre causación, se suscitó entre las partes, no pudiendo aplicarse sanción por inexactitud.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La demandante insiste en que hubo "diferencias razonables de criterio", con relación al problema de la "causación de facturas por servicios", que excluiría la aplicación de sanción por inexactitud. Igualmente, en que las normas relativas a la causación remitirían, "no al momento en que surjan las obligaciones, sino al de su exigibilidad" que, en operaciones comerciales que no tienen plazo pactado, " se establece a partir de la presentación de la factura, que es cuando, además se surten por regla general los efectos fiscales relativos al impuesto sobre las ventas y a la retención en la fuente, lo que sugiere también, en virtud del principio de la analogía, que produzca efectos respecto del impuesto sobre la renta ..."

La demandada, a su vez se opone a la pretensión de que los gastos se causen, "al momento de la entrega de las facturas", porque del contenido del artículo 16, numeral 2° del decreto 2053 de 1974, se desprendería, como regla general, que los costos y deducciones se deben entender realizados cuando se paguen efectivamente, y por excepción, al momento de su causación, así no se hayan pagado aún, tratándose de contribuyentes que lleven contabilidad de causación, caso éste el de la demandante, para la cual habría nacido la obligación de pago en 1983, período de la causación así hubiera recibido la facturación en 1984.

Añade, en lo que concierne a la sanción, que los argumentos de la apelante carecen de "realidad jurídica", pues se enfrentaría "una típica inobservancia de la ley tributaria", por tanto, "una inclusión de costos inexistentes en el denuncio rentístico"constitutiva de sanción por inexactitud, conforme al artículo 49 del decreto 3803 de 1982, según se planteó en los actos acusados y se reconoció en el fallo recurrido; sobre el particular, transcribe apartes de la sentencia de la Sala, de 8 de noviembre de 1991, expediente #3492, actor, Mercantil Automoviliaria, S.A., Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El fenómeno de la causación contable, como se define específicamente en el artículo 16, numeral 2°, incisos 3° y último, del decreto 2053 de 1974, supone, naturalmente, la existencia de contabilidad registrada por el indicado sistema y de derechos u obligaciones ya exigibles, independientemente de su

efectiva percepción o pago, en el entendimiento de que el hecho económico se causa a partir de la realización de la respectiva transacción.

Dado que sólo en casos excepcionales de las operaciones comerciales, cabe atribuir a los documentos el carácter de elementos "sustanciales" del acto, resulta inaceptable la tesis de que las facturas o efectos mercantiles análogos tengan la virtud de "perfeccionar" el contrato, donde basta el mero consentimiento de las partes sobre cosa y precio, conforme a la letra de los artículos 1500 y 1857 del Código Civil y 824 del Código de Comercio, o de que únicamente por la "entrega" o contabilización de tales documentos, opera la causación.

De hecho, los documentos en cuestión sí tienen fecha cierta y han sido expedidos conforme a la ley de su circulación no son más que medios de prueba del contrato y de la cusación de las prestaciones recíprocas que de ahí derivan, no el contrato mismo o su efecto, pues éstos se producen aún en ausencia, o a pesar, de texto escrito.

Ahora bien, el acta de inspección tributaria y el experticio contable practicado en la primera instancia, con sus hojas de trabajo y demás comprobantes anexos, demuestran objetivamente que ninguna de los erogaciones que conformaban la glosada partida de "gastos operacionales" ($1.987.024) se causó en 1984, el período discutido, de acuerdo con las reglas y principios enunciados, pues de los 52 documentos analizados por los funcionarios y expertos entre facturas y cuentas de cobro, solamente seis figuran expedidos en enero de 1984 (por valor acumulado de $122.827), pero corresponden todos a cuentas de cobro, sin que obren las respectivas facturas, lo que hace presumir, necesariamente, que éstas, como las restantes, se produjeron antes y que, por ende, la causación contable de las cantidades dinerarias que las mismas representaban no tuvo lugar en el período fiscal de 1984, que es la conclusión a que, en resumen, llegan los citados funcionarios y expertos y que no ha sido desvirtuada con prueba contraria.

De otro lado, supuesta la claridad y el sentido natural y obvio que, en efecto, tienen las normas relativas a la causación contable, no cabe el supuesto del error de apreciación o de la diferencia de criterios que alega la demandante, debiendo concluirse, como bien lo resalta la parte demandada en su alegato de conclusión, que el hecho de no haberse ajustado rigurosamente a dichas normas, no es otra cosa que simple inobservancia de la ley.

En consecuencia, no desvirtuados los presupuestos fácticos y jurídicos del rechazo de los gastos en controversia, ni, de suyo, los que motivaron la aplicación de la sanción por inexactitud, el recurso de que se ocupa la Sala no

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 la ley,

F A L L A:

Confírmase la sentencia apelada.

La doctora SANDRA CONSUELO RODRIGUEZ ALMANZA tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano,* Los Consejeros..., *Consuelo Sarria Olcos*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SALDO A FAVOR / DEVOLUCION / COMPENSACION / FACULTAD DE FISCALIZACION

El trámite por el que se dá curso y deciden Las solicitudes de devolución y compensación de saldos a favor, de término breve y preclusivo, no da lugar a un pronunciamiento "definitivo", excepto en el evento, previsto por el art. 857 del Estatuto Tributario, de solicitudes extemporáneas o que se refieran a saldos "objeto de devolución, compensación o imputación anterior"; en los demás casos, el reconocimiento, o no, de tales saldos se halla sujeto, no sólo al examen de las exigencias formales y documentarias de la respectiva solicitud, sino a la exteriorización de la función fiscalizadora de la Administración, en materia de la investigación y determinación del impuesto de que se trate; asimismo el saldo modificado mediante liquidación oficial, no puede ser solicitado en la parte rechazada por ésta.

SALDO A FAVOR / DEVOLUCION /COMPENSACION / REQUERIMIENTO ESPECIAL / LIQUIDACION OFICIAL

Cabe identificar, tres hipótesis en la cuestión debatida: que la decisión en materia de devolución o compensación de saldos sea anterior al proceso de determinación y discusión del impuesto; que sea posterior; y que no exista tal proceso de determinación y discusión. En la primera situación, como se prevé por el art. 857-1 del E.T., es claro que el sólo hecho de notificar el requerimiento especial, enerva la decisión previa, cualquiera que sea su sentido; en la segunda, conforme a los arts. 854 y 857 *ib.* la decisión debe sujetarse a lo planteado en el requerimiento especial, o a lo establecido en la liquidación oficial, así esta se hubiere impugnado;

y, en la última, la decisión carece de efecto alguno, pues, de otro modo estarían de más, entre otros, los arts. 710 y 714 *ib.*

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 4696. Apelación sentencia del 6 de noviembre de 1992 del Tribunal Administrativo de Antioquía. Actor: CARLOS CARRILLO SANTIAGO

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación que, mediante apoderado interpone CARLOS CARRILLO SANTIAGO, el actor, contra la sentencia de 6 de noviembre de 1992, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido respecto de los autos # 012 y # 021 de 25 de agosto y 11 de diciembre de 1989 y las resoluciones # 0060 y # 0003 de 23 de enero y 29 de junio de 1990, actos expedidos, los tres primeros, por el Administrador de Impuestos Nacionales de Medellín, y el último, por la División Jurídica de la misma Administración, por los que se negó la solicitud de devolución por concepto de sobrantes de retención en la fuente sobre salarios del período impositivo de 1986, y decidió el recurso existente.

ANTECEDENTES:

El primero de los reseñados actos, amplió, en 60 dias, el término para resolver, con el objeto de "verificar la procedencia de la devolución"; el segundo, rechazó la solicitud de devolución, porque "las rentas exentas que dan lugar a la devolución, son inexistentes y no procede su devolución"; el tercero, habiéndose presentado nuevamente la solicitud, denegó ésta por razones análogas; y el último, que decidió el recurso, confirmó íntegramente la actuación cumplida, fundamentalmente, por no haber lugar a exención, por derogación de la norma que regulaba ésta, y haberse efectuado legalmente las retenciones sobre una base gravable.

LA DEMANDA:

Desarrolla los cargos de nulidad, por los conceptos que se resumen, en los siguientes apartes:

SECCION CUARTA

1. Silencio Administrativo Positivo

Según el artículo 560 del Estatuto Tributario, la Administradora de Impuestos Nacionales de Medellín tenía competencia "para ejercer cualquiera de las funciones y conocer de los asuntos que se tramitan en su Administración, previo aviso al jefe de la unidad correspondiente".

Como el auto #012 de 25 de agosto de 1989, con el que se pretendió evocar el conocimiento de la solicitud (que incumbía, conforme al artículo 853 *ib.*, al jefe de la unidad de devoluciones o al de la unidad de recaudo a cargo de la función), estaba destinado solo a ampliar un término, no existe providencia, ni indicio alguno de haberse avisado al titular de la función, lo que convierte a la aludida funcionaría en usurpadora de ésta, con lugar a la nulidad de toda la actuación y al silencio administrativo alegado.

Del mismo modo, si contra el rechazo definitivo de la solicitud procedía el recurso de reconsideración previsto por el parágrafo 3° del artículo 857 *ib.*, en consonancia con el inciso 2° del 720 *ib.*, cuyo conocimiento debía asumir el jefe de la unidad de recursos tributarios, debió darse aviso a éste de que se pretendía conocer de tal recurso, no siendo procedente aplicar el inciso 3° del citado artículo 720, para decidirlo por vía de reposición, como lo hizo la Administradora, pues no se trataba de "liquidación, sanción o acto de determinación oficial del tributo", ni menos delegar la función en la División Jurídica de la Administración,ya que aquélla no era propia sino asumida, irregularidades que dejan sin efecto la actuación y sin resolución el recurso de reconsideración interpuesto, debiendo operar el silencio administrativo contemplado por el artículo 734 *ib.*

2. Firmeza de la Liquidación Privada

El rechazo de la solicitud en cuestión, con el argumento de no ser exentas las rentas declaradas como tales, violó el artículo 75 de la ley 9ª de 1983, dado que, si bien por haberse determinado un saldo a favor en la declaración, el término de la revisión oficiosa debía contarse desde la fecha de formulación de la solicitud, la norma hizo salvedad respecto de "contribuyentes en los que la retención en la fuente por salarios represente un ochenta por ciento (80%) o más del total de retenciones practicadas en el respectivo año gravable", caso del solicitante, para quien el plazo de revisión se contaba a partir de la fecha de presentación de su declaración, el 18 de mayo de 1987, debiendo quedar en firme su liquidación privada, pues, a la fecha de la solicitud, no se había notificado requerimiento o liquidación de revisión, aparte de que la improcedencia de las rentas exentas solo podía aducirse dentro del proceso de determinación de impuesto, esto es en el termino de los dos años previstos para la revisión.

3. **Ampliación del Término para Resolver**

El auto # 012 de 25 de agosto de 1989, que amplió arbitrariamente el plazo para resolver la solicitud de devolución, infringió los artículos 856 y 857 del Estatuto Tributario, por cuanto no existían verdaderos indicios sobre que se hubiera dado alguna de las causales de los numerales 3° y 4° de la segunda de estas disposiciones (advirtiéndose, además, que el numeral 4° solo era aplicable en materia del impuesto sobre las ventas), ya que no le demostró la inexistencia de las retenciones declaradas, o del agente retenedor, ni que la Administración no hubiera recibido el pago anticipado, a términos del señalado artículo 856; tampoco se precisaron los indicios sobre supuestas inconsistencias del poder y resultaba falsa la afirmación de que no fuera posible la localización del agente retenedor, ICA GRANDICON, que era declarante de la propia Administración de Medellín,donde había consignado las retenciones; adicionalmente, el motivo del rechazo relacionado con las rentas exentas, no correspondía a la causal 3ª del artículo 857 citado, irregularidad que se repite en las providencias de rechazo, que invocan una causal no prevista en la ley, con el fin de encubrir la decidía e ineficacia de la Administración para revisar oportunamente la liquidación privada, quebrantándose, igualmente, el artículo 855 *ib.*,que ordena hacer la devolución dentro de los 30 dias siguientes a la fecha de la solicitud, y colocándose en figuras delictivas del Código Penal.

4. **Intereses a Cargo del Estado**

El hecho de que no se hubiera resuelto la solicitud en término, ni reconocido los intereses corrientes y moratorios a que tenía derecho el actor, violó el artículo 863 *ib.*

Los primeros,se debían causar entre el 1° de julio de 1987 y el 14 de septiembre de 1989, cuando vencieron los 30 dias para resolver; y los segundos, desde esta última fecha hasta la ejecutoria del acto de reconocimiento del crédito por $1.076.409.

LA SENTENCIA:

Deniega las Pretensiones de la demanda, basada en la sentencia que, "en caso similar", habría preferido la Sección Primera del mismo Tribunal, con fecha 2 de octubre de 1992.

Se sintetizan las apreciaciones y conclusiones que se dicen expuestas en dicho fallo:

SECCION CUARTA

1. Incompetencia:

En los escritos de recurso contra las providencias que dispusieron ampliar el término para resolver la solicitud y rechazar ésta, el actor no solo no dijo nada sobre aviso previo al jefe de unidad competente, sino que al contrario, admitió explícitamente la competencia de la Administradora de impuestos, debiendo tener aplicación el artículo 135 del C.C.A., que exige, para que sea posible demandar ante la jurisdicción, agotar previamente la vía gubernativa. No propuesta la cuestión en la vía gubernativa, los funcionarios no tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre ésta para, a su vez, hacer surgir la competencia del juez Administrativo, aparte de que habiendo dicho la Administradora de Impuestos asumir la competencia "de acuerdo con el artículo 857 " del Estatuto Tributario, la presunción de legalidad del acto imponía al accionante la prueba contraria, esto es, que no se había dado el aviso al jefe de unidad competente, lo que no hizo; además, el artículo 560 *ib.*no prevé que el aviso se deba dar por auto u otra providencia, bastando, para ello, un oficio o escrito parecido.

2. Delegación y Denominación del Recurso

El actor no indica la norma que se violaría por la delegación, hecho que releva al Despacho de hacer referencia al punto.

En cuanto a que se hubiera concedido reposición y no reconsideración, es error que no puede poner en duda la validez del actos, por no estar contemplado como causal de nulidad en las disposiciones tributarias y porque lo fundamental es que se de al interesado oportunidad de asumir su defensa sin limitaciones; su derecho no se vulneraría si en vez de decir "no se reconsidera", dijera,"no se repone", o viceversa. No obstante, parece acertada la concesión de la reposición, por tratarse de una facultad delegada por la Administración de Impuestos, cuyas manifestaciones de voluntad solo son susceptibles de tal recurso. No se configura, por tanto, el silencio administrativo alegado.

3. Firmeza de la Liquidación Privada:

No existe duda sobre la configuración del fenómeno, según lo admite la propia Administración; pero éste no impide negar la devolución de las retenciones reclamadas, porque, como lo sostiene aquélla,los procesos de fijación del impuesto y de devolución, tienen finalidades distintas y se hallan sujetos, consiguientemente, a normatividades diferentes; prueba de ello, es que el Estatuto Tributario consagra los dos procedimientos en títulos separados o independientes.

La determinación de las cantidades dinerarias por devolver, supone la facultad de realizar las averiguaciones necesarias para ver si el reclamo es, o no, procedente: en el caso, si las retenciones existían, o no.

En este punto, el fallo que copia la sentencia ahora recurrida, remite al "análisis" que se hace en la resolución del recurso gubernativo: haberse equivocado la cita del decreto 580 de 1951, como sustento de la exención de rentas que venía siendo regulada por la ley 24 de 1959 la cual, a su vez, había sido derogada "desde la reforma tributaria de 1967". y que, aún en el caso de regir, no era aplicable el actor, como si lo eran, en cambio, los artículos 3°, letra a), de la ley 38 de 1969 (o 398 del Estatuto Tributario). 14 y 15 del decreto 2026 de 1983, y 5° del decreto 3838 de 1985, concluyéndose, que al no haber rentas exentas, "no cabe hablar de retención ni de saldos a favor del contribuyente"

4. **Intereses:**

La petición relativa a éstos, carece de respaldo legal, pues la devolución pedida no era procedente.

EL RECURSO

Ve un apéndice de la Administración Tributaría en la de Justicia, pues no es comprensible que se apropien conceptos de los actos acusados.

Supone elemental, en el régimen tributario, el concepto de firmeza de la liquidación privada, que configuraría la verdadera obligación tributaria, en suma por pagar o devolver, y nacería por la inactividad fiscalizadora que, de existir, constituiría dicha obligación. "Tremendamente equivocado" estima, el que se trate de prolongar arbitrariamente el plazo fiscalizador legal, en cuanto resultaría inconcebible que, en un procedimiento de devolución, se discutan aspectos propios del procedimiento de fiscalización.

Cree, que en la sentencia no se sopesaron los argumentos del alegato de conclusión, a que remite, y que contradecían los fundamentos argumentales de la Administración que prohijó el *a quo*.

Anexa copia de una resolución expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, sobre el por qué las autorizaciones tributarias no podían vulnerar la firmeza de la liquidación privada, criterio contrastante con el de la Administración de Medellín frente a la misma situación, así la primera hubiera intentado revivir un proceso de determinación ya vencido.

SECCION CUARTA

Resalta, finalmente, la "irremediable injusticia" incurrida en el fallo de otros procesos de la misma índole que, por su cuantía, carecían de recurso, "consumándose, así, una posible arbitrariedad subsanable en los procesos de doble instancia ..."

ALEGATO DE LA DEMANDADA

Admite que el actor, conforme al artículo 36 de la ley 55 de 1985, recogido por el 63 de la ley 75 de 1986, pese a su condición de asalariado, era obligado a declarar por 1986, el período en controversia, en razón de la cuantía de sus ingresos laborales ($4.514.792) que excedía el límite fijado entonces ($4.000.000), obligación cumplida el 18 de mayo de 1987, y que sobre tales ingresos se había practicado retención en la discutida suma de $1.076.409, materia de la solicitud de devolución presentada el 2 de agosto de 1989 por cantidad igual; pero arguye que, según el artículo 856 del Estatuto Tributario, en consonancia con el 684 *ib.*, la Administración podía verificar el cumplimiento de los requisitos que hicieran viable la devolución del saldo, habiéndose establecido el origen de éste, en el hecho de que el declarante hubiera tratado, como rentas exentas, la totalidad de los ingresos percibidos por salarios, contrariando las normas aplicables al período, según las cuales, éstos eran gravados, circunstancia probada en el proceso y debidamente sustentada en los actos acusados.

Añade, que el contribuyente se había dado oportunidad de corregir su declaración, ajustándose a los cánones legales, limitándose éste a presentar nuevamente la solicitud de devolución basado en la firmeza de la liquidación privada.

Igualmente, que si el contribuyente estimaba que sus ingresos eran exentos, no sujetos a retención, debió hacérselo saber al retenedor y pedirle el reintegro, de acuerdo con lo previsto por el artículo 6° del decreto 1189 de 1988.

De otro lado, que circunscrito el recurso contencioso a la defensa de la firmeza de la liquidación privada y a la negación de los poderes fiscalizadores de la Administración, a tales planteamientos se deben contraer los alegatos de las partes, caso en el que el debate no podría extenderse a la calificación de los ingresos declarados.

Por último, en relación con la firmeza de la liquidación privada, tiene por suficiente transcribir lo expuesto por la Sala, en sentencia de 27 de septiembre de 1991, proceso #2863, con ponencia del señor Consejero Carmelo Martínez Conn, como en efecto lo hace.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El tema relativo a la "firmeza de la liquidación privada" por los motivos que esgrime el actor, resulta de preferente relevancia, no solo porque, como bien lo anota la señora Abogada de la parte demandada, constituye la materia del recurso de que se conoce, sino porque es motivo de reiterada afirmación jurisprudencial de la Sala.

Se tiene dicho, en efecto, que la práctica o expedición de la liquidación oficial de los tributos, en ejercicio de la función fiscalizadora e investigativa atribuida por la ley a la Administración Tributaria, constituye acto fundamental del proceso gubernativo, no obstante disponer éste, asi mismo de determinados elementos coyunturales de verificación y comprobación relativos a la forma y documentación de las solicitudes de devolución o compensación de saldos que se le formulen.

De hecho, el trámite por el que se de curso y deciden estas solicitudes, de término breve y preclusívo, no de lugar a un pronunciamiento "definitivo", excepto en el evento, previsto por el articulo 857 del Estatuto Tributario, de solicitudes extemporáneas o que se refieren a saldos "objeto de devolución, compensación o imputación anterior" y en los demás casos, el reconocimiento, o no de tales saldos, se halla sujeto no sólo el examen de las exigencias formales y documentarias de la respectiva solicitud, sino a la exteriorización de la función fiscalizadora de la administración, en materia de la investigación y determinación del impuesto de que se trate; así se desprende entre otros, de los artículos 854, inciso 2°, 857, parágrafo, y 857-1, *In fine, ib.*, según los cuales, en su orden, el saldo modificado mediante liquidación oficial, no puede ser solicitado en la parte rechazada por ésta, aún habiéndose impugnado la misma hasta que se resuelva definitivamente sobre la procedencia del saldo"; sí respecto de la declaración origen del saldo obra requerimiento especial, "la solicitud de devolución solo procederá sobre las sumas que no fueren materia de controversia" sí concluye la investigación, sin que se produzca requerimiento especial, procede la devolución del saldos pero, producido éste, solo procede la devolución del saldo a favor planteado en el mismo, sin necesidad de nueva solicitud, regla aplicable "en las demás etapas del proceso de determinación y discusión, tanto en la vía gubernativa como jurisdiccional ..."

Por otra parte, dice el articulo 714 *ib.*, que sí dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para declarar (o de presentación de la declaración extemporánea, o de presentación de la solicitud de devolución o compensación de saldos), no se notifica requerimiento especial, o concluido el plazo para practicar liquidación de revisión, no se notifica esta, la liquidación privada queda en firme, del mismo modo que el articulo 854 *ib.*, en armonía con

este precepto dispone presentar la solicitud de devolución, "a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar".

Del contexto de las anteriores normas se establece, claramente, que los procesos de determinación del impuesto y de devolución o compensación de saldos no operan con la independencia o autonomía que supone la parte demandada, sino en estrecha correlación; y, en consecuencia, que cualquiera que sea la decisión recaída en el de compensación de saldos, su efectos se hallan necesariamente subordinados a las contingencias de la actividad o inactividad de la Administración, en el de determinación del impuesto, pues en el régimen impositivo aplicable, no existe norma alguna de la que se desprenda que lo resuelto por los funcionarios competentes para conocer de las solicitudes de devolución o compensación de saldos, tenga el carácter y efecto de una liquidación oficial de impuestos.

Cabe identificar, tres hipótesis en la cuestión debatida que la decisión en materia de devolución o compensación de saldos sea anterior al proceso de determinación y discusión del impuesto; que sea posterior y que no exista tal proceso de determinación y discusión.

En la primera situación, como se prevé por el artículo 857-1 antes citado, es claro que el solo hecho de notificar el requerimiento especial, enerva la decisión previa, cualquiera que sea su sentido; en la segunda, conforme a los artículos 854 y 857 también citados, la decisión debe sujetarse a lo planteado en el requerimiento especial, o a lo establecido en la liquidación oficial, así esta hubiera Impugnado; y, en la última, la decisión carece de efecto alguno, pues, de otro modo, evidentemente estarían de más, entre otros, los artículos 710 714 *ib.*, sobre el término para practicar la liquidación de revisión y firmeza de la liquidación privada, contra los principios de utilidad y eficacia de la ley, aparte de que, como se dejó enunciado antes, la función fiscalizadora o liquidadora, no tiene señalada excepción alguna en el sistema normativo tributario, ni otra restricción, respecto de su ejercicio, que la eventual suspensión de términos, no siendo excusable éste, con el pretexto de la actuación incidental de los funcionarios que deben resolver la solicitud de devolución en cuestión y que, por supuesto, carecían de competencia para dar curso y llevar hasta su conclusión el proceso de determinación y discusión del tributo (Cfr, en los sentidos anotados, las sentencias de la Sala de agosto 16/91, mayo 15/92 y julio 3/92, proferidas, respectivamente, en los procesos #3332, actor, Cía. Upjohn, S. A., #3966, actor, Jaime Martínez Fonseca, y # 3192, actor, Cía. Upjohn, S. A.).

Dado que, según lo probado en el proceso, la declaración de renta del período discutido había sido presentada el 18 de mayo de 1987 y que, en virtud de la excepción del artículo 75 de la ley 9a de 1983, Invocada por el actor en su

condición de asalariado, con retenciones, en la fuente por salarios que superaban el límite porcentual fijado en la norma, el término de la revisión previsto en ésta se debía contar desde la indicada fecha, resulta incuestionable que dicho término precluyó el 18 de mayo de 1989, frente a la total inactividad de la Administración, que solo vino a percatarse de su reprochable negligencia con motivo de la solicitud de devolución, formulada el 2 de agosto de 1989.

En conclusión, puesto que la actuación cumplida por el funcionario que asumió el conocimiento de la solicitud de devolución, no puede tenerse como supletoria o sustitutiva del proceso de determinación del impuesto, se considera realizado el supuesto de hecho de la firmeza de la liquidación privada aducido y demostrado por el demandante.

Respecto del fallo que cita la demandada en su alegato de conclusión, debe tomarse en consideración que se trata de una decisión relativamente aislada del contexto de la jurisprudencia uniforme de la Sala en la materia, por estar referida a un impuesto y a unos hechos que no observan absoluta analogía con los del presente asunto, y que, en consecuencia, no es procedente mantener ahora.

El recurso del actor 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 la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, anúlanse los autos # 012 y # 021 de 25 de agosto y 11 de diciembre de 1989 y las resoluciones # 0060 y 0003 de 23 de enero y 29 de junio de 1990, actos expedidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, en relación con pretensión de devolución de sobrantes de retención en la fuente del período gravables de 1986, formulada por CARLOS CARRILLO SANTIAGO, mediante apoderado.

Como consecuencia, ordenase a la citada Administración devolver el solicitante la suma de UN MILLON SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS ($1.076.409), por el concepto anotado, junto con los intereses que haya lugar a liquidar, de acuerdo con las pruebas que, sobre la naturaleza y cuantía de los mismos, se presenten a la Administración obligada, previas las compensaciones que deban hacerse.

SECCION CUARTA

La doctora ELIZABETH WHITTINGHAM GARCIA, tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

Cópiase, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerado y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lízcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUCESION ILIQUIDA / SOCIEDAD CONYUGAL / DILIGENCIA DE INVENTARIOS Y AVALUOS / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La relación de bienes que integran la diligencia de inventarios y avalúos, cuando el causante tenía vínculo matrimonial, está conformada por la totalidad de los haberes de la sociedad conyugal, que surge precisamente en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges y que como tal, no es sujeto pasivo de obligación tributaria. Es así como, los bienes que venían figurando en cabeza de cada uno de los cónyuges, continúan ininterrumpídamente con sus obligaciones fiscales; las del causante en cabeza de la sucesión ilíquida hasta el momento de la repartición y los del cónyuge sobreviviente también, en cabeza de éste hasta el momento de la repartición de los bienes de la sociedad conyugal. Es así la sociedad conyugal una ficción jurídica que surge solamente para efectos de su disolución mientras que las sucesiones ilíquidas surgen una vez fallecida una persona.

COSTO FISCAL / VALOR COMERCIAL / PATRIMONIO FISCAL / SUCESION ILIQUIDA

Ha sido de común aceptación entre el costo fiscal de los bienes y el valor que puedan tener desde el punto de vista comercial. Fiscalmente existen disposiciones que regulan el valor a asignar a determinados bienes, con consecuencias meramente tributarias, los cuales pueden diferir en varios eventos, del valor comercial de los mismos. Es así como en una diligencia de inventarios y avalúos, el valor de los bienes de una sucesión deben figurar como mínimo por su costo fiscal, pero sin que exista prohibición legal alguna que impida sobrevaluar dichos bienes, para efectos de la conformación de las correspondientes hijuelas sucesoriales.

SECCION CUARTA

PRESTAMO ENTRE CONYUGES / PASIVO

Como el crédito aquí discutido presenta unas características especiales pues se trata de un préstamo entre cónyuges, que no necesariamente supone generación de rendimientos comerciales y cuya preexistencia consta en forma concordante en las correspondientes declaraciones tributarias de los cónyuges, se encuentra así válidos los argumentos formulados en la demanda y se concluye que el pasivo entre el cónyuges, debidamente declarado por el acreedor, no debió ser rechazado por la Administración.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente # 4729 Actor: SUCESION DE BUILES DE CORRALES MYRIAM. Impuesto de Renta. Años gravables de 1986 y 1987. FALLO

Acuden en apelación tanto el apoderado judicial de la Nación como el apoderado de la sucesión demandante, contra la sentencia de 15 de septiembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la sucesión de Builes de Corrales Myriam, contra los actos administrativos por medio de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, fijó oficialmente el impuesto de renta y complementarios a su cargo por los ejercicios fiscales de 1986 y 1987.

ANTECEDENTES

La sucesión de Myriam Builes de Corrales instauró separadamente acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron su impuesto de renta y complementarios por las vigencias de 1986 y 1987, y durante los trámites de la primera instancia se solicitó acumulación de los mismos, al considerar que la decisión del primer ejercicio fiscal era determinante en la del segundo, por lo que habrían de decidirse bajo la misma cuerda. Por auto de 4 de septiembre de 1992, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la acumulación solicitada, fallando posteriormente los dos procesos, en la sentencia objeto ahora de apelación.

En razón de la acumulación de los procesos y por cuanto los hechos y las pretensiones de la demanda son iguales para los dos ejercicios fiscales, la Sala se referirá conjuntamente a ellas.

HECHOS:

La sucesión de la contribuyente mencionada, presentó como tal las declaraciones de renta y patrimonio de los ejercicios de 1986 y 1987, en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá. Previos los requerimientos de la etapa de fiscalización, la Administración determinó oficialmente el impuesto, por medio de las liquidaciones de Revisión Nos. 16022 y 160023 de 10 de abril de 1989, respectivamente, rechazando un pasivo por $4.000.000; adicionando el patrimonio inicialmente declarado en un valor de $31.657.944, con base en la diligencia de inventarios y avalúos efectuada durante el proceso de sucesión adelantado en el Juzgado 17 Civil del Circuito y determinando la renta en el año de 1986, por el sistema especial de comparación patrimonial y en 1987 por renta presuntiva.

Los recursos de reconsideración interpuestos, fueron fallados desfavorablemente por medio de la Resoluciones Nos. 05052 y 05053 de 25 de abril de 1990, de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Bogotá, agotando así la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Apoyándose en diversas normas del ordenamiento jurídico, plantea la sucesión demandante la nulidad de la anterior actuación, con los siguientes argumentos:

1.- Rechazo de pasivos.- El motivo del rechazo del pasivo que por $4.000.000 se solicitó en los dos ejercicios, obedeció a que el titular del crédito -cónyuge sobreviviente- no declaró rendimientos por dicho concepto y porque tampoco se le incluyó en la diligencia de inventarios y avalúos, argumentaciones que van en contra de los artículos 13 y 14 del decreto 3803 de 1982 y 1414 y 1724 del Código Civil. En efecto, el hecho de que el beneficiario de un crédito no incluya en su declaración de renta rendimientos originados en el mismo, no faculta a la Administración para rechazar el pasivo debidamente declarado. Por lo demás, no se incluyó en la diligencia de inventarios y avalúos, por confundirse en cabeza de una sola persona el carácter de acreedor y heredero, (sic) como cónyuge *supérstite* de la sucesión.

2.- Adición Patrimonial: Las Oficinas de Impuestos tomaron la relación de bienes relictos, conformada por bienes habidos durante el matrimonio y en

cabeza ahora de la sociedad conyugal, en donde figuraban bienes declarados unos por la causante y otros por su cónyuge José Alberto Corrales Fernández, adicionándolos en su totalidad a la sucesión, por los valores informados, no en la declaración de renta de cada uno, sino por los asignados en las diligencias de inventarios y avalúos. La anterior equivocación causó un agravio injustificado en el patrimonio de la sucesión y con el fin de dilucidar el problema, se hace una relación de los bienes, indicando la forma como fueron declarados, bien por la sucesión o bien por el cónyuge sobreviviente.

3.- Determinación de la renta: Para el ejercicio de 1986, se cuestiona el procedimiento seguido para determinar la renta por el sistema especial de comparación patrimonial y en 1987, se trata de desvirtuar el patrimonio base que sirvió para el cálculo de la renta presuntiva.

LA SENTENCIA APELADA

Año gravable de 1986.- En razón de la incidencia de lo resuelto con respecto a éste ejercicio, en la decisión a tomar con respecto al impuesto a cargo por el año de 1987, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó inicialmente el estudio de la mencionada vigencia fiscal.

En relación con el pasivo rechazado por $4.000.000 a la sucesión demandante, cuyo acreedor era el cónyuge de la causante, aunque no compartió las razones de la Administración para su rechazo, por cuanto pueden existir préstamos sin que generen intereses, siendo además la confusión una de las formas de extinguir las obligaciones, concluyó que el pasivo no se encontraba debidamente demostrado en el expediente y que por el contrario, de la diligencia de partición de bienes se evidenciaba que la sucesión no tenía ningún pasivo. Mantuvo así el rechazo efectuado en la liquidación de revisión.

Sobre la adición patrimonial a la sucesión, de los bienes relacionado en la diligencia de inventarios y avalúos, concedió la razón a la impugnante en sus afirmaciones de la independencia existente entre los bienes que figuren en cabeza de cada uno de los cónyuges y cómo no se puede afectar el costo fiscal de estos, por el valor que se les haya asignado en la diligencia mencionada. Procedió entonces a efectuar un comparativo entre los bienes que figuraban realmente en cabeza de la causante, asignándoles el valor por el cual fueron declarados, en relación con los de propiedad del cónyuge supérstite y obtuvo así una primera diferencia a disminuir del valor inicialmente adicionado, por $13.606.451.

No aceptó disminuir en ésta oportunidad, él valor fiscal de dos inmuebles que fueron declarados por el cónyuge sobreviviente y que no fueron adicionados por la Administración, aunque sí tuvo en cuenta el mayor valor asignados a los

mismos en la diligencia de inventarios y avalúos, aceptándolo como un menor valor de la diferencia patrimonial, por $4.734.131. Encontró así justificado disminuir la diferencia patrimonial inicialmente determinada por la Administración, en un valor de $18.340.582, correspondiente a valorización nominal de los bienes, en relación con la diligencia de inventarios y avalúos.

Al analizar el punto relacionado con la determinación de la renta gravable por el sistema especial de comparación patrimonial, consideró que del total de bienes adicionados en la liquidación oficial, la sucesión había logrado demostrar la preexistencia de bienes por $10.400.000, pero que subsistía el sistema especial de determinación, por mantenerse la adición de bienes que no estaban suficientemente identificados en las declaraciones cotejadas, por un valor de $9.641.813.

Procedió entonces a efectuar una nueva liquidación de impuestos, disminuyendo la renta gravable capitalizada con las valorizaciones por $18.340.582 y con los bienes preexistentes por $10.400.000, para obtener así una renta por comparación patrimonial de $6.935.362. El patrimonio líquido del ejercicio quedó conformado por el bruto declarado por la sucesión, adicionado con los bienes cuya preexistencia o titularidad en cabeza del cónyuge sobreviviente, no fué suficientemente demostrada.

Año de 1987.

Al existir identidad en los puntos debatidos en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de éste ejercicio, con respecto al de 1986 y precisado anteriormente la decisión del Tribunal sobre los mismos, con respecto al ejercicio de 1987 se limitó a efectuar una nueva liquidación, tomando como base para el cálculo de la renta presuntiva, el valor del patrimonio líquido determinado en la liquidación efectuada con respecto al año gravable de 1986.

EL RECURSO DE APELACION

De la demandante: Por el año de 1986, reitera los argumentos de la demanda encaminados a demostrar la procedencia del pasivo cuyo rechazo mantuvo el Tribunal, por no haber sido relacionado en la diligencia de inventarios y avalúos de la sucesión y afirma, que la declaración de renta del titular del crédito, es prueba supletorio eficaz para su demostración.

Por otra parte, se remite al detalle efectuado en la demanda de los bienes que fueron adicionados por la Administración, para demostrar que sus valores coinciden con los informados en las respectivas declaraciones de renta de los cónyuges y hace referencia igualmente a la contradicción presentada en el

fallo apelado, cuando aceptó descontar de la diferencia patrimonial el valor de un inmueble por pertenecer al cónyuge sobreviviente, más no lo excluyó del patrimonio gravable de la sucesión.

Con respecto al año gravable de 1987, se somete nuevamente a lo decidido con respecto al ejercicio inmediatamente anterior.

De la entidad demandada: Para el apoderado especial de la Nación - Unidad Administrativa Especial, Dirección General de Impuestos Nacionales- la Administración se limitó a ejercer su facultad de fiscalización cuando tomó los valores de la diligencia de inventarios y avalúos y los tomó como costo fiscal para determinar los impuestos de 1986 y 1987. La sucesión estaba obligada a demostrar que los bienes adicionados no eran de su propiedad a fin de desvirtuar la actuación administrativa. Los bienes adicionados pertenecían a la sociedad conyugal y como tal, debían ser declarados por la sucesión. Solicita en consecuencia, se revoque la sentencia apelada y en su lugar se reconozca la legalidad de los actos administrativos impugnados.

MINISTERIO PUBLICO

Surtido el traslado de rigor, no hubo pronunciamiento de la Agencia del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Apelación de la entidad demandada:

La Sala comparte en su integridad las conclusiones a que arribó el Tribunal sobre los dos aspectos de la actuación administrativa que son motivo de la apelación: ellos son: si se debe considerar que la relación de bienes relictos debe ser gravada en su totalidad en cabeza de la sucesión y el valor que se debe aplicar para efectos fiscales a dichos bienes.

Con relación al primer aspecto, se observa que en el requerimiento especial efectuado a la accionante por el ejercicio de 1986, la Administración de Bogotá le exigió explicación y comprobación, por no haber incluido en su declaración de renta una serie de bienes relictos que figuraban en la diligencia de inventarios y avalúos de la sucesión. No tuvo en ese momento en cuenta la Administración, que la relación de bienes que integran dicha diligencia, cuando el causante tenía vínculo matrimonial, está conformada por la totalidad de los haberes de la sociedad conyugal, que surge precisamente en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges y que como tal, no es sujeto pasivo de obligación tributaria. Es así como, los bienes que venían figurando en cabeza de

cada uno de los cónyuges, continúan ininterrumpidamente con sus obligaciones fiscales; las del causante en cabeza de la sucesión ilíquida hasta el momento de la repartición y los del cónyuge sobreviviente, también en cabeza de éste hasta el momento de la repartición de los bienes de la sociedad conyugal. Es así la sociedad conyugal una ficción jurídica, que surge solamente para efectos de su disolución, en tanto que en las sucesiones ilíquidas, que surgen una vez fallecida una persona natural, las obligaciones fiscales y de cualquier otra índole, continúan en cabeza de la llamada "sucesión ilíquida", hasta que sea repartida a los herederos, para continuar allí tributando conforme a la ley sin certeza de éstos.

Incurrió en un error la Administración Tributaria cuando tomó la universalidad de bienes de la diligencia de inventarios y avalúos, en la que se encontraban bienes de la sociedad conyugal y adicionó los correspondientes a ésta última en cabeza de la sucesión ilíquida de la causante, obligándola a demostrar cuales de estos bienes habían sido declarados por el cónyuge sobreviviente, para excluirlos de la base gravable de la demandante.

En cuanto al segundo aspecto, ha sido de común aceptación una distinción entre el costo fiscal de los bienes y el valor que puedan tener desde el punto de vista comercial. Fiscalmente existen disposiciones que regulan el valor a asignar a determinados bienes, con consecuencias meramente tributarias, los cuales pueden diferir en varios eventos, del valor comercial de los mismos. Es así como en una diligencia de inventarios y avalúos, el valor de los bienes de una sucesión deben figurar como mínimo por su costo fiscal, pero sin que exista prohibición legal alguna que impida sobrevaluar dichos bienes, para efectos de la conformación de las correspondientes hijuelas sucesoriales. No fué entonces correcto el proceder de la Administración cuando, con base en la diligencia sucesoral, aumentó el costo fiscal por el cual se habían declarado los bienes de la causante.

No son válidas así las peticiones de la apelación de la entidad demandada, cuando pretende que se mantenga la adición de los bienes en cabeza de la sucesión ilíquida, por los valores asignados en la diligencia de inventarios y avalúos.

Apelación de la demandante.- Año gravable de 1986.

Los argumentos esgrimidos por la Administración de Impuestos y por el Tribunal de primera instancia para rechazar el pasivo solicitado por la sucesión de Myriam Builes de Corrales hacen relación a que el beneficiario del crédito no declaró rendimientos del mismo y que éste no formó parte de la relación de bienes relictos.

SECCION CUARTA

Al respecto sostiene la demandante, que por tratarse de un crédito entre cónyuges, este se constituyó a título gratuito y que una vez conformada la sociedad conyugal, se presentó la figura de la "confusión", prevista en el artículo 1724 del Código Civil, lo que dió lugar a que no se relacionara en la diligencia sucesoral.

Para la Sala es evidente que el crédito aquí discutido presenta unas características especiales pues se trata de un préstamo entre cónyuges, que no necesariamente supone generación de rendimientos comerciales y cuya preexistencia consta en forma concordante en las correspondientes declaraciones tributarios de los cónyuges.

Encuentra así la Sala válidos los argumentos que al respecto se formularon en la demanda y concluye que el pasivo entre cónyuges, debidamente declarado por el acreedor, no debió ser rechazado por la Administración.

En cuanto a la adición que al patrimonio inicialmente declarado, hizo la Administración de los bienes relacionados en la diligencia de inventarios y avalúos, encontró el Tribunal procedente aceptar, que dichos bienes debían considerarse para efectos fiscales por el valor informado en la declaración de renta y no por el comercial asignado en la diligencia y accedió igualmente a excluir aquellos cuya titularidad se demostró en cabeza del cónyuge supérstite. La anterior determinación tuvo una doble incidencia: disminuyó el valor de la renta líquida capitalizada y del valor del patrimonio gravado por la Administración.

Los bienes cuya preexistencia no encontró el Tribunal suficientemente demostrada, hecho por el cual mantuvo su adición, están conformados por un vehículo Toyota, dos tractowas, dos plantas eléctricas y elementos de video y televisión, así como saldos bancarios. Un inmueble ubicado en Leticia, cuya preexistencia se aceptó como justificativa de la diferencia patrimonial, se mantuvo como una adición al patrimonio gravable.

Para el estudio de este punto, la Sala parte del presupuesto de la presunción de veracidad que acompaña los denuncios rentísticos y del procedimiento equivocado seguido por la Administración, cuando confunde la sociedad conyugal con una sucesión ilíquida. Es por ello que, además de compartir los argumentos con que el Tribunal admitió la improcedencia de la adición a la sucesión de bienes pertenecientes al cónyuge *supérstite*, considera con respecto a los demás activos cuya adición se mantuvo, que no puede afirmarse de una manera categórica que aquellos pertenecían a la causante y habían sido omitidos por ésta en su declaración de renta de 1986. En efecto, por el diseño especial de los formularios oficiales, algunos bienes deben declararse de una manera global bajo los conceptos "muebles y enseres", "maquinaria y equipo", "saldos

bancarios", etc., y si se analiza el detalle de estos bienes en la diligencia de inventarios y avalúos, contra las partidas globales relacionadas bajo los mencionados conceptos genéricos en las declaraciones de renta de ambos cónyuges, se encuentra que es acertada la afirmación de la demanda, de que estas últimas superan en mucho a las de la diligencia sucesoral.

Al no estar plenamente comprobado que los bienes adicionados figuraban en cabeza de la causante y existiendo por el contrario un principio de prueba de que los bienes sí estaban relacionados en los dos denuncios rentísticos, bajo nombres genéricos, la Sala considera improcedente la adición de los mismos en cabeza de la sucesión ilíquida y de la consecuente determinación de la renta gravable por el sistema de comparación patrimonial.

El inmueble ubicado en Leticia, en la calle 11 No 113 a 115, con cédula catastral 400-000-0384 cuya adición mantuvo el Tribunal por no haberse demostrado que no era de propiedad de la sucesión, era de propiedad del señor José Alberto Corrales Fernández, por adquisición hecha a Elvira Guzmán de Cano, por Escritura 498 de 19 de diciembre de 1984, de la Notaria Unica de Leticia, según consta en el certificado catastral que obra a folio 62 del expediente.

Conforme a los argumentos anteriores, proceden las peticiones de la demanda en cuanto al desconocimiento del pasivo y la adición de bienes y consecuencialmente entonces, desaparece la diferencia patrimonial que había servido de base a la Administración para la determinación de la renta gravable del ejercicio de 1986. Se confirma así la liquidación privada que del impuesto presentó la sucesión de Myriam Builes de Corrales.

Año gravable de 1987.

Con los mismos argumentos expuestos para la procedencia de las pretensiones de la demanda en 1986, se confirma la liquidación privada de 1987.

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 :

1o.- REVOCASE la sentencia de 15 de diciembre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los procesos Acumulados Nos. 7881 y 7880.

2o.- CONFIRMASE la liquidación privada del impuesto a cargo de la sucesión de Myriam Builes de Corrales con cédula No. 32.206.469 por el ejercicio de 1986 en la que se determinó un impuesto a cargo de setenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos ($79.453.oo).

3o.- CONFIRMASE la liquidación privada del impuesto a cargo de La sucesión de Myriam Builes de Corrales con cédula No.32.306.469, por el ejercicio de 1987 en la que se determinó un impuesto a cargo de treinta y cuatro mil setecientos treinta y un pesos ($34.731,oo).

4o RECONOCESE como apoderado de la demandada al doctor Juan Carlos Guerrero Cárdenas según poder visible a folio 418.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SECCION

QUINTA

JURISDICCION COACTIVA / TITULO EJECUTIVO / EXCEPCION DE COMPENSACION / EXCEPCIONES - Naturaleza / PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Correspondiendo un mecanismo particular o especial a cada uno de los supuestos fáctico-jurídicos prevenidos por los arts. 97 y 509, inciso segundo, del C.de P.C., comprendidos esos supuestos por una y otra de las normas citadas, con el carácter de previos o de mérito, según su naturaleza, características y objetivos, y definidos con claridad aquellos defensivos, sin que la ley deje lugar al arbitrio o iniciativa de las partes en esa materia, como es un hecho incontrovertible que en el *sub-lite* se propuso como previa la excepción de compensación, que tiene el legal carácter de mérito o de fondo.

EL TITULO EJECUTIVO / COMPENSACION - Improcedencia

El art. 1714 del C.C., prevé que cuando dos personas son deudoras entre sí, se opera entre ellas una compensación extintiva de ambas obligaciones, agregando que, esa compensación, sea legal, por voluntad de las partes o judicial opera únicamente cuando una y otra deuda reúnan las siguientes cualidades 1) que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; 2) que ambas deudas sean liquidadas; y 3) que ambas obligaciones sean actualmente exigibles. El arreglo compensatorio que se alega apenas se encuentra en etapa probatoria, conociéndose así que el instituto demandante adeuda a la demandada una cantidad indeterminada de dinero, sin que ese precio se encuentre precisado en moneda nacional, mal puede operar la compensación cuando las deudas que se pretenden

compensar, o al menos una de ellas, no ha sido liquidada por lo que no es actualmente exigible.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Concejo Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente Nro. 0294. Jurisdicción Coactiva. PARTES: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) c/ Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogota (EAAB).-

No siendo procedente que la Sala se ocupe del recurso de reposición interpuesto extemporaneamente contra el auto de fecha marzo 8 retropróximo, en única instancia decide la Corporación la excepción de "compensación" que erróneamente propuso la parte demandada con carácter de previa contra el mandamiento ejecutivo que, en auto calendario a 23 de junio de 1988, profirió la División I de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito (IDU) en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES:

I.- A folio 1 del expediente obra en tabulado la certificación de Deuda Fiscal número 880000112, datada a 23 de junio de 1988, firmada y sellada en original por la Jefe de la División de Tesorería, Subdirección Financiera, del Instituto de desarrollo Urbano del Distrito (IDU) del entonces Distrito Especial de Bogotá, en la cual se expresa:

> Que Acueducto y Alcantarillado de Bogotá o el propietario actual del predio debe al Instituto de Desarrollo Urbano la suma de tres millones trescientos veintisiete mil quinientos noventa y un pesos con 20/100 ($3.327.591.20) m/cte., más los intereses causados desde la fecha de exigibilidad de la obligación, hasta el momento en que se realice el pago total de la misma, por concepto de la contribución de valorización que le fue asignada mediante Resolución 00003 de fecha julio 27 de 1982 numeral 145, proferida por la subdirección legal de este instituto, en razón de la obra 01003 Av. Cra. Séptima/Calles 112-170 que beneficia el inmueble situado en la Cl. 110 14-97 con cédula catastral 6535 sector catastral 084-169503 y matrícula inmobiliaria" (Fl.1).

Considerando que en ese documento consta legalmente una obligación clara, expresa y actualmente exigible, esto es, que presta mérito ejecutivo, la

División I de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), en ejercicio del denominado privilegio de ejecución oficiosa para el forzado recaudo de las contribuciones de valorización que la ley le reconoce, en auto de 23 de junio de 1988, obrante a folio 2 del expediente, resolvió:

> "1.) Librar orden de pago por la vía de la jurisdicción coactiva a favor del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.E. (IDU) y en contra del Acueducto y Alcantarillado de Bogotá o del titular del derecho de dominio de la propiedad gravada en la contribución adeudada, por la cantidad de tres millones trescientos veintisiete mil quinientos novena y un pesos con 20/100 ($3.327.591.20) m/cte.. junto con los intereses causados a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta el dia en que se verifique el pago total de la misma y por las costas que se causen en estas diligencias, lo cual hará el demandado dentro del término de cinco (5) dias, como lo dispone el artículo 498 del C. de P.C.
>
> "2.) Por el auxiliar de Notariado y Registro háganse las diligencias correspondientes a la obtención del certificado de matrícula inmobiliaria del predio gravado.
>
> "3.) Notifíquese el presente auto en la forma prevista en el artículo 564 del C. de P.C" (fl. 2).

El mandamiento ejecutivo del tenor resolutivo transcrito fué notificado personalmente a la apoderada judicial que en legal forma acreditó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), en diligencia del 21 de mayo de 1992 (fls. 3 a 12).

II.- A folios 14 y 15 del expediente obra escrito recibido por la oficina ejecutara el 4 de junio de 1992, para el proceso allá conocido con el número 112/88, por el cual la apoderada especial de la empresa distrital demandada propuso, dentro del término dispuesto en el artículo 510 del C. de P.C., modificado por el numeral 270 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989 "... la excepción previa de compensación contra el auto de mandamiento de pago de fecha 23 de junio de 1988, recaído en dicho juicio, del cual me notifiqué el pasado 21 de mayo...", medio defensivo que sustenta en apreciaciones que resume la Sala así:

Reconoce la obligación fiscal que se persigue, a cargo de su representada EAAB y a favor del ejecutante IDU, cuantificada dinerariamente en "... ($3.327.591.20) más los intereses moratorios y de financiación correspondientes, por concepto de cobro de la contribución de valorización del predio de la referencia ubicado en la calle 110 No. 1497 de esta ciudad ". Destaca, enseguida,

la circunstancia que hace consistir en que el IDU, organismo ejecutante en este diligenciamiento, a su vez "...adeuda a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado en el mismo predio en el cual se reclama la valorización una suma superior por concepto de la apropiación que mediante autorización, se realizó en la cantidad de 6.438.20 M2";

Concluye de lo anterior: "... dada la naturaleza jurídica del ejecutante como de la ejecutada, que representan intereses del orden del Distrito Capital..." y "... para evitar mutuos perjuicios ...", sin dejar de mencionar que se trata de un mecanismo de solución de obligaciones aceptado en ocasiones anteriores por las mismas partes, en la viabilidad jurídico - procesal de un cruce de cuentas que llegue a configurar una compensación extintiva de las recíprocas deudas de los establecimientos distritales involucrados en este proceso, en los términos prevenidos por el artículo 1714 del Código Civil, "... con el cumplimiento de lo ordenado en los artículos 71 a 73 del Código Fiscal del Distrito, Acuerdo 6 de 1986, en los cuales se ordena preparar un detallado estudio de sus cuentas, precisamente para hacer la compensación" (fls. 14 y 15)

Con el escrito de excepciones se apareja documental demostrativo de que el IDU es en la actualidad deudor de la EAAB, del precio correspondiente a la franja de terreno que ésta cedió, sin que los mismos elementos de juicio se desprenda que dicha obligación haya sido cuestionada en sentido alguno por el Instituto obligado, destacándose de esa probanza que los dos organismos distritales se han cruzado comunicaciones, han celebrado reuniones y han considerado anteproyectos de convenio, todo con el definido propósito de solucionar sus recíprocos compromisos económicos, pero sin que hasta el momento se halla finiquitado el arreglo configurante de la compensación que se aduce en oposición al mandamiento ejecutivo librado en este proceso.

La probanza aportada es, pues, a todas luces insuficiente para los fines pretendidos por la excepcionante, en la medida que nada más acredita pasos preparatorios para la puesta en marcha de los mecanismos y trámites tendientes a la solución de las deudas que tienen entre sí el IDU y la EAAB, negociación por el momento tan incipiente o embrionario que aún no ha dado lugar a la inspección del predio segregado para ver de establecer su valor comercial, es decir, el precio que debe pagar el IDU a la EAAB, para entonces proceder a la compensación a que haya mérito y a señalar los saldos o diferencias, procedimiento para el que la excepcionante solicitó en este proceso prueba pericial, que le fue denegada en su oportunidad (fls. 15 a 96 y 111 a 113).

III.- Con ocasión del trámite propio del medio defensivo aducido, durante el traslado a la parte ejecutante la subdirectora Legal del IDU, expresamente facultada, constituyó apoderada especial para la adecuada representación y

defensa de los intereses de ese Instituto en el proceso de la referencia y en las cuestiones incidentales que se desprendan. A la abogada se le reconoció personería para los fines del poder otorgado (fls. 101 a 106 y 112 a 113).

Descorriendo el traslado que se le surtió la señora procuradora judicial del Instituto ejecutante, admitiendo el hecho de la reciprocidad de obligaciones traído por la abogada de la Empresa ejecutada, expresa que "... si bien es cierto que existieron solicitudes de las dos Entidades en el ánimo de llegar a un cruce de cuentas entre los mismo, éste no se cristalizó..."; la documentación aportada por la excepcionante - dice la libelista -, aunque relacionada con la negociación alrededor de las deudas mutuas de los organismos distritales comprometidos, confirma su aserto en el sentido de que "... dicha pretensión no se cristalizó...", y, en consecuencia, a falta de arreglo compensatorio que se invoca queda, "... para el caso que nos ocupa, la obligación clara, expresa y exigible que se cobra en este ejecutivo que tuvo como fundamento el Certificado de Deuda Fiscal número 880000112, expedido por el Cajero General del Instituto de Desarrollo Urbano, donde se impone la obligación de cancelar una suma liquida de dinero, más los intereses causados desde la fecha de su exigibilidad hasta que su pago se efectúe. Documento que goza de legalidad al tenor de las normas que regulan la materia...". Por lo mismo, solícita se declare no probada la excepción propuesta (fls. 107 a 109).

CONSIDERACIONES:

En el proceso número 0234 sobre jurisdicción coactiva, donde también son parte el IDU y la EAAB, con ponencia del Consejero que elabora la presente, decidiendo como ahora excepción previa de compensación, dijo la Sala:

> "El artículo 97 del C. de P.C., modificado por el numeral 46 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989, hace una limitada y restrictiva relación de las excepciones previas que el demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que se autorice expresamente, puede proponer dentro del término de traslado de la demanda, no encontrándose en esa relación la excepción de compensación, que el señor apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santa Fe de Bogotá presenta en ese carácter, cuando de conformidad con lo previsto en el segundo inciso del artículo 509 del ordenamiento procedimental en cita, subrogado por el numeral 269 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989, tiene el carácter de mérito o de fondo, sin que sea viable asimilárselas, o propio confundirlas, pues las excepciones previas tienden a atacar vicios o errores de procedimiento o de forma, mientras las de mérito se dirigen contra lo sustancial, contra la pretensión misma, teniendo cada una señalada sus

ritualidades particulares, características que las hace figuras diferentes y autónomas una respecto de la otra.

"Bajo la perspectiva resulta, entonces, francamente equivocada la posición defensiva asumida por la parte ejecutada, al plantear como previa una excepción clara y expresamente contemplada por la normatividad aplicable como de mérito, razón más que suficiente para que la Sala la desestime por improcedente ..."

Porque son idénticas las circunstancias de hecho y de derecho, se impone en este diligenciamiento decisión judicial del sentido y dirección de la transcrita, informada en reiterado criterio de la Sala, en apariencia formalista en extremo ritualista *primun novens* pero en realidad inspirado en la filosofía y postulado del debido proceso que concibe el constituyente como marco referencial de todas las actuaciones de las autoridades administrativas y jurisdiccionales (Art. 29 C.N.)

Así, pues, correspondiendo un mecanismo particular o especial a cada uno de los supuestos fáctico-jurídicos prevenidos por los artículos 97 y 509, inciso segundo, del C. de P.C., comprendidos esos supuestos por una y otra de las normas citadas, con el carácter de previos o de mérito, según su naturaleza, características y objetivos, y definidos con claridad aquellos mecanismos defensivos, sin que la ley deje lugar al arbitrio o iniciativa de las partes en esa materia, como es un hecho incontrovertible que en el *sub-líte* se propuso como previa la excepción de compensación, que tiene el legal carácter de mérito o de fondo, resulta procesalmente improcedente la pretensión enervante que se impetra.

Importa observar, sinembargo, que como el medio exceptivo que se aduce es fenómeno investido por la ley de virtualidad y conducencia como mecanismo extintivo de las obligaciones, para la solución total o parcial de las mismas, que a decir del tratadista de la materia Guillermo Ospina Fernández "... armoniza con el régimen del pago, al que en el fondo equivale la compensación..", significa ello que el arreglo compensatorio que antiprocesalmente se opuso al mandamiento ejecutivo librado en este proceso, de todas maneras en el fondo entraña ataque al título mismo, base y sustento del mandamiento de pago, en la medida que objeta o cuestiona su legalidad por falta o insuficiencia de los requisitos de existencia determinados por el artículo 68 del C.C.A.

Dicha compensación, entonces, en cuanto referida a modo extintivo de la obligación fiscal que se persigue, traduce alegación de solución de esa deuda, esto es inexigibilidad del título base del recaudo coactivo pretendido ya que sin causa ni objeto, por sustracción de materia, adolece de ejecutividad.

Esa circunstancia faculta a la Corporación para, desde ese punto de vista, examinar la figura invocada, observándose de una vez también su ninguna viabilidad en consideración a que no existe en autos constancia alguna relacionada con la cuantificación dineraria de la deuda que se pretende compensada.

El artículo 1714 del C.C., citado por la proponente, prevé que cuando dos personas son deudoras entre sí, se opera entre ellas una compensación extintiva de ambas obligaciones, agregando el artículo 1715 *ibídem*, que esa compensación, sea legal, por voluntad de las partes o judicial, opera únicamente cuando una y otra deuda reúnan las siguientes calidades: 1) que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o, indeterminadas de igual género y calidad; 2) que ambas deudas sean liquidadas; y 3) que ambas obligaciones sean actualmente exigibles, requisitos los dos últimos que, como se expresó, no concurren en el presente asunto.

En verdad, como lo admite el proponente, el arreglo compensatorio que se alega apenas se encuentra en etapa probatoria, conociéndose así que el Instituto demandante adeuda a la EAAB una cantidad indeterminada de dinero por concepto de más de seis mil metros de terreno que ésta le cedió, sin que ese precio se encuentre precisado en moneda nacional, es decir, que mal puede operar la figura traída cuando las deudas que se pretende compensar, o al menos una de ellas, no ha sido liquidada por lo que no es actualmente exigible.

Como no existe prueba en autos que establezca la existencia de la deuda que la excepcionante pretende compensar, en consecuencia, entonces, siendo legal e idónea el título que el IDU hace valer en el presente ejecutivo, en cuanto revestido de firmeza y fuerza ejecutoria y contentivo de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, no hay razón que impida la continuación del proceso, como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

A 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:

Declaráse no probada la excepción de compensación propuesta, radiante apoderado judicial, por la Empresa Distrital ejecutada contra el mandamiento de pago datado a 23 de junio de 1988, dictado por la División I de Ejecuciones Fiscales del IDU.

Continúe la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada el primero (1o.) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Miguel Viana Patiño* (ausente con excusa).

DIPUTADO - Inhabilidades / DESTITUCION / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal / VACANTE / NULIDAD ELECTORAL.

Del art. 17 de la ley 13 de 1964 se deduce claramente que la notabilidad está establecida en la ley al igual que los límites máximo y mínimo de la misma y que sólo defiere a la autoridad la determinación del término de la misma. La nueva constitución dentro de la calificación de servidores públicos incluye, entre otros, a los Diputados a las Asambleas quienes sin lugar a dudas ejercen funciones públicas. Como la inhabilidad está vigente hasta el año de 1994, y a pesar de que el art. 299 de la C.N. no está todavía reglamentado por una ley, ésta es de aplicación obligatoria, el demandado si se encontraba inhabilitado en el momento de su elección, para ser elegido diputado y desempeñarse como tal. Debe aclararse que el art. 261 de la Carta además de suprimir la figura del suplente en las Corporaciones Públicas, señaló que las vacancias absolutas debían ser llenadas " ... por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente."

PROCESO ELECTORAL / EXCEPCIONES PREVIAS- Improcedencia

Las excepciones previas a que se refiere la parta demandada, que están previstas en el art 97 del C. de P.C., tal como fue subrogado por el Decreto 2282 de 1989, desaparecieron como tales del procedimiento contenciosa administrativo por expresa derogatoria que del art. 163 del C.C.A. hizo el art. 68 del Decreto 2304 de 1989.

SECCION QUINTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D. C. dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 928 Actor: JORGE SIGIFREDO CHECA CHECA Y OTROS. APELACION SENTENCIA. Se resuelve el recurso de apelación citado en la referencia e interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte demandada (fls., 127 135).

ANTECEDENTES:

EXPEDIENTE No. 4768

En ejercicio de la acción pública de nulidad, el señor Jorge Sigifredo Checa Checa demandó al Tribunal Administrativo de Nariño la nulidad del acto por medio del cual se hizo la declaratoria de elección de elección del señor Carlos Pantoja Revelo como diputado a la Asamblea del Departamento de Nariño, para el período comprendido entre 1992-1994.

Como consecuencia de dicha nulidad, se ordene la respectiva credencial y que la sentencia de mérito que se profiera se ejecute conforme al art. 248 del C.C.A.

Considera el demandante que se violaron las siguientes normas: el art. 63 de la ley 4a de 1990, el art. 17 de la ley 13 de 1984, el art. 50 del Decreto 482 de 1985, el art. 2o. del Decreto 1744 de 25 de octubre de 1991, expedido por el Gobernador de Nariño y el art. 299 de la C.N.

Manifiesta el actor que el señor los Carlos Pantoja Revelo fué declarado electo como Alcalde municipal de Ipiales para el período comprendido entre el 1° junio de 1988 y el 1° de junio de 1990.

El 14 de mayo de 1990, el señor Procurador Departamental de Nariño expidió la Resolución No. 070, por medio de la cual solicita la destitución del demandado. Está solicitud fué confirmada mediante Resolución No. 060 de 30 de mayo de 1991, expedida por el señor Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa en Santa Fe de Bogotá.

Mediante Resolución No. 07 de 12 de febrero de 1991, el Procurador Departamental de Nariño sancionó al señor Carlos Pantoja Revelo, con solicitud de suspensión ante el Gobernador de Nariño, por el término de 30 días, en el

cargo de Alcalde municipal de Ipiales. Esta resolución fué apelada ante el Procurador Tercero para, la Vigilancia Administrativa, en Santa Fe de Bogotá y confirmada mediante Resolución No. 239 de 31 de julio de 1991.

El 10 de abril de 1991, el Procurador Departamental de Nariño profirió la Resolución No. 027 por medio de la cual sancionó con solicitud de destitución, al señor Carlos Pantoja Revelo como Alcalde de Ipiales. Esta última fué confirmada mediante Resolución No. 311 de julio de 1991, expedida por el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa en Santa Fe de Bogotá.

Con base en las sanciones mencionadas, el Gobernador de Nariño expidió el Decreto No. 1744 de 1991, sancionando con destitución del cargo de Alcalde municipal de Ipiales, al señor Carlos Pantoja Revelo. En el art. 2o. de este Decreto, declaró inhabilitado para ejercer cargos públicos al Dr. Carlos Pantoja Revelo, desde la fecha de la expedición de ese Decreto (octubre 25 de 1991) hasta cuatro años después. Por lo anterior, el señor Carlos Pantoja Revelo no podía ser elegido diputado a la Asamblea por encontrarse inhabilitado para desempeñar funciones públicas. (fls. 1 a 7).

Mediante escrito presentado el 29 de abril de 1992, el actor presentó corrección de la demanda en los siguientes términos:

1. El dia 4 de febrero de 1992, ante los Delegados del Registrador, comparecieron la señora Blanca Lidia Grijalba Benavides, Alfonso II. Ramírez Villota y Ricardo A. Obando Reyes, quienes procedieron a inscribir la lista del movimiento político "Convergencia Cívica Multipartidista", la cual estaba encabezada por el señor Carlos Pantoja Revelo y seguido renglón Blanca Lidia Grijalba Benavides compañera permanente del demandado desde hace más de 10 años.

Con este hecho violaron el num. 6o. del art. 179 de la Carta Magna.

2. El día 22 del mismo mes y año, a las 5:55 pm. comparecieron ante los Delegados del registrador la señora Grijalba Benavides y el sr. Ramírez Villota con el propósito de modificar la lista, subsanando así la irregularidad cometida.

Se aclara que con la modificación irregular, no se subsana la inconstitucionalidad de la inscripción toda vez que se desconoció lo previsto en el art. 94 del Decreto 2241 de 1986, en concordancia con lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 96 de 1985. La inhabilidad que cobija a Pantoja Revelo y a su compañera para ser elegidos diputados, aún subsiste, por lo cual, la nulidad de

la elección deberá ser declarada.(fls. 24 a 28)

En auto fechado el 6 de mayo de 1992, el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la corrección de la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional por considerar que no se puede deducir la infracción de la norma por confrontación directa como lo reclama la disposición reguladora (fls.32 a 37).

A través de apoderado debidamente constituído (poder obra a fl. 56), la parte demanda contestó a las pretensiones del *libelo*, con base en los siguientes argumentos:

1. El acto administrativo expedido por el gobernador del departamento de Nariño es claro y preciso en el sentido de que sólo inhabilito al Dr. Pantoja Revelo para ejercer cargos públicos y en ningún momento lo hace extensivo al ejercicio de funciones públicas. El art. 299 del Estatuto Superior Colombiano establece que los diputados no tendrán calidad de servidores públicos, lo cual ratifica lo anteriormente expuesto.

2. La causal 6a. de inelegibilidad prevista en el art.179 de la Constitución Nacional no es aplicable al caso, ya que la señora Blanca Lidia Grijalba Benavides renunció a su postulación, dentro del término legal.

3. Por otra parte, el demandado plantea la excepción de ineptitud de la demanda y solicita un fallo inhibitorio, en razón de que no se individualización las normas violadas y no se explica el concepto de violación claramente.

Además, los hechos de la demanda, en ningún momento violan la Constitución Nacional, ni las leyes (fls. 57 a 61).

EXPEDIENTE No. 4769

El señor Jaime Ortega Campo, mediante acción publicada de nulidad electoral, solicitó que se declare nulo el acto administrativo de elección del señor Carlos Pantoja Revelo, como Diputado a la Asamblea Departamental de Nariño. Igualmente, que como consecuencia de ello, se le cancele la credencial que lo acredita como tal, se realicen las comunicaciones de rigor y se ordene expedir credencial al primer renglón de la lista N° 18 en votación.

Considera el actor que se violaron las siguientes normas:

Artículo 179, num. 6°, 123, 125, 126, 127, 293 de la Constitución Nacional, la ley 96 de 1985 en su art. 42 y 65-6.

El actor se inscribió cola aspirante a la Asamblea en una lista en donde el segundo renglón lo ocupaba su compañera permanente, violando así la norma constitucional. Para subsanar este error, el 22 de febrero modificó la lista siendo la misma que surtía la modificación, la que iba a ser modificada, teniendo entonces que la modificación la efectuó solamente una personal, debiendo ser dos.

Por otra parte, el señor Pantoja Revelo, al momento de, su inscripción se encontraba inhabilitado, pues existía una destitución con prohibición de ejercer cargos públicos, ordenada por la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, la cual fué atendida por la Gobernación del Departamento, mediante Decreto No. 1744 de 25 de octubre de 1991(fls.1a 9).

Mediante auto fechado el 28 de abril de 1992, el Tribunal admitió la demanda y ordenó el trámite de rigor (fls. 35).

El señor Carlos Pantoja Revelo, actuando en causa propia, dió contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del *libelo* por las siguientes razones:

1. Los actos cumplidos, tales como inscripción de candidatos corrección del acta de inscripción fueron efectuados ante las respectivas autoridades electorales y con las formalidades exigidas por la ley.

2. El art. 299, inciso último de la C.N. prevé que los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos, lo cual deja sin ninguna validez jurídica cualquier otra disposición legal que la contradiga. (fls. 49 y 50).

En escrito aparte, la parte demandada presentó las siguientes excepciones:

a) Inexistencia del demandante, ya que el demandante no se identificó con el número de cédula respectiva.

b) Caducidad de la acción: el 20 de abril de 1992, dia que vencía la acción, el demandante presentó esta demanda en el Oficina Judicial, la cual cumple funciones administrativas: al día siguiente, extemporaneamente, pasó a reparto, la cual se radicó el 22 del mismo mes, año. El 24 de abril se asignó al Magistrado, ponente, quien profirió el auto admisorio el 28 de abril de 1992, es decir, cuando ya está caducada la acción (fls. 51 y 52).

SECCION QUINTA

En auto de fecha 10 de agosto de 1992, el Tribunal Administrativo de Nariño resuelve decretar la acumulación de los procesos Nos. 4768 y 4769, propuestos en su orden por Jorge Sigifredo Checa Checa y Jaime Ortega Campo (fls. 58 a 60).

El Tribunal Administrativo de Nariño, por sentencia de 29 de octubre de 1992, accedió a las pretensiones de las demandas, con base en los siguientes argumentos:

1. Irregularidad en la inscripción y en la modificación de la lista de aspirantes a la asamblea departamental de Nariño, encabezada por el Dr. Carlos Pantoja Revelo: Las mencionadas irregularidades no se encuentran instituídas por la ley, como causales de anulación de las actas y registros electorales previstas en el art. 223 del C.C.A., por consiguiente las irregularidades anotadas no viabilizan los pedimentos de la demanda. Remite a una sentencia proferida por la Sección Quinta, con ponencia del Consejero Miguel González Rodríguez, fechada el 15 de febrero de 1991.

2. Inhabilidad del Dr. Carlos Pantoja Revelo para ser elegido: El punto esencial es dilucidar si los miembros de las corporaciones públicas desempeñan un cargo público. Sí bien es cierto que el art. 123 de la C.N. cataloga los miembros de las corporaciones públicas como servidores públicos y que a los diputados no se les asigna la calidad de funcionarios públicos, de acuerdo al art. 299 *ibídem*, el artículo 261 de la Carta Magna no deja duda alguna que los diputados ejercen cargo público puesto que son elegidos popularmente para desempeñarse en una corporación pública.

Lo anterior permite afirmar que el Señor Carlos Pantoja Revelo se encontraba impedido para ser elegido diputado, de acuerdo a lo previsto en el art. 29 de la parte resolutiva del Decreto 1744 del 25 de octubre de 1991, proferida por la Gobernación de Nariño.

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Nariño resolvió declarar la nulidad de la elección del señor Carlos Pantoja Revelo, como diputado a la Asamblea Departamental de Nariño, cancelarse la respectiva credencial, llamar a ocupar el cargo de diputado al señor José Gabriel del Castillo Calderón, inscrito en el segundo renglón de la correspondiente lista y efectuar las comunicaciones de ley (fls. 113 a 125).

A folio 127, el apoderado de la parte demandada, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal, interpuso recurso, de apelación contra sentencia del 29 de octubre de 1992, con base en lo siguientes:

1. Esta sentencia quebranta el art. 40, num. 1° de la Carta Magna, en el cual se establece que todo ciudadano tiene derecho a "elegir y ser elegido"

- Las inhabilidades, de acuerdo al numeral 4° de del art. 1 del Decreto 2241 de 1986 son de aplicación restringida.

- El juez administrativo, en esto caso, instituyó una causal de inhabilidades para Diputados que todavía no existe en la ley. Es decir, usurpó una competencia atribuída exclusivamente a la rama legislativa del poder público. Esto implica que mientras el Congreso no expida una norma legal que determine expresamente las inhabilidades e incompatibilidades de los diputados no puede el juzgador darle ninguna aplicación, y menos en el caso del art. 261 de la C.N.

- Como esta jurisdicción es rogada, el juzgador se debe limitar a las normas invocadas por el actor en la demanda y en ninguno de los *libelos* apareció invocado como violado el art. 261 de la Carta Política, como tampoco se ruega su aplicación. Lo anterior demuestra, que el juez administrativo desconoció el principio de la justicia rogada, al fundamentar su fallo en el artículo mencionado.

- Tampoco es dable la aplicación de la Ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario 482 de 1985, ni el artículo 63 de la ley 4a. de 1990, pues según el art. 299 de la Carta Magna los diputados no tienen calidad de funcionarios públicos.

Por su parte, el apoderado de la demanda presento, en tiempo, alegato de conclusión, argumentando lo siguiente:

- El Decreto 1744 sancionó con destinación del cargo de Alcalde al señor Carlos Orlando Pantoja Revelo, y en aplicación a lo dispuesto por el art. 63 de la ley 4a de 1990, en concordancia con el artículo 50 del Decreto 482 de 1985, lo declaro inhabilitado para ejercer cargos públicos desde la fecha de expedición de éste hasta por 4 años.

Los diputados no tienen calidad funcionarios públicos, pero el ser miembros de esta Corporaciones conlleva el ejercicio de una función pública. Es así como el art. 123 de la C.N. miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos y, por tanto, están al servicio del Estado y, como consecuencia de ello, cumplen funciones públicas del orden administrativo dentro de su órbita como autoridad política.

- El art. 277 de la Carta Magna señala que el Ministerio Público cumple una función de vigilancia y hasta qué punto se puede determinar que sus sanciones son sugerencia no obligatorias?

- En los demás, se ratificó en los argumentos presentados con la demanda y solicitó que se confirme, en su totalidad, la sentencia del Tribunal (fls, 145 a 149).

CONCEPTO FISCAL:

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso solicitó la conformación de la sentencia de primera instancia por considerar que el señor Carlos Pantoja Revelo se encontraba inhabilitado ya que estaba incurso en la inhabilidad prevista en el art. 17 de la ley 13 de 1984, ya que el art. 299 de la C.N. no está reglamentado (fls. 153 a 161).

CONSIDERACIONES:

Competencia: la Sala es componente para conocer del presente recurso de la apelacion conforme a lo previsto en el art. 132, num. 4 del C.C.A. en concordancia con los arts. 129 y 131, num. 3° *ibídem.*

Cuestión previa:

Procede la Sala a resolver las planteadas como excepciones previas de inepta demanda, caducidad de la acción e inexistencia del demandante, con la siguiente precisión:

Las excepciones previas a que se refiere la parte demandada, que están previstas en el art. 97 del C. de P.C., tal como lo fue subrogado por el Decreto 2282 de 1989, desaparecieron como tales del procedimiento contencioso administrativo por expresa derogatoria que del art. 163 del C.C.A. hizo el art. 68 del Decreto 2304 de 1989.

Lo anterior no obsta para que la Sala estudie los artículos en los que se sustentan las excepciones en mención, como motivos de impugnación para determinar si por este aspecto debe proferirse o no fallo de fondo y a ello se procede:

En primer término debe precisarse que la de nulidad electoral es una acción pública ejercitable por cualquier ciudadano, ajena a estrictos formalismos en son presentación e incluso, susceptible de razonable interpretación por parte del juzgador para encaminarla por los cauces procedimientos pertinentes. Los formalismos son menos exigentes pues en estas acciones prima un interés superior que es la pureza del sufragio, bien sea directo o indirecto.

En el caso *sub-júdice*, la demanda presentada por el señor Jorge Sigifredo Checa Checa tiene los requisitos exigidos por la ley contando con una causa pendiente integrada por los hechos fundamentales, los cuales fueron especificados claramente, las normas que consideran como agraviadas individualmente anunciadas y el concepto de violación está determinado, por lo cual no le asiste razón al demandado.

En lo cual hace referencia a la inexistencia del demandante, si bien es cierto que en la demanda no aparece el número de la cédula, no es menos cierto que en la presentación del *libelo,* fué debidamente identificado, pues aparece la constancia de presentación de su documento de identidad, a folio 9 del exp. No. 4769, por lo cual está plenamente identificado el demandante, señor Jaime Ortega Campo.

De otra parte, la acción de nulidad electoral tiene un término de 20 dias hábiles para incoarse a partir del dia siguiente a aquél en que se profiere el acto declaratorio de la correspondiente elección (ley 14 de 1988, art. 28).

En el *sub-júdice*, el acto declaratorio de elección de los diputados a la Asamblea Departamental de Nariño se profirió el 16 de marzo de 1992, teniendo el demandante hasta el 21 de abril del mismo año para demandar la elección, y no el 20 como afirmó el demandado. Lo anterior es suficiente para deducir que la demanda se presentó dentro del término, ya que éste deja de correr en el momento de la presentación de *libelo* y no cuando se dicta el auto admisorio de la demanda.

Como no existe razón que impedía el conocimiento del fondo del asunto, la Sala procede a estudiarlo.

El Fondo del Negocio:

Comparte la Sala la decisión del Tribunal así como el estudio hecho respecto de los cargos propuestos en relación con la inscripción de la candidatura que, en consecuencia, debe confirmarse, sin mayor análisis por cuanto no hay sustentación en contra de la solución adoptaba en primera instancia.

En el segundo de los cargos las pretensiones de nulidad del acto administrativo por tardío del cual se declaró la elección del señor Carlos Pantoja Revelo como Diputado a la Asamblea de Nariño tienen como fundamento el hecho de haber sido destituído y sancionado, mediante Resolución No 1744 de octubre de 1991, expedida por el Gobernador del departamento de Nariño.

SECCION QUINTA

Por su parte, el demandado argumenta que solo está inhabilitado para ejercer cargos públicos y en ningún momento se hace extensivo al ejercicio de funciones públicas.

En el informativo obran los siguientes documentos:

- Fl. 12: Acta de posesión del Dr. Carlos Orlando Pantoja Revelo como Alcalde Municipal de Ipiales (Cuaderno de pruebas).

- Fl. 9: Decreto No. 1744 de 20 de octubre de 1991, por medio del cual se sanciona y se inhabilita al Dr. Carlos orlando Pantoja Revelo para ejercer cargos públicos (cdno. ppal.).

- Fl. 8: Certificado de antecedentes disciplinarios expedida por la Procuraduría General de la Nación (cdno. ppal.).

Se observa:

Lo primero que debe precisarse es que, como ya lo ha dicho, la Sala en anteriores oportunidades, las inhabilidades previstas, con anterioridad a la vigencia de la C.N. promulgada en 1991 están vigentes mientras no pugnen con las disposiciones de la nueva Carta o no sean derogadas por ley posterior.

En el presente caso la norma invocada es el art. 17 de la ley 13 de 1984 el siguiente tenor:

"Inhabilidades para desempeñar cargos públicos. La sanción de destitución acarrea la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas de uno a cinco años, la que será decretada en la misma providencia que determine la separación del cargo". (La subraya es de la Sala).

De la anterior transcripción se deduce claramente que la inhabilidad esta establecida en la ley al igual que los límites máximo y mínimo de la misma y que solo defiere a la autoridad la determinación del término de la misma.

Es claro también que la nueva C.N. dentro de la calificación de servidores públicos incluye, entre otros, a los diputados a las Asambleas quienes, sin lugar a dudas ejercen funciones públicas.

Como la inhabilidad esta vigente hasta el año de 1994, y a pesar de que el art. 299 de la C.N. no está todavía reglamentado por una ley, ésta es de aplicación obligatoria, el señor Carlos Pantoja Revelo si se encontraba inhabilitado

en el momento de su elección, para ser elegido Diputado por la Asamblea Departamental de Nariño y desempeñarse como tal.

Debe por último, aclararse que el articulo 261 de la Carta, además de suprimir la figura del suplente en la Corporaciones Públicas, señaló que las vacancias absolutas debían ser llenadas "...por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente".

Al respecto, se reitera lo que en otra ocasión dijo la Sala, en relación con casos ocasión el presente en el sentido de que no es procedente señalar la provisión de vacancias absolutas, por declaratoria de nulidad de una elección.

En consecuencia, el *a-quo* debió limitarse, en su fallo, a declarar la nulidad del acto demandado, sin disponer en la parte resolutiva del mismo, que el cargo vacante debería ser llenado por el segundo renglón de la lista inscrita.

Por esta razón, el numeral 3° de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, mediante el cual, el Tribunal Administrativo de Nariño, llamó a ocupar el cargo de diputado al señor José Gabriel del Castillo Calderón, habrá de revocarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría Delegada en lo Contencioso y de acuerde con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Confirmar las decisiones contenidas en los numerales primero, segundo y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 29 de octubre de 1992.

2. Revócase la decisión contenida en el numeral 3° de la parte resolutiva del fallo referido en el numeral precedente y, en su lugar, dése cumplimiento al art. 261 de la C.N.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fué estudia y aprobada, en Sala en su sesión de la fecha primero (1°) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño,* (ausente con excusa legal).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ELECCION DE ALCALDE / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA FUNCIONAL / ARTICULO POSTERIOR - Improcedencia

No es dable dudar que el art. 29 de la ley 78 de 1986 es norma especial, de aplicación prevalente para determinar la competencia en los procesos de nulidad que se sigan contra la elección de alcalde.- Mucho más cuando el Art. 128 del C.C.A., no fué modificado por el Art. 2o. del decreto 597 de 1988 en lo que a su numeral 1 respecta, sino con el cambio de la designación CORTE ELECTORAL por CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. El texto del citado numeral después de la modificación que introdujo a la norma el decreto 597 de 1986, es idéntico al prescrito por el decreto 01 de 1984 y, por ende, solo por la fecha del decreto cabría decir que el actual art. 128 del C.C.A. es posterior al 29 de la ley 78 de 1986, pues en cuanto a su contenido el actual art. 128 del C.C.A. guarda similitud con el original de dicho código. Respecto de la ley 14 de 1988 tampoco cabe esgrimir el argumento de la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, puesto que su art. 6o. prescribe que el Consejo de Estado tramitará y decidirá a través de la Sección 5a. de la Sala de lo Contencioso Administrativo todos los procesos electorales de su competencia, la que para el caso es tanto como decir de los de nulidad de la elección de alcaldes en segunda instancia. Menos aún el art 237 de la C.P., que fija las atribuciones del Consejo de Estado, siendo precisamente esta la que determina la competencia de la Corporación en sus Salas y Secciones.

SECCION QUINTA

ALCALDE - Inhabilidades / PARENTESCO / JURADO DE VOTACION

Está demostrado que uno de los jurados de votación es hermano de la cónyuge del alcalde cuya elección se acusa. En esas condiciones son claros los hechos en cuanto al fundamento de la causal reconocida por el *a-quo* para anular los votos depositados por el candidato demandado, con apoyo en el numeral 6o.. del art. 223 del C.C.A. (Sub-rogado por el art. 17 de la ley 62 de 1988).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciseis (16) de abril de mil novecientos novena y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Armando Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente No. 0943. Actor: MILTON JOSE ALGARIN ARCON.

Por apelación, interpuesta por el apoderado del impugnador de la demanda Sr. Ever Arcón Vargas, conoce la Corporación de la sentencia de fecha noviembre 11 de 1992, en virtud de la cual el H. Tribunal Administrativo del Atlántico acogió las pretensiones de la parte actora encaminadas a obtener la declaratoria de nulidad de la elección del alcalde popular de Polonuevo.-

Rituada la segunda instancia en legal forma y no encontrando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que en derecho corresponde partiendo de los siguientes

ANTECEDENTES:

I.-Mediante apoderado, el señor Milton José Algarín Arcón demandó la nulidad del acuerdo # 03 de 1992 (mayo 19), por el cual el Consejo Nacional Electoral declaró electo Alcalde de Polonuevo (Atl.) al señor EVER ARCON VARGAS, al confirmar los resultados de los escrutinios realizados por la Comisión Escrutadora General del Atlántico para las elecciones del 8 de marzo de 1992. Previo a esa invalidación solicita que se anulen los votos depositados en favor del citado Ever Arcón V. en la mesa 2, puesto 1 del municipio de Polonuevo en los citados comicios, por cuanto allí actuó como jurado el Sr. Reinaldo Ríos Balza, hermano legítimo de la cónyuge del alcalde electo.

Agrega que la existencia del parentesco de afinidad, en segundo grado, entre el alcalde elegido y el jurado de votación mencionado, determina la nulidad

de los sufragios depositados en la mesa de votación atrás indicada, según la previsión del Aut. 223 del C.C.A. en su numeral sexto, del modo como dicha normativa quedó luego de su modificación por el Art. 65 de la Ley 96 de 1985 y el 17 de la Ley 62 de 1988.

II.- La sentencia apelada.-

El *a-quo* consideró no probado el amplio pliego de excepciones propuesto por el apoderado del alcalde electo, y al estimar acreditado el parentesco de afinidad que se alega existente entre el citado Ever Arcón Vargas y el Sr. Reinaldo Ríos Balza, acogió las pretensiones de la demanda. Anuló, así, setenta y ocho (78) votos depositados por aquel en la mesa No. 2 de Polonuevo (Atl). invalidó el Acuerdo del Consejo Nal. Electoral que declaró la elección del citado alcalde y ordenó la practica de nuevo escrutinio con la exclusión de los votos dichos

III.-Fundamentos de la apelación.-

En escrito visible a folios 180 a 187, el apoderado del señor Ever Arcón Vargas concreta la impugnación del fallo al sostener que el *a-quo* carecía de competencia para conocer del proceso, por cuanto habiendo sido el Consejo Nal. Electoral quien declaró la elección acusada mediante el Acuerdo No. 003 del 10, de mayo de 1992, correspondía al Consejo de Estado la competencia para decidir el contencioso conforme a lo previsto en el Art. 128 del C.C.A., norma posterior al Art. 29 de la Ley 78 de 1986. Al respecto afirma que dicho Art. 128 del C.C.A. fue subrogado por el Decreto 597 de 1988, "... ley posterior y de aplicación prevalente, por haber modificado o derogado implícitamente las disposiciones del Art. 29 de la dicha Ley 78 de 1986..." (fol. 181)

También la Ley 14 de 1988, agrega, es posterior al Art. 29 de la citada Ley 78, disponiendo aquella que el Consejo de Estado "... tramitará y decidirá todos los procesos electorales de su competencia, a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo ... "

Reitera que por tratarse de asunto proferido por el poder público,en el ORDEN NACIONAL, la competencia para conocer del proceso electoral en examen es exclusiva del Consejo de Estado, debiéndose entender que solo a los Tribunales Administrativos les corresponde conocer en primera instancia de los que se adelanten contra actos declaratorios de la elección de alcaldes proferidos "... por autoridades electorales del orden municipal, o departamental, más no por el Consejo Nacional Electoral, cuyos actos, solo están sometidos al control del Consejo de Estado" ... ((fol. 182 Rayas del texto transcrito).

Insiste en el mismo planteamiento con base en lo que intituló "jerarquía

de los actos y de las normas", pues que el Acuerdo No. 03 de 1992, proferido por el Consejo Nal. Electoral , fué expedido por autoridad del orden nacional, lo que implica que del control de su legalidad solo podía ocuparse esta Corporación, *máxime* por cuanto el Art. 237 de la Constitución Política le atribuye el carácter de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.-

Es de advertir, además, que en la fundamentación del recurso no se insiste en las excepciones propuestas al contestar la demanda, ni se toca siguiera tangencialmente el aspecto de fondo del contencioso, atañedero al parentesco de afinidad del alcalde, cuya elección fue declarada nula, y uno de los jurados de votación que intervino como tal en los comicios del 8 de marzo de 1992 en Polonuevo Atl.-

IV.- Alegato del apoderado de la parte actora.-

En escrito visible a folios 198 a 200, el apoderado del demandante reitera que el acto acusado violó el numeral 6 del Art. 223 del C.C.A., en los términos de esa preceptiva conforme a la subrogación del Art. 17 de la Ley 62 de 1988, puesto que el parentesco de afinidad en segundo grado que se predica del declarado electo alcalde señor Ever Arcón Vargas y el jurado de votación Reinaldo Ríos Balza se encuentra plenamente demostrado en autos.

V.- Concepto del Ministerio Público.-

El señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso examina únicamente la cuestión de fondo del *sub-lite*, para concluir en que se dan los motivos de invalidez del acto administrativo acusado y que, por ende, se debe confirmar el fallo

CONSIDERACIONES:

I.- Frente a los planteamientos del apelante resulta procedente, para comenzar, referirse a la alegada nulidad de todo lo actuado por incompetencia del *a-quo* para conocer del proceso.-

Como es fácil advertir, la cuestión se circunscribe a determinar si en el caso en exámen se fija la competencia conforme a la previsión del art. 29 de la ley 78 de 1986, que, atribuye a los Tribunales Administrativos el conocimiento en primera instancia de las demandas de nulidad sobre la elección de alcaldes y al Consejo de Estado en segunda instancia, o de modo general como el Art. 2o. del Decreto el Art. 128 del C.C.A., modificado por el 597 de 1988 la atribuye en única instancia al Consejo de Estado, por tratarse "De los de nulidad de los

actos administrativos del orden nacional expedidos por el Consejo Nacional Electoral...".-

El recurrente afirma que la cuestión debe dilucidarse conforme a lo previsto por el Art. 2o.de la Ley 153 de 1887, es decir, por la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior.-

Para la Sala en cambio, la cuestión se resuelve atendiendo el criterio de especialidad de la norma sobre las disposiciones generales.-

El Artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional, dispone:

> "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella. "Si en los Códigos que se adaptan se hallaren unas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:
>
> 1a. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;
>
> 2a.Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieron en diversos Códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública... "

No es dable dudar que el Art. 29 de la Ley 78 de 1986 es norma, especial, de aplicación prevalente para determinar la competencia en los proceso de nulidad que se sigan contra la elección de alcaldes.

Mucho más cuando el Art. 128 del C.C.A. no fué modificado por el Art. 2o. del Decreto 597 de 1988 en lo que a su numeral 1 respecta, sino con el cambio de la designación CORTE ELECTORAL por CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. El texto del citado numeral, después de la modificación que introdujo a la norma el Decreto 597 de 1988, es idéntico al prescrito por el Decreto 01 de 1984 y, por ende, solo por la fecha del Decreto cabría decir que el actual, artículo 128 del C.C.A. es posterior al 29 de la Ley 78 de 1986, pues en cuanto a su contenido el actual Art. 128 del C.C.A. guarda similitud con el original de dicho Código.

Respecto de la Ley 14 de 1988 tampoco cabe esgrimir el argumento, de la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, puesto que su artículo 6o. prescribe que el Consejo de Estado tramitará y decidirá a través de la Sección 5a. de la Sala de lo Contencioso Administrativo todos los procesos electorales de su competencia, lo que para el caso es tanto como decir de los de nulidad de la elección de alcaldes en segunda instancia.-

Menos aun el Art. 237 de la Constitución Política, que fija las atribuciones del Consejo de Estado como "...Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley...", siendo precisamente esta la que determina la competencia de la Corporación en sus Salas y Secciones.-

II.- No obstante que el recurrente se abstuvo de toda referencia a lo que propuso como medios exceptivos la Sala no puede menos que reiterar su criterio en cuanto a las denominadas excepciones previas, no aducibles en el proceso contencioso administrativo por la derogatoria del Art. 163 del C.C.A.

Y respecto de las que denominó al contestar la demanda como "existencia del hecho que sirve de fundamento a la acción" e "Inexistencia o falta de prueba del parentesco alegado" concerniendo lo aducido con lo que precisamente constituye el meollo de la cuestión controvertida y su prueba, no se las decidirá como excepciones sino en el examen de fondo de la cuestión.-

III.- A este respecto se tiene que la prueba obrante en autos acredita, con suficiencia, que el señor Reinaldo Ríos Balza se desempeñó como jurado de votación de la mesa # 2 de Polonuevo en los comicios del 8 de marzo de 1992. De ello hay prueba documental y testimonial indubitable.-

También esta demostrado que el citado Reinaldo Ríos Balza es hermano de la señora Nuris Esther Ríos Balza, cónyuge del alcalde cuya elección se acusa, Sr. Ever Arcón Vargas. Así resulta de los certificados de registro civil visibles a folios 69, 70 y 71, sin que la circunstancia de aparecer como progenitor el Sr. José Ríos Jiménez en el obrante al fol. 70 y José Constantino Ríos Jiménez en el de fol. 71, sea bastante a generar dubitación, pues además de la coincidencia de apellidos del padre también se da con la progenitora en nombre y apellidos.

En esas condiciones son claros los hechos en cuanto al fundamento de la causal reconocido por el *a-quo* para, anular los votos depositados por el candidato Ever Arcón Vargas:, con apoyo en el numeral 6o. del Art. 223 del C.C.A. (Subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988), y la consiguiente nulidad del Acuerdo del Consejo Nal. Electoral declaratorio de la elección de aquel como

Alcalde de Polonuevo para el período comprendido entre el lo. de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994, así como la orden de practicar nuevo escrutinio.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acorde con el concepto del señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Confírmase la sentencia de fecha noviembre 11 de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico acogió las súplicas de la demanda contra el acto declaratorio de la elección del Sr. Ever Arcón Vargas como Alcalde de Polonuevo para el período constitucional en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Este proveído fué estudiado y aprobado por la Sala en sesión de hoy quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Miren De La Lombana De Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO / ELECTORAL / EXCEPCIONES PREVIAS - Improcedencia

De acuerdo a la preceptiva del art. 164 del C.C.A., en los procesos Contencioso Electorales solo proceden las excepciones de fondo, o sea, aquellas que se oponen a la prosperidad de la pretensión. Las previas no tienen cabida en estas acciones. En virtud del principio de celeridad que las rige al estar de por medio el interés general.

ALCALDE - Inhabilidades / AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLITICA / NULIDAD ELECTORAL

El alcalde por ser jefe de la administración local, representante legal y primera autoridad de policía del municipio, teniendo a su cargo como dos atribuciones más importantes, la conservación del orden público y velar por el cumplimiento del orden jurídico en su territorio, ejerce autoridad civil y política, y esa autoridad la ejerció el demandado hasta el 5 de noviembre de 1991, fecha en que tomo posesión el alcalde encargado por el Gobernador para el resto del período, pues a pesar de haber entrado a gozar de la licencia, continuó siendo el titular de la Alcaldía y en cualquier momento pedía reintegrarse al cargo. Situación que le permitía no sólo influír en el alcalde por él mismo encargado, sino también, ejercer una influencia potencial, pero efectiva, en la libre voluntad de los electores en los comicios próximos a realizarse, puesto que la ciudadanía en general lo sabía, detentador del poder político que le implicaba esa investidura. Computando el tiempo hacia atrás, desde el 8 de marzo de 1992, fecha de las elecciones en que el demandado participó como candidato, por ser un plazo computable

conforme al calendario, el de seis (6) meses que indica el artículo 1. parágrafo 2 de la ley 49 de 1987, se extendió hasta el 8 de septiembre de 1991, quedando comprendido dentro de ese lapso el demandado y consecuentemente inhabilitado para ser elegido en esa posición administrativa.

ALCALDE - Requisitos / VECINDAD / NEGACION INDEFINIDA / CARGA DE LA PRUEBA / ACCION ELECTORAL / *REFORMATIO IN PEJUS* - Inaplicabilidad

Como los libelistas afirmaron además, que tampoco el demandado fué vecino del municipio, tres años consecutivos en cualquier época o durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato, por tratarse en este caso de negaciones indefinidas, su prueba correspondía al elegido alcalde. La figura de la "*reformatio in pejus*" contemplada en el art. 357 del C. de P.C., no tiene aplicación en el proceso electoral.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0968. Electoral Segunda Instancia, Actor: JAIME AUGUSTO LOPEZ MORALES Y URBANO ALMECIGA MARTINEZ.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 1992, en los procesos acumulados de la referencia.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver las pretensiones de las demandas en los antecitados procesos, produjo el siguiente fallo:

"1.- No prospera la excepción de inepta demanda.

"2.- Declarar la nulidad del acto proferido por la comisión Escrutadora Municipal de la Calera - Cundinamarca el dia 11 de marzo de 1992, mediante el cual se declaró electo alcalde municipal de esa localidad al señor Antonio Abuchaibe Manrique para el período 1992 - 1994.

"3.- Ordenar la cancelación de la credencial expedida por la Comisión Escrutadora Municipal de la Calera - Cundinamarca a nombre de ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE.

"4.- Comunicar esta decisión al señor gobernador del Departamento, al Registrador del Estado Civil y al Consejo Nacional Electoral para que se proceda de conformidad a las normas que preceptúan sobre el mecanismo para reemplazar a un alcalde cuya elección ha sido declarada nula".

FUNDAMENTOS DE LA DECISION:

El *a-quo* al examinar en primer término la excepción de "Inepta demanda" propuesta por las partes demandada e impugnante, bajo el supuesto de no haberse cumplido con lo ordenado en el artículo 137 del C.C.A., respecto a las normas violadas y concepto de violación, la encontró impróspera al estimar que, " la parte actora para fundamentar la infracción a las normas citadas relató los hechos que a su juicio configuran tal infracción...", cumpliendo con la obligación que echan de menos los excepcionantes.

Seguidamente analizó los dos cargos comunes formulados por ambas partes demandantes, contra el acto impugnado y que consisten:

1.- Violación del artículo 2 de la ley 49 de 1987, por cuanto el señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE, estaba inhabilitado para ser electo alcalde del municipio de la Calera en las elecciones realzadas el 8 de marzo de 1992, por no ser nacido en esa localidad; no haber sido vecino de la misma durante el año anterior a la fecha de la inscripción de su candidatura, ni tampoco en el termino de tres años que indica la norma, y

2.- Violación del artículo 5 de la ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1 de la ley 49 de 1986, modificado por el artículo 1 de la ley 49 de 1987, ya que el señor ABUCHAIBE MANRIQUE, durante los seis (60 meses anteriores a su elección como alcalde de la Calera, ejerció autoridad civil y política hasta el 5 de noviembre de 1991.

Respecto al primer cargo, el Tribunal considera que las afirmaciones de la actora en el sentido de que el señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE no reunía las calidades para ser electo alcalde, constituyen negaciones indefinidas en cuanto al concepto de vecindad que expresa la norma, correspondiendo la carga de la prueba al demandado, siendo las demás proposiciones de la disposición de carácter definido y por tanto, corriendo a cargo del actor la obligación de probarlas.

Dentro de estas últimas, se refiere el *a-quo* a la afirmación de que el demandado no es oriundo del municipio de la Calera, expresando que en ninguno de los expedientes acumulados, se allegó por activa prueba alguna para la verificación de tal hecho y tampoco, se solicitó su aportación de medio probatorio para su comprobación, quedando por tanto sin demostrar.

Sobre la base del material probatorio allegado por la parte demandada y previo un análisis critico de la prueba testimonial, el *a-quo* señala que a su juicio " el demandado probó que el señor NICOLAS ABUCHAIBE WILLIAMS residió con su familia por espacio mayor de tres años en una de las casas que la fabrica de cemento Samper entregaba a los ingenieros casados y como quiera que el mencionado ingeniero laboraba para tal empresa, se constituyó la Siberia en su domicilio oídas las voces del artículo 78 del Código Civil.

De otra parte como para la época en que tal suceso tuvo lugar el hijo mayor del matrimonio ABUCHAIBE MANRIQUE vivía con sus padres y era menor de edad, tuvo entonces en relación con la Calera el demandado domicilio legal".

Concluye que por ser alternativos, si se cumple con uno de los requisitos establecidos en el artículo 1 parágrafo 2 de la ley 49 de 1987, se acata la disposición legal. Dando entonces por desvirtuadas las afirmaciones de los actores en el sentido expuesto, consideró el *a-quo* innecesario analizar otras pruebas tendientes a establecer el sitio donde se encuentra ubicada la casa de habitación del señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE.

Al examinar el segundo cargo, hace mención de las pruebas aportadas por la parte actora (Fls.194 y s.s.) y de éstas deduce, " que el señor Antonio Abuchaibe Manrique ejerció en calidad de alcalde municipal de la Calera desde el dia 1 de junio de 1990. Le fué otorgada licencia desde el 1 de septiembre de 1991 hasta el dia 10 de octubre del mismo año. Se le designó reemplazo por su ausencia definitiva del cargo quien se posesionó el dia 5 de noviembre de 1991.

Se infiere entonces de la documentación que ostenta carácter de documento público y por ende con presunción de autenticidad (artículo 264 C. de P.C.), que el señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE se separó temporalmente de sus funciones cuando se posesionó del cargo de alcalde encargado el señor CESAR EDUARDO GOMEZ GOMEZ en razón a la licencia que se le había concedido al alcalde titular".

Hace algunas observaciones respecto a las limitaciones que tienen los funcionarios cuando hacen uso del derecho a la licencia, expresando que ésta "es una separación temporal del ejercicio de la función pública"; concepto sobre

el cual analiza la situación de hecho planteada como sustento del cargo para afirmar: " no resulta cierto que el señor Abuchaibe Manrique ejerciera como funcionario público jurisdicción o autoridad civil o política en razón del desempeño como alcalde municipal hasta el dia 5 de noviembre de 1991, puesto que la misma parte actora acreditó que se separó temporalmente de sus funciones cuando entró a disfrutar de la licencia ".

Igualmente - agrega el Tribunal- dicha parte demostró que esa separación temporal ocurrió el 8 de septiembre de 1991, puesto que el doctor César Eduardo Gómez Gómez, se posesionó como alcalde encargado el 9 de septiembre siguiente e interpretado los artículos 59,60 y 62 de la ley 4 de 1913 que transcribe a folio 199, hace las siguientes consideraciones:

"Aunque la elección para el período anterior fué declarada nula por esta jurisdicción, los actos desempeñados por el doctor Antonio Abuchaibe Manrique resultan totalmente válidos en virtud de la ficción creada por la doctrina y recogida por la jurisprudencia de la teoría del funcionario de facto o de hecho.

Para el presente caso, contados seis meses atrás desde el dia de la elección, 8 de marzo de 1992, Antonio Abuchaibe Manrique ejerció funciones y quedó cobijado con la inhabilidad descrita en la norma citada como infringida, pues la separación del cargo de alcalde debió haberse operado con anterioridad al 8 de septiembre de 1991.

La anterior interpretación rechaza la de la parte demandada en el sentido de que el término de 6 meses hacia atrás debe ser contado a partir de la fecha del acto declaratorio de la elección y no desde la fecha de elecciones, pues la norma que consagra la inhabilidad utiliza el termino elección y no acto declaratorio de elección como si lo hace la ley 14 de 1988 al establecer el término de caducidad de elección electoral.

En las anteriores condiciones se encuentra la prosperidad de este cargo."

RECURSO DE APELACION:

En escrito obrante a folio hábil, apeló el fallo de primera instancia, al estimar que el Tribunal al hacer el computo de los seis meses calendario como lo ordena el código de Régimen Político y municipal se abstuvo de " interponer todos los incisos del artículo 59 de la ley 4/13, que en su conjunto explica la forma de dicho computo y así analizando..." su poderdante estaría fuera de la inhabilidad. Además, la nueva Constitución, plasmó principios de participación

que deben ser adecuados a las leyes sobre inhabilidades, "presentándose en consecuencia un decaimiento de la ley en que se sustentó el fallo apelado".

Admitido en esta instancia el recurso, se dispuso fijar en lista por tres dias y traslado a las partes para alegar.

ALEGACIONES:

En primer término, mediante nuevo apoderado legalmente constituido (fls. 221 y s.s.), el demandado presentó alegato de conclusión.

En su extenso escrito, el mandatario judicial hace una recapitulación de los hechos, normas citadas como violadas y concepto de violación de la demanda correspondiente al expediente 2338, a fin de descartar las deficiencias que presente el *libelo* por falta de técnica jurídica, aspectos que señala en el acápite "la justicia electoral es una justicia rogada y no oficiosa" (folios 231 y s.s.) y que se refiere a puntos concretos como el de la individualización del acto acusado; precisión de las normas que el actor considera violadas, "y también decirse en el mismo escrito, antes de que se trabe la "*litis contestatio*", cual es el concepto de la violación que tiene el demandante, **porque si el actor se equivoca en estas precisiones, o las omite**, el Juzgado contencioso electoral **carece de competencia** para pronunciarse, así estén demostrados los "hechos" fundamento de la demanda..."

Sobre la base de estos conceptos, expresa: que en el presente caso, el acto acusado, fué mal identificado, porque se le atribuye su expedición el dia 8 de marzo de 1992, cuando en realidad lo fue el 11 de marzo del mismo año; en aquella fecha se cumplieron las elecciones pero no se expidió el acto, " **y esta deficiencia imperdonable de la demanda no podrá ser suplida**", como lo, hizo el Tribunal de manera oficiosa, otorgándole cinco días al demandante para que "aclarara" en ese sentido la demanda. Considera el memorialista " que al hacerlo (fl.88), en realidad se demanda otro acto distinto en otra demanda distinta a la inicial, que además, no fué presentada personalmente, careciendo por este hecho el sentenciador de competencia para pronunciarse sobre los términos de la corrección de la demanda, circunstancia que, según el numeral 2 del artículo 140 del C. de P. C., configura causal de nulidad la cual solicita sea declarada o se inhiba la Corporación en el fallo de segunda instancia para pronunciarse sobre el acto declaratorio de elección del señor Abuchaibe Manrique.

Hace énfasis el apoderado en que el recurso de apelación se limita exclusivamente al cargo que prosperó en la sentencia y de los desestimados, señala " no podrá ser objeto de pronunciamiento en la segunda instancia, porque sobre ellos no versa la apelación..."

SECCION QUINTA

Del cargo acogido y que fué fundamento de la decisión recurrida, aduce que no debe prosperar en esta instancia debiéndose revocar tal proveído, presentando en apoyo de su petición el siguiente argumento: "Como la elección ultima de Abuchaibe Manrique **se cumplió el dia domingo ocho (8) de marzo de 1992, los seis meses anteriores a esta fecha**, a los que se refiere el artículo 1 de la ley 49 de 1987, subrogatoria del literal e) del artículo 5 de la ley 78 de 1986, **comprendían desde el dia ocho (8) de septiembre de 1991, inclusive, pero resulta que el dia 8 de septiembre de 1991**, como es un hecho notorio que no requiere demostración, **fué domingo, por lo que de acuerdo con el último párrafo del artículo 62 del Código** "sobre régimen político y municipal", adoptado por la ley 4 de 1913, que no esta derogada (sentencia de julio 19 de 1984 de la C.S.J., que declaro inexequible el artículo 268 del D.01 de 1984 que había derogado la ley 1667 de 1941, "SI EL ULTIMO DIA FUERE FERIADO O DE VACANTE, SE EXTENDERA EL PLAZO HASTA EL PRIMER DIA HABIL siguiente, lo que quiere decir, que el plazo "dentro de los seis meses anteriores a la elección" cumplido el domingo 8 de marzo de 1992, contándolo hacia atrás, que comprendía hasta el dia 8 de septiembre de 1991, se extendió o prorrogó HASTA EL DIA LUNES nueve (9) de septiembre de 1991, que fué LUNES 9 de septiembre de 1991 fecha en que dejo de ser alcalde de LA CALERA el señor Abuchaibe Manrique, por haberse precisamente posesionado en dicha alcaldía, el señor CESAR EDUARDO GOMEZ; por lo cual queda en claro que el demandado no ejerció la supuesta "autoridad" que se le atribuye DENTRO DE LOS SIETE MESES anteriores a su elección..."

Como otras razones de más para fundamentar la solicitud de revocatoria de fallo, alega el recurrente que en ninguna de las dos demandas acumuladas, se invocó la causal de nulidad correspondiente, o sea, prevista en el artículo 228 del C.C.A.; los actores invocaron la causal 5) del artículo 223 *ibídem* "que es completamente **impertinente** para pedir nulidad de elecciones por "inhabilidad" de los elegidos".

En el capítulo IX del escrito, plantea que las normas legales invocadas para anular la elección del demandado, están derogadas. Se refiere a las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987. Estima que estas leyes fueron reglamentarias del acto legislativo numero 1 de 1986, que estableció por primera vez la elección popular de alcaldes y al ser derogado aquel por el artículo 380 de la C.N. de 1991, quedaron igualmente derogadas dichas leyes, pues en derecho lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

"Esta tesis - expone - ha sido ya admitida por la sección quinta (Electoral) del H. Consejo de Estado, especialmente en su sentencia reciente por medio de la

cual... decretó la nulidad de la elección del alcalde popular del municipio de "López de Micay" en el departamento del Cauca..."

También aduce que el artículo 129 del D. 1333 de 1986 está derogado, puesto que su texto corresponde exactamente al artículo 201 de la anterior Constitución derogada a partir de 1991, por tanto, al no estar vigentes las normas constitucionales o legales en que se fundamentó la sentencia, ésta debe revocarse para que sean denegadas las pretensiones de las dos demandas acumuladas.

De la otra parte, a folios 254 y s.s., aparece escrito presentado por el actor del proceso No. 2370, en el que solicita se confirme la sentencia recurrida, con fundamento en los planteamientos de la demanda que reitera respecto al cargo que tuvo en cuenta el Tribunal para la prosperidad de la pretensión, haciendo a la vez algunas consideraciones sobre el concepto de la licencia y sus alcances.

CONCEPTO FISCAL:

El concepto de la procuradora Octava Delegada en lo Contencioso lo circunscribe únicamente al cargo que encontró prosperidad ante el Tribunal y antes de entrar en su análisis expresa, que si la razón acompaña al *a-quo,* considera innecesario el estudio de los demás, precisándole a la parte demandada, "que de no ser así, se analizaran todos los cargos formulados como quiera que el principio de la "*Reformatio in pejus*" establecido en el artículo 357 del C.de P. C., no es de aplicación en el Contencioso Electoral, por tratarse de una acción pública, donde por lo tanto, hay un interés general de comprobar la legalidad del acto acusado.

Partiendo de lo acreditado en el proceso respecto al mencionado cargo, la representante del ministerio Público infiere "que el señor Antonio Abuchaibe Manrique ejerció las funciones de alcalde especial de la Calera, desde el 1 de junio de 1990 hasta el dia 8 de septiembre de 1991.... pues como se dejó visto el 9 de septiembre de ese mismo año se posesionó como encargado el doctor César Eduardo Gómez Gómez, sin que volviera a reincorporarse a su cargo.

A su juicio los plazos de meses y años según el calendario, o sea, que iniciados con una fecha terminan en el respectivo mes o año con el mismo número y cuando el último dia es inhábil se entiende hasta el primer dia hábil.

"En este caso, se está frente a un plazo de 6 meses, que contados hacia atrás desde el dia de la elección del 8 de marzo de 1992 se extiende hasta el 8 de septiembre de 1991, lo que hace concluir que el señor Abuchaibe Manrique ejerció las funciones dentro del lapso de que trata la norma transgredida y

como consecuencia quedó incurso en la inhabilidad establecida en aquella, pues como lo señala el Tribunal, debió separarse del cargo de alcalde para poder ser elegido, con anterioridad al 8 de septiembre de 1991". Solicita, consecuentemente, se confirme el fallo materia del recurso.

CONSIDERACIONES:

Es criterio de esta corporación sostenido en varias providencias, que de acuerdo a la preceptiva del artículo 164 del C.C.A., en los procesos Contencioso Electorales sólo proceden las excepciones de fondo, o sea, aquellas que se oponen a la prosperidad de la pretensión. Las previas no tienen cabida en estas acciones, en virtud del principio de celeridad que las rige al estar de por medio el interés general.

Los hechos en los que hace radicar el demandado la "ineptitud formal de la demanda", constituyen excepción previa según el numeral 7 del artículo 97 del C. de P.C., y el exámen que de ellos hizo el *a-quo* para concluir desestimándola, debe tenerse como de simples irregularidades que no obligan a un pronunciamiento en la parte resolutiva del fallo . En este sentido deberá revocarse el numeral 1 del mismo, observando la Sala estar de acuerdo con los planteamientos que sobre el punto se hace en la parte motiva.

Entrando al estudio de la sentencia motivo de alzada, se examinara, en primer lugar, el cargo que el Tribunal *a-quo* encontró demostrado, al resolver en el fondo las pretensiones demandadas. Ello en orden a establecer si la decisión adoptada se ajusta a la legalidad o si por el contrario, como lo pretende el recurrente, la acusación carece de sustento jurídico necesario para servir de soporte a la declaración de nulidad del acto de elección demandado.

El cargo es común en las dos demandas cuyos procesos fueron acumulados mediante auto del 28 de agosto de 1992, visible a folio 275 del expediente 2370 y aunque difieren en la fecha hasta la cual, según los actores, el demandado ejerció funciones como alcalde de la Calera, ambos coinciden en manifestar que lo hizo dentro de los 6 meses anteriores a las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, ejerciendo autoridad civil y política, quedando por este hecho inhabilitado para ser elegido en el cargo citado.

El Tribunal para su exámen, parte de los medios de convicción documental aportados de manera regular y oportuna por los demandantes. Al efecto hace la siguiente relación de pruebas:

a.- "Certificaciones expedidas por el Juez Promiscuo Municipal de la Calera sobre fechas de posesión en calidad de alcalde municipal del señor

ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE (folio 10), del doctor CESAR EDUARDO GOMEZ GOMEZ como alcalde encargado de la Calera, el 9 de septiembre de 1991 (folio 11), y del doctor JOSE FERNANDO HUERTAS PERALTA como alcalde encargado de La Calera el 5 de noviembre de 1991.

b.- Copia del Decreto 032 de septiembre 6 de 1991 proferido por el alcalde municipal de la Calera, encargando al Jefe de Planeación Municipal de la Calera doctor CESAR EDUARDO GOMEZ GOMEZ como alcalde municipal por el término que dura la licencia concebida al alcalde desde el 1 de septiembre de 1991 hasta el 10 de octubre de 1991 (folio 13)

c.- Copia del decreto 3898 del 31 de octubre de 1991 expedido por el señor Gobernador de Cundinamarca designado en calidad de alcalde al doctor JOSÉ HUERTAS PERALTA para ejercer las funciones del municipio de la Calera para el resto del período legal 1990-1992 en reemplazo de Antonio Abuchaibe Manrique cuya elección fue declarada nula".

De estas probanzas y la aplicación de los artículos 59, 60 62 de la ley 4 de 1913, el *a-quo* concluye: "contados seis meses atrás desde el dia de la elección 8 de marzo de 1992 Antonio Abuchaibe Manrique ejerció funciones y quedó cobijado con la separación del cargo de alcalde debió haberse operado con anterioridad al 8 de septiembre de 1991".

Al interponer el recurso, el apoderado del demandado (fl. 203) presenta como argumento básico de sustentación, el hecho de que el Tribunal al analizar la norma invocada como infringida, contabilizó "los seis meses calendario como lo ordena el código de régimen político y municipal,pero absteniéndose de interponer todos los incisos del artículo 59 de la ley 4/13, que en su conjunto explica la forma de dicho computo y así analizado mi poderdante estaría fuera de esa inhabilidad."

Para la Sala, el argumento no tiene consistencia jurídica, puesto que el artículo 59 de la expresada ley, carece de los "incisos" que le atribuye el recurrente para obtener, mediante una interpretación sistemática, la explicación de los cómputos de los plazos que prevé la disposición.

El otro argumento, consiste en una afirmación general sobre aplicación de los principios de "representación" y " participación", consagrados en la nueva carta política, pero sin ir más allá del simple enunciado.

Al descorrer el traslado para alegar, el demandado, mediante nuevo apoderado, hace varios planteamientos encaminados a desvirtuar el cargo y obtener revocatoria del fallo.

En efecto, señala que conforme al ultimo párrafo del artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal: "si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer dia hábil".

Considera que "El plazo" dentro de los seis meses anteriores a la elección "cumplido el domingo 8 de marzo de 1992, contándolo hacia atrás, que comprendía hasta el dia 8 de septiembre de 1991, se extendió o prorrogó hasta el dia lunes nueve de septiembre de 1991...fecha en que dejó de ser alcalde de la Calera el señor Abuchaibe Manrique, por haberse precisamente posesionado en esta fecha... quien lo reemplazo...". Por tanto, no ejerció la autoridad que se le atribuye dentro del termino de 6 meses anteriores a su elección, o sea que no estaba inhabilitado para el cargo de alcalde.

La Sala, no encuentra viable este planteamiento y considera le asiste razón a la Procuradora Delegada cuando al emitir su concepto lo desestima, porque en este caso, no se trata de un acto que debe ejecutarse " en o dentro de cierto plazo" ni tampoco de que "haya transcurrido cierto espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos", se trata de un plazo que fija una ley electoral a los funcionarios públicos que ejercen jurisdicción o autoridad civil, política o militar inhabilitándolos para ser elegidos o designados alcaldes, en el evento de que, dentro de el, así sea por un sólo dia, se ejerzan dichas funciones, pues la prohibición tiene por objeto excluir del proceso electoral a personas que ostentando la calidad de funcionarios públicos, más con el rango de primera autoridad municipal, puedan influir "efectiva o potencialmente en la libre voluntad de los electores".

Ahora, si bien es cierto, para dar precisión al computo del espacio de tiempo que comprende la inhabilidad, se hace el conteo partiendo de la fecha de las elecciones hacia atrás, ello no significa que todos los plazos de dias, meses o años que indica el artículo 59 del C. de R. P. Y M., puedan contabilizarse en un momento determinado de la misma manera, pues el sentido de la norma es claro al indicar que aquellos terminan a la media noche del último día del plazo, es decir, este siempre rige hacia el futuro, siendo un contrasentido aplicar al cómputo, en este caso concreto, la prórroga que alega el recurrente invocando el último párrafo del artículo 62 *ibídem*; disposición, que a juicio de la Sala, no tiene aplicación en el *sub-lite*.

Otro de los planteamientos que hace el apelante en el sentido de que, en ninguna de las dos demandas se invocó la causal de nulidad correspondiente al cargo motivo de exámen, consagrada en el artículo 228 del C.C.A., habiéndose invocado una causal "impertinente" para el caso, cual es la prevista por el artículo 223, numeral 5 del C.C.A., no tiene fundamento legal por las siguientes razones:

Las inhabilidades para ser elegido o designado alcalde, están contempladas en el artículo 5 de la ley 78 de 1986, con las modificaciones que le introdujo la ley 49 de 1987.

En efecto, esta ley en su artículo 1 parágrafo segundo modificó aquélla en su literal e) del artículo 5 expresando "que quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar ..."

Y en su artículo 2 le modificó el artículo del mismo número señalando como calidades para ser elegido alcalde "ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o haber sido vecino del respectivo municipio o la correspondiente área metropolitana durante el año anterior a la fecha de inscripción como candidato o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época".

Como puede observarse, en ambos *libelos* demandatorios, se citan expresamente las anteriores causales de inhabilidad y en la demanda correspondiente al proceso No. 2370, en el acápite "Fundamentos de derecho" se invocan de manera especial el numeral 5 del artículo 223 del C.C.A., que se refiere a calidades constitucionales o legales para ser electo y el artículo 228 *ibídem,* norma esta que no establece propiamente una causal de nulidad específica como lo afirma el recurrente, sino una facultad general para ocurrir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo en demanda de ella, cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido y que si no se invoca por el actor, no tiene por qué afectar su demanda e incidir en la decisión de fondo, pues basta que aquél invoque la causal de inhabilidad contemplada para el caso, como lo hizo en el que es motivo de estudio.

Ahora, en sentir de la Sala, tampoco le asiste razón al recurrente, al considerar derogadas las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, bajo el supuesto de que por ser reglamentarias del acto legislativo No. 1 que estableció por primera vez la elección popular de alcaldes, al ser derogado éste por el artículo 380 de la nueva Constitución, corrieron la misma suerte dichas leyes.

Si se aceptara esta tesis, se crearía un vacío legislativo, no solo en materia electoral sino en todos aquellos campos o actividades regulados por normas reglamentarias de la derogada Constitución. Las leyes pierden su vigencia, en la medida que sean derogadas expresa o tácitamente por otras leyes (artículos 1 y s.s. de la ley 153 de 1887), y deben considerarse insubsistentes cuando sean claramente contrarias a la letra y al espíritu de la nueva Carta Política, como ocurre en el caso que cita el memorialista en apoyo de su argumentación.

SECCION QUINTA

Se refiere éste a que la tesis por él expuesta, ha sido admitida por esta Sección especial, en fallo dictado en el expediente No. 0828, de enero 22 de 1993, donde se expresó:

> Conforme a lo anotado antes, debe concluirse que lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 49 de 1987, por ser norma anterior a la vigencia de la actual Constitución Política, y no acorde con la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la misma, quedó derogado.

Sobre el punto es oportuno observar, que en el citado proceso, el asunto concreto debatido, versó sobre la situación que contempla el parágrafo 1 de la ley 49 de 1987, y como bien se dice en aquél, ésta disposición no es acorde con la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la C.N., o sea, que siendo contraria a su letra y espíritu debe considerarse insubsistente según las voces del artículo 9 de la ley 153 de 1887. La Sección la estimó derogada, acepción que en el fondo, tiene el mismo alcance de la insubsistencia, vale decir, la no vigencia de la norma, pero se refirió al artículo sin especificar el parágrafo correspondiente.

De la simple lectura de la providencia dictada en ese proceso, se desprende sin lugar a duda, que la expresión "derogado" se remite, exclusivamente, al parágrafo primero de la ley 49 de 1987, sin que la referencia se extienda a la regla y al parágrafo segundo, por no ser disposiciones contrarías a la constitución de 1991. Por tanto, salvo el punto que se acaba de explicar, las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, así como el artículo 129 de la ley 1333 de 1986, están vigentes.

El *a-quo*, partiendo de la prueba documental allegada, dió por acreditado el hecho de que el señor Antonio Abuchaibe Manrique, se desempeñó como alcalde municipal de la Calera, ejerciendo autoridad civil y política desde el 1 de junio de 1990, hasta el 8 de septiembre de 1991, pues el 9 de septiembre siguiente, tomó posesión del cargo el señor Carlos Eduardo Gómez Gómez, según consta a folios 9 y 83 del expediente No. 2338, criterio con el cual en parte está de acuerdo la Sala.

El alcalde por ser jefe de la administración local, representante legal y primera autoridad de policía del municipio, teniendo a su cargo como dos de sus atribuciones más importantes, la conservación del orden público y velar por el cumplimiento del orden jurídico en su territorio, ejerce autoridad civil y política, y esa autoridad la ejerció el demandado hasta el 5 de noviembre de 1991, fecha en que tomó posesión el alcalde encargado por el Gobernador para el resto del período, pues a pesar de haber entrado a gozar de la licencia, continúo siendo el titular de la Alcaldía de la Calera y en cualquier momento podía reintegrarse al

cargo. Situación que le permitía no solo influir en el alcalde por él mismo encargado, sino también, ejercer una influe ncia potencial, pero efectiva, en la libre voluntad de los electores en los comicios próximos a realizarse, puesto que la ciudadanía, en general, lo sabía detentador del poder político que le implicaba esa investidura, y así no devengara salario y estuvieran suspendidos otros derechos laborales, lo cierto es que en la conciencia de la población, la primera autoridad del municipio en el orden político, administrativo y policial, continuaba siendo Abuchaibe Manrique, aspectos que son precisamente los que se busca evitar con lo estatuido en la norma.

Ahora, computando el tiempo hacia atrás, desde el 8 de marzo de 1992, fecha de las elecciones en que Abuchaibe Manrique participó como candidato, tenemos que, por ser un plazo computable conforme al calendario, el de seis (6) meses que indica el artículo 1 parágrafo 2 de la ley 49 de 1987, se extendió hasta el 8 de septiembre de 1991 -inclusive-, quedando comprendido dentro de ese lapso el demandado y consecuentemente inhabilitado para ser elegido en esa posición administrativa.

Respecto a la supuesta nulidad por incompetencia, que hace recaer el apelante en la falta de presentación personal del escrito de corrección a la demanda, en el proceso No. 2338, la Sala observa que a folio 88 vto del mismo expediente, obra constancia de que el escrito fue presentado personalmente por el demandante, el 22 de abril de 1992, a la hora de las 9 y 14 A.M.; además, el hecho de que el actor en la demanda se hubiera referido al acto demandado citando una fecha distinta a aquélla en que se hizo la elección del señor Abuchaibe Manrique como Alcalde de la Calera, siendo corregida a instancias del Tribunal, el memorial de corrección no puede calificarse como un *libelo* distinto al inicial, porque la equivocación en la fecha del acto, es un defecto formal que puede ser corregido bien a iniciativa del mismo demandado u oficiosamente por el Juez en la forma que determinan los artículos 230 y 143 del C.C.A. La solicitud de nulidad, por tanto no puede prosperar por carecer de fundamentos legales.

La sentencia, entonces, deberá ser confirmada porque el cargo sobre cuya base se profirió, que corresponde a analizado por el *a-quo* en segundo término, esta claramente demostrado, pues el primero no corrió la misma suerte, dado que los demandantes no probaron que el demandado nació en el municipio de Valledupar como lo afirman en sus *libelos*, afirmaciones que por ser concretas a una determinada localidad, era su prueba de fácil aportación, constituyendo - como bien lo dice la sentencia - negaciones definidas, en cuanto a que no había nacido en el municipio de la Calera.

Pero como los libelistas afirmaron además, que tampoco el demandado fue vecino de la Calera, tres años consecutivos en cualquier época o durante el

año anterior a la fecha de su inscripción como candidato, por tratarse en este caso de negaciones indefinidas, su prueba correspondía al elegido alcalde.

En efecto, en cumplimiento de ese principio de inversión probatoria, el demandado allegó en oportunidad legal, una serie de pruebas tendientes a desvirtuar las imputaciones negativas de vecindad. El *a-quo*, mediante un bien llevado examen de la prueba testimonial y documental, estableció que el padre de Abuchaibe Manrique, residió con su familia por espacio mayor de tres (3) años consecutivos, en una de las casas de la Fábrica de Cementos Samper, ubicada en jurisdicción del municipio de la Calera, desde el 1 de septiembre de 1954, "fecha de suscripción del contrato de arrendamiento" hasta el dia 1 de noviembre de 1957.

El hijo mayor -hoy demandado- permaneció durante ese lapso con su padre -ingeniero de dicha empresa- pues era la época escolar, según afirman los testigos que también laboraban en dicha compañía y hoy se hallan pensionados, algunos de quienes sus hijos fueron compañeros de estudio de Antonio Abuchaibe Manrique, por ello dan razón de su dicho y a sus testimonios el Juez les dió credibilidad.

Concluye el *a-quo* su exámen probatorio, señalando "De otra parte como para la época en que tal suceso tuvo lugar el hijo mayor del matrimonio Abuchaibe Manrique vivía con sus padres y era menor de edad, tuvo entonces en relación con la Calera su domicilio legal".

Demostró, pues el demandado haber sido vecino del municipio de la Calera, dentro de un período de tres (3) años consecutivos,en un espacio de tiempo determinado como lo admite el Tribunal, considerando desvirtuado el cargo y la Sala, después de recorrer en su análisis ese material probatorio, no puede apartarse de la conclusión a que éste llego, por ser acertada.

Respecto al cargo relativo a la reelección del señor Antonio Abuchaibe Manrique como alcalde del municipio de la Calera, que le formula el señor Jaime Augusto López Morales en el expediente 2338, aunque no fue estudiado por el juez de primera instancia, la Sala, debe observar, que el actor invoca como infringido el artículo 314 de la nueva constitución, norma que señala un período de tres años para los alcaldes elegidos en las elecciones a realizar a partir de su vigencia (julio de 1991), no reelegibles para el período siguiente.

La elección del señor Antonio Abuchaibe Manrique como alcalde de la Calera, ocurrió el 11 de marzo de 1990, para un período de dos años sin que éste se agotara porque dicha elección fue declarada nula, es decir, por ser una

elección anterior a la actual Constitución, para un período distinto al consagrado en el artículo 314, esta norma no es aplicable al caso en estudio.

Finalmente, es importante anotar, que la figura de la "*Reformatio in pejus*" contemplada en el artículo 357 del C. de P. C., a la cual se refiere el apelante, no tiene aplicación en el proceso electoral como lo dijo esta sección en la sentencia cuyo aparte pertinente cita la agencia fiscal a folio 266 y en auto de enero 28 de 1991, expediente 0464. Por tanto el *Ad-quem* ejerce su competencia sin ninguna limitación sobre la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Revócase el numeral primero del fallo.

SEGUNDO: Confírmase el numeral segundo del mismo, por el cual se declaró la nulidad del acto proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de la Calera -Cundinamarca el 11 de marzo de 1992, que declaró electo alcalde de la municipalidad citada al señor Antonio Abuchaibe Manrique, para el período 1992 1994.

TERCERO: Confírmase el mismo proveído en sus numerales tercero y cuarto.

CUARTO: En los términos del poder conferido, se reconoce personaría jurídica al doctor José Ignacio Vives Echeverría, para representar al señor Antonio Abuchaibe Manrique. Con la constitución de nuevo apoderado, se entiende revocado el poder inicialmente conferido a la doctora María Inés Venegas Beltrán (fl. 91. Exp. 2370).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y en firme esta providencia. Vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía , Miren De La Lombana de M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / PARENTESCO / NEPOTISMO

El art. 19 de la ley 53 de 1990 al prohibir nombrar o elegir, para cargo alguno en ninguna dependencia del municipio, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, se refiere exclusivamente a las autoridades municipales en ejercicio de sus funciones, con la finalidad de impedir que estas puedan designar a sus parientes en cargos del mismo municipio, previniendo el nepotismo. En casos como el presente se discute un acto de elección de alcalde no por decisión administrativa de su hermano quien se desempeñó como concejal, sino por virtud de haber sido declarado electo por voluntad mayoritaria de los sufragantes que participaron en la contiene electoral.

ALCALDE - Inhabilidades / CONCEJAL / JURISDICCION / AUTORIDAD CIVIL - Inexistencia.

Los concejales no tienen la calidad de empleados públicos por disposición expresa del art. 312 de la Constitución Política. Y siendo ello sería un contrasentido afirmar que en dicha condición puedan ejercer jurisdicción o autoridad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C.,veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente 0935 Actor: FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ

SECCION QUINTA

Se decidió el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 30 de octubre de 1992, denegatorio de las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1- El ciudadano Félix Eduardo Martínez Ramírez actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral, en demanda que corrigió en oportunidad, solicitó del Tribunal Administrativo del Tolima la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la elección del señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez como Alcalde Municipal del Guamo, Tolima, para el período constitucional del lo. de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994.

Como consecuencia de la declaración de nulidad pidió la cancelación de la respectiva credencial, la práctica de un nuevo escrutinio con prescindencia de los votos emitidos por el candidato elegido y la comunicación de la sentencia definitiva al Gobernador del Departamento, al Personero y Registrador Municipales y a todos los funcionarios que deban conocer la decisión.

2- Alega el demandante que en las elecciones que tuvieron lugar el 8 de marzo de 1992 participaron cinco candidatos para la Alcaldía municipal del Guamo, entre ellos, el señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez, quien no podía ser elegido ni designado en esa dignidad por haber ejercido autoridad civil durante los seis mesas anteriores a la elección, cuando se desempeñó como Presidente del Concejo Municipal del Guamo en virtud de formar parte de dicha Corporación como Concejal elegido para el período 1990-1992, y esta circunstancia lo hacía incurso en la causal de inhabilidad establecida en el literal e) del art. 5 de la ley 78 de 1986, modificado por el parágrafo segundo del art. 1o. de la ley 49 de 1987.

También, el mismo ciudadano estaba inhabilitado conforme al art. 19 de la ley 53 de 1990 modificatorio del art. 87 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto al momento de su elección como Alcalde municipal del Guamo para el período 1992-1994, su hermano Helmer Félix María Prada Rodríguez se encontraba desempeñando el cargo de Concejal de dicho municipio dentro del período constitucional que se inició el dia 1o. de agosto de 1990 y culminó en el mes de mayo de 1992.

3- Como fundamentos de derecho, además de las disposiciones anteriormente citadas, invocó los arts. 84 y 227 del C.C.A., los arts. 2, 4 inciso 1o., 6o, 40, 83 y 127 de la Constitución Política y el art. 6 del Código Civil.

4- En el mismo *libelo* solicitó la suspensión provisional del acto demandado, pero el Tribunal Administrativo del Tolima al admitir la demanda denegó este petición mediante proveído del 24 de abril de 1992. Apelado como fue este auto, el Consejo de Estado a través de su Sección Quinta lo confirmó el 17 de septiembre de 1992.

5- El señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez, por conducto de apoderado, respondió la demanda oponiéndose a las pretensiones en ella formuladas. Como razones de su defensa adujo, en cuanto a la primera causal de inhabilidad, prevista en el art. 1o. parágrafo segundo de la ley 49 de 1987, que la jurisdicción o autoridad civil, política, o militar se predica de quien haya ejercido una de tales como funcionario y el Concejal o Presidente del Concejo no lo es por mandato expreso del inciso segundo del art. 312 de la Constitución que establece que los Concejales no tienen la calidad de empleados públicos.

Y en cuanto a la segunda causal de inhabilidad, señala que el demandante olvidó que el art. 87 del Decreto 1333 de 1986 modificado por el art. 19 de la ley 53 de 1990 está comprendido en el Título IV del Código de Régimen Municipal que se denomina "De los Concejos", cuyo capítulo II contiene una serie de reglas para los Concejales aplicables únicamente a ellos. Que no fué el señor Helmer Félix Haría Prada Rodríguez quien como Concejal nombró al demandado en el cargo de Alcalde del Municipio de El Guamo pues su designación devino por elección. Que las inhabilidades, íncompatibilidades y en general las prohibiciones legales son taxativas y como en el proceso no está demostrado ni puede demostrarse jamás que estaba inhabilitado para la elección, solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda.

6- El señor Floresmiro Ospina Rodríguez a quien se le notificó la demanda a petición del actor, se opuso a las pretensiones de la misma y propuso la excepción de fondo "por falta de objeto en la causal con fundamento en que renunció a su candidatura a la Alcaldía del Guamo para el período 1992-1994 en oportunidad legal y por tanto debe ser excluido de cualquier pretensión en este proceso.

7- El señor Jorge Arnulfo Guzmán fué reconocido como tercero interviniente para coadyuvar la acción mediante auto de fecha 13 de agosto de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal de instancia dictó sentencia el 30 de octubre de 1992 denegando las pretensiones de la demanda. Sostuvo el *a-quo*, en relación con la inhabilidad prevista en el parágrafo segundo del art. 1o. de la ley 49 de 1987

que modifico el literal e) del art. 5o de la ley 78 de 1986, que la autoridad, como lo tiene dicho el Consejo de Estado, implica la potestad de mando y el ejercerla sobre la generalidad de las personas por determinación de la ley y del exámen de los actos del Reglamento Interno del Municipio del Guamo, de los cuales, según el demandante, se desprende el ejercicio de autoridad civil, ninguno tiene el alcance que se le quiere dar, pues todo se limita "... como corresponde a la naturaleza del cargo, al desenvolvimiento interno de la Corporación municipal sin que trascienda en facultades de disponer obligatoriamente hacia la comunidad o habitantes del ente territorial ..." (Fl.161).

En cuanto a la prohibición establecida en el art. 19 de la ley 53 de 1990 modifícatorio del art. 87 del Código de Régimen Municipal, sostuvo el *a-quo* que de lo que se trata es de que los parientes de los Concejales o del Alcalde no pueden ser nombrados en ninguna dependencia del municipio para impedir el tráfico de influencias. Además no puede sostenerse que el Alcalde sea quien ocupe un cargo de una dependencia del respectivo municipio pues se trata del Jefe de la Administración Municipal es decir la cabeza de ésta según así lo señala el artículo 3o. de la Ley 78 de 1986 y lo consagra el artículo 314 de la Constitución Política" (fl. 162).

EL RECURSO

El demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia manifestando que no comparte las apreciaciones del Tribunal de instancia "... en el sentido de estimar que el demandado no ejerció potestad o autoridad civil, política como Presidente del Concejo Municipal del Guamo, cuando en verdad sí las ejerció. Tampoco comparto el criterio de que solamente los familiares de los Concejales y Alcaldes Municipales se encuentran incursos en la prohibición del artículo 19 de la ley 53 de 1990, elevada a rango constitucional, porque la verdad es que el demandado era familiar de un Concejal de la duma municipal, vale decir de su hermano carnal" (Fl. 164).

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso emitió concepto de fondo en el caso debatido, respecto al cual estima, luego de analizar las disposiciones enunciadas como transgredidas y los hechos probados dentro del expediente, que las pretensiones de la demanda no prosperan.

En cuanto al primer cargo, por haber desempeñado el elegido autoridad civil dentro de los seis meses anteriores a la elección, señaló que aunque el demandante se desempeñó como Concejal "..la autoridad civil que desarrolló como Presidente del Cabildo no es deducible por este solo hecho, para tal efecto

ha debido siquiera allegarse la copia del mencionado Acuerdo No. 05 de 1987, reglamento interno de la Corporación, al igual que la copia del acta en que el señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez se le nombró como tal, documentos indispensables para demostrar si realmente ejerció y de que manera esa autoridad civil" (Fl.181).

Y respecto al segundo cargo, expresa que no se configura la inhabilidad prevista en el art. 19 de la ley 53 de 1990, pues aunque el demandado y el señor Helmer Félix María Prada Rodríguez son hermanos, no ejercieron sus cargos en forma simultánea, pues Helmer Prada Rodríguez fue electo Concejal para el período 1990-1992 al igual que Joaquín Elcías Prada Rodríguez, pero éste renunció oportunamente, siendo electo Alcalde de El Guamo para el período 1991-1994 y por tanto, la inhabilidad pregonada no se materializó.

CONSIDERACIONES

No observando la Sala causal alguna de nulidad que pueda invalidar la actuación en este proceso, procede a examinar los cargos como fueron formulados en la demanda.

PRIMER CARGO:

El señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde de acuerdo con el literal e) del artículo 5o de la ley 78 de 1986 modificado por el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la ley 49 de 1987 porque como Presidente del Concejo Municipal del Guamo, ejerció autoridad civil dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección.

Para demostrar este cargo fueron allegados al proceso los siguientes documentos

a) El acta parcial de escrutinio de los votos (formulario E-28) en el cual consta que Joaquín Prada Rodríguez fue declarado electo Concejal del municipio del Guamo para el período 1990-1992 (fl. 12 cuaderno 2),.

b) La certificación del Alcalde municipal del Guamo que acredita que el demandado presentó renuncia el 30 de diciembre de 1991 de su cargo de concejal principal (fl. 18 cuaderno 2).

c) El Decreto No. 245 de 30 de diciembre de 1991 por medio del cual se acepta la renuncia de Concejal del señor Joaquín Prada Rodríguez (fl. 19 cuaderno 2).

d) El oficio HGMG No. 001 de fecha 16 de marzo de 1992 suscrito por el Secretario del Concejo municipal del Guamo mediante el cual certifica sobre la asistencia del doctor Joaquín Elcías Prada Rodríguez a las sesiones de la Corporación Edilicia en su condición de Concejal en el tiempo comprendido entre 1990-1991. (fls. 24 y 25 cuaderno 2).

Según el actor, la autoridad civil que ejerció el demandado por su condición de Presidente del Concejo Municipal del Guamo se deriva de las atribuciones conferidas a este cargo por el Reglamento Interno de la Corporación Edilicia adoptado mediante el Acuerdo No. 05 de 15 de junio de 1987.

Al detallar las pruebas allegadas con la mira de acreditar este hecho no se halló ninguna que demuestre que el señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez, durante la época de su desempeño como Concejal, hubiese actuado como Presidente de la Corporación, ni existe en autos copia del Reglamento Interno de la misma que de cuenta de las funciones que en dicha condición, pudo ejercer el demandado. Por consiguiente, tal aseveración carece de sustento probatorio y desde este punto de vista es inoperante el cargo. Pero aunque estuviera demostrado, la causal de inhabilidad en examen contenida en el literal e) del art. 5o. de la ley 78 de 1986, modificado por el parágrafo segundo del art. 1o. de la ley 49 de 1987. según el cual no podrá ser elegido ni designado alcalde

> "Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar ..."

presupone la concurrencia de dos condiciones: ser funcionario público y, como tal, ejercer autoridad, supuestos que de ninguna manera podrían darse en el *sub-lite* por cuanto los Concejales no tienen la calidad de empleados públicos por disposición expresa del art. 312 de la nueva Constitución Política, en vigencia desde el 7 de julio de 1991. Y siendo ello así, sería un contrasentido afirmar que en dicha condición puedan ejercer jurisdicción o autoridad.

Por manera que el cargo tampoco tiene fundamento jurídico y en consecuencia no prospera.

SEGUNDO CARGO:

Lo formula el actor aduciendo la violación del art. 19 de la ley 53 de 1990 sobre la base de que el señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez es hermano de Helmer Félix María Prada Rodríguez Concejal del municipio del Guamo en el período 1990-1992, quien estaba en ejercicio de su curul al momento de la elección del demandado como Alcalde de esa localidad. Al efecto acompaño prueba fehaciente del parentesco entre los susodichos.

El art. 19 de la ley 53 de 1990, modificatorío del art. 87 del Decreto 1333 de 1986 dispone lo siguiente:

"....

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de Alcalde, de los Concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos.

No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo previa comprobación".

La motivación del fallador de primera instancia para rechazar este cargo coincide con las razones expresadas en anteriores oportunidades por esta Sección Quinta en relación con el alcance del precepto citado, en el sentido de que la norma al prohibir nombrar o elegir "para cargo alguno en ninguna dependencia del municipio", a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, se refiere exclusivamente a las autoridades municipales en ejercicio de sus funciones, con la finalidad de impedir que estas puedan designar a sus parientes en cargos del mismo municipio, previniendo el nepotismo.

Este razonamiento cobra mayor fuerza si se toma en consideración, que en casos como el que se estudia, en el cual se discute un acto de elección, el señor Joaquín Elcías Prada Rodríguez alcanzó la dignidad de Alcalde no por decisión administrativa de su hermano Helmer Félix María Prada Rodríguez quien se desempeñó como Concejal en el Municipio del Guamo hasta el 28 de mayo de 1992 cuando le fué aceptada su renuncia (Fl. 27 cuaderno pruebas), sino por virtud de haber sido declarado electo por voluntad mayoritaria de los sufragante que participaron en la contienda electoral del 8 de marzo de 1992.

De modo que, al tenor del citado art. 19 de la ley 53 de 1990, el parentesco de consanguinidad que esgrime el actor para fundamentar la imputación el acto de elección de Joaquín Elcías Prada Rodríguez, no constituye un hecho impeditivo para ser elegido Alcalde y ejercer funciones como tal, por tanto, este cargo no prospera.

SECCION QUINTA

Con las explicaciones hechas se confirmará la sentencia apelada.

Observa la Sala que el señor José Floresmíro Ospina Rodríguez, quien fué notificado del auto admisorio de la demanda junto con otros candidatos a la Alcaldía del Guamo en las pasadas elecciones, a solicitud del actor, no porque la ley lo disponga así, dió contestación a la demanda y propuso la excepción de fondo "POR FALTA DE OBJETO EN LA CAUSA" alegando que se inscribió en debida forma como candidato a la Alcaldía del Guamo para el período 1992-1994 y que presentó dentro del término legal renuncia irrevocable a su aspiración a dicha Alcaldía. En consecuencia, como no fue legalmente candidato a esa dignidad, "... debe estar excluido de cualquier pretensión dentro del proceso de la referencia". (Fl. 128).

La Sala recoge este planeamiento del señor Ospina Rodríguez para excluirlo de cualquier consideración y efectos de esta providencia.

En mérito de lo 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

Confírmase la sentencia proferida el 30 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima que denegó las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Nombramiento / ENCARGO

Resulta inexacto afirmar que se infringió el art. 272 de la Constitución Nacional porque el demandado no aparece en la terna enviada por los tribunales, y porque no fué elegido sino nombrado, pues la terna constituye un requisito para efectuar la elección del Contralor Departamental que no para disponer un encargo que se forma provisional. Al sobrevenir la falta absoluta del funcionario rector de la Contraloría Departamental por efectos de su renuncia aceptada, mientras la Asamblea en uso de su atribución constitucional efectúe la elección de nuevo Contralor Departamental, por urgencia del servicio y en presencia de circunstancias especiales, debe proveerse el empleo público en forma interina nombrando el funcionario que se ocupe de los destinos del Organismo.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Interinidad / GOBERNADOR - Facultades / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal

Si por renuncia admitida se establece la falta absoluta del Contralor Departamental, puede la primera autoridad política del lugar nombrar interinamente el reemplazo de acuerdo con la autorización que le otorga el art. 96 del Decreto 1222 de 1986. Es claro que si la Constitución solo se limita a atribuir a las Asambleas la facultad de elegir al Contralor Departamental, y deja a la ley la facultad de que la primera autoridad política del lugar pueda nombrarlo interinamente cuando se presente su falta absoluta y la Corporación que debe elegirlo no se encuentra funcionando, el Gobernador, como primera autoridad política, puede encargar a un funcionario de la Contraloría del Departamento de acuerdo con las reglas

existentes, hasta la posesión del elegido, para no entorpecer o paralizar la administración.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C.,veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0954 Actor: FABIO DE JESUS BORJA ARBOLEDA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia proferida el 16 de octubre de 1992, denegatoria de las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

1- El señor Fabio de Jesús Borja Arboleda, actuando a nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral, demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia "...la nulidad del decreto 1382 de 19 de mayo de 1992 expedido por el Gobernador de Antioquia, en sus arts, 1o. y 2o. en cuanto aceptó la renuncia de la doctora Beatriz Elena Londoño de Botero al cargo de contralora general del Departamento y encargó de la misma (sic) al doctor Guillermo Gómez Ramírez" (fl. 5 cuaderno principal).

Narra el demandante que el Tribunal Administrativo de Antioquia, el Tribunal Superior de Medellín y el Tribunal Superior de Antioquia integraron en el mes de octubre de 1991 la terna de candidatos al cargo de Contralor General del Departamento, compuesta por los doctores Rogelio Cardona, Luz Stella Giraldo y Efrain Gómez. Que en sus sesiones ordinarias de 1991 la Asamblea no efectuó dicha elección y la terna sigue a su consideración. Que el Gobernador de Antioquia, luego de aceptar la renuncia que le fuera presentada por la señora Londoño de Botero al cargo de Contralor del Departamento, encargó de esta posición el doctor Guillermo Gómez Ramírez quien no está incluído en la terna constitucional y quien, además, era empleado público desde el 5 de diciembre de 1991 en el cargo de Contralor Auxiliar del Departamento de Antioquia.

Sostiene el actor que con dicha actuación se quebrantó el art. 272 inciso 4 en consonancia con el art. 267 inciso 6 de la Constitución, por cuanto la elección de Contralor de ternas integradas con dos candidatos presentados por los Tribunales respectivos, es atribución de la Asamblea Departamental y no

del Gobernador, y por analogía, solo las Asambleas pueden admitir las renuncias que presenten los Contralores y proveer las vacantes definitivas.

Que asimismo se violó el inciso 8 del art. 272 de la Carta según el cual no podrá ser elegido en dicho cargo quien haya ocupado empleo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Considera que la transgresión de los anteriores preceptos conlleva también la de los arts. 113, 117 y 305 numeral 1o. de la Carta pues el Gobernador tiene entre sus deberes cumplir y hacer cumplir la Constitución, la que quizo que las órganos de control fueran autónomos e independientes del ejecutivo. Invoca, además los arts. 132 y 228 del C.C.A..

En el mismo *libelo* el demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue denegada por el Tribunal de instancia en proveído del 12 de junio de 1992 y por virtud de su apelación confirmada por esta Sección Quinta mediante auto del 10 de agosto del mismo año. (Fls.14 y 30 cuaderno 2, respectivamente).

2- El señor Guillermo Gómez Ramírez dió contestación a la demanda advirtiendo que no comparte la posición jurídica del actor en razón a que la Constitución Nacional no precisó ante quién debe presentar la renuncia un Contralor departamental cuando la Asamblea se encuentre en receso, ni cómo se suplen las faltas absolutas en esa entidad. Señaló que no es posible aplicar por analogía el inciso 6 del art. 267 de la carta que se refiere a la Contraloría General de la República y no a las Contralorías departamentales y municipales, las cuales en lo no previsto en la Constitución deben acudir a las normas que regulan su órbita.

Tampoco está de acuerdo con la tesis del demandante en torno a la violación del art. 272 inciso 4 de la Carta, pues considera que el requisito de la terna es para elegir el Contralor titular que no el encargado, como es lo que ha ocurrido en el presente caso.

En cuanto a la transgresión del inciso 8 del art. 272 de la Constitución, manifiesta que es cierto que venía desempeñándose como Contralor Auxiliar desde el 12 de diciembre de 1991, pero también lo es que no ha sido nombrado en propiedad sino encargado de la Contraloría del departamento y conforme a las normas legales suple una vacancia transitoriamente hasta que la Duma termine su receso y elija el titular.

Estima que tampoco se puede indicar que se han violado los arts. 113, 117 y 305 numeral 1o. de la Constitución como lo hace ver el demandante,

porque, insiste no fué nombrado en propiedad sino encargado y con ello no se ha roto la autonomía e independencia del ente fiscal frente al ejecutivo.

3- El señor Gobernador de Antioquia constituyó apoderado para representar los intereses del Departamento, quien alegó de conclusión. También lo hicieron el demandado y el Agente del Ministerio Público.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia de fecha 16 de octubre de 1992, negó las pretensiones de la demanda en consideración a que no se puede hacer extensivo a los órdenes departamental y municipal el art. 267 inciso 6 de la Constitución que fija la competencia para proveer las vacancias temporales y definitivas del Contralor General de la República, menos aún acudiendo a la analogía. Señala que existe disposición expresa que regula la cuestión que se trata como es el art. 96 del Decreto 1222 de 1986 según la cual, cuando faltáre absolutamente un empleado que no puede ser reemplazado por el suplente, la primera autoridad política del lugar nombrará el empleado interino y dará cuenta del acto al que debe proveer el empleo.

Estima el *a-quo* que esta disposición no se opone a la letra ni al espíritu de la nueva Carta. Que se trata de una norma excepcional que busca evitar la paralización del servicio, y recalca que la aceptación de la renuncia de la Contralora y el nombramiento del encargado fué hecha por el Gobernador de Antioquia dado que la Asamblea no se encontraba reunida en sesiones ordinarias o extraordinarias.

Respecto de la violación del art. 272 incisos 4 y 8 de la Constitución considera que en tal precepto se establecen los requisitos para la elección en propiedad del Contralor Departamental, mas no para otra clase de situaciones administrativas que pueden presentarse como el encargo, el nombramiento interino o el supuesto previsto en el art. 249 del Código de Régimen Departamental que dispone que el Contralor Auxiliar reemplace al titular al vencimiento del período mientras se posesiona el validamente elegido. Anota que una cosa es la situación administrativa del encargo y otra el nombramiento ordinario "...que supone ingreso o vinculación al servicio con vocación de permanencia, en oposición a la transitoria propia del encargo...", (fl. 44 cuaderno 2), siendo diferente para una y otra el tratamiento legal y por lo mismo no puede exigirse para el encargo condiciones como las previstas en el art. 272 incisos 4 y 8 de la Constitución.

Por su parte, el H. Magistrado Gustavo García Moreno aclaró el voto por considerar que aunque está bien que el Gobernador proceda a llenar vacantes

frente a situaciones transitorias, resulta ilógico darle un carácter permanente a estos nombramientos "...dilitando su provisión por el organismo u autoridad competente al no convocarlo pronta y oportunamente para que ejerza la competencia que la Constitución y la ley le atribuye" (Fl. 48 cuaderno 2).

EL RECURSO DE APELACION:

El actor interpuso la alzada contra la sentencia de primera instancia con sustento en que el acto acusado es inconstitucional e ilegal, por lo que se pide se revoque la providencia y se acepte lo pedido.

Manifiesta que no se puede entender la violación del art. 272, numerales 4 y 6 del art. 267, inciso 6, de la Constitución "...sin englobarlo en una PROPOSICION JURIDICA con el art. 113 de la cn (sic)..." (fl.50 cuaderno 2), por cuanto además de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial existen otros entes autónomos e independientes como son las Contralorías, de manera que lo que se predica de la Contraloría General de la República es también aplicable a las Contralorías Departamentales.

A su juicio, el art. 96 del Decreto 1222 de 1986 no está vigente pues fué derogado por el art. 113 de la Carta el cual "...consagra la autonomía e independencia de las contralorías, por el contrario el art. 96 del d. 1222 de 1986 conduce a que el Gobernador se apodere del órgano que los debe controlar nombrando o encargando así esa transitoriamente sin que nadie haya hasta ahora definido cual es la extensión de la transitoriedad" (Fl.51 cuaderno 2). Por estas razones, concluye que sí resultó violado el art. 113 de la Constitución así como el art. 267 numeral 6 *ibídem* aplicable por analogía al presente caso y también el art. 272 inciso 4 en razón a que quien sea elegido Contralor Departamental se seleccione de ternas presentadas por los correspondientes Tribunales Superior de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso comparte los planteamientos esbozados en la sentencia recurrida que, a su juicio, merece ser confirmada. Considera en esencia que el Gobernador, en el presente asunto, no ejerció la facultad de elegir o nombrar para un determinado período al contralor departamental, sino la de encargar al doctor Gómez Ramírez, que es función diferente, y que es aplicable al art. 96 del Decreto 1222 de 1986.

SECCION QUINTA

CONSIDERACIONES :

Conocidos los planteamientos hechos en la demanda y analizados los elementos probatorios aportados al proceso, entra a resolver la Sala lo que se materia de su competencia, a fin de establecer si el Decreto 1382 de 19 de mayo de 1992, por medio del cual el Gobernador de Antioquia dispuso el encargo de la Contraloría Departamental en cabeza del doctor Guillermo Gómez Ramírez, Contralor Auxiliar, es violatorio de las disposiciones constitucionales que cita el demandante.

En cuanto a la primera transgresión estimada por el actor, del art. 272 inciso cuarto de la Constitución, referente a la atribución otorgada a las Asambleas para elegir Contralores Departamentales de ternas integradas con dos candidatos presentados por el Tribunal Superior de Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no pugna lo acontecido en el *sub-lite* con el citado precepto, de cuyo texto se desprende con meridiana claridad que está referido a la facultad que tienen las Asambleas para "elegir" a los Contralores de los respectivos Departamentos, mientras que el acto atacado se ciñe a la determinación de encargar un funcionario de la Contraloría Departamental por falta del titular. Y resulta inexacto afirmar que es infringió la norma constitucional por las razones aducidas por el demandante, esto es, porque el doctor Guillermo Gómez Ramírez no aparece en la terna enviada por los tribunales, y porque no fue elegido sino nombrado, pues es evidente, por una parte, que la terna constituye un requisito para efectuar la elección del Contralor Departamental que no para disponer un encargo que es forma provisional, situación no consagrada en el mencionado inciso cuarto del art. 272 de la Constitución ni implícita ni explícitamente. Y, de otra parte, porque al sobrevenir la falta absoluta del funcionario rector de la Contraloría Departamental por efectos de su renuncia aceptada, mientras la Asamblea en uso de su atribución constitucional efectúe la elección de nuevo Contralor Departamental, por urgencia del servicio y en presencia de circunstancias especiales, debe proveerse el empleo público en forma interina nombrando el funcionario que se ocupe de los destinos del Organismo.

Respecto a la violación del mismo art. 272 inciso cuarto en concordancia con el inciso sexto del art. 267, por estimar el actor que el Gobernador no tiene competencia para nombrar contralor Departamental en ningún caso ni para aceptarle la renuncia, pues por "analogía" con lo dispuesto en el art. 267 inciso sexto solo las Asambleas tienen las facultades de admitir las renuncias que presenten los Contralores Departamentales y de proveer las vacantes definitivas del cargo, se considera lo siguiente:

En cuanto al cargo relativo a la falta de competencia del Gobernador para admitir la renuncia presentada por la Contralora del Departamento de Antioquia, debe observarse que no es materia susceptible de debatirse por vía de la acción pública electoral, circunscrita a los actos de elección o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno, las Asambleas, Concejos o por cualquier autoridad u organismo administrativo del orden nacional, departamental, distrital o municipal, (arts. 128-4 y 132-4 del C.C.A.), en razón de lo cual la Sala está eximida de cualquier análisis.

Con respecto a la otra imputación, referente al nombramiento del Contralor, efectuada por el Gobernador de Antioquia mediante el Decreto 1382 de 19 de mayo de 1992, se señala que la Constitución no se ocupó de regular situaciones distintas de la elección de los Contralores Departamentales por las respectivas Asambleas, como tampoco existe norma legal relativa al procedimiento que debe seguirse en el evento de las faltas absolutas de los Contralores Departamentales en caso de renuncia, siendo necesario acudir a las previsiones generales de la ley en estas materias, pues la competencia de dichas Corporaciones esta supeditada a la Constitución y la ley, ya que solo pueden realizar aquello para lo cual han sido facultadas expresamente.

Para asegurar la continuidad administrativa, el legislador ha establecido la prohibición a los empleados públicos de separarse de su cargo, sea o no de período fijo, hasta tanto se presente la persona que ha de reemplazarlo por nombramiento o elección en propiedad por quien tenga la facultad de proveer el empleo, o en interinidad por la primera autoridad política del lugar. En efecto, el art. 240 de la ley 4a. de 1913, cuyo texto aparece reproducido en el art. 96 del Decreto 1222 de 1986, dispone lo siguiente:

"Cuando faltare absolutamente un empleado que no pueda ser reemplazado por el suplente o suplentes, la primera autoridad política del lugar nombrará el empleado interino y dará cuenta en el acto al que debe proveer el empleo".

Según esto, teniendo en cuenta lo ocurrido en el presente caso, si por renuncia admitida se establece la falta absoluta del Contralor Departamental, puede la primera autoridad política del lugar nombrar interinamente el reemplazo de acuerdo con la autorización que le otorga el art. 96 del Decreto 1222 de 1986, como así lo entendió el Tribunal de instancia en la providencia recurrida para denegar las pretensiones de la demanda.

Pues es claro que si la constitución solo se limita a atribuir a las Asambleas

la facultad de elegir al Contralor Departamental, y deja a la ley la facultad de que la primera autoridad política del lugar pueda nombrarlo interinamente cuando se presente su falta absoluta y la Corporación que debe elegirlo no se encuentra funcionando, en el caso de autos, el Gobernador de Antioquia, como primera autoridad política, podía encargar a un funcionario de la Contraloría del Departamento, de acuerdo con las reglas existentes, hasta la posesión del elegido, para no entorpecer o paralizar la administración.

Por lo expuesto se concluye, que el Decreto 1382 de 19 de mayo de 1992, en cuanto dispone en su artículo 2o. encargar de la Contraloría del Departamento al doctor Guillermo Gómez Ramírez, Contralor Auxiliar, a partir del 20 de mayo del mismo año, no es violatorio del art. 272 inciso cuarto de la Constitución y por tanto el cargo es infundado.

En cuanto a la segunda transgresión sostenida en la demanda, del art. 272 inciso séptimo de la Constitución, con fundamento en que el demandado no podía ser Contralor Departamental porque desde el 12 de diciembre de 1991 era empleado público como Contralor Auxiliar, basta señalar que la inhabilidad consistente en haber ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal que consagra la norma en mención, constituye una imposibilidad para ser válidamente elegido en el cargo de Contralor Departamental, pero tal inhabilidad para desempeñar el destino de origen electoral no está prevista por el Constituyente para otras situaciones, como se el encargo de dicho empleo, que como ya se dijo, en cuanto a sus modalidades se rige por lo dispuesto en la ley.

Siendo que en el presente caso, el doctor Guillermo Gómez Ramírez no ha sido elegido Contralor Departamental de Antioquia, sino encargado de esa Dependencia, no le es aplicable el citado precepto constitucional y en consecuencia este cargo tampoco prospera.

Finalmente, respecto a la tercera violación que aduce el actor, de los arts. 113, 117 y 305 numeral 1 de la Carta Política, la Sala desestima estas imputaciones en consideración a lo siguiente:

a) El art. 113 referente a la autonomía e independencia de las ramas y órganos del Estado no se observa transgredido, pues dicha autonomía no ha sido alterada por el hecho de que el Gobernador de Antioquia haya encargado transitoriamente de las funciones de la Contraloría Departamental a un empleado del mismo Organismo a efecto de no entorpecer la marcha de la administración.

b) El art. 117 se limita a establecer que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República con órganos de control, no observándose

la conexión de esta norma con el tema debatido.

c) El art. 305 sobre las atribuciones del Gobernador, cuyo numeral 1 le señala la de cumplir la Constitución, las leyes, los decretos y las ordenanzas no aparece quebrantado, porque precisamente el Gobernador de Antioquia con su actuación no hizo sino cumplir la ley.

Por las razones anteriores se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

F A L L A:

Confírmase la sentencia proferida el 16 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, denegatoria de las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / ACTA DE ESCRUTINIO / LISTA DE CANDIDATO / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / RECLAMACION ELECTORAL / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento.

Entre las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación o escrutinio, nada se prevé con relación a la inscripción de candidatos o listas de candidatos, la inscripción de candidaturas fué cuestión dilucidable exclusivamente por la vía gubernativa. Mientras la ley no disponga otro sistema, la inscripción de candidatos a elección popular se regula por las prescripciones del título V del Código Electoral, constituyendo causales de reclamación los vicios que en ese diligenciamiento se presenten circunscritos en el numeral 9, art. 192 de ese Estatuto.

ACTA DE ESCRUTINIO / JURADO DE VOTACION / CANDIDATO ELECTORAL - Inscripción / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / RECLAMACION ELECTORAL / VIA GUBERNATIVA

El requisito de la aceptación que debe hacerse del modo determinado para las elecciones del 27 de octubre de 1991 por la Organización electoral en desarrollo del mandato contenido en el art. 19 del acto constituyente No. 2 de 1991 deben cumplirlo todos los candidatos a elección popular como que de ese modo se expresa su asentimiento a la inscripción y la voluntad de participar en el evento eleccionario a nombre del sector de la opinión que lo postula. Bien distintos son los alcances de la no suscripción del acta de inscripción como ocurrió en el caso de autos, aunque tácitamente se aceptó la postulación al permitir la inclusión en el tarjetón electoral. En el art.7 del acto constituyente No. 2 de 1991,

está enteramente contemplado el procedimiento a seguir en cuento a candidaturas no aceptadas. Por parte alguna se prescribe la nulidad de la inscripción efectuada sin mediar la aceptación, el problema queda resuelto en la vía gubernativa, y no es viable admitir que la no prevista como causal de invalidez electoral pueda alcanzar esa conotación por alegada violación del texto constitucional, cuando lo que la norma prescribe es un procedimiento administrativo para dilucidar la cuestión. No es dable, entonces, por no ser de competencia del juez sino del legislador, deducir causal de nulidad electoral no instituída en norma alguna.

CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL INDIGENA / SENADO DE LA REPUBLICA / COMUNIDAD INDIGENA - Representación / ESTADO SOCIAL DE DERECHO / CANDIDATO INDIGENA - Inscripción / CANDIDATO INDIGENA - Requisitos.

La creación de la circunscripción electoral indígena para Senado de la República fué decisión excepcional y en principio temporal establecida en el art. 21 del acto constituyente No. 2, convertida en permanente por disposición del art. 171, inciso cuarto de la Constitución Nacional en, favor de las comunidades indígenas carentes a lo largo de nuestra historia republicana de representación en las corporaciones legislativas. En fin de cuentas Colombia pasó de ser una república unitaria, a un estado social de derecho, participativo y pluralista (art. 1o. de la Constitución de 1991), siendo propósito del constituyente reconocer a las comunidades indígenas la posibilidad de reclamar sus derechos y promover sus aspiraciones mediante la propia representación Senatorial. Esas comunidades indígenas, con algunas excepciones, no han tenido organización política legalmente reconocida y por ello resulta apenas obvio que no se exigiera aval de partido indígena para respaldar la inscripción de sus candidatos al Senado. El art. 22 del acto Constituyente No. 2 prescribió que la inscripción podía hacerse con la certificación expedida por el Ministerio de Gobierno, en cuanto a que el candidato ha ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o ha sido líder de una organización indígena.

SECCION QUINTA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - Facultades / REVOCATORIA DEL MANDATO - Procedencia / CONGRESISTA / CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia / ACTO JURIDICO POLITICO.

La Asamblea Nacional Constituyente, decidió asumir la plenitud del poder constituyente derogando "la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas...", como lo dispuso en el art. 380 de la nueva Carta Fundamental. Ese acto jurídico político no puede ser objeto de control por parte de los poderes constituidos, de donde se concluye que quien pudo derogar la constitución y poner a regir el nuevo ordenamiento jurídico fundamental también podía por ser de menor entidad jurídico política revocar períodos de funcionarios y otros servidores públicos sin limitaciones distintas a las derivadas de la búsqueda del bien común.

ACCION ELECTORAL / DEMANDA - Interpretación / CREDENCIAL.

La ineptitud de la demanda sólo es predicable cuando se omite la designación correcta de las partes, no se precisa lo que se demanda, no se individualiza el acto administrativo cuya nulidad se impetra, las normas que se consideran violadas y las disposiciones procedimentales que prescriben la causal de nulidad alegada. Otro tipo de informalidades no alcanza a enervar el trámite y la decisión de mérito, por cuanto el carácter de pública que tiene la acción permite al juzgador en aras de la eficacia de la administración de justicia y del alto interés involucrar en la definición del contencioso, pasar por alto falencias secundarias en la formulación de la demanda. Como tal cabe tener la equivocación del actor al pedir la nulidad de la credencial expedida al senador demandado y no su cancelación como lo expresa la norma, puesto que dicho documento no es anulable por no revestir carácter de acto administrativo sino de mera constancia para la persona a cuyo nombre se extiende. Igual cabe decir de lo que con el mismo objeto inhibitorio se aduce con relación a las facultades conferidas al procurador judicial. Sin duda que el mandato para que se solicite la anulación de la elección lleva aneja la facultad de pedir la invalidación de la credencial, pues que la cancelación de esta es simple consecuencia de la prosperidad de la pretensión, que incluso no es indispensable pedir para que se disponga en el fallo que acoja la pretensión principal.

CONGRESISTA - Inhabilidades / CONTRATO - Inexistencia / SOCIEDAD - Representante Legal.

Cuando quien contrata es persona jurídica de la que no es asociado el demandado, no es dable atribuir a éste la celebración de esos contratos. Pero podría darse la causal de inelegibilidad cuando el demandado actúa dentro de los seis meses anteriores a la elección, bajo la condición de representante legal de la sociedad contratista por la previsión que contempla la norma en cuanto a contrato celebrado en interés de terceros con entidad pública. En cambio, aún de ser el demandante accionista de la sociedad contratista con entidad pública, aunque se gestione o celebre el contrato, tampoco se da la causal de inhabilidad por la clara y bien precisa distinción de nuestra legislación hace de la sociedad y sus asociados.

CONGRESISTA / VACANTE / NULIDAD ELECTORAL / NUEVO ESCRUTINIO / Improcedencia.

Cuando se declara la nulidad de la elección de un Congresista la vacante no se llena con la práctica de nuevo escrutinio excluyendo, como lo solícita el actor, los votos depositados por la lista encabezada por el demandado. De resultar invalidado ese acto se habría producido la falta absoluta de un congresista y la vacancia se llenarla con aplicación de lo dispuesto en el art. 134 de la Constitución Política. Ello no implicaría inhabilidad de los candidatos no elegidos de la misma lista en orden descendente y sucesivo, que vendrían a llenar la vacante con respecto a la voluntad de los electores y al principio de la eficacia del voto.

CONGRESISTA - Inhabilidades / SANCION PENAL / SENTENCIA PENAL - Ejecutoria.

Como el cargo que se formula contra el acto declaratorio del la elección del demandado se apoya en el numeral 1, art. 179 de la Carta Política, que inhabilita para ser congresista a "1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos..", no prosperarían las pretensiones en razón de no estar ejecutoriado el fallo del H. Tribunal Superior, al tiempo de la elección acusada.

SECCION QUINTA

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / SUSTRACCION DE MATERIA / DECAIMIENTO DEL ACTO.

En el proceso obra copia de la sentencia que impuso la pérdida de la investidura de Senador de la República al demandado. Esa decisión implica que la condición de Senador de dicho señor desapareció del ámbito jurídico y no cabe fallo de mérito al respecto por sustracción de materia. Proceder de otro modo podría conducir a fallos encontrados, amén de que se estaría pronunciando sobre la nulidad de un acto que en lo que al citado señor respecta perdió eficacia.

CONGRESISTA - Inhabilidades / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / SERVIDOR PUBLICO / AUTORIDAD POLITICA

Los Congresistas no están investidos en la actualidad y tampoco lo estaban bajo el régimen de la anterior Constitución Política, de la calidad de empleados Públicos. La Carta Fundamental vigente les asigna la condición de servidores públicos, distintos de los empleados y trabajadores del Estado. El anterior régimen institucional los consideraba particulares que desempeñaban función pública, la legislativa, por períodos de cuatro años. Por tanto aunque la función legislativa implica el ejercicio de autoridad política de muy alta significación, ello no genera inhabilidad para ser congresista.

REVOCATORIA DEL MANDATO / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Inexistencia / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA.

No se produjo, por efecto de la convocatoria a elecciones generales del Congreso, la perdida de la investidura de los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990. La perdida de la investidura no puede darse sino por sentencia del Consejo de Estado en proceso seguido con acción prescrita en el artículo 184 de la Carta Fundamental, decisión que reviste el carácter de judicial por mandato de la ley 5a. de 1992. No habiéndose producido declaración de esa mandato de esa índole por parte del Consejo de Estado, el competente exclusivo para conocer de dicha acción, no pueden atribuirse las consecuencias de la pérdida de la investidura a situaciones distintas, entre ellas la del término anticipado del período para el que fueron elegidos los Congresistas, decisión

que adoptó la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio del pleno poder que asumió para crear un nuevo orden institucional.

INHABILIDAD / INCOMPATIBILIDAD - Diferencia / PERDIDA DE LA INVESTIDURA.

Las incompatibilidades como lo dicen la doctrina y la jurisprudencia son prohibiciones para ejercer otra función o actividad por tener o haber tenido en período inmediatamente anterior, cierta investidura pública. "La inelegibilidad prohíbe ser elegido; la incompatibilidad prohíbe a los ya elegidos desempeñar otros cargos públicos o hacer negocios con el gobierno. Son pues, dos cosas distintas, que sin embargo algunos suelen confundir en virtud de la íntima y estrecha relación que existe entre ellas", para las incompatibilidades la C.P. prescribe procedimiento diferente al proceso electoral. Es la denominada acción de pérdida de la investidura, que también es ejercitable por violación del régimen de inhabilidades. No procede solicitar la declaración de nulidad de un acto electoral por causal de incompatibilidad, como que esta sólo puede darse después de elegido o nombrado el demandado.

VOTO EN BLANCO / CUOCIENTE ELECTORAL / VOTO NULO.

Cuando el Acto Legislativo No. 2 de 1991 en su art. 12 expresa que voto en blanco es aquel que en la tarjeta electoral señala la casilla correspondiente, equivale a la previsión legal en cuanto a indicar que lo es el que expresamente dice que se emite en blanco, y el art. 137 del C.E al decir que también es voto de esa índole el que no señala candidato se equipara a la que la ley describe como no contentivo de nombre alguno. En la que atañe al valor de dicho voto la norma constitucional guarda silencio por que jurídicamente no es dable admitir que es ninguno, es decir, que ese voto es ineficaz cuando la norma legal prescribe lo contrario. De ser así la prescripción constitucional sería inocua, más aún ilógica la distinción que el canon constitucional hace de voto en blanco y voto nulo, puesto que de ambos se predicaran las mismas consecuencias: excluirselos del computo de los votos válidos, pero como quien vota en blanco expresa libremente su voluntad electoral, la de no escoger a candidato alguno de los propuestos e, incluso, expresar rechazo al sistema político imperante. Es, pues, un voto válido y como tal debe tomárselo en cuenta para obtener el cuociente electoral.

SECCION QUINTA

CONGRESISTA - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL - Inexistencia / RENUNCIA - Aceptación

Transcurridos treinta dias de presentada la renuncia el funcionario dimitente puede separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno, la norma constitucional exige la renuncia, no la desvinculación del cargo, aunque el demandado siguió trabajando para que la institución fuera puesta al servicio de la comunidad como lógica culminación de sus esfuerzos.

CANDIDATO ELECTORAL / ACTO DE INSCRIPCION / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia.

El art. 2 transitorio de la C.N. no prescribe inhabilidad para ser, candidato sino para ser elegido, conclusión obvia porque si el acto de inscripción de una candidatura no es demandable, por tratarse de acto intermedio que no genera consecuencia jurídica distinta a la de colocar al inscrito en condición de elegibles con tanta mas razón no será demandable la condición de candidato, que no produce efectos jurídicas.

ACCION ELECTORAL / CADUCIDAD / VACANCIA JUDICIAL.

Tratándose de los dias comprendidos entre el 20 de diciembre al 10 de enero siguiente no se presenta suspensión de términos sino vacancia judicial. De allí que no se los pueda tomar en cuenta al computar los 20 dias de la acción electoral.

CONGRESISTA - Inhabilidades / PARENTESCO / GOBERNACION / SECRETARIO GENERAL / AUTORIDAD CIVIL - Inexistencia / GOBERNADOR - Encargo / SECRETARIO DELEGATORIO.

El Secretario General de la Gobernación no manda, no se puede valer de la fuerza con determinada finalidad, ni tiene poder subordinante; su campo de acción concierne a funciones meramente administrativas, carentes de poder de decisión, mando o imposición sobre la sociedad. Respecto de los encargos del despacho menos aún puede predicarse el ejercicio de autoridad civil. Así como el Ministro encargado del despacho Presidencial es solo eso, ministro delegatorio, el secretario encargado del despacho del Gobernador es secretario delegatorio y no gobernador, puesto que el Presidente de la República o el

gobernador en su caso continúan ejerciendo sus respectivas funciones. Distinto es cuando ejerce la Presidencia de la República el Designado en ejercicio de esas funciones o el gobernador interino designado por el Presidente de la República, que mal se denomina gobernador encargado, puesto que en ese evento el gobernador interino que no encargado asume la plenitud de las funciones del gobernador. De allí se desprende que tanto el decreto de encargo no delegue funciones que impliquen ejercicio de autoridad civil, o el encargo no los ejercite, este sólo tendrá a su cargo funciones de orden administrativo.

El ejercicio de esa autoridad tendría que haber coincidido con los comicios en los cuales resultó elegido el demandado, por cuanto la inhabilidad se da respecto de quienes tengan vínculos por matrimonio unión permanente o parentesco en los grados que la norma determina, es decir, al tiempo de la elección y no antes ni después.

CONGRESISTA - Inhabilidades / PARENTESCO / AUTORIDAD POLITICA / CIRCUNSCRIPCION NACIONAL.

La excepción estatuida en el inciso último del art. 179 de la Carta Política, al disponer que para los fines de este art. la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales "excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5..." lleva a concluir que respecto de la causal de inhabilidad sólo se da cuando el cónyuge, compañero permanente o pariente en los grados allí previstos del congresista electo ejerce autoridad civil o política en la Circunscripción Nacional. Entonces. un gobernador ó alcalde no inhabilita a su pariente para ser senador, como si ocurriría tratándose de quien ejerce autoridad civil política en la Circunscripción Nacional. Posiblemente la inhabilidad estatuida en la norma deja abierto el campo a influencias indebidas del gobernador o del alcalde a favor de su pariente, cónyuge o compañero permanente que, se candidatiza al Congreso, pero el constituyente lo previó así y el juzgador no tiene alternativa distinta a la de aplicar la norma.

CONGRESISTA - Inhabilidades / PARENTESCO / CANDIDATO ELECTORAL / PARTIDO POLITICO - Inscripción.

La causal requiere del vínculo por matrimonio, unión permanente o parentesco de la clase y grado indicado, que quienes tengan ese

vínculo se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para la elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas; que la elección deba realizarse en la misma fecha. Nada menos pero tampoco nada más, por manera que si los vinculados se inscriben por el mismo partido, movimiento o grupo, para la elección de cargos o de miembros de corporaciones que deban realizarse en fechas diferentes no se da la inhabilidad. Tampoco, sí quienes tienen los vínculos dichos se inscriben por partidos, movimientos o grupos distintos para la elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha. Como los demandados no fueron inscritos por el mismo partido o movimiento político, como candidatos al Senado de la República y a la Cámara de Representantes para las elecciones del 27 marzo de 1991, no se da en su caso uno de los presupuestos de la causal de inhabilidad para ser Congresista.

ACCION ELECTORAL / DEMANDA - Interpretación / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

No toda omisión o error en la presentación de la demanda electoral constituye ausencia de requisitos esencial de la misma y ni siquiera de exigencia formal que hubiera podido llevar a su rechazo o inadmisión. En atención al carácter de pública de la acción y a su trascendencia no solo en orden a la guarda de la legalidad sino en cuanto a la preservación de las instituciones democráticas, el juez tiene facultades para interpretar el *libelo* demandatorio en la medida que satisfaga los requisitos previstos en el art. 137 del C.C.A., pues lo contrario implicaría exagerado formalismo con sacrificio del principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el art. 228 de la Carta Política.

CONGRESISTA - Inhabilidades / JUNTA DIRECTIVA - Miembro / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

Las Juntas Directivas tienen autoridad administrativa como organismos que son de esa naturaleza, siendo la Junta y no cada uno de sus integrantes la que esta revestida de atributo de autoridad, por ser a ella a la que corresponde asumir las decisiones administrativas de su competencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expedientes Acumulados: Nos: 0639, 0623, 0624, 0632, 0633, 0636, 0638, 0643, 0645, 0647, 0651, 0652, 0654, 0655, 0656, 0659, 0661, 0667.- Actores: CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA Y OTROS.

Los señores Claudia Lucía Flórez Montoya, Remedios Nicolasa Fajardo Gómez, Pedro Casses Uribarren, Carlos Luis Dávila Rosas, Hugo Escobar Sierra, Jaime Rafael Pedraza, José Libardo López Montes, Nestor Castillo Varilla, Francy Elena Bravo López, Israel Morales Portela, Eduardo Enrique Tinoco Bossa, Aura Stella Rojas Correal, Diego Leandro Romero, José Ignacio Vives Echeverría, Jairo Castro Figueroa y Pedro A. Leyva Villareal, mediante procesos separados, pretenden la anulación de la Resolución No. 121 de noviembre 25 de 1991, proferida por el Consejo Nacional Electoral para declarar la elección de Senadores por circunscripción nacional resultante de las elecciones del 27 de octubre de 1991.- Tambien, por acumulación de pretensiones, de Acuerdos declaratorios de la elección de algunos representantes a la Cámara por distintas circunscripciones en los mismos comicios.-

Por auto de septiembre diecisiete (17) de 1992, dictó en el expediente radicado al No. 0639, se dispuso la acumulación de todos los procesos mencionados en la referencia, en virtud de llenarse los presupuestos prescritos para ese efecto en el Código Contencioso Administrativo (Art. 238 y concordantes).- En diligencia de sorteo efectuada el primero (1o.) de octubre de 1992, (visible al fol. 69 del presente cuaderno), correspondió al suscrito ponente continuar la tramitación.-

Agotada la etapa previa al proferimiento del fallo con aporte del alegato de algunas de las partes y el concepto de la señora Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, no observando causales de nulidad ni motivos de inhibición se decide de mérito.-

I

Aspectos generales del proceso:

a) Por tratarse de acción electoral, que es publica, todo ciudadano tiene legitimidad en la causa y capacidad de postulación (Art. 140, numeral 6 de la Constitución Política).

b) Las acciones reverenciadas fueron incoadas oportunamente ante esta Jurisdicción, esto es cuando aun no habían transcurrido 20 dias contados a partir del siguiente a aquellos en los que fueron notificados los actos declaratorios

de elección acusados (Art. 7o. de la Ley 14 de 1988, reformatorio del Art. 28 de la Ley 78 de 1986).

c) Las demandas fueron admitidas por llenar las exigencias formales previstas en la ley (Art. 137 y concordantes del C.C.A.); a ellas se adjunto copia de los actos acusados.-

d) Advierte la Sala que asume el conocimiento de las causas promovidas en los procesos de la referencia, puesto que las distintas pretensiones en ellos formuladas son acumulables por corresponderle a esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo la competencia en todas ellas (Art. 82 del C. de P. Civil, modificado por el Art. 1o., numeral 34 del decreto 2282 de 1989, en concordancia con el Art. 128 numeral 4 del C.C.A. subrogado por el Art. 2o. del Decreto 597 de 1988).-

II

Exámen de los procesos

Por razones de método y precisión en la exposición procederá la Sala a examinar expediente por expediente, detallando las pretensiones, las excepciones propuestas, las pruebas aportadas, los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Publico, para consignar conjuntamente, en la parte considerativa, el análisis jurídico - probatorio de cada uno de ellos y las conclusiones a adoptar en la parte resolutiva del fallo-."

Expediente No. 0639 Actora: CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA

1.- En su propio nombre la actora de la referencia, en ejercicio de la acción pública contenciosa electoral, solicita declarar la nulidad de la Resolución No. 121 de 25 de noviembre de 1991, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de senadores para el período especial constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, pero sólo en cuanto declaró electa por el partido Nacional Cristiano a la señora CLAUDIA YADIRA RODRIGUEZ DE CASTELLANOS.- También, cancelar la respectiva credencial y dar aviso al Consejo Nal. Electoral "...para que le asigne o expida la credencial correspondiente al candidato que, en el orden numérico de votos le sigue .." (fol. 12).-

Fundamento de las pretensiones:

a) En los hechos.-

La declaratoria de nulidad impetrada se fundamenta en el hecho de haberse inscrito la señora Claudia Rodríguez de Castellanos como candidata al Senado por el Partido Nal. Cristiano, correspondiéndole en el tarjetón el No. 051 en las elecciones del 27 de octubre de 1991, pese a que la personería jurídica de ese partido político se había extinguido de pleno derecho conforme a lo dispuesto en el Art. 6o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991.

Que la referida inscripción y la votación alcanzada por la lista 051 fueron oportunamente impugnadas por la vía gubernativa, no obstante lo cual el Consejo Nal. Electoral declaró electa a la señora Rodríguez de Castellanos ordenando expedir la credencial correspondiente.

b) En derecho.-

Como normas violadas con el acto acusado se señalan el precitado Art. 6o. del Acto Legislativo No. 2 de 1991, el inciso 7o. del Art. 108 de la Constitución Política y los artículos 66, inciso 2o., 67 y 228 del C.C.A.

Concepto de la violación.-

El capítulo de la demanda destinado a expresar el concepto de la violación de las normas jurídicas es bien claro en señalar que, para las elecciones del 27 de octubre de 1991, la Asamblea Nal. Constituyente estatuyó requisitos especiales mediante el Acto Legislativo No. 2 de ese año, con relación a la inscripción de listas de candidatos al Senado a la Cámara o candidato a Gobernador de Departamento.-

Respecto de las de Senado, el Art. 6o. del acto constituyente impuso acreditar el respaldo de no menos de diez mil (10.000.) adherentes, ciudadanos en ejercicio, y prestar caución en cuantía de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo)

Pero el Art. 108 de la Constitución, en su inciso 3o., consagra exoneración de cumplir esa exigencia a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida, en cuanto les permite inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno.

En el caso de la elección acusada, agrega, no se cumplieron los requisitos del Art. 6o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, como debió hacerse por la extinción de pleno derecho de la personería jurídica del Partido Nal. Cristiano una vez entró en vigencia la Constitución Política de 1991, por el decaimiento de la norma en que aquella se fundamentó (inciso 1o. art. 4o. de la Ley 58 de 1985).

Sustenta este aserto en los siguientes argumentos:

"...El P.N.C. no tenía representación en el Congreso cuyo mandato fué revocado por el Art. 3 transitorio de la Carta y tampoco obtuvo los 50.000 votos en las elecciones a la fecha de entrar en vigencia la Constitución y menos tuvo acceso a la Asamblea Nacional Constituyente; por lo que al entrar a regir la Nueva Constitución, dicha personería no reunía los requisitos exigidos en el inciso 7o. del Art. 108 de la Nueva Carta Política y por esta razón se validaba, habiéndose extinguido de pleno derecho ...".

Concluye afirmando que en las condiciones dichas, o sea, por no tener el P. Nal. Cristiano personería jurídica vigente y tampoco haber satisfecho los requisitos exigidos en el Art. 6o. del Acto Legislativo No. 2 de 1991, la inscripción de la candidatura al senado de la señora Claudia Rodríguez de Castellanos es inválida y, por ende, también lo es la declaratoria de su elección.

2.- Tramitación del proceso.-

Admitida la demanda con auto de enero 16 de 1992 (fol. 13) no fué oportunamente contestada no obstante, que la señora Claudia Rodríguez de Castellanos otorgó poder con ese objeto.- Fueron decretadas y practicadas la totalidad de las pruebas solicitadas por la actora en la demanda.-

Es de observar que el H. Consejero Jorge Penén D. se declaró impedido para conocer del proceso lo que le fué aceptado, disponiéndose sorteo del conjuez.- Al presente, no obstante, es inconducente la participación del conjuez allí sorteado, atendiendo al hecho de haberse reintegrado la Sala con prescindencia del Dr. Penén Deltieure.

3.- Surtida la acumulación se dió traslado a las partes para alegar por escrito (fol. 73), término del que hicieron uso tanto la actora como el apoderado de la impugnante.-

La primera insiste en la tesis de la extinción automática de la personería jurídica del Partido Nal. Cristiano, por efecto de lo prescrito en el Art. 108, inciso 7o. de la Constitución Política. De allí infiere que la inscripción de las listas encabezadas para el senado por la señora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos y Regína Betancourt de Liska debió hacerse con satisfacción de los requisitos del acto constituyente No. 2 de 1991 en su ordinal 6o., de modo que por no haber ocurrido así, "...no obstante, haberse impugnado dichas inscripciones, por desconocimiento de la norma constitucional por parte de los Registradores Departamentales de Cundinamarca..." (fol, 387), se deben despachar favorablemente las pretensiones.-

La procuradora judicial de la impugnante, a su vez se opone a la prosperidad de aquellas, por cuanto el examen del Art. 108 de la Carta Política deduce que el constituyente no quiso expedir normas para regular el pasado sino para establecer un nuevo orden institucional hacia el futuro.

Agrega que la expresión "en elección anterior" del inciso 7o. de la norma en cita, debe referirse a la elección "... en la que el partido haya debido participar después de obtenida la personería jurídica.. porque...antes de obtenerla no se le podía extinguir..." También razona con base en el principio de la eficacia del voto que inspira el Código Electoral.- Concluye impetrando que lo argumentado en el alegato de que se trata sea tenido en cuenta en el proceso acumulado 0651, en el que se formularon similares pretensiones con idéntico fundamento factico y jurídico.- (folios 392 a 398).

Expediente No. 0651 Actora: FRANCY ELENA BRAVO LOPEZ

1.- Tambien en su propio nombre, la ciudadana Francy Elen Bravo López demandó la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 121 de noviembre 25 de 1991, pero sólo en cuanto con dicho acto se declaró la elección de la señora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos, como Senadora de la República, para el período constitucional que termina el 19 de julio de 1994.

Los hechos y las normas invocadas para fundamentar las pretensiones son coincidentes con los aducidos en el proceso radicado al No. 0639, por lo que se omite su enunciación.- El concepto de la violación es casi idéntico, distinguiéndose en muy pocas expresiones.- La diferencia no representa concepto alguno que amerite destacarse especialmente.-

2.-Tramitación del proceso.

Admitida la demanda con auto de enero 20 de 1992 (fol. 20) y surtida su notificación en legal forma, tampoco fué contestada no obstante que la Sra. Rodríguez de Castellanos otorgó poder con ese objeto.- Se decretaron y practicaron todas las pruebas solicitadas por la parte actora.-

3.- Surtida la acumulación, del término para alegar por escrito hizo uso la actora para reiterar los argumentos del concepto de violación de la demanda, o sea, que la declaratoria de la elección de la señora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos es nula por no haberse satisfecho, al inscribir la lista de candidatos al Senado que ella encabezó, los requisitos previstos en el Art. 6o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, como correspondía en atención a la extinción de pleno derecho de la personería jurídica del Partido Nal. Cristiano.-

Agrega que el Consejo Nal. Electoral no resolvió la impugnación formulada contra esa inscripción, no obstante haberla remitido el Registrador del Estado Civil de la circunscripción de Cundinamarca por apelación (folios 368 y 369).

Por parte de la impugnante su apoderada, como atrás se vió, con escrito visible al fol. 392 y Sgtes del expediente 0639, de modo simultáneo para los dos procesos relacionados alegó de conclusión.

Concepto de la Procuradora Séptima Delegada. Para los procesos 0639 y 0651 de modo simultaneo expresó concepto la representante del Ministerio Publico, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones.- Se apoya en reiterado criterio que esa Procuraduría Delegada y esta Sala han sustentado, en cuanto a que solo son anulables los actos de las corporaciones electorales por las causales prescritas en el Art. 223 del C.C.A., modificado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988.-

Además, porque el hecho aducido por las actoras como fundamento de sus pretensiones constituye motivo de impugnación para ante el Consejo Nal. Electoral, pero no causal aducible en proceso judicial.-

Expediente No. 0638 Actora: CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA

1.- La ciudadana Claudia Lucía Flórez Montoya, en su propio nombre y en ejercicio de la acción contenciosa Electoral, solicita declarar la nulidad de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25) por la cual el Consejo Nacional Electoral "... declara la elección de senadores y se ordena expedir las correspondientes credenciales ... " por circunscripción nacional y para el período constitucional especial del Congreso de la República comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, pero solo en cuanto declaró la elección de la señora Regina Betancourt de Liska.- Además, que como secuela de esa decisión, se cancele la correspondiente credencial dando aviso al citado Consejo "...para que le asigne o expida la credencial correspondiente al candidato que en orden numérico de votos le sigue..." (fol. 12).

Fundamento de las pretensiones.-

a) En los hechos:

Afirma que la señora Betancourt de Líska se candidatizó y encabezó la lista número 142 para el Senado de la República, " ... a nombre del METAPOLITICO ... ", para las elecciones del 27 de octubre de 1991, con violación de lo prescrito en el artículo 6o. del acto legislativo No. 2 del mismo

año por cuanto fundó esa inscripción "... en una Personería Jurídica, extinguida de pleno derecho..."

Agrega que a pesar de haber sido impugnada esa inscripción ante la autoridad gubernativa competente, el Consejo Nacional Electoral la declaró electa y le expidió la correspondiente credencial.

b) En derecho:

Con la elección acusada se flajelan, sostiene, el precitado Art. 6o. del Acto Legislativo No. 2 de 1991; el inciso 7o. del Art. 108 de la Constitución Política y los Artículos 66-2, 67 y 228 del C.C.A.

El concepto de la violación precisa que la Asamblea Nal. Constituyente expidió, para las elecciones del 27 de octubre de 1991, normas de vigencia inmediata mediante las cuales estableció requisitos que debían cumplirse en la inscripción de listas de candidatos al Senado y Cámara de Representantes y de candidato a gobernador de Departamento.- Respecto de las listas al Senado ellos consistieron en acreditar el respaldo de 10.000 adherentes y constitución de caución por $5.000.000.oo

Pero el Art. 108 de la Carta Política exonera del cumplimiento de requisitos adicionales, para la inscripción de candidatos a elecciones populares, a los partidos y movimientos políticos con personaría jurídica, disposición con base en la cual el movimiento Unitario Metapolitico inscribió la lista encabezada por la Señora Regina Betancourt de L., no obstante que la personería reconocida a dicha agrupación partidista se había extinguido.

Este aserto lo argumenta con lo previsto en el inciso 7o. del precitado Art., 108 de la Constitución, conforme al cual por no haber alcanzado representación en el Congreso de la República el movimiento Unitario Metapolítico en las elecciones de 1990, su personería jurídica se extinguió de pleno derecho, sufrió el fenómeno del decaimiento "... pues la norma en la que se fundamentó su expedición (el inciso 1. artículo 4o. de la ley 58 de 1985), desapareció desde el instante en que entró en vigencia la actual Constitución..."

En esas condiciones, concluye, correspondía llenar los requisitos adicionales del Acto Legislativo # 2 de 1991 en su artículo 6o. para que la inscripción de la lista encabezada por la señora Betancourt de L. fuera válida, lo que no habiendo ocurrido determina la nulidad de la elección declarada a favor de aquella.-

2. Trámite del proceso.

Admitida la demanda la señora Regina Betancourt de Liska la impugnó mediante apoderado.- Este propone, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones, excepción de inepta demanda por la forma de presentación del *libelo* demandatorio, en el que son ostensibles los "Tachones, emendaduras e intercalaciones sin la debida salvedad...", que "... lo acreditan sólo como un simple borrador ..." (fol. 24); porque se refiere a la demandada de tres maneras diferentes; también, porque del mismo modo, en formas diferentes, alude a la agrupación partidista que inscribió la lista encabezada por la señora Bentancourt de L.- Atribuye a la demanda el vicio de no contener los fundamentos de derecho de las pretensiones, pues que incluso no existe el artículo 108-7 de la Carta.

Que tampoco contiene el concepto de la violación del Art. 66-2 del C.C.A., puesto que no expresa cuales son los fundamentos de hecho o de derecho que han desaparecido.- Niega los presupuestos de aplicación del Art. 67 de la misma codificación, por cuanto el movimiento Unitario Metapolítico llenó los requisitos constitucionales para obtener la ratificación del reconocimiento de su personaría, y por gozar de ese reconocimiento el Consejo Nal. Electoral le adjudicó espacios disponibles en televisión para su promoción, por lo que no entiende la razón de la actora para aducir la extinción de la personería de esa agrupación Política. Entonces, concluye por este aspecto., no se explica por qué considera violado el Art. 228 del C.C.A.

Desde el punto de vista sustantivo también se opone a las pretensiones argumentando, una vez mas, que el movimiento Unitario Metapolitico tiene personería jurídica reconocida por Resolución No. 18 de 1986, vigente según certificación del Consejo Nal. Electoral de fecha agosto 5 de 1991.- Que además de no haber producido el Art. 108 de la nueva Constitución Política la extinción de la personería jurídica de los movimientos políticos pequeños, el Movimiento Unitario Metapolítico, por aquello de que "mas vale prevenir que curar...", desde el 13 de agosto de 1991 comenzó a diligenciar la ratificación de su personería.

Finalmente formula elucubraciones acerca de la correcta interpretación del Art. 108 de la C.N., y pide ordenar la expedición de copia de la demanda con destino a la jurisdicción penal, para que se investiguen los cargos allí formulados al Consejo Nal. Electoral en cuanto a la forma de otorgar personerías jurídicas a movimientos y partidos políticos.

Recaudada la prueba que fué decretada a solicitud de las partes y producida la acumulación del término para alegar solo hizo uso la apoderada de la actora, quien pidió que las argumentaciones expuestas respecto de las pretensiones del proceso 0639 sean tenidas en cuenta para el presente.- Así se

lee a folios 386 y Sgtes del expediente del aludido proceso y en el resumen que en este proveído se hizo de esa memoria, que se limita a sostener la invalidez de la declaratoria de elección para el Senado de la República de las citadas Regina Betancourt de Liska y Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos, por cuanto la inscripción de sus respectivas candidaturas no se hizo con satisfacción de los requisitos del Acto Legislativo No. 2. de 1991 en su artículo 6o. Que así debió efectuarse por estar extinguida de pleno derecho las personerías jurídicas de las agrupaciones políticas a cuyo nombre se efectuó esa inscripción, conforme resulta de lo estatuido en el Art. 108, inciso 7 de la Carta Constitucional.

Expediente No. 0652 Actor: ISRAEL MORALES PORTELA

1.- El ciudadano Israel Morales Portela, en su propio nombre y en ejercicio de la acción contenciosa electoral, también solicita la anulación de los artículos 1 y 2 de la Resolución 121 de noviembre 25 de 1991, pero solo en cuanto por ellos se declaró electa y se ordenó expedir la credencial de senadora de la República a la señora Regina Betancourt de Liska en representación del Movimiento Unitario Metapolitico, para el período constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de dicho año y el 19 de julio de 1994.-

Los hechos, las normas jurídicas y el concepto de su violación aducidos en apoyo de las pretensiones son idénticos a los expuestos en las tres demandas relacionadas anteriormente, o sea, que por la extinción de pleno derecho que se operó de las personerías jurídicas reconocidas a algunos partidos y movimientos políticos - entre ellos el Unitario Metapolítico - por mandato del Art. 108-7 de la Constitución, la inscripción de la lista de candidatos al Senado de la República por esa agrupación partidista para las elecciones del 27 de octubre de 1991 debió hacerse con satisfacción de los requisitos prescritos en el Art. 6o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, lo que por no haber ocurrido determina la invalidez de ese acto y, consiguientemente de la declaratoria de elección en favor de la señora Betancourt de Liska.-

Las dos normas precisadas, más los artículos 66-2, 67 y 228 del C.C.A. son las que se invocan en apoyo de lo demandado.

2.- La demanda fué admitida con auto fechado a 27 de enero de 1992, y dentro del término de fijación en lista respondida por la señora Regina Betancourt de Liska mediante apoderado.- Esa contestación se hace con el texto de la dada por el mismo apoderado en el proceso No. 0638, profesional que había solicitado del Consejo Nal. Electoral la cancelación de la personería jurídica de todos los partidos y movimientos políticos existentes en Colombia, por cuanto así resultaba de la interpretación gramatical del Art. 108, inciso 7 de la Constitución Política.- *Tan sui géneris* contestación se da, por estimar el

apoderado que quien formula la demanda se apropió del texto del *libelo* demandatorio que dió origen al proceso 638 presentada por la señorita Claudia Lucía Florez Montoya, pues que de su comparación se "...tiene que llegar a la melancólica conclusión que el señor ISRAEL MORALES PORTELA copió servilmente y sin comillas .." (fols. 24 y 25 C. No. 0652).- Agrega que dichos textos difieren únicamente "... en el nombre de los demandantes ya que el señor ISRAEL MORALES PORTELA copió hasta la dirección de la señorita CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA...".- Observa así, que en la copia no se incurrió en los tachones e intercalaciones "... que tiene la demanda copiada ... ". Acompaña la memoria dicha con copia de los mismos documentos allegados con la respuesta dada a la demanda en el proceso No. 638.

Allegada la prueba decretada a instancia de las partes se corrió traslado para alegar del que solo hizo uso el demandante para reiterar los argumentos expuestos en el concepto de la violación de la norma.- Finalizó su memoria preguntando, en cuánto al inciso 7o. del Art. 108 de la Carta: ¿De no ser correcta la interpretación, cuando y a que situación concreta es aplicable su texto?" (fol. 384 Exp. No. 0639).-

3o.- Concepto de la Señora Procuradora Séptima Delegada (E).-

Se limita a examinar lo concerniente a la excepción de Inepta Demanda formulada por el apoderado de la impugnante, para concluir que no acreditan ese medio defensivo las objeciones formales que se hacen al *libelo* demandatorio, habída cuenta que por tratarse de una acción pública la electoral no es pertinente exigir el cumplimiento estricto de ritualísmos procedimentales.-

Expediente No. 0623 Actora: REMEDIOS NICOLASA FAJARDO GOMEZ.

La ciudadana Remedios Nicolasa Fajardo Gómez, mediante apoderado, en ejercicio de la acción contenciosa electoral solicita la nulidad parcial de los artículos 1o. y 2o. de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), por medio de la cual el Consejo Nal. Electoral declaró la elección de Senadores de la República para el período constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, pero solo en cuanto declaró elegido, por la circunscripción electoral indígena, al señor ANTONIO QUIRA GUAUÑA.- También, que "previa rectificación y verificación de los escrutinios de las elecciones realizadas el 27 de octubre de 1991 en la Circunscripción Especial Indígena, declare electa a Remedios Nicolasa Fajardo Gómez y le expida la credencial correspondiente.."

Fundamentos de las Pretensiones:

a) En los hechos y en derecho.-

Señala que para las elecciones del 27 de octubre de 1991 el Acto Constituyente No. 2 de ese año, mediante el Art. 21 creó en forma transitoria la circunscripción electoral Indígena para el Senado de República, la cual elegirá dos (2) senadores Indígenas.- Agrega que ello ocurrirá con cualquier número de votos según los considerandos de la Resolución No. 109 de 1991 (noviembre 22), del Consejo Nal. Electoral.

Y que el art. 22 del mismo acto constituyente señaló el requisito a llenar por los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Congreso de la República, como es haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización Indígena.

En armonía con esas disposiciones se inscribieron varias personas como candidatos al Senado de la República por la Circunscripción Nal. Indígena, entre ellos Remedios Nicolasa Fajardo Gómez y Anatolio Guira Guauña, como lo dispone el Art. 1o. de la Resolución 109 de 1991 del Consejo Nal. Electoral.

Pero el Art 7o. del precitado Acto Constituyente específicamente en su inciso 2o., estableció que "...en caso de que **no se hayan aceptado previamente** las candidaturas... los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil rechazaran la inscripción. Contra esa decisión cabe el recurso de apelación ante el Consejo Nal. Electoral que decidirá de plano..."

Afirma entonces, que el señor Anatolio Quira G. fué inscrito candidato al Senado por la circunscripción Nacional indígena, en representación de la Alianza Social Indígena, siendo también cierto que dicho candidato no aceptó previamente su postulación al Senado de la República; y a más de ello la agrupación "Alianza Social Indígena" no se encuentra reconocida como Partido o Movimiento Político por el Consejo Nal. Electoral.

De allí infiere que el señor Anatolio Quira Guauña no reunía las condiciones constitucionales para ser elegido Senador de la República y, por lo mismo era inelegible en las elecciones del 27 de octubre de 1991 "... en virtud de que no aceptó previamente su postulación ... ", en prueba de lo cual allegó fotocopia autenticada del formulario E-9 de la Registraduría Nal. del Estado Civil visible al fol. 16 del expediente No. 0623.-

Concluye pidiendo declarar electa a Remedios Nicolasa Fajardo Gómez por la Circunscripción Nal. Indígena, por haber seguido en votos al Sr. Anatolio Quíra G., los que "... no son computables dada la inexistencia de su inscripción..". (fols. 28 a 30 del precitado expediente).

Además de las normas citadas, apoya en derecho las pretensiones en el Art. 228 del C.C.A.

b) El concepto de la violación se circunscribe a sostener que si un candidato a elección popular no ha aceptado su inscripción, "resulta total y absolutamente inhabilitado para ser elegido...", pues que así deviene de lo prescrito en el Art. 7o. del Acto Constituyente tantas veces mencionado.- Que por ello los delegados del Registrador Nal. del Estado Civil debieron rechazar la inscripción del Sr. Guira Guauña, que por indebida es inexistente.

II.- El trámite del proceso.-

Admitida la demanda, en el mismo proveído se denegó la suspensión provisional del acto acusado.

El actor corrigió la demanda para invocar el numeral 5 del Art. 223 del C.C.A., modificado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988, con fundamento jurídico de la acción. Tambien el Art. 228 *Ibídem* con el mismo objeto.- Igualmente anunció la solicitud de pruebas en el término de fijación en lista.- Dicha corrección fué admitida sin que en el término dicho se la hubiera contestado.- En la etapa, probatoria fueron decretados los medios de convicción allegados con la demanda.- No así una prueba anunciada "... a título de ilustración para el H. Consejo de Estado...", que se acompaño a solicitud visible a folios 54 y 55 del Exp. 0623, denegada por extemporanea.

En su condición de ciudadano y senador de la República el Sr. Anatolio Quira Guauña constituyó apoderado judicial, a quien se reconoció mediante proveído de fecha junio 16 de 1992.

III. Alegatos de las partes.-

Al fol. 155 y siguientes del Exp. 0639 se encuentra el alegato de la parte actora, con el que luego de señalar que los expresados como hechos 1 a 5 de la demanda atañen a cuestión "puramente legal", pasa a relacionar la prueba documental que en su concepto acredita la indebida inscripción de la candidatura del Sr. Anatolio Quira Guauña y la ajustada a derecho inscripción de la candidatura de Remedios Nazalice Fajardo Gómez, ambas para el senado de la República por la Circunscripción Especial Indígena.-

Relaciona nuevamente los aspectos tratados en el concepto de la violación; alude a los términos para la inscripción y modificación de listas o candidaturas a gobernadores y a los requisitos para la inscripción al tenor de lo dispuesto en el artículo 6o. del Acto Constitucional No. 2 de 1991 y 108, inciso 3o, de la Constitución.

Cita tambien artículos del Código Electoral, concernientes a la no aceptación de candidaturas, que no fueron invocados en la demanda; asimismo, en cuanto a modificación de listas de candidatos, situación que según el memorialista no se dió en el caso de la encabezada por el Sr. Quira Guauña.- Alude seguidamente al tema de la inscripción por partidos o movimientos políticos, tratado en la demanda muy tangencialmente., en cuanto se dijo que la llamada "Alianza Social Indígena" no ha sido reconocida como partido o movimiento político, acompañando de certificación en tal sentido del Secretario del Consejo Nal Electoral.- En conclusión sienta dos premisas:

1o.) Que el Sr. Antonio Quira Guauña no acepta la postulación de su nombre como candidato al Senado de la República por la Circunscripción Especial Indígena;

2o.) Fué avalado en representación de un partido o movimiento político inexistente.

De allí concluye que el Sr. Quira Guauña era inelegible en las elecciones del 27 de octubre de 1991, debiendo anularse la declaratoria de su elección conforme al Art. 223, numeral 5 y 228 del C.C.A. por falta de las condiciones o calidades para ser elegido.- Además, que los votos que obtuvo no son computables por ser la inscripción inexistente, son nulos, por lo que corresponde rectificar y verificar los escrutinios de la Circunscripción Especial Indígena a efecto de establecer a quien le corresponde la credencial de senador en lugar del premencionado señor Quira Guauña.

Pide, finalmente, declarar electa a la señorita Remedios Nicolasa Fajardo Gómez como senadora de la República.

b) A su vez, a folio 317 y Sgtes del Exp. 0639 obra el alegato del procurador judicial del impugnante, quien discrepa de las apreciaciones jurídicas de la parte actora en razón a que el asunto en examen no tiene "...antecedentes en la vida jurídica del país..." resultante del proceso de cambio institucional determinado por actos constituyentes de 1991.- Luego señala las particulares condiciones previstas en los artículos 22 y 23 del Acto Constituyente No. 2 de 1991 para la inscripción de candidatos al senado por las comunidades Indígenas, distintas a las del Art. 7. *Ibídem.* que estima no aplicables al caso de la

circunscripción especial indígena como lo decidió el Consejo Nal. Electoral con la Resolución No. 109 del 22 de noviembre de 1991.- En cuanto a que la inscripción se hizo por una agrupación política no reconocida legalmente, se extiende el apoderado en el exámen de elementos probatorios no apreciables en este fallo por no habérselos aportado regular y oportunamente (Art. 187 del C.P.Civil).

Objeta la inscripción de la señorita Remedios Nicolasa Fajardo Gómez a nombre del "Movimiento Indígena", por falta de reconocimiento legal de esa agrupación política como se debe constatar pidiendo la certificación correspondiente.-

IV. Concepto del Ministerio Público.- Del folio 406 al 410 del Exp. 0639 expresa la señora Procuradora Séptima Delegada su concepto para el proceso en exámen.-

Se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto la no aceptación de la candidatura no está prevista como causal de inhabilidad electoral; además, porque lo atañedero a las inscripciones de candidaturas es cuestión sólo debatible como causal de reclamación.

También examina las características de la Circunscripción Especial Indígena, para elegir senadores en las elecciones del 27 de octubre de 1991 al tenor del Art, 22 del Acto Constituyente No. 2 de 1991, conforme a las cuales los candidatos no necesitaban el aval de partido o movimiento político, condición que aún de requerirse en el caso de la aludida circunscripción tampoco su ausencia implicaría nulidad.

Expediente No. 0624 Actor: PEDRO CASSES URIBARREN.

1.- En su propio nombre y en ejercicio de la acción contenciosa electoral, el actor de la referencia solicita se declare:

A) la nulidad de la Resolución No. 121 de noviembre 25 de 1991, mediante la cual el Consejo Nal. Electoral efectuó el escrutinio de la circunscripción nacional, declaró la elección de Senadores para el período que termina el 19 de julio de 1994 y ordenó la expedición de credenciales a las personas mencionadas en el artículo 1o. de ese acto administrativo;

B) Que se encontraban vigentes los actos administrativos emanados de las autoridades electorales radiante los cuales se declaró la elección de miembros de las cámaras legislativas y se expidieron credenciales como resultado de los

escrutinios de las elecciones del 11 de marzo de 1990, para el período 1990-1994, exceptuando las que hayan sido anuladas en juicios electorales.

C) Que no han sido revocadas por el H. Consejo de Estado las sentencias proferidas por la misma Corporación en los expedientes 0356, 0357, 0359, 0361, 0363, 0374, 0386, 0389, 0394 y 0395, a los cuales se refiere el oficio de fecha junio 12 de 1991 firmado por el presidente de la Sección V de la Sala de lo Contencioso Administrativo y que, en consecuencia, dichas sentencias pasaron a tener autoridad de cosa juzgada contenciosa.

D) Que el Consejo Nal. Electoral carecía de competencia para escrutar, declarar la elección y expedir credenciales de senadores de la República para sustituir - dentro del mismo período constitucional - a los elegidos para la misma Corporación en las elecciones del 11 de marzo de 1990 y cuyas credenciales no habían sido declaradas nulas por el Tribunal competente, ni tampoco habían sido invalidadas por pérdida de la investidura.- Esta misma declaración debe hacerse con relación a las nuevas credenciales expedidas a los representantes a la Cámara por los delegados del Consejo Nal. Electoral en las circunscripciones departamentales.

E) Como consecuencia de las anteriores formulaciones, se declaren canceladas las credenciales expedidas a los miembros del Senado y la Cámara de Representantes declarados elegidos por la Resolución 121 de 25 de noviembre de 1991, y por los Acuerdos de los Delegados del Consejo Nal. Electoral en cuanto a las elecciones del 27 de octubre de 1991.

2.- Sustento de esas pretensiones son los siguientes:

a) Fundamentos de hechos:

Luego de relatar que el 11 de marzo de 1990 se efectuó la elección de miembros del Congreso de la República para el período comprendido entre el 20 de julio de ese año y el 19 de julio de 1994, como así lo declararon las autoridades de la organización electoral mediante los correspondientes acuerdos, oportunamente el Consejo de Estado decidió las acciones de nulidad que contra los actos declaratorios de esas elecciones se propusieron

Posteriormente , agrega en las elecciones presidenciales del 27 de mayo del mismo año, por mandato legal, se computaron las tarjetas electorales que convocaban una Asamblea Constitucional "para Reformar la Constitución Política de Colombia" (Rayas del texto), consulta o plebiscito que resultó aprobado.-

SECCION QUINTA

En atención a esa convocatoria, con fechas 2 y 23 de agosto de 1990 se firmarón Acuerdos Políticos sobre la Asamblea Constitucional, en los que quienes los suscribieron - el Presidente de la República y los directores o jefes de los partidos con representación mayoritaria en el Congreso recién instalado claramente expresaron que las atribuciones de la Asamblea "se limitaban a reformar la Constitución Política .." entonces vigente.- Dichos acuerdos dieron lugar a la convocatoria a elecciones, a realizarse el 9 de diciembre de 1990 para elegir los integrantes de esa Asamblea, mediante el Decreto 1926 del citado año en el que se incorporaron los aspectos puntuales de esos Acuerdos Políticos.

El Decretò 1926 aludido fué declarado exequible con sentencia del 9 de octubre de 1990 proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se hizo la siguiente perentoria advertencia: "d) Advierte la Corte que los actuales períodos de los funcionarios mencionados en el punto 9- a) del Acuerdo Político, incluido en la parte considerativa del Decreto 1926 de 1990, no podrán ser afectados, pues de lo contrario carecerían de sentido las inhabilidades futuras y la coincidencia de ellas con los años electorales allí señalados". (Rayas en lo transcrito). Dicho texto es de obligatorio cumplimiento, anota el actor, porque entre las disposiciones declaradas inexequibles no figuran los numerales 9-a y 12 de las bases de los Acuerdos, este último atañedero a la prohibición de los miembros de la Asamblea Constitucional para ser candidatos "...a ninguna Corporacíon publica en 1992 ni en 1994".-

Destaca también que la H. Corte en el citado fallo hizo la siguiente precisión: "La Corte, por esto, ha señalado concretamente las partes estimadas como inconstitucionales entendiéndose entonces que las no excluídas en esta especifica forma, hállense donde se hallen, tómense como parte considerativa o no, mantienen su vigencia e imperio y deben acatarse como normativas". (Rayas del texto Transcrito).

Posteriormente, y en comunicado del Gobierno Nacional y en el discurso de clausura de las Cámaras, ambos de 1990, se enfatizó respecto de la intangibilidad de los períodos de quienes hubieran sido legítimamente elegidos, entre ellos los Congresistas para el período constitucional entonces en curso.

Con todo, el 9 de junio de 1991 se firmó en la Casa de Nariño un nuevo acuerdo Político, en el que se recomienda disolver el Congreso Nacional y la convocatoria a nuevas elecciones, quedando en receso los congresistas elegidos en marzo de 1990 mientras se posesionaban los que fueran elegidos por virtud del precitado acuerdo.-

Fué entonces cuando dejando de lado la limitación advertida por la H. Corte Suprema, que de atrás hizo mérito, la Asamblea Constitucional "desconoció

y desacató tanto el mandato del pueblo como el fallo de la H. Corte Suprema de Justicia....", procediendo a expedir el Art. 1o. transitorio por el que inválido las elecciones de 1990, no obstante que la misma Asamblea mantuvo el período de los Senadores y Representantes, "en cuatro años" (subrayas del actor), pues así esta previsto en el Art. 132 de la C.N. Que por ello, entonces, dicho articulo 1o. transitorio no puede considerarse como reforma constitucional propiamente dicha sino como un acto electoral y, por ende, sin fuerza vinculante como para reducir el período de los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990 frente a lo previsto en el Art. 132 en cita.-

Alude a certificados del Consejo Nal. Electoral, y de esta Sección Quinta del Consejo de Estado respecto de pronunciamientos relacionados con demandas de nulidad de actos declaratorios de la elección de congresistas el 11 de marzo de 1990, y al resultado de las elecciones del 27 de octubre de 1991 que califica la culminación del proceso de desinstitucionalizacion del país, comparando el volumen de los votos entonces depositados con el de aquellos comicios lo que en su criterio "... revelan en forma inequívoca, que el pueblo no expresó su voluntad mayoritaria de disolver el Congreso de la República..." (fol. 364).

b) En derecho se apoya en lo prescrito en los artículo 3, 6, 29, 113, 114, 237, 116, 121, 132, 184, 228 y 237 de la Constitución Política.

1.3 El concepto de violación se transcribe seguidamente, no solo por su extensión sino por lo múltiples cuestionamientos que plantea. Así dice:

"CONCEPTO DE VIOLACION:

Además de los conceptos de violación expuestos en la parte o capítulo III de esta demanda, sustentamos a continuación otros que tienen especial relevancia.

a. La arbitraria disolución del Congreso

Tanto en el anterior ordenamiento constitucional como en el presente la estructura del Estado se basa en la división y distribución de funciones entre las siguientes ramas del poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. (Art. 113 de la actual codificación constitucional). Según el artículo 121 de la C.N. "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la ley."

Al Congreso se le atribuye la función en el Art. 114 de la C.N. de. "reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno

y la administración". En la misma disposición se dice que el Congreso de la República estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

En el Art. 115 de la C.N., se le otorgan al Consejo de Estado y a la Corte Suprema de Justicia, con otros órganos creados, la función de "administrar justicia".

Al Presidente se le define en el Art. 115 "Como jefe del Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa".

En ninguno de los textos constitucionales que asignan las funciones de los poderes públicos constituidos, existe el derecho o facultad de disolver el Congreso por medio alguno.

Si ese derecho no está expresamente establecido, y tampoco tácitamente en el ordenamiento constitucional colombiano, pasado y presente, no podía ejercerse.

Hemos analizado ya que la Asamblea Constitucional no fué investida de ese poder por el constituyente primario, luego las normas aplicables son las que corresponden a nuestro ordenamiento jurídico constitucional de carácter permanente.

El H. Consejo de Estado -esperamos que lo haga con la profundidad que inspira siempre sus fallos- determinará si en un régimen presidencial como el nuestro es dable o permisible disolver el Congreso y destituirle de sus funciones como se hizo a través del artículo transitorio No. 1 de la Asamblea Constitucional, cuando no se ha instituido un sistema de gobierno que lo permita: el caso del régimen parlamentario, en el cual la disolución si está consagrada como un derecho, lo que justifica a su vez la convocatoria a nuevas elecciones.

Al establecer, además, el artículo 132 de la C.N. que los Senadores y Representantes, como miembros del Congreso, son elegidos para un período de cuatro años, los ha investido de un derecho inalienable, y se infringe la Constitución cuando ese período se altera. La misma disposición existía cuando fué disuelto el Congreso. Según lo prescribe el Art. 6o. de la Constitución vigente los servidores públicos son responsables por la infracción de la Constitución y las Leyes, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En el presente caso la infracción de la Constitución se ha patentizado al expedir el H. Consejo Nacional Electoral la Resolución No. 121 de 25 de

noviembre de 1991, al escrutar unas elecciones que carecían de legitimidad constitucional; al declarar la elección de unas personas y al expedirles credenciales.

Este tema será tratado más extensamente en páginas siguientes.

b. La pérdida de la investidura y el debido proceso.

La pérdida de la investidura de los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990, ha debido someterse al debido proceso garantizado por el Art. 29 de la C.N., por ser aplicable a toda "clase de actuaciones judiciales y administrativas". (subrayo)

La resolución 121 de 25 de noviembre de 1991, expedida por el H. Consejo Nacional Electoral, tiene el carácter de "actuación administrativa ".

Dice el artículo 184 de la C.N. que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley en un término no mayor a veinte dias hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano".

Encontrándose vigentes, los actos administrativos que habían declarado la elección de los Senadores y Representantes del Congreso elegido el 11 de marzo de 1991, como los presidentes del Consejo de Estado y del Consejo Nacional Electoral lo informaron, según las pruebas que se acompañan a esta demanda, los miembros de las cámaras legislativas no podían perder su investidura sin haberse cumplido el debido proceso.

El Consejo Nacional Electoral fundamento su decisión en el artículo transitorio No.1, exclusivamente, pero omitió y se extralimitó en sus funciones al producir un acto administrativo -la Resolución No. 121 de 25 de noviembre de 1991- sin tener en cuenta que los miembros del Congreso solo pueden dejar de pertenecer a él cuando (sic) sus credenciales son anuladas por el H. Consejo de Estado, o invalidadas por pérdida de investidura a la luz de la Constitución vigente. Haber expedido nuevas credenciales, en ese sentido, fue una arbitrariedad o un abuso de poder.

En este caso, la ignorancia es totalmente inexcusable.

SECCION QUINTA

c. El Control inter-órganos. La cosa juzgada.

Característica del estado de derecho constitucional democrático es el control inter-órganos.
El artículo 121 de la Constitución Nacional -que se ha señalado como violado- establece que "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la Ley".

Si eso se predica de las funciones que emanan de los órganos del poder constituido -Asamblea Constitucional, y Congreso-, debemos estimar que el mandato del constituyente primario **que limitó las atribuciones del ente delegado a reformar la Constitución**, fué violado al extenderse los constituyentes a la producción de actos político-electorales ajenos al contenido material de las reformas del ordenamiento jurídico constitucional, asunto que estaba por fuera de su competencia.

Por otra parte, al desestimar las credenciales expedidas a los Senadores y Representantes elegidos el 11 de marzo de 1991, sin haber sido anuladas por causales señaladas en la ley ni por pérdida de investidura, según la nueva Constitución Política, el Consejo Nacional Electoral suplantó las funciones del Honorable Consejo de Estado señaladas en la Constitución y la Ley. Por ello, se violó también el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Asunto de la mayor importancia, es, por otra parte, el relacionado con los efectos de la cosa juzgada.

Sostengo que tanto la sentencia del Honorable Consejo de Estado de 12 de Septiembre de 1990; las que resolvieron las demandas de nulidad de las elecciones de algunos congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990, y la sentencia del 9 de octubre de 1990, proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, **pasaron a tener autoridad de cosa Juzgada**, y por lo tanto, sus decisiones no podían desconocerse ni por los particulares, ni por los funcionarios, ni por los órganos del poder público. Las sentencias del Honorable Consejo de Estado, con el carácter de cosa juzgada contenciosa y la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con el carácter de cosa juzgada constitucional. Estos efectos de las sentencias de la Corte fueron reconocidos en el artículo 243 de la Constitución Nacional, que a la letra dice:

"Artículo 243.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado

inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución". (subrayo.).

En consecuencia, al haber declarado la Corte mediante fallo, en ejercicio del control jurisdiccional del decreto 1926 de 1990, que los períodos de los congresistas no podían afectarse, obligaba a la Asamblea Constitucional y a los otros órganos del poder constituído, entre éstos, el Gobierno y al Consejo Nacional Electoral a acatar dicho pronunciamiento jurisdiccional.

De manera que la violación del artículo 243 de la Constitución Nacional resultó igualmente patente al expedirse la resolución No. 121 del 25 de Noviembre por el Honorable Consejo Electoral. El Honorable Consejo de Estado deberá fijar las consecuencias del desacato, tanto más cuanto la Constitución no fué reformada en cuanto al período de los miembros del Congreso, como tantas veces se ha dicho.

d. La teoría del decaimiento de los actos administrativos.

El acto administrativo mediante el cual se realiza el escrutinio de unas elecciones; se hace la declaratoria de elección y se expiden unas credenciales, no es susceptible de decaer mientras no sea anulado o invalidado por la autoridad competente.

Mirado dicho acto como resultado de un pronunciamiento popular previo, su vida jurídica no desaparece por acción de decisiones que se tomen por órganos que no están dotados de competencia jurisdiccional. La Asamblea Constitucional carecía de esta facultad o atribución, por su propia naturaleza, dentro del concepto de división de funciones entre los poderes públicos en un estado de derecho constitucional democrático.

No puede hablarse validamente de sustracción de materia o "pérdida de efectos del acto Administrativo" porque el artículo Transitorio No. 1 de 1991, emanado de la Asamblea Constitucional, no podía desconocer la autoridad de cosa juzgada de la sentencia de la Honorable Corte Suprema de 9 de octubre, que declaró la intangibilidad del período de los funcionarios que ejercieran cargos o empleos de carácter político (entre éstos, obviamente, los Representantes y Senadores elegidos el 11 de marzo de 1990), ni las dictadas por el Honorable Consejo de Estado de 12 de septiembre de 1990 y las correspondientes a las demandas que se instauraron contra la elección de algunos miembros del Congreso.

Aceptar que los Actos Administrativos producidos por las autoridades

electorales en relación con las elecciones del 11 de marzo de 1990, decayeron por efecto del Acto Transitorio No. 1 de la Asamblea Constitucional, es infringir las normas que garantizan la independencia y autonomía de la administración de justicia, porque si es verdad que la Constitución es norma derogatoria de la legislación preexistente que le sea contraria, no es jamás admisible afirmar que también sea norma derogatoria de las sentencias emanadas del poder judicial que han pasado a ser cosa juzgada. Aquí sin duda, encontramos una excepción a la interpretación de la teoría a la que nos referimos.

En este sentido, el artículo 228 de la Constitución Nacional fué igualmente violado, en cuanto proclama que las decisiones de la administración de justicia "son independientes" y sus actuaciones tienen carácter "permanente" con las excepciones que establezca la ley, y que su funcionamiento es "desconcentrado y autónomo".

No ha consagrado nuestra legislación constitucional que las sentencias puedan ser derogadas por autoridades extra-judiciales, y no lo ha sido así porque ello sería abrir las puertas a los regímenes de hecho, a las dictaduras, a las satrapías, a todo gobierno dictatorial.

El Honorable Consejo Nacional Electoral, al expedir la resolución No. 121 de 25 de Noviembre de 1991, violó, por las razones dichas, el artículo 228 de la Constitución Nacional, al pretender dejar sin efecto las sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, citadas en este memorial.

e. Imposibilidad de superponer unas elecciones a otras, correspondientes al mismo período constitucional.

En mi concepto dicha Corporación -el Consejo Nacional Electoral- ha debido inhibirse para ejercer la atribución que le confiere el artículo 265 de la Constitución, numeral 7o..., "de efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar".

Fundamentalmente, esa inhibición era pertinente **por cuanto no pueden existir dos pronunciamientos sobre elecciones de corporaciones que abarquen un mismo período constitucional**. En efecto, al haber actuado como actuó con la expedición de la Resolución No. 121 de 25 de Noviembre de 1991, superpuso a las elecciones del 11 de marzo de 1990 las del 27 de octubre de 1991, sin que las primeras hubieran sido anuladas. Y si esta situación es inconcebible jurídicamente, el Honorable Consejo de Estado deberá reconocer que las últimas -las del 27 de octubre- en

cuanto a Senadores y Representantes tienen el carácter de espurias y deben ser -ellas sí- anuladas para preservar el Estado de Derecho. Así lo he solicitado en la parte petitoria de esta demanda.

Señaló como violado también el artículo 237 de la Constitución Nacional, por cuanto el Honorable Consejo Nacional Electoral, interfirió la atribución que le otorga el numeral 1o. al Consejo de Estado de "desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que le señale la ley".

El concepto de violación de este artículo lo sustento en razón de que el Honorable Consejo Electoral desconoció las sentencias que había dictado el Consejo de Estado a través de las cuales resolvió las demandas de nulidad de las elecciones generales del 11 de marzo de 1990 (sentencia de 12 de septiembre) y los otros fallos en cuanto a los expedientes mencionados en el texto de esta demanda. (Pág. 2a del capítulo II).

Significa, entonces, lo dicho, que la Resolución demandada está viciada de nulidad absoluta en razón a que surgió como consecuencia de una cadena de actos violatorios del orden jurídico preestablecido; y siendo ejercida indebidamente por ello, la competencia del Consejo Nacional Electoral se ha configurado en verdadero abuso de poder de las funciones que le han sido asignadas, ya que el acto expedido implica una contradicción flagrante y manifiesta con aquél que declaró ajustadas a derecho las elecciones del, 11 de marzo de 1990.

f. La doctrina de los autores.

Vale la pena, ilustrísimos Consejeros de Estado, citar algunos tratadistas. Entre éstos, a uno de los más conspicuos, el Profesor de la Universidad de Heidelberg, Georg Jellinek, quien en su, tratado "Teoría del Estado" página 279, de la 2a edición, dijo: "En derecho público, el diputado elegido se considera miembro de la Cámara para que fue designado, hasta tanto que su elección sea anulada".

Habrá mejor argumento para destruir la peregrina tesis de que los actos administrativos que expiden las credenciales de los congresistas pueden decaer sin que expresamente sean anulados por la autoridad competente?

En un régimen presidencial como el nuestro, la afirmación del eminente tratadista tiene el valor de lo incontrovertible.

Porque la disolución del Congreso -fenómeno del derecho público solo concebible en el régimen parlamentario- se eligió a través del Artículo Transitorio No. 1 de la Asamblea Constitucional, en un golpe de estado, el cual no se circunscribe al derrocamiento del jefe de un gobierno por las vías de hecho, sino también al ejercicio de la arbitrariedad política contra las instituciones legítimamente constituidas.

En el libro "Palabra que No", el Dr. Edmundo López Gómez, Editorial La Imprenta Ltda. la Edición, septiembre 1991, quien en un acto de consecuencia política se abstuvo de participar en unas elecciones adecuadamente calificadas por él como un desafuero de la Asamblea Constitucional contra el Congreso de la República, se cita al tratadista vernáculo, Dr. Vladimiro Naranjo, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Rosario, quien se expresó en los siguientes términos:

"No existe en Colombia el derecho de disolución del Parlamento. Bajo ninguna circunstancia el gobierno puede, en un sistema presidencial disolver el parlamento. Ello equivaldría a un golpe de estado, y a la instalación de un régimen de *facto*. **El parlamento tiene un período constitucional fijo durante el cual se reúne, por derecho propio, en las fechas y el termino previstos"**.

Asimismo, otro distinguido estudioso del derecho público, el Jurista Orlando Solano Bárcenas, adelantó un trabajo investigativo relacionado con el fenómeno de la disolución de los congresos en el mundo contemporáneo, y llegó a la conclusión que efectivamente esta solo puede concebirse en los regímenes parlamentarios.

No existiendo -como norma de nuestra Constitución la facultad de el Congreso, la Asamblea optó por un procedimiento electoral circunstancial e imprevisto, característico de los regímenes de facto. Así habrá de reconocerse.

Ustedes, eminentísimos Consejeros de Estado, están en condiciones de sentar un precedente histórico: Que en Colombia no se pueden cometer atentados contra las instituciones legítimas, impunemente."(folio 364 a 317 del Exp. No. 0624)

II.- Tramitación del proceso.-

Admitida la demanda y su corrección, concluyó el término de fijación en lista sin que se produjera contestación alguna.- Fueron decretadas y recaudadas las pruebas solicitadas por el actor y una vez decretada la acumulación y corrido

el traslado para alegar del mismo solo hizo uso el coadyuvante Luis Eduardo Meza Solano, apoyándose en proveído de la Sala de lo Contencioso Administrativo Proferido en el expediente 1709 con fecha abril 30 de 1991.- En esa decisión se sostuvo la tesis de los poderes limitados y definidos de la Asamblea Nal. Constituyente y con base en ese criterio y la no anulación de los actos declaratorios de la elección de congresistas en las elecciones del 11 de marzo de 1990, hace suyas las pretensiones de la demanda, Pues que no era jurídicamente viable superponer unas elecciones a otras cuando el período de los elegidos en estas no han terminado (folios 100 a 103 del exp. 0639).

La colaboradora del Ministerio Público emitió concepto oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en razón de no estar instituida en causal de nulidad electoral la revocatoria del período de los congresistas y también porque "...Si por mandato constitucional se efectuaron las elecciones para el Congreso de la República el 27 de octubre del año próximo pasado y en esta forma se concluyó el período de los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990, no hay lugar a cuestionar la validez del acto impugnado ..." (folios 411 a 415 del exp. 0639).

Expediente No. 0632 Actor: CARLOS LUIS DAVILA ROSAS

1- I.- El ciudadano Carlos Luis Dávila Rosas, mediante apoderado, solicita declarar la nulidad de la Resolución No. 121 de 1991 (Noviembre 25), pero sólo en cuanto ese acto administrativo declaró la elección del Dr. FÉLIX SALCEDO BALDION como Senador de la República y le expidió la correspondiente credencial.- Además, que "... previa la verificación y rectificación del resultado de los escrutinios de la circunscripción nacional para Senador de la República y anulada la credencial del doctor Salcedo Baldión,..se declare electo y expida credencial a quien corresponda de acuerdo con la Constitución y las Leyes de Colombia..."

II.- Sustenta esas pretensiones en hechos que relata del modo que sigue:

Verificadas las elecciones del 27 de octubre de 1991 para el Senado de la República, por el acto administrativo acusado fué declarado electo miembro de esa corporación legislativa el Dr. Félix Salcedo Baldión quien entonces inhabilitado para ser elegido congresista era inelegible en dichos comicios en razón de lo siguiente:

> "a) Porque es socio, con el 48% de las acciones, de la Sociedad "Diario de la Frontera Ltda.", que contrató publicidad con diferentes entidades públicas entre el 27 de abril y el 27 de octubre del presente año. Efectivamente, mediante escritura pública No. 120 de enero 30 de 1989

de la Notaría Primera del Círculo de Cúcuta, Norte de Santander, se constituyó la sociedad limitada "Diario de la Frontera Ltda." cuyos socios son MIX-UP Ltda. con el 60% de los aportes, Salcedo Pliego y Compañía con 17% y Fernando Salcedo Baldión con el 25% de los aportes. A su vez MIX-UP Ltda., constituida mediante escritura pública No. 2.111 de noviembre 25 de 1987 también de la Notaría Primera del Círculo de Cúcuta, tiene como socios a : **Félix Salcedo Baldión con el 60% de los aportes** y a Félix Eduardo Salcedo Consuegra hijo de aquél, con el 20%, en consecuencia **FELIX SALCEDO BALDION tiene el 48% de la sociedad "Diario de la Frontera Ltda."**, su hijo Félix Eduardo Salcedo Consuegra tiene el 12% y su hermano Fernando Salcedo Baldión posee el 40% de los aportes, con todas las características de una sociedad familiar de carácter comercial.

El Senador Félix Salcedo Baldión que lo era también en el anterior período constitucional y fué, además Vicepresidente del Senado de la República, contrató publicidad con diferentes entidades del Estado como consta en las pruebas anexas a esta demanda, incorporadas en las carpetas 2,3,4 y 5 que se tendrán como parte integrante de la misma.

b) El Senador **FELIX SALCEDO BALDION, es propietario y posee el 76% de las acciones de la Sociedad Radio Novecientos Televisión y Comunicaciones, S.A.,** constituida por escritura pública No. 2.233 del 14 de diciembre de 1987 de la Notaría Primera del Círculo de Cúcuta, de la cual es socio, con el 95% de los aportes, la Sociedad MIX-UP Ltda.. Como antes quedó expresado que el Senador Félix Salcedo Baldión posee el 80% de las acciones de la Sociedad MIX-UP Ltda. Esta situación se ha conservado hasta el presente, como consta en los certificados de la Cámara de Comercio de Cúcuta, adheridos a la demanda.

El Senador Salcedo Baldión, a través de la sociedad "Radio Novecientos Televisión y Comunicaciones S.A.", contrató publicidad con entidades públicas. (Véanse las carpetas 2, 3, 4 y 5 antes mencionadas, que son parte del *libelo* de la demanda).

c) El senador Félix Salcedo Baldión, posee el 68% de la Sociedad Ltda. "Vallas Cero Limitada", la cual contrató servicios de publicidad con diferentes entidades del Estado entre el 27 de abril y el 27 de octubre de 1991 y mucho antes, también.

Efectivamente, mediante escritura pública No. 976 del 30 de abril de 1990 de la Notaría 2a. del Círculo de Cúcuta se constituyó la sociedad "Vallas Cero Ltda.", de la cual es socio con el 90% de las acciones "Radio

Novecientos Televisión y Comunicaciones S.A.", de la que, a la vez, es socio la empresa MIX-UP Ltda., con el 95% de las acciones, de cuyos aportes, en un 80% es titular y propietario el Senador Félix Salcedo Baldión.

Como ha sido costumbre, a través de esta última sociedad el Senador Salcedo Baldión contrató publicidad con diferentes entidades del Estado.

7o.- Evidentemente, "Centrales Eléctricas del Norte de Santander, S.A.", la empresa de Energía Eléctrica de Norte de Santander contrató publicidad, a partir del 27 de mayo de 1991 con el Diario de la Frontera, como consta en las respectivas solicitudes de servicio y las facturas cambiarias de compra-venta que aparecen en los anexos de la demanda, junto con ocho (8) contratos celebrados entre la Junta Departamental de Beneficencia del Norte de Santander y Fernando Salcedo Baldión, Gerente General y Representante Legal de la sociedad comercial "Diario de la Frontera", contratos vigentes a partir de los meses de abril, mayo y junio de 1991, los cuales se anexan a esta demanda debidamente autenticados con las respectivas órdenes de publicidad. Igualmente la Empresa Licorera del Norte de Santander y Fernando Salcedo Baldión, representante legal de la sociedad comercial Diario de la Frontera celebraron el contrato de publicidad No. 031 de 1991,con vigencia de 7 meses a partir del 1o. de junio de 1.991 como también la sociedad . "Vallas Cero Ltda." suscribió contrato con el municipio de Cúcuta Para la colocación de vallas en la misma ciudad con vigencia de un (1) y nuevo (9) meses a partir de la firma del contrato, suscrito el 1o. de septiembre de 1990, aparecen todos los comprobantes de pago por concepto del mencionado contrato de arrendamiento a cargo del municipio de Cúcuta." (Folios 2, 3 y 4 del Exp. 0632).

III.- En derecho apoya las súplicas de la demanda en la causal de inhabilidad para ser congresista prescrita en el Art 179, numeral 3. de la Constitución Política, pues al respecto afirma que el senador Salcedo Baldión "..- intervino, en su propio interés y el de su hijo y hermano en la celebración de contratos con entidades públicas dada su calidad de accionista de la Sociedad "Diario de la Frontera Ltda", "Radio Novecientos Televisión y Comunicaciones S.A," y "Vallas Cero Ltda", ya que de todas ellas hace parte como socio importantes, la sociedad MIX-UP ltda,en la cual como queda dicho, el senador Salcedo Baldión es propietario y posee el 80% de las acciones..." (fol. 5)

También cita el inciso 2o. del Art. 2o, del Acto Constituyente No. 2 de 1991, por cuanto al ser inelegible el Dr Salcedo Baldión en razón de la aludida causal, los delegados del Registrador Nal. del Estado Civil debieron rechazar su inscripción.

SECCION QUINTA

La procedencia de la acción la sustenta en el Art. 228 del C.C.A., y en escrito de corrección de la demanda en el numeral 5 del Art. 223 de la misma codificación en los términos de su modificación por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988.

El actor acompañó a su demanda abundante prueba documental, que en el período de prueba se ordenó tener como tal por el valor demostrativo correspondiente.-

Admitida la demanda y su corrección, en el término de fijación en lista fué contestada, mediante apoderado,por el ciudadano Félix Salcedo Baldión.- En la respectiva memoria se niega la concurrencia en el citado senador de la causal de inhabilidad aducida para fundamentar las pretensiones, rechazando la afirmación de que aquel hubiera contratado publicidad con diferentes entidades del Estado, lo cual no pasa de ser afirmación o conjetura inexacta.-

Agrega que aceptándose en Colombia plena distinción de la persona jurídica con quienes la conforman y, también, que las causales de inelegibilidad son de interpretación restrictiva, la que se alega por el actor no es dable entenderla "... en el sentido según el cual no solo se contempla el caso de la intervención o celebración de contratos sino también el de que tales actos hayan sido por personas jurídicas en las cuales la persona natural tenga interés o cuotas sociales ... " (fol. 29)

3o.- Intervención de tercero impugnador.

El abogado Julio César Díaz Perdomo solicita se lo tuviera como tercero interviniente para oponerse a las pretensiones por razones de orden procesal o formal e, igualmente, de contenido sustancial.-

Respecto de las primeras:

a) Porque la demanda pide anular la credencial expedida al Senador Salcedo Baldión, cuando se debió impetrar su cancelación.- Que esto último determina la existencia en la demanda de una "proposición" jurídica incompleta" que impone fallo inhibitorio por ineptitud formal de la demanda;

b) También por ineptitud formal de la demanda, porque el apoderado pidió la nulidad de la precitada credencial, para lo cual no le había conferido facultad su mandante;

c) Porque no se acompaño a la demanda ni se impugno el acto de escrutinio para Senado de la República, a pesar de pedir la rectificación (modificación) de ella.

La ineptitud de la demanda apoyada en este literal se pide "reconocer con, excepción, que determina la improsperidad sustancial de las súplicas ..." (fol. 55)

d) Que las pretensiones no fueron enunciadas de modo claro, preciso y separadamente, como lo manda el Art. 138 del C.C.A.;

e) No contiene la demanda la designación de la parte demandante (Art. 137 del C.C.A.), a más de designarlo de modo diferente en la demanda y en su corrección.

Las segundas o ineptitud sustantivo de la demanda, porque no se da respecto del Sr. Félix Salcedo Baldión la causal de inelegibilidad aducida con la demanda, pues que no obra prueba alguna de su intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en los seis meses anteriores a la elección.- Tampoco adolece aquel de calidades para ser elegido senador y, finalmente, sobre él no pesa impedimento alguno al efecto, que ha debido señalar el actor.-

4o.- Alegatos de las partes.

A folios 168 a 180 la parte actora consigna apreciaciones respecto de la cuestión jurídica planteada en la demanda y los medios de prueba que la sustentan. Estima comprobados los hechos enunciados, pide pruebas de oficio y reitera el concepto expresado en aquella en cuanto a la aplicación que cabe dar a las normas invocadas, pero haciendo énfasis en que la causal de inhabilidad electoral aducida se "... predica para quienes hayan intervenido en gestión de negocios con entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio o en el de terceros ..."(Rayas del texto).

Se extiende en amplias consideraciones acerca de lo que cabe entender por INTERVENIR en la gestión de negocios con entidades públicas, y concluye expresando que "... no puede existir duda respecto de la intervención del Senador Félix Salcedo Baldión en negocios celebrados entre sociedades de las cuales era socio mayoritario y entidades públicas..." (fol. 174).- Alude también a la diferencia que suele proponerse entre la celebración y la ejecución de m contrato, para criticar que lo segundo no se estime constitutivo de la causal de inelegibilidad y se interroga acerca de lo que podría ocurrir si una vez electo el congresista, antes de posesionarse y asumir el cargo, contrata con entidades públicas.

SECCION QUINTA

Finalmente se refiere al modo como se debe llenar la vacante dejada por el senador a quien se invalida la elección, para afirmar que por no tratarse de falta absoluta no es viable el procedimiento del Art. 261 de la Constitución sino la aplicación del cuociente electoral en nuevo escrutinio.

Por su parte, el nuevo apoderado del senador Salcedo Baldón en escritos visibles a folios 352 y 381 del expediente No. 0639, insiste en las tesis alegadas por el profesional del derecho que contestó la demanda - ya fallecido.- Reitera, entonces, el carácter de restrictivas de las causases de inelegibilidad y, seguidamente, que respecto del demandado no se da la alegada, así como tampoco motivos de impedimento ni falta de requisitos o calidades para ser elegido senador.-

5o.- Concepto del Ministerio Público.-

En lo que atañe al proceso en examen se encuentran del folio 416 al 423 del expediente 0639 las apreciaciones de la señora Procuradora Séptima Delegada (E) en lo Contencioso, en las que comienza por señalar que "... según los hechos de la demanda y las pruebas aportadas, considera ... que la inhabilidad planteada se contrae a la celebración de contratos..." (fol. 418)

Después de relacionar los medios de convicción militantes en el infolio manifiesta que reitera lo que en situación similar había conceptuado, o sea, que siendo la sociedad "un sujeto de derechos y de obligaciones distinta de los socios que la componen ...", no se da la inhabilidad del numeral 3, art. 179 de la Constitución cuando quien contrata es una persona jurídica de la cual es socio el elegido, pues entonces, agrega," ... las negociaciones no se operan en favor de los socios individualmente considerados, sino en favor de la sociedad ..." (fol. 421).

Entonces., concluye, no estaba inhabilitado el demandado para ser elegido en los comicios del 27 de octubre de 1991.

Expediente No. 0633 Actor: HUGO ESCOBAR SIERRA

I.- El abogado Hugo Escobar Sierra, en su propio nombre y en ejercicio de la acción contencioso electoral, demanda la nulidad de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), proferida por el Consejo Nacional Electoral para declarar la elección de senadores de la República por la circunscripción Nacional y Electoral Indígena para el período constitucional que termina el 19 de julio de 1994, pero sólo en cuanto por los ordinales primero y segundo de la parte resolutiva de ese acto declaró electo senador al Sr. SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI. También que como consecuencia, previa rectificación y verificación

del resultado de los escrutinios de las elecciones realizadas el 27 de octubre de 1991, se declare electo y expida credencial a quien corresponda.

Fundamenta esas pretensiones del modo que sucintamente se expresa, así:

Luego de relacionar los procesos de elección y escrutinios para Senado de la República verificados el 27 de octubre de 1991 hasta culminar con la expedición del acto acusado, manifiesta que con este fue declarado electo el señor Samuel Alberto Escrucería Manzi no obstante que la inscripción de su candidatura debió ser rechazada por no comprobar las calidades exigidas para ser senador, dando cumplimiento a lo prescrito en el inciso 2o. Artículo 7o. del Acto "Constituyente de 1991" (sic).-

Esa falta de calidades la sustenta en la causal de inhabilidad para ser congresista estatuida en el Art. 179, numeral 1o. de la Constitución Política, por cuanto el citado senador fué condenado, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad por reato no culposo ni político. Que así resulta del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, fechado a 23 de marzo de 1988, mediante el cual se condenó al citado Escrucería Manzi por el delito de peculado por apropiación tipificado en el Art. 133 del Código Penal. Esa sentencia fué confirmada con algunas reformas y adiciones con fallo del H. Tribunal Superior de Pasto (Nariño), calendario a 4 de octubre del mismo año 1988, en el que el señor Samuel Alberto Escrucería Manzi resultó condenado a pena de prisión de 31 meses y 20 dias, con reconocimiento de la rebaja de pena contemplada en el artículo 1o. de la Ley 48 de 1987.-

Agrega que la H. Corte Suprema de Justicia negó la cesación de procedimiento solicitada por el apoderado del citado Samuel Alberto Escrucería M. y también declaró desierto el recurso extraordinario de casación propuesto en su representación. "... por todo lo cual concluye la sentencia condenatoria está plenamente ejecutoriada ..." (fol. 171).

En el concepto de la violación formula apreciaciones acerca del sentido y finalidad moralizadora de la actividad legislativa del régimen de inhabilidades establecido en el Art. 179 de la Carta Política, y que acreditado como está que el Sr. Samuel A. Escrucería M. delinquió y fué condenado por sentencia judicial, resulta evidente y manifiesta la violación del No. 1 de dicho canon constitucional . Que por ello se debió rechazar la inscripción de su candidatura al senado "... a la luz de lo estatuído por el inciso 2o. del artículo 7o. del acto constitucional o constituyente No. 2 de 1991 ..." Que de esa indebida inscripción deviene la inexistencia de la misma, siendo inútiles los votos depositados por el candidato en mención.-

II.- Trámite del proceso.-

La demanda fué admitida con auto fechado a enero 17 de 1992.- El actor la corrigió para invocar, como fundamento de la acción los artículos 228 y 223, numeral 5.o. del C.C.A., con las Calificaciones que a esta norma introdujo el Art. 17 de la Ley 62 de 1988.- También solicitó la suspensión provisional del acto acusado,petición denegada por extemporánea y a cuya procedencia se había opuesto el demandado, quien dándose por notificado de la admisión de la demanda constituyó apoderado para el proceso.- La corrección, en cambio, fué admitida con auto de febrero 7 de 1992 (fol. 363). De las pruebas solicitadas por la parte demandante únicamente fueron decretadas las solicitadas con la demanda y su corrección.- El señor Samuel A. Escrucería M. no contestó la demanda.-

III.- Del término para alegar por escrito, una vez surtida la acumulación de los procesos adelantados contra la elección de senadores y algunos representantes a la Cámara en las elecciones del 17 de octubre de 1991, sólo hizo uso la parte actora.

En extensa memoria visible del fol. 181 al 194 del expediente No. 0639, el actor reitera sus argumentos respecto de los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, agregando a modo de precisión del cargo formulado contra la declaratoria de elección del señor Samuel A. Escrucería M., que conforme a documentos oportunamente presentados al proceso la inscripción de la candidatura del demandado para el Senado de la República se produjo el 27 de agosto de 1991, o sea, por fuera del término fijado en el Art. 4o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, lo que también implicaría nulidad constitucional.

Se refiere seguidamente a la especie que viene circulando entre allegados del Sr. Samuel A. Escrucería M., del propósito de burlar la sentencia que se profiera en este proceso mediante la renuncia de aquel a su investidura de senador, pues así entraría a reemplazarlo quien le siguió en la lista para el Senado en orden descendente, dimisión que no enervaría esta acción al igual que no ocurrió con la de la pérdida de la investidura de congresista del mismo Escrucería Manzi.

Critica, para terminar, el criterio sostenido por esta Sala en cuanto al modo de llenar la vacante dejada por el congresista a quien se anula la declaratoria de su elección,insistiendo en la necesidad de practicar nuevo escrutinio previa rectificación y verificación de los resultados de las elecciones, para que se declare electo a quien corresponda con aplicación del sistema de cuociente electoral, previa nulidad del acto "... mediante el cual se declaró

electo y expidió credencial de Senador al señor doctor Samuel Escrucería ..." (fol. 194)

IV. Concepto del Ministerio Público.

La señora Procuradora Séptima Delegada (E) ante lo Contencioso formula concepto adverso a las pretensiones de la demanda, del folio 424 a 427 del Exp. No. 0639. Expresa, al efecto, que no se da la causal de inhabilidad aducida contra el acto declaratorio de la elección del Doctor Samuel Alberto Escrucería Manzi por cuanto, conforme a la abundante prueba documental allegada a los autos, la sentencia condenatoria que le fuera impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto el 23 de marzo de 1988, confirmada con algunas modificaciones por el Tribunal Superior del Distrito de esa ciudad el 4 de octubre del mismo año, no estaba en firme por falta de ejecutoria, pues estaba pendiente recurso de casación que contra el fallo del Tribunal habían interpuesto algunos de los convictos.-

Expediente No. 0636 Actor : JAIME RAFAEL PEDRAZA

I.- El abogado Jaime Rafael Pedraza, en su propio nombre, y en ejercicio de la acción contenciosa electoral, demanda la declaratoria de nulidad de las elecciones de Senadores y Representantes a la Cámara celebradas el 27 de octubre de 1991, pero solo ".. en cuanto hace a las personas indicadas...", que se cancelen las respectivas credenciales y se ordene al Gobierno Nacional convocar a nuevas elecciones conforme a lo preceptuado en el artículo 129 del C. Electoral.-

Fundamentó esas pretensiones del modo que es dable resumir, así:

Luego de expresar que el 27 de octubre de 1991 se efectuaron los comicios para elegir Senadores y Representantes a la Cámara, en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 1 y 2 transitorios de la Constitución, transcribe los numerales 2 y 4 del Art. 179 de ese estatuto Fundamental para argumentar que, como los congresistas elegidos en los comicios del 11 de marzo de 1990 perdieron esa investidura,en virtud de la convocatoria a elecciones generales de Congreso dispuesta en el Art. 1o. transitorio de la Carta,, no podían ser nuevamente elegidos (Numeral 4 del Art. 179 de la C.N.).-

También, que los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990 no podían ser nuevamente elegidos para ninguna de las Corporaciones integrantes del Congreso de la República en los comicios del 27 de octubre de 1992, siempre que hubieran ejercido la función legislativa dentro de los doce meses anteriores a la fecha de esa última elección. (Núm. 2., Art. 179 de la C.N.).

SECCION QUINTA

Procede a relacionar a los senadores y representantes elegidos el 27 de octubre de 1991, para destacar seguidamente de entre ellos a los que considera perdieron la investidura de congresistas por la convocatoria a esa elección, atribuyéndoles también haber ejercido "... la máxima autoridad política hasta junio de 1991", es decir hasta cuatro meses antes de su elección para el Senado y la Cámara correspondientes al período que se inició el 1o. de diciembre de 1991- Señala como tales a los senadores Carlos Albornoz, Juan Guillermo Angel Mejía, Guillermo Angulo Gómez, Víctor Renán Barco, José Blackuburn, Fuad Char Abdala, Gustavo Dager Chadid, Armando Echeverry Jiménez, Germán Echeverry Coronado, Jorge Ramón Elías Nader, Carlos Espinosa Faciolince, Juan García Romero, Jorge Gechen Turbay, Roberto Gerlein Echeverri (sic), Luis Giraldo Hurtado, Samuel Grisales Grisales, Germán Hernández Aguiler (sic), Aurelio Iragorri Hormaza, Guillermo Alberto Jaramillo Martínez, Luis Londoño Capurro, Ricaurte Lozada Valderrama, Rodrigo Marín, Elías Antonio Matus Torres, Enrique Molano Calderón, Nader Nader Salomón, Name Terán José, Pava Camelo Alvaro, Humberto Pelaéz Gutiérrez, Gustavo Rodríguez Vargas, Tito Rueda Guarín, Feliz Salcedo Baldión (sic), Alberto Santofimio Botero, Julio Turbay Quintero (sic).. David Turbay Turbay, Alvaro Uribe Vélez, Jaime Vargas Suárez, Edgardo Vives y Omar Yepez Alzate.- En cuanto a Representantes a la Cámara, circunscribe la pretensión de nulidad a la elección de los señores Roberto Camacho Weverberg, Telésforo Pedraza Ortega, Jaime Arias Ramírez y Melquiades Carrizosa Amaya, elegidos en la circunscripción de Santa Fe de Bogotá.-

El concepto de la violación de los numerales 2 y 4 del Art. 179 de la C.N., se reduce al aspecto seguidamente transcrito:

> "... En las citadas elecciones se eligieron Congresistas, ya sea como Senadores o como Representantes., a personas que habían perdido la investidura de Congresistas, contrariando flagrantemente el mencionado artículo de la Constitución Nacional por no aplicación de la norma; y a personas que habían ejercido la máxima autoridad política hasta cuatro meses antes de sus elecciones como Congresistas violando expresamente y en forma directa el mandato del numeral 2. del referido artículo..." (fol. 29)

Acompañó a su demanda la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), radiante la cual el Consejo Nal. Electoral declaró la elección de senadores por la circunscripción Nacional y Electoral Indígena, y el Acuerdo No. 09 de 1991 (noviembre 23), con el que el mismo Consejo declaró la elección de representantes a la Cámara por la Circunscripción de Santa Fe de Bogotá.-

Además, un ejemplar de los "Anales del Congreso" correspondiente al viernes 20 de julio de 1990, en el que se publica el acta de instalación del Senado y de la Cámara de Representantes en la legislatura ordinaria iniciada en esa fecha, con la relación de los Senadores elegidos para el período constitucional de 1990-1994.-

Un ejemplar de "Anales del Congreso" correspondiente al jueves 30 de agosto de 1990, en el que se publica el acta de la sesión conjunta de las Cámaras legislativas del martes 7 de agosto de dicho año, en la que se dió posesión de la Presidencia de la República al Dr. Cesar Gaviria Trujillo, con la lista de los congresistas que participaron en ese acto, y un ejemplar de "Anales del Congreso" correspondiente al martes 10 de diciembre de 1991, en el que se publica la sesión de instalación conjunta de ambas Cámaras legislativas efectuada el 1 de diciembre de ese año para el resto del período constitucional a concluir el 19 de julio de 1994. Allí se consigna la lista de los Senadores y Representantes a la Cámara que se posesionaron de su función legislativa en esa fecha.-

II. Admitida la demanda con auto notificado personalmente al representante del Ministerio Público y por Edicto, en el término de fijación en lista no recibió contestación.

Tampoco se allegaron alegatos por escrito en el respectivo término y la señora Procuradora Séptima Delegada (E) en lo Contencioso pidió denegar las pretensiones, por cuanto respecto de los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990 no hubo declaratoria de pérdida de la investidura, decisión que corresponde tomar al Consejo de Estado, y de otra, aunque los congresistas ejercen autoridad política su reelección no fué prohibida por el artículo 2o. transitorio de la Constitución y tampoco ellos son empleados públicos.-

Expediente No. 0643 Actor: JOSE LIBARDO LOPEZ MONTES

I.- El abogado José Libardo López Montes, en su propio nombre y en ejercicio de la acción contenciosa electoral, demanda la nulidad de la Resolución No. 121 del 25 de noviembre de 1991, pero sólo en cuanto por ese acto administrativo el Consejo Nal. Electoral declaró elegido senador de la República al ciudadano RODOLFO SEGOVIA SALAS para el período constitucional especial comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994. Además, que como consecuencia de la declaración anterior se ordene la cancelación de la respectiva credencial.

SECCION QUINTA

a) FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES:

Se afirma que está el citado Rodolfo Segovia Salas inhabilitado para ser congresista, conforme a la previsión del Art. 179, numeral 3. de la Constitución Política, por cuanto la sociedad comercial COSMOVISION DEL CARIBE LTDA. tiene contrato vigente de concesión de espacios de televisión con TELECARIBE, entidad de carácter público.

En efecto, agrega, entre los socios de "Cosmovisión del Caribe Ltda" se encuentra la sociedad "Inversiones Sillar Ltda. Cía. S. en C.". Y los socios de "Inversiones Ltda. Cía. S. en C".(sic) son: como socia gestora (vinculación personalísima) la sociedad SILLAR LIMITADA y como socios comanditarios "Inversiones Sillar Almirante Limitada y Cía. S. en C., y Jorge Ignacio e Isabel Segovia Ospina (hijos de Rodolfo Segovia Salas) A su vez, los socios de SILLAR LIMITADA son: Rodolfo Segovia Salas y Silvia Ospina de Segovia (esposa de Rodolfo Segovia Salas).-

De "Inversiones Sillar Almirante Limitada y Cía S. en C." los socios son: Sillar Limitada, como gestora, y como comanditarios "Inversiones Sillar Ltda. y Cía. S. en C. y Jorge, Mauricio e Isabel Segovia Ospina (hijos de Rodolfo Segovia Salas).-

Representante legal de "Inversiones Sillar Almirante Ltda. y Cía. S. en C." y de "Inversiones Sillar Limitada y Cía. S. en C." es la socia gestora "Sillar Limitada".-

Representantes legales de "Sillar Limitada" son: Rodolfo Segovia Salas, como gerente; y Silvia Ospina de Segovia, esposa del anterior, como subgerente

b) Haber violado el Sr. Rodolfo Segovia Salas el régimen de incompatibilidades de los congresistas estatuido en el Art.180, numerales 2 y 4 de la Constitución Política, por cuanto elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento de Bolívar para el período constitucional comprendido entre el 20 de julio de 1990 y el 19 de julio de 1994, investidura de la que tomo posesión en la primera de esas fechas, violó las prohibiciones prescritas en el Art. 10 del Decreto - Ley 222 de 1983 Y 36 de la Ley 14 de 1991. En efecto agrega, por escritura pública No. 21149 otorgada en la Notaria Segunda del Círculo de Barranquilla el 5 de octubre de 1990, mediante la cual se solemnizó el Acta No. 010 de la Junta de Socios de "Cosmovisión del Caribe Limitada", ingresó como socio de ésta última la sociedad "INVERSIONES SILLAR LTDA. Y CIA. S. en C." representada en dicho acto por el señor Rodolfo Segovia Salas.-

Concepto de la violación.

Lo expresa del modo que sigue:

"...el señor RODOLFO SEGOVIA SALAS no podía ser elegido validamente como Congresista toda vez que mediante el sistema de "sociedades en escalera" intervino en la celebración de contratos con la empresa estatal TELECARIBE...".

"En síntesis, por interpuestas personas jurídicas participó en la celebración de un contrato con una entidad pública en interés propio, y en el de terceros...quien con la misma conducta, tipificó una clara intervención en gestión de negocios ante entidades públicas, en interés propio y el de terceros..." (fol. 63).

Comenta, igualmente, la violación del régimen de incompatibilidades consagrado en el Art.180, numerales 2 y 4 de la Constitución Política, transgrediendo, asimismo, las Posibilidades estipuladas en el Art. 36 de la Ley 14 de 1991 y 10 del decreto - Ley 222 de 1983 por participar en la celebración de contratos relacionados con la adjudicación de los espacios de televisión de que da cuenta la demanda.

II. Tramitación del Proceso.- Al admitir la demanda se negó la suspensión provisional del acto acusado. No hubo contestación de la demanda.-

Del término para alegar de conclusión solo hizo uso el apoderado del Sr. Segovia Salas, para oponerse a las pretensiones de la demanda, en razón a que los contratos de cesión de espacios con TELECARIBE los celebró COSMOVISION DEL CARIBE LTDA. y no Rodolfo Segovia Salas, o sea, una persona jurídica distinta de los socios de la referida sociedad comercial.-

Y en cuanto a las incompatibilidades estatuidas en el Art. 180 de la C.N., por constituir éstas un régimen posterior a los hechos y, además, no estar en contención el acto declaratorio de la elección de aquel como representante a la Cámara para el período de 1990 - 1994 (folios 218 a 226 del Exp. No. 0639).-

IV. Concepto del Ministerio Público. La señora Procuradora Séptima Delegada (E) en lo contencioso solicita denegar las pretensiones por no configurarse el cargo aducido, puesto que siendo la Sociedad una persona distinta de los socios individualmente considerados, para que el Dr. Rodolfo Segovia Salas quedara incurso en la inhabilidad estatuida en el numeral 3, Art. 179 de la C.N. "... debió contratar a título personal o representación de terceros, situación

que no se infiere de la documentación aportada al expediente..." (folios 437 a 441 del Exp. No. 0639).-

Expediente No. 0645 Actor: NESTOR CASTILLO VARILLA

I. El abogado Néstor Castillo Varilla, en su propio nombre y en ejercicio de la acción contenciosa electoral, demanda la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 121 de 25 de noviembre de 1991, por la cual el Consejo Nacional Electoral " ... declara la elección de Senadores y se ordena expedir las correspondientes credenciales...". Que como consecuencia de lo anterior, esta Corporación " ... efectué un nuevo escrutinio en el que se excluyan, para obtener el cuociente electoral, los votos en blanco...", se expidan las respectivas credenciales y se comunique lo resuelto a las autoridades allí indicadas.-

Fundamenta las pretensiones del modo suscintamente expresado, así:

Relaciona el proceso de convocatoria a elecciones generales para Congreso de la República, por disposición de la Asamblea Nal. Constituyente contenida en el Art. 1o. transitorio de la Carta Política, a efectuarse el 27 de octubre de 1991. Además, que mediante el Acto Constituyente No. 2 dictó la misma, Asamblea normas transitorias para esos comicios, en los que también habrían de elegirse por primera vez gobernadores de Departamento. Que dicho Acto Constituyente, agregó, subrogó el Art. 137 del Código Electoral, reglamentó todo lo relacionado con el uso de las tarjetas electorales y "... dijo lo que debía entenderse por votos en blanco y nulos ..."(fol. 15).-

Pero el Consejo Nal. Electoral resolvió la solicitud que a nombre de la NUEVA FUERZA DEMOCRATICA formuló el Dr. Rómulo González Trujillo, para que excluyera los votos en blanco del acto de los votos válidos para extraer el cuociente electoral, disponiendo tener dichos votos en cuenta para ese efecto. Con esa base declaró elegidos por la resolución que acusa a los 102 Senadores correspondientes a las circunscripciones nacional y especial indígena.

Cita como disposiciones violadas los artículos 4o. y 263 de la Constitución Política y el 12 del Acto Constituyente No. 2 de 1991. Igualmente, el 137 del Código Electoral y el 223-4 del C.C.A.

El concepto de la violación, luego de aludir a la prescripción del Art. 263 de la Carta en cuanto dispone aplicar el mecanismo del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos en elecciones populares, reitera que el Art. 12 del Acto Constituyente No. 2 de 1991 definió lo que para los comicios del 27 de octubre de 1991 debió entenderse por votos en blanco y votos nulos. Luego recuenta el proceso de aprobación del Art. 29

de la Ley 96 de 1985, actual artículo 137 del Código Electoral, del que dice fué aprobado "... con la ligereza acostumbrada del Congreso. Y sin medir las consecuencias futuras ..." (fol. 21).

Pero esa norma, dice, fué dictada para la época cuando se sufragaba con papeletas, razón por la cual cuando se dispuso hacerlo con tarjetón la Ley 62 de 1988,en su artículo 3o., adicionó el 114 del C. Electoral, indicando cómo se debería proceder para depositar el voto y el modo de sufragar en blanco. Seguidamente se extiende en cuidadoso análisis de la jerarquía de las normas jurídicas, para concluir en la preeminencia de las disposiciones constitucionales sobre las legales, principio desarrollado en los artículos 4o. y 241 de la Carta Fundamental y numerosos cánones legales.-

De allí pasa a sostener que el Art. 12 del Acto Constituyente No. 2 de 1991 subrogó íntegramente el Art. 137 del Cod. Electoral, excluyendo del acto de los votos válidos para extraer el cuociente electoral los votos en blanco, disposición cabalmente aplicada por el Consejo Nal. Electoral al determinar la elección de los dos senadores de la circunscripción indígena. En cambio erróneamente dicho Consejo tuvo en cuenta los votos en blanco para calcular el cuociente electoral, no obstante que el tantas veces Art. 12 del A.C. No. 2. de 1991 no señaló la finalidad de ellos, lo que implica que se los debió tener por ineficaces, pues apenas "... desde el punto de vista político..." "son una expresión contra el sistema existente" al decir del Consejo de Estado".- (fol. 31)

Luego formula explicaciones acerca de los votos en blanco en el sistema del tarjetón, que atribuye a ignorancia de los electores, para concluir afirmando la inaplicabilidad del Art. 137 del C. Electoral en ese evento, por ser incompatibles el concepto del voto en blanco de la norma constitucional con el previstos para el sufragio con papeletas.

En esas condiciones, sostiene el accionante, el concepto de votos válidos contemplado en el Art. 263 de la C.N. debe entenderse referido a "aquellos que se depositan por quienes tienen derecho hacerlo (sic) a favor de quienes tienen derecho a recibirlos..." .-Pues "incluir dentro de estos los votos en blanco sería aceptar que todos los que votaron de esa manera, es decir, en contra del Sistema y de los aspirantes, determinen la suerte de los que ellos rechazaron..." (fol. 34).

Propone hipótesis de comicios en los que la votación en blanco es sustancialmente mayor que la depositada por candidatos elegibles, para inferir lo que estima absurdo y resultado antidemocrático. Reitera que en la determinación del cuociente respecto de la circunscripción especial indígena no tomó en cuenta el Consejo Nal. Electoral los votos en blanco, acertadamente

según su criterio y, por consiguiente, el procedimiento seguido en cuanto a la circunscripción nacional resulta violatorio del sistema electoral y anulable con aplicación a la previsión del Art. 223 numeral 4 del C.C.A.-

II. Trámite del proceso.- La demanda fué admitida por auto de enero 17 de 1992. En el término de fijación en lista no se produjo contestación a la misma y surtido el período probatorio y la acumulación de los procesos, del término para alegar de conclusión solo hizo uso el actor.-

En extenso escrito visible del folio 78 al 93 del expediente No. 0639, comienza el memorialista por señalar que un principio regla de interpretación constitucional es la protección de la libertad del hombre, que en lo concerniente al sufragio significa el respeto a la libre voluntad del ciudadano en el voto.-

De otra parte, que el Art. 263 de la Carta Política establece otro principio rector en materia electoral: el de la representación proporcional de los partidos en el parlamento y de los cuerpos colegiados.-

Que esos dos principios los traduce la Constitución al disponer el empleo del sistema del cuociente electoral, definido "... como el número que resulta de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer..." (Rayas del texto).

Entonces, para el caso en exámen, la cuestión estriba en determinar "... con toda claridad, qué debe entenderse por "votos válidos". Y agrega "... puede afirmarse que "voto válido" dentro del contexto citado, es el que garantiza los dos principios arriba señalados, vale decir, que expresa la voluntad de elegir por parte de un ciudadano que sufraga..." De allí que mal se podría, concluye por este aspecto, ".. en aras de una interpretación, violentar abiertamente la voluntad de quien libremente tomó la **determinación de sufragar pero no de elegir**, y contabilizándosele su voto en blanco como si hubiese sido depositado, en favor de uno cualquiera de los candidatos que él expresamente rechazó..."(fol. 84).

Luego expresa, aunque modificadas sus apreciaciones acerca del voto en blanco contenidas en la demanda, del que afirma haber regulado en su integridad el Art. 12 del Acto Constituyente No. 2 de 1991, definiéndolo pero " sin señalarse ningún efecto distinto al que su propia naturaleza entraña... ser manifestación de voluntad de abstención por parte del sufragante ...", regulación que sustituyó temporalmente durante su vigencia al Art. 137 del Decreto- Ley 2241 de 1986. Concluye solicitando acceder a las pretensiones de la demanda.-

III. Concepto del Ministerio Público. Del folio 442 al 445 la señora Procuradora Séptima colaboradora expresa su concepto adverso a las pretensiones, por cuanto la causal de nulidad aducida, la del numeral 2, art. 223 del C.C.A., subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988, circunscribe sus efectos al problema de aplicación del procedimiento del cuociente electoral en la representación proporcional electoral de los partidos, movimientos y grupos políticos, no siendo procedente a través de ella decidir lo concerniente a la validez o invalidez de los votos.- Además, porque la cuestión planteada fue resuelta por las autoridades administrativas electorales.-

Expediente No. 0647 Actor: HUGO ESCOBAR SIERRA

I. El profesional del derecho Hugo Escobar Sierra demanda la nulidad parcial de los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), proferida por el Consejo Nal. Electoral, pero solo en cuanto por ese acto administrativo declaró elegido senador de la República al Dr. José Ignacio Díaz-Granados Alzamora para el período iniciado el 1o. de diciembre de 1991 y que termina el 19 de julio de 1994. También, para que previa verificación y rectificación del resultado de los escrutinios de las elecciones para Senado de la República efectuadas el 27 de octubre de 1991, "...declare electo y expida credencial a quien corresponda de acuerdo con la Constitución y las Leyes de la República ... " (fol. 31).

Fundamenta esas pretensiones en lo prescrito en los artículos 223, numeral 5 y 228 del C.C.A.; en el inciso segundo del Artículo transitorio No. 2 "...del acto constitucional o constituyente No.1 de 1991 y en los artículos 4 y 7 (inciso 2o.) del acto constitucional o constituyente No.2 de 1991.." (fol. 31).

Y desde el punto de vista fáctico aduce:

"...5o.- Entre los ciudadanos a quienes se declaró electo Senador y se expidió la credencial de rigor aparece y figura el señor doctor José Ignacio Díaz Granados Alzamora, quien se había inscrito irregularmente para dicha representación popular.

6o.- El doctor José Ignacio Díaz Granados Alzamora estaba y está inhabilitado para ser Congresista y, por consiguiente, era inelegible el 27 de octubre próximo pasado por los siguientes hechos y razones:

a) Fué nombrado Director General del Hospital Central de la ciudad de Santa Marta, capital del Departamento del Magdalena, por decreto No. 725 de 1990 (26 de julio), de la Gobernación del Departamento del Magdalena.

b) Tomó posesión del cargo anterior el tres (3) de agosto de 1990, según acta No. 316, de la Gobernación del Magdalena

c) Por renuncia del doctor Díaz Granados Alzamara se encargó de la Dirección General del Hospital Central de Santa Marta al doctor Omar Herazo, según decreto No. 630 del dia 6 (6) de agosto de 1991.

d) El doctor Omar Herazo se posesionó del destino anteriormente mencionado el dia nueve (9) de agosto de 1991. Así consta en el acta de posesión respectiva.

e) El Hospital Central de Santa Marta es un establecimiento público del orden departamental, dotado de personaría jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente y como tal pertenece a la rama ejecutiva del poder público, de acuerdo con lo establecido por el artículo 115 de la Constitución Política vigente.

f) El doctor José Ignacio Díaz Granados Alzamora solicitó inscripción como candidato al Senado de la República y aceptó la respectiva postulación. Según el acta de inscripción No. 700, **fué inscrito como tal el día 27 de agosto de 1991** por los Delegados del Registrador del Estado Civil en el Departamento del Magdalena, no obstante estar inhabilitado para ser Congresista. "(folios 32 y 33 del Exp. No. 0647).

En el concepto de violación manifiesta, de una parte, transcribiendo el Art. 2. transitorio de la Constitución Política que erróneamente cita como "artículo transitorio 2 del acto constitucional o constituyente Número 1 de 1991...", que por ser el Hospital Central de Santa Marta un establecimiento público de carácter departamental, según lo prescribe el Decreto No. 378 de 1990 (junio 22) que lo creó, adscrito a la Dirección Seccional de Salud del Departamento del Magdalena, forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder público, pues así lo dispone el Art. 115 de la Carta.- Que por ello el Dr. José Ignacio Díaz Granados A. debió retirarse del cargo de Director General del Mencionado Hospital Central antes del 14 de junio de 1991 para poder aspirar a la investidura de Senador de la República, lo que en la practica no ocurrió por cuanto desempeño esas funciones hasta el 8 de agosto de 1991 y, por ende, estaba inhabilitado para ser congresista "... porque no reunía las calidades o requisitos exigidos por la Constitución en las circunstancias antes señaladas ..." (fol. 34).

En segundo lugar que habiendo prescrito el Art. 4 del Acto Constitucional o Constituyente No. 2 de 1991, que la inscripción de listas de candidatos para Cámara y Senado, y candidatos a gobernadores para las elecciones del 27 de

octubre de 1991, vencía las seis de la tarde (6.p.m) del 22 de agosto de ese Dr. Díaz Granados A. fué inscrito como candidato al Senado de la República el 27 de agosto de 1991, como lo demuestra el acta de inscripción respectiva, distinguida con el No. 700.- Dicha inscripción extemporánea y por lo mismo violatoria del precitado Art. 4, agrega, debió ser rechazada conforme a lo dispuesto en el inciso 2o. del Art. 7 del ya citado Acto Constitucional No. 2 de 1991 "... en virtud de que no comprobó las calidades oxigidas...", inscripción irregular e indebida viciada de plena nulidad. De la suspensión provisional del acto acusado .- Por estirar quebrantados de modo manifiesto u ostensible el Art. 2. transitorio de la Constitución y el Art. 4 del Acto Constituyente No. 2 de 1991 con el acto declaratorio de la elección del Dr. José Ignacio Díaz Granados A., pidió el actor su suspensión provisional aduciendo los mismos argumentos expresados en el concepto de la violación.-

2.- Trámite del proceso.-

Al admitir la demanda, con auto de enero 24 de 1992 decretó la Sala la medida precautelar solicitada, decisión cuya reposición negó con proveído del 27 de febrero siguiente (folios 96 a 101).-

El Dr. José Ignacio Díaz Granados Alzamora, mediante apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto el actor no invocó ninguna de las causales de inhabilidad para ser congresista prescritas en el Art. 179 de la Constitución; por no constituir cargo público el de Director General del Hospital Central de Santa Marta por la época en que lo desempeño el Dr. Díaz Granados Alzamora; porque este lo renunció el 22 de septiembre de 1990 "...habiéndose retirado del citado cargo inmediatamente.."; porque el Dr. Díaz Granados A. no tomó posesión como Director de ese Hospital cuando lo designó el Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta por el Decreto 0261 de 2 de abril de 1991; porque en la planta de personal del centro Hospitalario mencionado, incorporada a la planta de personal del Hospital San Juan de Dios de la misma ciudad, no aparece el de Director y también, en razón a que la lista de candidatos al Senado encabezada por el Dr. Díaz Granados A. fué inscrita el 21 de agosto de 1991, es decir, dentro del término previsto en el Art. 4o. del Acto Constituyente No. 2. de 1991.- Además, sostiene que la prescripción del Art. 2o. transitorio de la Constitución instituye una inhabilidad para ser candidato, que no causal de inelegibilidad, y menos inhabilidad para ser elegido.- También, que además del acto declaratorio de la elección debió el actor demandar el acto intermedio o de trámite del acta de inscripción por la susodicha inhabilidad para ser candidato.

Formula diferencias entre las inhabilidades para ser elegido gobernador que estatuyó el Art. 18 transitorio de la Carta; las inhabilidades o impedimentos

para ser congresista del art. 179 de la Constitución, de las que afirma prohibir el ejercicio de la función de congresista pero no la elección, y los impedimentos para ser candidato del Art. 2o. transitorio aducido.

Finaliza proponiendo las excepciones de falta de competencia, de inexistencia de los hechos en que se apoya la demanda y la que denomina "genérica".-

3.- Producida la acumulación, alegaron las partes reiterando sus argumentaciones de la demanda y su contestación, en memorial visible del fol. 195 al 217 el del actor, y del fol. 227 al 309 el del apoderado del Dr. Díaz Granados A., ambos en el expediente del proceso No. 0639.-

4.- En el mismo expediente del proceso No. 0639 obra el concepto de la colaboradora del Ministerio Público del fol. 446 al 452.- Allí, la señora Procuradora Séptima Delegada (E) en lo Contencioso sostiene que debe tenerse por demostrado que el Dr. José Ignacio Díaz Granados A. renunció al cargo de Director General del Hospital Central de Santa Marta con fecha 22 de septiembre de 1990, como así lo certifica bajo juramento el actual representante a la Cámara y entonces gobernador de ese ente territorial Dr. Armando Panoramico Ramos y porque conforme a certificación expedida por el actual gobernador del Magdalena, Dr. Miguel Pinedo Vidal, en el libro radicador y en los archivos de la citada Gobernación no se encontró comunicación de renuncia del Dr. Díaz Granados A. del cargo de Director del Hospital, presentada entre el 14 de junio y el 6 de agosto de 1991.

Al respecto sienta el siguiente criterio:

> "Como se explicó en un principio, el artículo transitorio número 2 de la Constitución Nacional, sólo exige la presentación de la renuncia al cargo, para no quedar incurso el candidato en la inhabilidad establecida en ella (sic) no otra clase de circunstancia, como por ejemplo el que le haya sido aceptada la renuncia o que se venga desempeñando en este cargo, etc.
>
> "En este orden de ideas, no prospera el cargo como se explicó en un principio..." (folio 452 del expediente No. 0639).-

Expediente No. 0654 Actor: EDUARDO ENRIQUE TINOCO BOSSA

I.- Mediante apoderado, el actor de la referencia en ejercicio de la Contenciosa electoral prevista en los artículos 223 y 251 del C.C.A., solicita declarar la nulidad de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), pero solo en cuanto por ese acto el Consejo Nacional Electoral declaró electo senador

de la República al Dr. DAVID TURBAY TURBAY para el período que termina el 19 de julio de 1994.- También, que como consecuencia de esa declaratorio de nulidad se ordene practicar y efectivamente se practique nuevo escrutinio para el Senado de la República por la Circunscripción Nacional para que se declara elegido a quien corresponda en reemplazo del precitado Dr. David Turbay Turbay, se expida la nueva credencial y se comunique el resultado a las autoridad enuncia el punto tercero del *petitum*.

Dió a sus pretensiones fundamento en el Art. 179, numeral 5 de la Constitución Política, que consagra inhabilidad para ser congresista en quien tenga "...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 POLITICA"(subrayado en la demanda), por cuanto el Sr. Félix Turbay Turbay., "...tío del elegido Senador y demandado... se encontraba desde el día 18 de junio de 1991 y por lo menos hasta el diciembre/ 91, desempeñando las funciones de Secretario GENERAL de la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR ... " (fol. 24).-

El referido parentesco, en tercer grado de consanguinidad, existe por ser Dr. Félix Turbay Turbay hermano carnal del Sr. David Turbay Turbay, padre del senador demandado, llevando este los mismos nombres y apellidos de su progenitor.- El Sr. Félix Turbay Turbay fué nombrado para el cargo en mención por Decreto No. 445 del 17 de junio de 1991, expedido por el gobernador encargado Dr. Manuel González Angulo, quien venía a su vez ocupando el cargó de Secretario de Hacienda del Departamento de Bolivar en el gobierno del Dr. David Turbay Turbay, el ahora senador cuya elección demanda.- De allí infiere el actor que la designación del Secretario General fué hecha "... obedeciendo obvias instrucciones del Gobernador saliente que había sido su jefe .." (fol. 25), lo cual ayudó bastante "... con el poder que a su tío el Secretario General de la Gobernación de Bolivar le dió este empleo público..." a la elección del actual Senador David Turbay Turbay.-

Atribuye la demanda funciones de mando al Secretario General de la Gobernación de Bolívar, pues además de miembro del CONSEJO DE GOBIERNO, es el enlace del Gobernador y de los gobernados, ejerce muchas de las funciones de aquel y "... por tanto tiene AUTORIDAD especialmente **política, civil**, jerárquica, policiva y administrativa.- Es el jefe de personal de todos los empleados de la Gobernación, ejerce la representación de este (sic) ante la opinión publica, hace relaciones públicas, lleva órdenes a la policía, tramita procesos administrativos, manda y ordena y en caso de desacato tiene a su disposición la disposición policiva para hacer cumplir sus decisiones y las del gobierno..." (fol. 26).-

SECCION QUINTA

En el capítulo de normas violadas y el concepto de la violación, fundamenta la acción en los artículos 229 y 223, numeral 5 (subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988), por ser el primero procedente cuando quiera que se computen votos a favor de candidatos que no reunan las calidades constitucionales o legales para ser electos, "... pues estar inhabilitado para ser elegido es lo mismo que tenir (sic) algún impedimento para la elección o que no reunir las calidades para ser electo..." (fol. 27)

Y aunque cita el *libelo* muchas otras disposiciones constitucionales y legales en apoyo a la nulidad reclamada, el concepto de la violación se circunscribe al examen del numeral 5., Art. 179 de la Constitución, con los argumentos consignados atrás.- Se extiende en el exámen del concepto de Autoridad, expresando que la ejercen quienes gobiernan a los pueblos, entre ellos los Secretarios de Despacho de las Gobernaciones.-

Admitida la demanda, en oportunidad se la corrigió puntualizando las partes del proceso y para agregaran cuanto a los hechos, que el Sr. Félix Turbay Turbay, "investido de AUTORIDAD **civil o política** (sic), inclusive para el día de las elecciones 27 de octubre de 1991.." en razón del cargo de Secretario General de la Gobernación, también "... ejerció el cargo de GOBERNADOR encargado, en ausencia de Cartagena del titular ..." ejerciendo la autoridad política y civil aneja a ese cargo " ... en favor de la elección de Senador de su sobrino..." (fol. 39)

Relacionó y acompañó copia de varios decretos expedidos por el Gobernador de Bolívar para encargar al citado Félix Turbay Turbay de su despacho mientras dura la ausencia del titular, en número de diez (10) y "... con tiempo de duración de 42 dias dentro de los tres meses anteriores al dia de las votaciones 27 de octubre de 1991 ..".- Allegó, igualmente, copía de la Ordenanza No. 97 de 1947, por la cual se crea la SECRETARIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO, SE SUPRIMEN UNOS CARGOS Y SE DICTAN UNAS DISPOSICIONES, sancionada el 18 de junio de 1947 por el Gobernador de Bolívar.-

Dicha corrección de la demanda fué admitida con auto de 7 de febrero de 1992 (fol.65 y Sgte)

II. Del tercero opositor.

El abogado Camilo Vargas Ayala solicitó se le tuviera como tercero interviniente, para oponerse a las pretensiones de la demanda.-

Además de rechazar la pretensa inhabilidad para ser senador que atribuye el actor al Dr. David Turbay Turbay con base en el numeral 5. del Art. 179 de la Carta, pues al respecto asevera que en la demanda omitió mencionar " ... deliberada y malintencionadamente..." el último inciso de la norma acerca de la cual emitió concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, afirma desconocer el parentesco que se atribuye al demandado con el Dr. Félix Turbay Turbay, Secretario General de la Gobernación de Bolívar, cargo del que afirma no estar investido de autoridad política y civil.- Finalmente propone la excepción de caducidad de la acción.-

En escrito separado solicitó la nulidad de toda la actuación, por carencia de competencia de la Sección Quinta para conocer del proceso y, también, por estarse adelantando este "...por proceso diferente al que corresponde..." (causales 2a y 4a del Art. 140 del C. de P. Civil).-

Tramitado el incidente en Sala unitaria se negó la petición, decisión confirmada en Sala de decisión al desatar súplica ordinaria.-

Producida la acumulación, del término para alegar de conclusión solo hizo uso el tercero impugnador para reiterar sus argumentos en cuanto a la inaplicabilidad de la norma invocada como transgredida al caso de autos, por cuanto el Dr. Félix Turbay Turbay desempeñó sus funciones públicas en el Departamento de Bolívar en tanto el Dr. David Turbay Turbay fué elegido en circunscripción nacional.

Ello, por virtud de la excepción contenida en el inciso final del Art. 179 de la Carta Política Fundamental.- También considera imprósperas las pretensiones en razón de no estar demostrado el parentesco que se dice existente entre aquellos.-

En escrito aparte el impugnador vuelve a proponer incidente de nulidad por incompetencia de esta Sección Quinta para conocer del proceso por cuanto la acción ahora procedente, tratándose de causases de inhabilidad, es la de pérdida de la investidura que corresponde decidir al Consejo de Estado.- Agrega que la acción electoral solo es legalmente viable tratándose de causales de nulidad del Art. 223 del C.C.A., subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988.- Dicho incidente fué inadmitido con auto de tres (3) de noviembre de 1992 (folio 373 a 375 del Exp. 0639).

La señora Procuradora Séptima Delegada (E) hace suyos los argumentos del tercero opositor para solicitar, en concepto visible del folio 453 al 457 del Exp. No. 0639, la denegatorio de las pretensiones.-

SECCION QUINTA

Expediente: No. 0655 Actor: AURA STELLA ROJAS CORREAL

En su propio nombre la actora de la referencia, en ejercicio de la acción contenciosa electoral, demanda la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 08 de 1991 (noviembre 23) y la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), pero solo en cuanto por el primero el Consejo Nacional Electoral declaró elegido representante a la Cámara por la circunscripción de Sucre al Sr. Alvaro García Romero y, por el segundo, el mismo Consejo declaró elegido senador de la República, por la Circunscripción Nacional, al Sr. José García Romero, ambos para el período que termina el 19 de julio de 1994.- Además, que por consecuencia de las anteriores declaraciones se cancelen las credenciales correspondientes, y se llame a ocupar la curul del primero al señor Emilio Cerro Arrieta, como Representante a la Cámara por la circunscripción de Sucre, ,y se declare senador al ciudadano que siga en votos de los no elegidos para el Senado de la República.-

Fundamenta esas pretensiones en hechos que pueden anunciarse, así:

Para las elecciones de Congreso de la República efectuadas el 27 de octubre de 1991 se inscribieron el Sr. Juán José García Romero, encabezando lista de candidatos al Senado por la Circunscripción Nacional, y Alvaro A. García Romero, encabezando lista de candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de Sucre, no obstante que estaban inhabilitados por ser hermanos legítimos entre sí.-

También, porque los presentados hermanos García Romero han estado y están afiliados al Partido Liberal Colombiano, según lo certifica la Dirección Nacional de esa agrupación política, y en esa calidad es ambos han participado en diferentes debates electorales a partir del año 1978, resultando elegidos en varias ocasiones a nombre de dicho Partido Político.-

Agrega que para el debate comicial del 27 de octubre de 1991 aquellos se inscribieron por el Partido Liberal, declarándolos elegidos el Consejo Nal. Electoral con los actos acusados.

En derecho apoya las pretensiones en la causal de inhabilidad para ser congresista estatuída en el Art. 179, numeral 6 de la Constitución Política,y la procedencia de la acción incoada en el numeral 5 del Art. 65 de la Ley 96 de 1985, que modificó el Art. 223 del C.C.A., y en el 228 de esta última codificación. Igualmente aduce en apoyo a lo demandado el Art. 1., numeral 4. del Código Electoral, consagratorio del principio de la capacidad electoral.-

Al consignar el concepto de la violación de la norma constitucional invocada, señala que punto de, mayor interés en las discusiones de la Asamblea Nal. Constituyente fue el de eliminar los vicios que de tiempo atrás degradaban la función legislativa, "... como los auxilios y el turismo parlamentario y las practicas nepóticas que permitían que determinados grupos controlaran el aparato legislativo e influyeran desde allí en la marcha del Ejecutivo y las Regiones se convirtieran en feudos de determinadas familias con lo cual se generaba tanto el abuso de poder como el despilfarro de los fondos públicos..." (fol. 36).

Mas adelante agrega:

"En efecto: Del numeral 6. del artículo 179 de la nueva constitución se deducen dos supuestos de hecho claramente diferenciados para que la causal de inhabilidad se configure, a saber:

1o.- Quienes dentro de los grados de parentesco señalados en la norma mencionada se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para esa elección de cargos.

2o.- Igualmente son inhábiles para ser congresistas quienes dentro de esos mismos grados de parentesco se hubieren presentado " en la misma fecha para elecciones de corporaciones públicas".

O sea que, el constituyente además de la prohibición para que los parientes participaran en las elecciones para congresistas por el mismo partido, movimiento o grupo, estableció un supuesto adicional al indicar: "..., o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha ..." De esta manera la Asamblea Nacional Constituyente sabiamente previó la fragilidad del primer supuesto que trae la norma comentada ya que podía ser burlado, como efectivamente ocurrió mediante la participación ficticia en movimientos políticos o artificiales establecidos con fines de mecánica electoral y por ello reforzó esta inhabilidad al prever (sic) en el último aparte del numeral 6. el supuesto de la elección de dichos parientes en la misma fecha (fol. 36 y 37).

En el mismo escrito de la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, lo que negó la Sala.-

Corregida la demanda para allegar certificaciones notariales de nacimiento de los señores Alvaro y Juán José García Romero (fols. 46 y 47) se la admitió por auto de febrero 11 de 1992 (fl. 59).-

II.- Mediante apoderado, los señores Alvaro y Juán José García Romero contestaron la demanda para oponerse a las pretensiones, aduciendo haberse

presentado aquellos a los comisos del 27 de octubre de 1991 en representación de dos partidos o movimientos diferentes: Partido Liberal Colombiano y Liberalismo Independiente de Restauración "LIDER".- Se alegó, además, el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa.-

III.- Practicadas la pruebas que fueron decretadas y surtido el trámite de la acumulación, del término para alegar de conclusión únicamente hizo uso el apoderado de los impugnadores para presentar argumentos a "...los que debe entenderse incorporado el apoyo jurídico contenido en el *libelo* de contestación de la demanda..." (fol. 358).- Reitera que la causal de inhabilidad prescrita en el Numeral 6 del Art. 179 solo es procedente cuando parientes en los grados allí previstos se inscriben por el mismo partido, movimiento o grupo para la elección de cargos, o de miembros o de Corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha, conforma al claro tenor de la norma que no admite desatender su texto literal so capa de consultar su espíritu. Como esa no fué la condición bajo la cual se inscribieron los señores Juán José y Alvaro García Romero, pide desestimar las pretensiones.-

La colaboradora del Ministerio Público también hace énfasis, en concepto visible del fol. 458 al 461 del Exp. No. 0639, en tres supuestos de la causal de inhabilidad prevista en el Art. 179, numeral 6 de la Constitución para ser aplicable.- Para el caso de autos, además, estima no acreditado el parentesco alegado respecto de los señores Alvaro y Juan José García Romero, por lo que tampoco prospera el cargo.-

Expediente: No. 0656 Actor: DIEGO LEANDRO ROMERO SAAVEDRA

I.- En su propio nombre y en ejercicio de la acción pública contenciosa electoral, el actor de la referencia solicita declarar nula la decisión contenida en la resolución 121 "... de los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral..." para las elecciones del 27 de octubre de 1991, pero solo en cuanto por ese acto se declaró elegido senador de la República al señor ALVARO PAVA CAMELO para el período que termina el 19 de julio de 1994.- También, que por consecuencia de la antedicha declaración se cancele la credencial respectiva, se llame a ocupar la curul vacante al segundo de la lista que encabezó el mismo Alvaro Pava C. expidiéndole credencial como tal y se comunique lo resuelto a quien corresponda.-

Los fundamentos fácticos de esas pretensiones se centran en afirmar que la lista de candidatos al senado de la República para los comicios del 27 de octubre de 1991, encabezada por el Sr. Alvaro Pava Camelo, adoleció de vicio consistente en que dicho candidato esta inhabilitado para ser congresista por

estar interviniendo al momento de la elección y haber intervenido durante todos los seis (6) meses anteriores a ésta, en la "gestión de negocios ante entidades públicas".-

En efecto, dice el actor, el señor Alvaro Pava Camelo, como persona natural y propietario de la Emisora RADIO SUPER de Cali y RADIO BUCANERO de Cartagena, suscribió con el Estado Colombiano - Ministerio de Comunicaciones - contrato de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión, el cual permite al concesionario explotar una frecuencia de propiedad del Estado.- Ello constituyó "negocio con entidad pública" ejecutado "a tiempo de la elección, durante los el seis meses anteriores a ella" y que aun a la fecha de la demanda se seguía ejecutando.-

En Derecho se sustenta lo demandado en la violación del Art. 179, numeral 3. de la Constitución Política y la procedencia de la acción en el numeral 5, art. 223 del C.C.A., modificado por el Art. 65 de la Ley 96 de 1985, y en el Art. 228 del Código últimamente mencionado.- Invoca el actor, además, el Art. 1o. del Código Electoral, en cuanto su numeral 4 consagra el principio de la capacidad electoral.

En el concepto de la violación se extiende la parte actora en consideraciones alrededor del principio democrático de elección de altos funcionarios del Estado y a algunas restricciones que en ocasiones se establecen respecto de la capacidad electoral pasiva, o sea, de ser elegido, particularmente en relación con la posición de privilegio que algunas personas, dice, ostentan, rompiendo el principio de la igualdad ante el proceso electoral.- Entre esas restricciones está la prohibición para quienes al momento de la elección o dentro de los seis meses anteriores a ella "...estén interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, "... sin que importe cual sea el interes de las mismas...". En ese presupuesto se encuentra, agrega la demanda, el Sr. Alvaro Pava Camelo, como contratista del Estado, gestor o participante en negocios ante el mismo.- De allí la inelegibilidad del citado Pava Camelo, vinculado por contrato administrativo con el Ministerio de Comunicaciones en la fecha de la elección y en los seis meses anteriores a ella.-

2.- La demanda fué admitida con auto de fecha enero 20 de 1992 (fol. 40), siendo impugnada por el tercero interviniente Sr. Urbano Almériga Martínez.- El demandado, en cambio, guardó silencio al respecto.- Decretadas las pruebas solicitadas por el actor y el tercero interviniente y allegada buena parte de ellas, excepción hecha de la certificación pedida al Sr. Ministro de Comunicaciones, fué acumulado el proceso a los demás tramitados contra el acto declaratorio de la elección de senadores por la Circunscripción Nacional para el resto del período 1990 - 1994.

3.- Del término para alegar por escrito solo hizo uso el tercero impugnador, como se observa en escritos visibles a folios 153 y 385 del Exp. 0639.-

En el primero afirma que "Ninguna de las pruebas solicitadas fué aportada oportunamente al proceso y lo son luego de más de tres meses de cerrado el período probatorio, sin que, por consiguiente, puedan ser tenidas en cuenta.."- Agrega que al folio 75 del Exp. 0639 "... obra certificación del Ministerio de Comunicaciones sobre la no suscripción de contrato de concesión de radiodifusión, del doctor ALVARO PAVA CAMELO, entre el 1o. de abril de 1991 y el 27 de octubre del mismo año...", certificación que el mismo impugnador se anticipa a decir que no puede valorarse en autos.- Similares conceptos expresa en escrito del fol. 385 del Exp. No. 0639.-

La colaboradora del Ministerio Público, en concepto visible del folio 472 al 475 del Exp. No. 0639, pide desechar el cargo "... por cuanto del acervo probatorio allegado al expediente... no se infiere que el electo Senador de la República, doctor Alvaro Pava Camelo, se encontrara incurso en el momento de su elección, dentro de la causal (3) del Art. 179 de la Constitución Nacional ... ".

Concluye advirtiendo que en materia de contratación comparte el criterio de esta Corporación, en cuanto que para efecto de la inhabilidad alegada "... no se mira la ejecución o desarrollo de éste sino su celebración..."-(fol. 475)

Expediente: No. 0659 Actor: JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA

I.- En su propio nombre y en ejercicio de la acción contenciosa electoral, el abogado José Ignacio Vives Echeverría demanda la nulidad de la Resolución No.121 de 1991 (noviembre 25)... pero únicamente por cuánto mediante dicha Resolución se declaró elegido como SEÑOR DE LA REPUBLICA por la Circunscripción Nacional y para el período constitucional 1991 a 1994 al ciudadano FLORO ALBERTO TUNUBALA PAJA, cuya candidatura fué inscrita por el "Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia...".- También, que como consecuencia de la susodicha declaración de nulidad se ordene cancelar la credencial de senador expedida al Sr. Tunubalá Paja y realizar nuevo escrutinio para el Senado de la República con exclusión de los votos o cómputos hayan contabilizado en favor de la lista que encabezó el ciudadano índigena en mención, "... por estar viciada de nulidad el acta de inscripción de su candidatura..." Y agrega:

> "...como consecuencia de **la nulidad del Acta de Inscripción (FORMULARIO E 12) de su candidatura** por no haberse cumplido las exigencias constitucionales y legales, **decretar la nulidad de actos**

preparatorios del proceso electoral como es la **Resolución Número 109 de 1991 (noviembre 22) "Por la cual se deciden unas peticiones"** por las razones que más adelante se explican en ésta demanda, **declarar además cancelada la credencial de Senador de la República que le fué expedida al indígena Floro Alberto Tunubalá Paja y declarar elegido a quién deba llenar el vacío respectivo**, que debe ser quién obtenga los votos respectivos para ser elegido después de ser excluídos los votos viciados conforme a la presente demanda.-

Igualmente, que por consecuencia de las anteriores decisiones, si fuere necesario, se ordene practicar y efectivamente se practique nuevo escrutinio para el Senado de la República, excluyendo los votos depositados por la lista encabezada por el citado Floro A. Tunubalá Paja y se expida la nueva credencial en reemplazo de la anterior.- Al respecto afirma que el Sr. Tunulabá fué inscrito candidato al senado, para las elecciones generales del Congreso de la República el 27 de octubre de 1991 por la Nacional y no por la Circunscripción Indígena, inscripción efectuada con aval del "Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia" que le servía para haberse inscrito por la Circunscripción Indígena y no por la Circunscripción Nacional a menos que hubiera satisfecho los requisitos previstos en el artículo 6. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, es decir, con el respaldo de no menos de diez mil (10.000) adherentes, ciudadanos en ejercicio, y constitución de caución en cuantía de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo), requisito que afirma el actor no haberse cumplido en dicha inscripción por lo que se le debió rechazar.

En derecho, considera procedente la declaratoria de nulidad demandada con base en la causal 2a. del Art. 223 del C.C.A.

Al expresar el concepto de la violación señala como infringidas, con la prealudida inscripción de la candidatura del demandado, los artículos 107 a 111 de la C.N. y los artículos 1 a 13 del Acto Constituyente No. 2 de 1991, por cuanto inscrita como fué la candidatura del Sr.. Tunubalá Paja por la Circunscripción Nacional "... debió haber llenado los requisitos exigidos para cualquier otro colombiano, o sea haber sido avalado por un partido o movimiento político dotado de personería jurídica por el Consejo Nacional o de lo contrario prestar la caución de los cinco millones de pesos y presentar las 10.000 firmas de adherentes..." (fol. 15).

2.- Admitida la demanda por proveído de enero 22 de 1992, en oportunidad legal el actor la corrigió para consignar un nuevo ordinal en el capítulo destinado a los hechos u omisiones fundamento de las pretensiones. Allí analiza el sentido y alcance de los artículos 107 y 108 de la Constitución Política, para afirmar que la candidatura del Sr. Tunubalá solo habría sido inscribible para la

Circunscripción Indígena, habida cuenta que apenas llenó el requisito del certificado del Ministerio de Gobierno en cuanto a "... haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena ..." De allí concluye que se la debió rechazar y si ello no ocurrió es nula y también la elección de aquel por la Circunscripción Nacional, como igualmente lo es la Resolución No. 109 de 22 de noviembre de 1991, mediante la cual el Consejo Nal. Electoral declaró que "... se tendrá como inscrita en la Circunscripción Nacional u Ordinaria para SENADO DE LA REPUBLICA, la lista encabezada por el señor FLORO ALBERTO TUNUBALA PAJA..."

Adiciona el capítulo de los "Fundamentos de Derecho" invocando la violación de los artículos 171 y 263 de la C.N. y 6, 7, 13 y 19 del Acto Constituyente No. 2 de 1991. Y en cuanto a la procedencia de la acción, las causases 4a y 5a del Art. 223 del C.C.A. (Art. 17 de la Ley 62 de 1988) y 228 *ibídem,* por cuanto los votos nulos depositados por la lista encabezada por el Sr. Tunubalá Paja, quien no reune las calidades o exigencias constitucionales, debieron sumarse a los de la jurisdicción especial índigena y no a los de la Circunscripción Nacional como ocurrió, "... todo por la decisión tomada por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL en el artículo 2o. de su RESOLUCION NUMERO 109 de 22 de noviembre de 1991.." (fol. 26).

En el capítulo de pruebas, finalmente, solicita certificación del Registrador Nal. del Estado Civil acerca de la documentación aparejada para que el Consejo Nal. Electoral profiriera la Resolución No. 20 de fecha agosto 15 de 1991 con el lleno de los requisitos prescritos en el primer párrafo del Art. 108 de la Constitución Política (fol. 29).

Esa corrección fué admitida con auto de fecha febrero 20 de 1992 (fol. 51), sin que en el termino de fijación en lista fuera contestada.- Tampoco se presentaron terceros intervinientes, adelantándose en esas condiciones el proceso hasta quedar en etapa de acumulación.-

3.- Del término para alegar no hizo uso el actor.-

Al descorrer el traslado para concepto la señora Procuradora Séptima Delegada (E) se manifestó contraria a la prosperidad de las pretensiones.- Al respecto expresa que no se dan las causales de nulidad electoral invocadas, las de los numerales 2, 4 y 5 del Art. 223 del C.C.A., subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988, por cuanto no se demostró que en la inscripción de la lista encabezada. por el Sr. Tunubalá Paja se hubiera incurrido en falsedad o apocrifidad; tampoco en la elección de dicho candidato se violó el sistema del cuociente electoral y menos se acreditó que el elegido careciera de las calidades

o requisitos constitucionales o legales para acceder a la investidura de senador.- Concluye sosteniendo que por no configurarse ninguna de las causases de nulidad invocadas resulta innecesario analizar las pruebas, remitiéndose a lo conceptuado para el proceso No. 0624 acerca de la inscripción irregular de candidaturas y la sede competente para decidir la impugnación, que es la gubernativa con exclusividad.-

Expediente: No. 0661 Actor: JAIRO CASTRO FIGUEROA

I.- El ciudadano Jairo Castro Figueroa en su propio nombre, en ejercicio de la acción contenciosa electoral "... y de conformidad con la facultad que me reconoce el artículo 277 del Código Contencioso Administrativo..." (sic) demanda la nulidad del acto declaratorio de la elección de senadores fechado a 25 de noviembre de 1991, expedido por el Consejo Nacional Electoral, pero solo en lo atinente a la declaratoria de elección del Sr. RICARDO MOSQUERA MEZA como Senador de la República para el período que se inició el 1o. de diciembre de 1991 y termina el 19 de julio de 1994.- Y que por consecuencia de la prosperidad de la referida pretensión se cancele la credencial respectiva y declare electo a quien corresponda, expidiéndole la credencial.- También, que se imponga pena de interdicción, de manera accesoria, al ciudadano Ricardo Mosquera Meza, por término igual al del período para el cual habla sido elegido.

Apoya en Derecho la pretensión de nulidad del acto administrativo acusado en el ordinal 3o. del Art. 179 de la Constitución Política.-

Los fundamentos de hecho de la misma los enuncia aludiendo al acto comicial del 27 de octubre de 1991, a los escrutinios de los votos depositados entonces por listas de candidatos al Senado y a que el Dr. Ricardo Mosquera Meza se inscribió por el Partido Liberal como aspirante a dicha Corporación, no obstante ser inelegible por su condición de profesor de tiempo completo de la Universidad Nacional al monto de la elección.-

El concepto de la violación se extiende en consideraciones en cuanto a que el Constituyente estableció que los aspirantes Congresistas no tuvieran vínculos con el Estado "... dentro de ...determinado período anterior a la elección, en este caso, seis (6) meses, ni pudieran gestionar asuntos dentro del mismo lapso ante sus entidades..."

Expresa que una de las formas de vinculación con el Estado es la del empleo, que " ... implica la existencia de un acto unilateral de interés propio de quien recibe el provecho representado en el pago en la modalidad de sueldo ..." que ello constituye intervención en la gestión de un, negocio, "... con afán lucrativo, con argucia, inclusive recibiendo el beneficio aún después de conocer

el resultado electoral, en cuanto a que contraría a los principios más elementales de la moral..."(fol 25).-

A la demanda acompañó copia auténtica del acto acusado; copias de algunas Resoluciones expedidas "Por la Rectoría de la Universidad Nacional (folios 12 a 16) y oficio de la Pagaduría del citado centro de educación superior, dando cuenta que el Dr. Ricardo Mosquera Meza devengó sueldo como profesor de esa institución en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1991 (fol. 17)

Igualmente, copias auténticas de la solicitud de inscripción y constancia de aceptación de candidatos al senado en lista que encabezó Hugo Tovar Marroquín; de la modificación de esta y de la inscripción de la que pasó a encabezar el Dr. Mosquera Meza (folios 18 a 21).-

Inadmitida la demanda por el Consejero a quien le correspondió en reparto, en Sala de decisión se dispuso lo contrario al resolver el recurso ordinario de suplica.-

II.- El señor Heráclito Vega Goyeneche solicitó se lo tuviera como parte impugnadora proponiendo incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio.- Esa nulidad fué denegada en Sala unitaria, con auto de 24 de marzo de 1992 (folios 56 a 60).

En oportunidad el actor corrigió la demanda para agregar, en cuanto al enunciado de los hechos, que la Universidad Nacional es un establecimiento público del orden nacional, que como tal forma parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

En el aparte dedicado a señalar las normas violadas y el concepto de la violación incluye el inciso segundo del Artículo 2o. transitorio de la Constitución Política, en cuanto esa norma previó que en las elecciones del 27 de octubre de 1991 no podían ser candidatos "los funcionarios de las rama ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991".- Reitera, dice, "para el remoto supuesto de que no prospere la acción incoada con fundamento en la disposición citada ... ", la invocación del ordinal 3o. del Art. 179 de la Carta.-

Aduce, también, en apoyo de la acción, los artículos 84 del C.C.A. (reformado por el Art. 14 del Decreto 2304 de 1989), y los artículos 128, ord. 4o., 223 ordinal 5o. y 228 de la misma codificación.-

Manifiesta, nuevamente, que el Dr. Ricardo Mosquera Meza era inelegible en los comicios generales del Congreso convocados por la Asamblea Constituyente para el 27 de octubre de 1991 por cuanto no renunció al cargo público que venía desempeñando como funcionario de la Rama Ejecutiva "... antes del 14 de junio de 1991..."- Apoya ese aserto en el carácter de Establecimiento Público de la Universidad Nacional, de la cual el precitado Dr. Mosquera Meza era entonces profesor de tiempo completo, de donde le resultaba la condición de empleado público sujeto al régimen de inhabilidades de los empleados públicos del orden nacional.-

Desarrolla, nuevamente, la argumentación que en la demanda consignó acerca de la inhabilidad del ordínal 3o., Art. 179 de la Constitución Política, para proponer que el Dr. Mosquera Meza no podía ser congresista por haber gestionado asunto ante entidad pública en los seis meses anteriores a la elección.

La corrección de la demanda se admitió con auto de 24 de marzo de de 1992 (fol. 61) y como el tercero impugnador propuso recurso de súplica contra el auto que negó la nulidad que habla impetrado, en Sala de decisión se confirmó lo resuelto mediante proveído el 30 de abril siguiente.-

Escrito del mismo tercero, proponiendo otro incidente de nulidad contra el auto admisorio de la corrección de la demanda visible al folio 66, dió lugar a proveído de fecha mayo 28 de 1992 denegatorio de la solicitud (fols. 84 a 86).

III.- Durante el término de fijación en lista contestó la demanda el Dr. Ricardo Mosquera Meza mediante apoderado.- Al expresar que se opone a las pretensiones manifiesta allanar la nulidad por indebida notificación y propone excepción de inepta demanda que impone el proferimiento de fallo inhibitorio.- Sustenta ese medio defensivo en cualquiera de los siguientes fundamentos de orden legal:

a) Indebida acumulación de pretensiones, pues además de la nulidad de la elección pide imponer interdicción de derechos y funciones públicas;

b) Porque invoca el Art. 84 del C.C.A., que consagra la acción de simple nulidad; igualmente solicita la nulidad de actas de los jurados cuando lo que se aduce es falta de calidades constitucionales y legales del elegido;

c) Por falta de individualización del acto demandado con toda precisión Art. 138 del C.C.A.

d) Se omitió acompañar copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución (Art. 139 del C.C.A.)

SECCION QUINTA

De no acogerse el pedimento dicho solicita negar las pretensiones, por error en la interpretación de las disposiciones legales invocadas.

En cuanto a los hechos niega que el Dr. Mosquera Meza fuera "funcionario público", pues no gozaba de poder de representación del Estado investido de *Imperium*; era apenas investigador, no docente desde octubre de 1990, que en julio de 1991 cesó también en las labores de investigación para hacer uso del "año sabático".-

Respecto de la causal del inciso segundo, Art. 2o. transitorio de la Constitución, atañedera a los funcionarios de la rama ejecutiva que no podían ser candidatos en las elecciones de Congreso de la República convocadas para el 27 de octubre de 1991, sostiene que el derecho a elegir y ser elegido es un derecho político fundamental, clasificado así en el No. 1 del Art. 40 de la Constitución.- Que, entonces todos los ciudadanos tienen vocación para ser elegidos siendo el régimen de requisitos e inhabilidades un instituto jurídico restrictivo o limitativo de ese derecho.-

En principio, agrega, la Carta Política se refiere al tema de las restricciones desde el punto de vista de la función pública limitándolo a quienes ejerzan jurisdicción, autoridad civil, político dirección administrativa.- Los demás empleados, afirma, tienen derecho a participar en movimientos y controversias políticas en las condiciones que señale le ley (Art. 127)

En segundo lugar, la Constitución se refiere a limitación de la participación de los empleados públicos para ser elegidos, en el régimen ordinario y permanente de las inhabilidades para ser congresistas, con consecuencias adversas para la elección (Art. 172, No. 2) Dicha inhabilidad está dirigida únicamente a quienes hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección.- Además, que esa situación tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la elección.-

Pero como la elección de congresistas, ante la revocatoria de los elegidos en 1990, se efectuaría el 27 de octubre de 1991, en razón de los pactos políticos "... se dió oportunidad para que los empleados con jurisdicción y autoridad previstos en el Art. 179 renunciaran antes del 14 de junio, es decir, 4 meses antes de las elecciones pues de lo contrario, con el régimen ordinario de 6 meses (sic) del Art. 179 quedarían fuera del debate..." (fol. 98).

De allí infiere que al aludir el inciso segundo del Art. 2o. transitorio a los funcionarios de la rama ejecutiva, no se está refiriendo a todos los servidores del ejecutivo sino a los que ejerzan autoridad civil, política administrativa o

militar,pues de lo contrario implicaría consagrar un absurdo, el de que "...habrían quedado habilitados..." todos los demás empleados públicos.-

Culmina de esta guisa:

> "En conclusión para que prospere la inhabilidad de un empleado que resulta elegido es necesario determinar primero si ejercía jurisdicción autoridad civil, política, administrativa o militar. Para nada incide que preste servicios en los órganos judicial, de control o electoral. En segundo lugar se debe precisar si tales cargos se ejercieron con posterioridad al 14 de junio de 1991- Y tercero, que el empleo de tal naturaleza se hubiere desempeñado con el mismo (sic) territorio -circunscripción para el cual resultó elegido..." (fol.99). Agrega que "las normas limitativas de derechos, político, por odiosas, no puedan inferirse por analogía sino que deben estar expresamente consagradas en la ley, y su interpretación forzosamente es de carácter restrictivo... ".

En cuanto el fundamento que se da la prestación anulatoria con apoyo en la causal de inhabilidad del numeral 3o Art, 179 de la Constitución, afirma que el Dr. Mosquera Meza no gestionó negocio alguno con la Universidad Nacional para sí o para un tercero,- Que un cheque que aparece cobrado por su procurado nada acredita en ese sentido si se toma en cuente que el Dr. Mosquera Meza desde octubre de 1990 era docente asignado a labores investigativas, y a partir de julio de 1991 se desvinculó de esas tareas para entrar a disfrutar del año sábatico.- Por lo demás, anota, "la gestión o intervención debe constar por escrito y debe referirse a un negocio" (fol. 102).

IV.- El término para alegar de conclusión fué aprovechado tanto por el actor como por el apoderado del Dr. Ricardo Mosquera Meza aportando escritos visibles a folios 310 y Sgtes y 97 a 99, respectivamente, del Exp. 0639, en los que reiteran los argumentos de la demanda y su contestación.

A su vez la colaboradora del Ministerio Público, luego de desestimar los fundamentos dados a la excepción de inepta demanda afirma que al tiempo de la elección y en los meses inmediatamente anteriores a ella el Dr. Mosquera Meza tenía la condición de empleado oficial como docente de tiempo completo al servicio de la Universidad Nacional.- No obstante lo cual y pese al carácter de Establecimiento Público del orden nacional de dicho centro de educación superior, el demandado era elegible congresista por no hacer parte de los empleados de la Rama Ejecutiva a quienes se extiende la alegada causal de inhabilidad.- Se observa que el concepto omite explicación en cuanto a dicha conclusión, limitándose a consignar el criterio de elegibilidad del Dr. Mosquera Meza en los comicios del 27 de octubre de 1991.-

SECCION QUINTA

Expediente No. 0667 Actor: PEDRO A. LEYVA VILLARREAL

I.- En su propio nombre y en ejercicio de la acción contenciosa electoral, el ciudadano Pedro A. Leyva Villareal demanda la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), en virtud de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de Senadores de la República en los comicios del 27 de octubre de 1991, pero unicamente en cuanto por dicho acto se declaró elegidos senadores a los señores CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE Y JUAN JOSE GARCIA ROMERO para "el período constitucional de 1991 a 1994".-

Para fundamentar sus pretensiones afirma que los precisados Carlos Espinosa Faciolince y Juan José García Romero estaban inhabilitados para ser elegidos congresistas en los comicíos del 27 de octubre de 1991, como en realidad lo fueron, por violación del Art. 179 de la Constitución Política.- Al respecto especifica:

1.- El Dr. Arturo Faciolince López, Contralor Departamental de Bolívar a la fecha de las elecciones aludidas, es hermano de la señora Elvira Faciolince de Espinosa, madre del senador Dr. Carlos Espinosa Faciolince, resultando de allí que entre el citado contralor y el demandante existe parentesco de consanguinidad en tercer grado.- Dicho contralor, agrega, "ejerce autoridad, jurisdicción y mando notorios".-

2.- La señora Elvira Faciolince de Espinosa, cónyuge del Dr. Eduardo Espinosa Urreta y madre del Dr. Carlos Espinosa Faciolince, fué elegida diputada principal a la Asamblea de Bolívar para el período 1990-1992, de donde resulta que "... superponiéndose en el tiempo, dos miembros de una misma familia actúan en corporaciones populares que coinciden en el período..."

3.- El señor Alvaro García Romero, hermano del senador Juan José García Romero, es actualmente Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre "...razón por la cual también se da en este evento, el supuesto invocado en este capítulo de Hechos..."

4.- El señor Gabriel Enrique García Romero, hermano del senador Juan José García Romero, era el 27 de octubre de 1991 y lo sigue siendo miembro principal de la Junta Directiva de la Electrificadora de Bolivar, y el señor padre de aquellos, ya fallecido, fué elegido diputado a la Asamblea Departamental de Bolívar para el período 1990-1992 y "su hermano actúa como Concejal del Municipio de Ovejas, departamento de Sucre..." (fol.12 y 13).-

En los fundamentos de Derecho invoca el Libro Cuarto, Título XXVI, Capítulo IV del C.C.A., contentivo de las normas instrumentales "De los procesos electorales".-

El capítulo destinado a las normas violadas indica el "... artículo 179 de la Constitución Política vigente..." como infringido con la declaratoria de elección de los doctores Carlos Espinosa Faciolince y Juan José García Romero como senadores de la República.-

El concepto de la violación expresa que el Dr. Carlos Espinosa Faciolince contó con factores de poder que favorecieron sus aspiraciones senatoriales, pues a la fecha de la elección un tio carnal era Contralor de Bolívar ejerciendo jurisdicción y mando, y su señora madre "...no ha renunciado a la condición de Diputada a la Asamblea Departamental de Bolívar,, no obstante coincidir el período legal de los diputados (1990-1993) Senadores de la República (1991-1994)..."

También el señor Juan José García Romero pudo verse favorecido en sus aspiraciones a ser elegido senador, porque su legítimo hermano Gabriel Enrique García Romero era, al tiempo de los comicios, miembro de la Junta Directiva de la Electrificadora de Bolívar, con autoridad administrativa; y su otro hermano hace parte de la Junta Directiva de Alcalis.-

2.- Admitida la demanda por auto del 22 de enero de 1992 (fo. 18) en el término de fijación en lista la contestó por medio de apoderado el Dr. Carlos Espinosa Faciolince, quien no solo la objeta por razones formales, como el de no haber indicado las normas violadas y explicado el concepto de su violación, pues que no basta con que se diga que la norma infringida es el Art. 179 de la Carta habida cuenta que ese canón prescribe ocho causales distintas no relacionadas entre sí, sino también desde el punto de vista sustancial.- A este respecto coteja cada una de las prescripciones del precitado texto constitucional con la situación fáctica aducida en fundamento de la demanda de nulidad del acto de elección del Dr. Espinosa Faciolince para concluir en su inconducencia, por lo cual se debe denegar esa pretensión.-

El senador Juan José García Romero también constituyó procurador judicial, quien se limitó a solicitar el reconocimiento de su personería.

Allegada la prueba debidamente solicitada y producida la acumulación, el término para alegar solo fué utilizado por el apoderado del senador Juan José García Romero.-Del folio 364 al 367 del Exp. 0639 consigna sus apreciaciones acerca de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, para concluir en la ineptitud de su formulación habida cuenta que el actor no precisó la causal

de inhabilidad porque se limitó a citar el Art. 179 de la Constitución Nacional, ni explicó el concepto de la violación.- Además, que tampoco se allegó prueba alguna de parentesco entre su patrocinado y las demás personas que se citan como relacionadas con él por vínculos de sangre, por todo lo cual deben desestimarse las pretensiones.-

En similar sentido conceptúa la colaboradora del Ministerio Público al fol. 466 y Sgtes. del Exp. No. 0639.- En efecto, hace constar que no se probó el parentesco que se adujo existe entre el senador Carlos Espinosa Faciolince y el Dr. Arturo Faciolince López; ni del primero con la señora Elvira Faciolince de Espinosa, además de resultar también imprósperas las pretensiones en razón de lo previsto en el inciso último del Art. 179 de la Constitución.- Y respecto del parentesco del senador Juan José García Romero con el Sr. Alvaro García Romero, elegido representante a la Cámara, con un innominado concejal de Ovejas (Sucre) y con un fallecido diputado a la Asamblea de Bolívar, de quien tampoco se dió el nombre, no existe prueba alguna que lo acredite.- Menos aun se daría la inhabilidad del Numeral 6, art. 179 de la Constitución Política, que por lo demás no fue invocada en la demanda, razón bastante para estimar "innecesario proceder a estudiar el segundo supuesto en este caso..." (fol. 471 del Exp. 0639). Por ello, concluye", no prosperan los cargos de esta demanda".

CONSIDERACIONES:

Expedientes Nos. 0639 y 0651

Tratándose del mismo cargo el formulado en los dos procesos de la referencia contra el acto declaratorio de la elección de la señora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos, como Senadora de la República para el período especial constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, e idénticos los fundamentos fácticos y jurídicos de ambas demandas, procede resolverlas simultáneamente, así:

Se impreca la declaratoria de nulidad de la elección acusada, no por vicios o errores en la votación o en los escrutinios.- El cargo se apoya en lo que se considera inconstitucional inscripción de la lista de candidatos al senado que la impugnante encabezó para las elecciones del 27 de octubre de 1991, pues que ese acto no satisfizo los requisitos prescritos en el Art. 6 del Acto Constituyente No. 2 de 1991 en cuanto al respaldo de no menos de diez mil (10.000) adherentes, ciudadanos en ejercicio, y constitución de caución en cuantía de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo).- Y se afirma que la inscripción aludida tenía que revestirse del cumplimiento de esos requisitos, por cuanto no obstante tener el Partido Nacional Cristiano, bajo cuyo aval se produjo ese acto, reconocida personaría jurídica, esta se había extinguido de pleno derecho

conforme a la prescripción del Art. 108, inciso 7 de la Constitución Política, habida cuenta que dicho partido político no obtuvo el mínimo de cincuenta mil votos ni alcanzado representación con miembros del Congreso en la elección anterior.-

En autos obra, entre muchos otros documentos, copia autenticada de la Resolución No. 2 de 1991 (febrero 14), mediante la cual el Consejo Nal. Electoral reconoció personería jurídica al Partido Nacional Cristiano (fol. 57, C. No. 2. exp. 0639 y 54 C. No. 1, exp. 0651); de la solicitud de cancelación de esa personaría y de pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo que la otorgó, formulada por la ciudadana Claudia Lucia Flórez Montoya en agosto 2 de 1990 (fol. 5, C. No. 2 del exp. 0639 y folios 32 y 33 del C. No. 3 del exp, 0651); de la que en el mismo sentido hizo el ciudadano Israel Morales Portela, presentada el 17 de septiembre de 1991 ante el Consejo Nal. Electoral (fol. 4, C. No.2, exp.0639); del auto de fecha 5 de diciembre de 1991, por el que el Consejo Nal. Electoral negó la suspensión del acto administrativo que otorgó la personería jurídica al Partido Nal. Cristiano (fols. 118 a 129 del C. No. 3, exp. 0651); del memorial de impugnación de la inscripción de las listas de candidatos al senado por varios partidos y movimientos políticos, entre ellos el Nacional Cristiano (fol. 95, C. No. 2, Exp 0639).- Igualmente, de las constancias expedidas por la Registraduría Nal. del Estado Civil, según las cuales el Partido Nal. Cristiano no obtuvo representación en el Congreso de la República en las elecciones del 11 de marzo de 1990.- De la impugnación de los escrutinios nacionales para el Senado de la República, por estarse escrutando votos emitidos a favor del Partido Nal. Cristiano (fol. 9 C. No. 2, exp.0639 - Segunda parte).- Y del Acuerdo No. 09 de 1991 (de noviembre 23), mediante el cual el Consejo Nal. Electoral resolvió la reclamación contra los escrutinios para Cámara de Representantes por la circunscripción de Santa Fe de Bogotá (fols. 1 a 13 C. No. 2, exp. 0639 - Tercera parte).- No milita, en cambio, prueba de la cancelación de la personería jurídica reconocida al Partido Nal. Cristiano.-

Pero se aduce que de pleno derecho se produjo la extinción de esa personería, en virtud de lo previsto en el inciso 7o. del Art. 108 de la Constitución Política precisamente en la fecha en que entró en vigencia la Carta Política Fundamental y que, por consiguiente, para la inscripción de la lista de candidatos al senado por esa agrupación partidista debieron satisfacerse los requisitos del Acto Constituyente No.2 de 1991 en su artículo 6o.- No cumplidos esos requisitos se infiere la invalidez de la inscripción de la lista encabezada por Claudia Lucia Flórez Montoya, por lo que debe declararse la nulidad de la elección que en su favor hizo el Consejo Nal. Electoral como Senadora de la República.-

A esta conclusión, empero, no puede llegar la Sala en el presente fallo, por dos razones fundamentales:

La primera, porque entre las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral (Art. 223 del C.C.A.) por vicios en los procesos de votación o escrutinio nada se prevé con relación a la inscripción de candidatos o listas de candidatos.- Para los comicios del 27 de octubre de 1991 la inscripción de candidaturas al Senado de la República fué cuestión dilucidable exclusivamente por la vía gubernativa, conforme al procedimiento estatuido en el Art. 7o. transitorio de la Constitución Política. Igual ocurrió respecto a las candidaturas a Representantes y Gobernadores.- Pero en adelante, mientras no disponga la ley otro sistema, la inscripción de candidatos a elección popular se regula por las prescripciones del Título V del Código Electoral, constituyendo causales de reclamación los vicios que en ese diligenciamiento se presenten circunscritos a los previstos en el numeral 9o., art.192 de ese Estatuto.- No es dable, entonces, por no ser de competencia del juez sino del legislador, deducir causal de nulidad electoral no estatuida en norma alguna, de donde se desprende que la posible irregular inscripción de candidaturas al senado para las elecciones del 27 de octubre de 1991 quedó resuelta de manera definitiva con la decisión que adoptaron las autoridades de la Organización Electoral.

Pero también se da razón de fondo para concluir en la no prosperidad de las pretensiones en los dos procesos de que se trata.- Es la que dimana de la consideración integral que debe hacerse del canon 108 de la Constitución Política.- Conforme al inciso tercero de esa norma "los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida "...pudieron inscribir candidatos a las elecciones del 27 de octubre de 1991 "... sin requisito adicional alguno..." .- Con apoyo en esa autorización constitucional el Partido Nacional Cristiano inscribió lista de candidatos al Senado encabezada por la señora Claudia Rodríguez de Castellanos, prevalido del reconocimiento de personería jurídica que a esa colectividad partidista hizo el Consejo Nal. Electoral mediante la Resolución No.2 (febrero 14) de 1991.- El inciso aludido no pudo entrar en contradicción con lo previsto en el inciso 7o. de la misma disposición constitucional, también de aplicación inmediata, que no retroactiva como lo objeta la procuradora judicial de la impugnante, por cuanto el acto administrativo que reconoció la personería jurídica al partido político en mención no dejó de producir efectos o, como lo expresan los actores, no perdió su fuerza ejecutoria mientras no se produjera otra declaración de voluntad administrativa enderezada a reconocer la extinción de ese acto por decaimiento, o sea, por haber desaparecido "... sus fundamentos de hecho o de derecho..." (Art. 66 del C.C.A.) numeral 2, premisas estas que deben estar previamente establecidas conforme a los supuestos de la norma para que fuera aplicable la previsión constitucional. La Sala comparte las juiciosas reflexiones del Consejo Nal. Electoral consignadas en decisión del 5 de diciembre de 1991, por la que dió aplicación a las previsiones

del Art. 108, incisos 7o. y 8o. de la Carta Política fundamental, particularmente en cuanto argumentó:

> "Y respecto ala extinción automática de la Personería Jurídica de los partidos o movimientos, cabe advertir que, aun en el caso del artículo 35 transitorio de la Constitución Política, que ordenó al Consejo Nacional Electoral reconocer, automáticamente, personería jurídica a los partidos y movimientos políticos representados en la Asamblea Nacional Constituyente, la norma consagró la solicitud previa y la Corporación debió proferir Resolución de reconocimiento, verificando los presupuestos de aplicación de la norma. De manera que, cuando menos, para la extinción o pérdida de la personería que reglan los incisos séptimo y octavo del artículo 108 de la nueva Constitución Política, la Corporación debe pronunciarse, de oficio o a pretición de parte, mientras la Ley no disponga otra modalidad, comprobando, de todas maneras, los supuestos, requisitos, condiciones y causales de aplicación de la norma para declarar, sobre esta base, la extinción o pérdida de la personería jurídica..."

> "Las anteriores razones fueron las que llevaron al Consejo Nacional Electoral a estimar vigentes las personerías jurídicas de los partidos o movimientos políticos reconocidos con sujeción a la normatividad anterior a la Constitución Política que hoy rige y a permitirles inscribir candidatos o avalar la inscripción de éstos, sin requisito adicional alguno, como lo admiten los incisos tercero y cuarto del mentado artículo 108..."(fol. 126, Cuad. No. 2. exp. 0639).

Como quiera que esa fué la situación que se dió respecto de la inscripción de la lista de candidatos al Senado de la República, para las elecciones del 27 de octubre de 1991 por parte del Partido Nacional Cristiano, agrupación partidista a la que no le fué suspendida la personería jurídica antes ni con posterioridad a esos comicios, no prosperan las pretensiones de anulación de la declaratoria de elección de la señora Claudia Rodríguez de Castellanos, a que se contraen las súplicas de las demandas en los dos procesos examinados.

Expedientes Nos. 0638 y 0652.

De la excepción de inepta demanda.- Como en los procesos contencioso administrativos no cabe la formulación previa de la aludida excepción y por ello no procede pronunciamiento al respecto, se refiere la Sala inicialmente a la situación propuesta como tal esgrimida por el apoderado de la impugnante en ambos procesos, pero que en el No. 0652 restringe en atención a que la demanda no muestra el aspecto de descuido en su presentación que se observa en la que dió lugar al proceso 0638.-

SECCION QUINTA

La Sala ha expresado en múltiples oportunidades que la ineptitud de la demanda debe versar con aspectos de trascendencia en la conformación de la *litis*, como sería la incorrecta designación de las partes, la imprecisión de lo que se demanda o la no individualización del acto administrativo cuyo nulidad se impetra.- También a la falta de precisión constitucionales o legales que se consideran violadas o las disposiciones de superior jerarquía que erigen nulidad o de inelegibilidad los hechos u omisiones sustento de la pretensión.- No aspectos exclusivamente accidentales, como es la poca estética observable en el escrito de la demanda del proceso 0638 plagado de borrones, correcciones no salvadas, y en las de los dos procesos en exámen la distinta forma como el actor se refiere a la demanda que no, deja duda acerca de que se trata de la señora Regina Betancourt de Liska.- O la variada forma de referirse al Movimiento político con cuyo aval se produjo la inscripción de la lista de Senado encabezada por la señora Betancourt de L., contexto del escrito de demanda se pone de relieve que se trata del Movimiento Unitario Metapolítico.-

Así debe ser, porque siendo la contenciosa electoral una acción pública no es dable limitar el exámen de la viabilidad procesal del escrito demandatorio a cuestiones exclusivamente formales, no inhabilitantes para adoptar finalmente una decisión de mérito, puesto que ello implicaría el sacrificio del derecho sustancial en aras de aspectos meramente accesorios.-

Por lo demás, las dos demandas contienen extenso capítulo destinado a explicar el concepto de la violación y no es dable apoyar la defensa en aspectos de tan escasa entidad como alegar que en la Constitución no existe el Artículo 108 - 7.- Tal es la manera de señalar el actor el texto legal que con otra normatividad constitucional de carácter transitorio lo llevaron a inferir la extinción de pleno derecho de la personaría jurídica del Movimiento Unitario Metapolítico, pero sin que por no existir la segunda de esas numeraciones deje de entenderse que se alude al inciso séptimo del indicado canon constitucional permanente.-

No se hizo en ambos *libelos* demandatorios explicación alguna concerniente a los textos del Código Contencioso Administrativo indicados en la fundamentación jurídica de las pretensiones, lo que no es óbice para un pronunciamiento de fondo de la cuestión controvertida. El Art. 228 de la citada obra es la disposición que estatuye la acción contenciosa por falta de calidades o por inhabilidades del elegido, o sea, por aspectos estrictamente subjetivos, distintos a los objetivos de los procesos de elección o de escrutinios previstos en el Art. 223 *Ibídem*. Por el aspecto examinado nada impide, en conclusión, que se profiera sentencia de mérito.-

Por lo que atañe al exámen de la cuestión contenciosa propuesta en ambas demandas, idéntica a la resuelta en los procesos Nos. 0639 y 0651, la

Sala estima suficiente remitirse al análisis que entonces hizo para decidir lo allí controvertido, concluyendo como también lo expresó la colaboradora del Ministerio Público, en que no tienen vocación de prosperidad las pretensiones en los dos procesos en exámen.-

Respecto a la solicitud para que se expida copia de la demanda correspondiente al Expediente 0638 con destino a la jurisdicción penal, para que se investigue el cargo allí formulado contra el Consejo Nal. Electoral, basta observar que se trata de una apreciación meramente subjetiva, sin apoyo probatorio alguno.- Por lo demás, no es dable entender que el Constituyente hubiera expedido una norma, la del Art. 108 de la Carta Política Fundamental, para evitar procedimientos irregulares del Consejo Nal. Electoral, pues de ser así se hubiera constituído en encubridor de posibles delitos, cargo que ni por asomo sería atribuible al cuerpo constituyente.- En tal virtud, no se acoge la petición adicional del apoderado de la parte impugnadora.

Expediente No. 0623

Son dos los fundamentos de hecho que aduce la parte actora para impetrar la anulación del acto declaratorio de la elección del Sr. Anatolio Quira Guauña como senador de la República por la Circunscripción Especial Indígenas, contenido en los numerales 1 y 2 de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25) del Consejo Nal. Electoral.- Por consecuencia de ello solicita también la demandante que se rectifique y verifiquen nuevos escrutinios de las elecciones del 27 de octubre de 1991, para declarar electa por la citada circunscripción y en las elecciones dichas a la señorita Remedios Nicolasa Fajardo Gómez.-

Los presupuestos fácticos del *petitum* son: a) Que el señor Anatolio Quira Guauña no aceptó la inscripción de su candidatura al Senado de la República efectuada a nombre del movimiento "Alianza Social Indígena", como se ve de la solicitud que obra al folio 16 del Exp. 0623 (Formulario E- 9 = Hoja 1); y b) Que la denominada "Alianza Social Indígena" no está reconocida como partido o movimiento político, como lo acredita la certificación que al respecto expidió el Consejo Nal. Electoral visible al fol. 19 del expediente citado.-

De esos dos hechos infiere la inconstitucional e ilegal inscripción de la aludida candidatura que, afirma, debieron rechazar los delegados del Registrador Nal. del Estado Civil, y que admitida del modo dicho resulta inexistente.-

Para ello se apoya en la previsión del inciso segundo, Art. 7o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, por lo que se debe anular el acto declaratorio de la elección "de conformidad con lo establecido por el Art. 228 del C.C.A." (fol. 31).- En la corrección de la demanda reitera la invocación de esta última

norma y adiciona el numeral 5 del Art. 223 de la misma obra "... en los términos en que fué modificado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988..." (fol. 38).-

La anterior precisión de los textos legales aducidos para fundamentar las pretensiones se hace en atención a que solo a las situaciones por ellos previstas habrá de circunscribirse este fallo.- En el alegato de conclusión el apoderado de la actora relaciona y comenta otras disposiciones del prementado Acto Constituyente No. 2 de 1991 y también del Código Electoral, respecto de las cuales la Sala se abstendrá de toda consideración, habida cuenta que la *litis* se trabó con base en los parámetros fácticos y jurídicos determinados en la demanda, no siendo procedente admitir formulaciones distintas de hecho o de derecho que la parte impugnadora no tuvo oportunidad de controvertir.

Ahora bien: en cuanto a la no aceptación de la inscripción de la candidatura, se observa. que lo que se inscribió por la "Alianza Social Indígena" no fué solamente la candidatura del Sr. Quira Guauña sino una lista de candidatos al Senado de la República encabezada por dicho ciudadano, observándose en blanco el lugar destinado a las firmas de los candidatos 1 y 3.- Sólo la del segundo, señor Sergio Parra Mendoza, es visible en la fotocopia arrimada al infolio de la "Solicitud de Inscripción y constancia de aceptación" de candidatos al Congreso de la República.-

Pero en el exámen de la situación así dada conviene hacer dos precisiones.- La primera de plena discrepancia con el planteamiento del apoderado del impugnador, cuando sostiene que el requisito de la aceptación de la inscripción de una candidatura solo es de obligatorio cumplimiento para los candidatos inscritos conforme al Art. 172 de la Constitución, pero no para quienes fueron inscritos en representación de las comunidades indígenas (Art. 22. del A. Constituyente No. 2 de 1991).

La Sala considera, en cambio, que el requisito de la aceptación que debe hacerse del modo determinado para las elecciones del 27 de octubre de 1991 por la Organización Electoral en desarrollo del mandato contenido en el Art. 19 del precitado Acto Constituyente deben cumplirlo todos los candidatos a elección popular, como que de ese modo se expresa su asentimiento a la inscripción y la voluntad de participar en el evento eleccionario a nombre del sector de la opinión que los postula.-

Lo contrario conduciría a pensar que alguien puede ser candidato y declarado electo sin su consentimiento, manifestado en la no aceptación de la candidatura.-

La segunda, que bien distintos son los alcances de la no suscripción del acta de inscripción como ocurrió en el caso de autos, aunque tácitamente se aceptó la postulación al permitir la inclusión en el tarjetón electoral.- El Art. 7 del Acto Constituyente No. 2 de 1991, en su inciso segundo, previó que "En caso de que no se hayan aceptado previamente las candidaturas... los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil rechazaron la inscripción. Contra esta decisión cabe el recurso de apelación ante el Consejo Nacional Electoral que decidirá de plano..."

Allí está enteramente contemplado el procedimiento a seguir en cuanto a candidaturas no aceptadas.- Por parte alguna se prescribe la nulidad de la inscripción efectuada sin mediar la aceptación.- El problema queda resuelto en la vía gubernativa, y no es dable admitir que lo no previsto como causal de invalidez electoral pueda alcanzar esa connotación por alegada violación del texto constitucional, cuando lo que la norma prescribe es un procedimiento administrativo para dilucidar la cuestión.- En este aspecto, entonces, la Sala comparte plenamente el concepto de su colaboradora del Ministerio Público.-

Tampoco sería dable anular el acto acusado con apoyo en el numeral 5, Art. 223 del C.C.A. (Subrogado por la Ley 62 de 1988 en su artículo 17). La causal allí estatuída se relaciona con la falta de calidades constitucionales o legales para ser electo, o sea, de los requisitos personales previstos en las normas para tener capacidad electoral pasiva.- No contemplan situaciones de hecho sino condiciones meramente subjetivas, como la edad, capacitación, naturaleza de la nacionalidad, desempeño de otros cargos, etc.- De allí que no sea pertinente alegar que alguien no reune las calidades para ser electo por no haber aceptado la inscripción de su candidatura.-

A la misma conclusión se llega respecto de lo estatuído en el Art. 228 del C.C.A., puesto que con relación al Sr. Quira Guauña no se acreditó ausencia de calidades (condiciones constitucionales o legales para alcanzar la investidura), ni la concurrencia de inhabilidades o incompatibilidades, estas últimas configuradoras de impedimento para ser elegido al tenor del Art. 179, numeral 8 de la C.N.

Por lo demás, no está demostrado en autos que el Sr. Anatolio Quira Guauña no hubiera aceptado la inscripción de su candidatura por cualquiera de los medios previstos por el Consejo Nal. Electoral al reglamentar, por mandato del Artículo 19 transitorio del Acto Constituyente No. 2 de 1991, las elecciones convocadas para el 27 de octubre de ese año.- Bueno es advertir que la manera de expresar esa aceptación no tiene por qué ser la prevista en el Código Electoral, pues incluso el sistema estatuído en los artículos 89 y 92 de esa obra parcialmente

fué modificado por el Consejo Nal. Electoral, al disponer que para ello basta la firma del candidato impresa en la solicitud de inscripción (Formulario E - 9).-

II.-Lo concerniente a que la inscripción de la lista de candidatos al senado encabezada por el Sr. Anatolio Quira Guauña se hizo a nombre de una agrupación no reconocida como partido o movimiento político, o sea, sin personería jurídica, y que entonces esa inscripción es inválida por incumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 6 del Acto Constituyente acto. 2 de 1991 en el inciso primero, o en el parágrafo también citado no obstante referirse a inscripciones para representantes, basta observar que la creación de la circunscripción electoral indígena para Senado de la República fué decisión excepcional y en principio temporal establecida en el Art. 21 transitorio del prementado Acto Constituyente, convertida en permanente por disposición del Art. 171, inciso cuarto de la Constitución Nacional en favor de las comunidades indígenas carentes a lo largo de nuestra historia republicana de representación en las Corporaciones legislativas.- En fin de cuentas Colombia pasó de ser una república unitaria, como la definía el Art. 1o. de la anterior Carta Constitucional, a un Estado social de derecho, participativo y pluralista (Art. 1o. de la Constitución de 1991), siendo propósito del Constituyente, reconocer a las comunidades indígenas la posibilidad de reclamar sus derechos y promover sus aspiraciones mediante la propia representación senatorial.

Esas comunidades indígenas, con algunas excepciones, no han tenido organización política legalmente reconocida y por ello resulta apenas obvio que no se exigiera aval de partido indígena para respaldar la inscripción de sus candidatos al Senado.- Tampoco era lógico exigir a esos candidatos el lleno de los requisitos del Art. 6 del Acto Constituyente en mención. Por ello el Art. 22 del mismo Acto Constituyente prescribió que la inscripción podía hacerse con la certificación expedida por el Ministerio de Gobierno, en cuanto a que el candidato ha ejercido un cargo de -autoridad tradicional en su respectiva comunidad o ha sido líder de una organización indígena.- Con el lleno de ese requisito se hizo la solicitud de inscripción de la lista encabezada por el Sr. Quira G. e incluso, para que no quede duda de la legitimidad de ese procedimiento, de la candidatura de la actora, puesto que tampoco existe prueba del reconocimiento de la personería jurídica del "Movimiento Indígena" a cuyo nombre se la inscribió (folios 21 y 22 del Exp. 0623).- No siendo válida dicha forma de inscripción, como lo asevera la parte actora, tampoco habría lugar a declarar electa senadora, como se solicita en la demanda, a la señorita Remedios Nicolasa Fajardo Gómez de haber prosperado la primera de las súplicas.-

Basta lo expuesto para concluir que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad.-

Expediente No. 0624.

Toda la extensa enumeración de hechos de la demanda y la más prolongada expresión del concepto de la violación de las normas de la Constitución Política vigente, tienden a fundamentar la pretensión de nulidad de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), por la cual el Consejo Nal. Electoral declaró elegidos, por circunscripción nacional, senadores de la República en los comicios del 27 de octubre de 1991.- También, para que igual pronunciamiento se haga respecto de los actos administrativos expedidos por los delegados del Consejo Nal. Electoral, o por esa misma corporación, declaratorios de la elección de Representantes a la Cámara en las mismas elecciones.- Es de advertir, no obstante, que por lo que a lo último respecta no sería dable pronunciamiento alguno distinto del inhibitorio, toda vez que los actos acusados no fueron individualizados del modo ordenado por el Art. 138 del C.C.A. y tampoco se acompañaron a la demanda las copias de los respectivos actos (Art.139 *Ibídem*), por lo que resulta inepta la demanda por este aspecto.- Igualmente se pide reconocer vigentes los actos declaratorios de la elección de congresistas correspondientes a las elecciones del 11 de marzo de 1990, excepción hecha de la de aquellos cuya elección hayan invalidado las autoridades de la jurisdicción de lo contencioso - administrativo, de haber ocurrido.- Además, que conservan firmeza, con autoridad de cosa juzgada, los fallos proferidos en los procesos de nulidad electoral que tramitó y decidió esta Corporación respecto de actos declaratorios de la elección de congresistas en las elecciones del 11 de marzo de 1990, y que el Consejo Nal. Electoral no tenía competencia para escrutar y declarar electos a otros congresistas en sustitución de los elegidos en las elecciones del citado 11 de marzo de 1990.-

Todas esas declaraciones las fundamenta el actor en la ausencia de atribuciones de la Asamblea Constitucional para revocar el período de los congresistas elegidos en los comicios del 11 de marzo de 1990, puesto que el constituyente primario - el pueblo de Colombia - únicamente lo invistió de facultades para reformar la Constitución Política vigente a 27 de mayo de 1990, fecha en la que se aprobó su integración mediante votación mayoritaria. Asimismo, porque la H. Corte Suprema de Justicia en fallo de control constitucional del Decreto 1926 de 1990, por el que se autorizó contabilizar los votos emitidos el 9 de diciembre de ese año "... para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional...", de modo bien preciso determinó que los miembros de la aludida Asamblea no podrían ser candidatos a ninguna Corporación Pública en 1992 ni en 1994 y que los períodos de los funcionarios legalmente elegidos, mencionados en el punto 9 - a) del acuerdo político que sirvió de base al susodicho decreto, no podrán ser afectados por las decisiones de la Asamblea Constitucional.

SECCION QUINTA

De entrada se observa, no obstante, que la convocatoria a elecciones generales de Congreso de la República para el 27 de octubre de 1991, dispuesta por la Asamblea Nal. Constituyente integrada en los comicios del 9 de diciembre de 1990, se hizo mediante el Art. 1o. transitorio de la Constitución.- Ese acto, que implicó la revocatoria del período de los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990, no es pasible de control jurisdiccional por haberlo dispuesto así la misma Asamblea en el Art. 2o. del Acto Constituyente No. 1 de 1991, condición bastante para que esta Corporación deniegue las pretensiones de la demanda.

Pero como afirma el actor que el ente delegado por el constituyente primario únicamente tenía atribuciones para reformar la Carta Política entonces vigente, que no para producir "... actos políticos electorales ajenos al contenido material del ordenamiento jurídico constitucional..." como fué el de la convocatoria a elecciones generales para Congreso de la República, basta observar que la Asamblea Nal. Constituyente, decidió asumir la plenitud del poder constituyente derogando "la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas...", como lo dispuso en el Art. 380 de la nueva Carta Fundamental.- Ese acto Jurídico-Político no puede ser objeto de control por parte de los poderes constituidos, de donde se concluye que quien pudo derogar la Constitución y poner a regir el nuevo ordenamiento jurídico fundamental también podía, por ser de menor entidad jurídico política, revocar períodos de funcionarios y otros servidores públicos sin limitaciones distintas a las derivadas de la búsqueda del bien común.-

Fueron las decisiones de la Asamblea Nal. Constituyente verdadera revolución institucional como su misma revocatoria, puesto que no es dable olvidar que la Carta Política vigente hasta el 7 de julio de 1991 preveía como único procedimiento de reforma de las instituciones fundamentales de la República, del procedimiento consagrado en el artículo 218 de la Constitución anterior, bien distinto por cierto del seguido para convocar e integrar dicha Asamblea.- Ante esa realidad jurídico política, sin duda más política que jurídica, ningún relieve pueden alcanzar las objeciones del actor respecto de la convocatoria a elecciones que la susodicha Corporación hizo para el 27 de octubre de 1990, resultando innecesario el exámen de cuestionamientos de contenido meramente legal cuya presentación hace el actor con argumentos bien elaborados pero inocuos ante lo decidido por el Constituyente, como los atañederos a que no se había declarado la nulidad de la elección de congresistas correspondiente a las elecciones del 11 de marzo de 1990; que tampoco los entonces elegidos habían perdido su investidura; a la firmeza de los fallos proferidos por esta jurisdicción en procesos de nulidad electoral, y al de la H. Corte Suprema en sede constitucional; a las condiciones para que se produzca el decaimiento de los actos administrativos; a la imposibilidad de superponer

unas elecciones a otras, correspondientes al mismo período constitucional, etc. etc. Allí fue válido el aforismo de quien puede lo más puede lo menos, de modo que quien pudo derogar la Constitución y poner en vigencia una nueva Carta política fundamental también, y con mayores veras, podía revocar el período de los congresistas y el de los demás servidores públicos.-

No sobra anotar que los hechos presupuestados en apoyo de las pretensiones no están contemplados en la normatividad contencioso administrativa como causales de nulidad electoral como bien lo anotó la señora Procuradora Séptima delegada en su concepto, razón de más para que no pudieran prosperar las súplicas de la demanda.- Habrá, entonces, de declararse inhibida la Sala para pronunciarse respecto de la pretensión de nulidad de los actos declaratorios de la elección de Representantes a la Cámara en las elecciones del 27 de octubre de 1991 y denegar las restantes súplicas de la demanda en el proceso referenciado al comienzo.-

Expediente: No. 0632.

I.- Conviene, antes de adelantar el análisis de las cuestiones fácticas y jurídicas fundamento de las pretensiones, examinar los argumentos del tercero opositor en cuanto a pretensa ineptitud formal de la demanda, aunque es cuestión que no cabe aducir como excepción previa en el proceso contencioso administrativo y que, por ende, no amerita pronunciamiento especial. Esta Sala en numerosas oportunidades se ha referido al tema del presupuesto procesal denominado "demanda en forma" es decir, a los requisitos que ese *libelo* debe satisfacer con relación a la índole de la acción electoral. Son los mismos que están prescritos en el Art. 137 y siguientes del C.C.A., siendo de destacar los atañederos a la copia del acto administrativo cuestionado y al anexo con el texto de las normas invocadas como violadas que no tengan alcance nacional, y en algunos procesos la prueba del presupuesto municipal para determinar la competencia.-

En cuanto al aspecto puramente formal la ineptitud de la demanda solo es predicable cuando se omite la designación correcta de las partes, no se precisa lo que se demanda, no se individualiza el acto administrativo cuya nulidad se impetra, las normas que se considera violadas y las disposiciones procedimentales que prescriben la causal de nulidad alegada.- Otro tipo de informalidades no alcanza a enervar el trámite y la decisión de mérito, por cuanto el carácter de pública que tiene la acción permite al juzgador, en aras de la eficacia de la administración de justicia y del alto interés involucrado en la definición del contencioso, pasar por alto falencias secundarias en la formulación de la demanda.- Como tal cabe tener la equivocación del actor al pedir la nulidad de la credencial expedida al senador Salcedo Baldión y no su cancelación como

lo expresa la norma, Art. 228, *in fine*, del C.,C.A. puesto que dicho documento no es anulable por no revestir carácter de acto administrativo sino de mera constancia para la persona a cuyo nombre se extiende.- Igual cabe decir de lo que con el mismo objeto inhibitorio se aduce con relación a las facultades conferidas al procurador judicial.- Sin duda que el mandato para que se solicite la anulación de la elección lleva aneja la facultad de pedir la invalidación de la credencial, pues que la cancelación de esta es simple consecuencia de la prosperidad de la pretensión, que incluso no es indispensable pedir para que se disponga en el fallo que acoja la pretensión principal.-

La claridad, precisión y separación de las pretensiones, que echa de menos el tercero impugnador, es aspecto que incide en la ineptitud de la demanda cuando la formulación inadecuada torna ininteligible o confuso lo que se pide. No así lo referente a su presentación literal, aspecto puramente formal que responde al estilo y método del profesional demandante.-

En el caso de autos la determinación del demandante se encuentra en el primer párrafo de ese *libelo*.- También se la debió consignar al identificar las partes, pero su omisión allí no alcanza a enervar una decisión de mérito pues se conoce, por el poder aducido, que quien presenta el *libèlo* no demanda en su nombre sino en el del Sr. Carlos Luis Dávila Rosas, persona en cuya representación también se debe entender formulada la corrección de la demanda. Su determinación de modo parcialmente diferente en esa corrección es entendible como simple *lapsus calami*.

Igualmente lo alegado en relación a que el actor no acompañó la copia del acta general del escrutinio de la circunscripción nacional para el Senado de la República es omisión que podría generar alguna dificultad para la rectificación o modificación de los resultados, cuando declarada la nulidad impetrada fuera necesario practicar nuevo escrutinio.- Obligaría ello a solicitar al Consejo Nal. Electoral la copia del respectivo documento para proceder a efectuar la exclusión de los votos inválidos, sin que ello torne inepta la demanda por cuanto el aspecto de la individualización del acto acusado fué cumplido cabalmente, conforme a lo prescrito en los artículos 138 y 139 del C.C.A. modificados por los artículos 24 y 25 del Decreto 2304 de 1989, respectivamente .-Pero como se verá más adelante y lo observó el Consejero a quien correspondió conducir el proceso que no dispuso las publicaciones del auto admisorio en la forma prevista en el Art. 233, numeral 4, inciso segundo del C.C.A., de prosperar las pretensiones no habría lugar a nuevo escrutinio, pues el modo de llenar la vacante no requeriría del documento que el impugnador reclama.-

Son inocuas, por consiguiente, las objeciones de índole formal que el tercero interviniente aduce para solicitar fallo inhibitorio.-

II.- En lo que a lo sustancial del contencioso se refiere conviene transcribir el canon constitucional fundamento de la demanda.- Así reza:

Art. 179.- No podrán ser congresistas:

.....

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la 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..."

.....

Dicho texto contempla, como se advierte, tres supuestos generadores de inhabilidad para ser congresista, con ocurrencia en los seis meses anteriores a la elección:

a) Gestión de negocios ante entidades públicas;

b) Celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros;

c) Haber sido representante legal de entidades administradoras de tributos o contribuciones parafiscales.

La tercera hipótesis no ha sido propuesta en el caso en exámen.-

La demanda centra la acusación en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio y de terceros.- Así también lo observó la colaboradora del Ministerio Público. Viene a encontrase una clara alusión al primer supuesto en el alegato de conclusión de la parte actora, situación que por implicar modificación de los fundamentos fácticos de las pretensiones debe dejarse de lado en este análisis, puesto que el demandado no tuvo oportunidad de defender su elección frente a ese motivo nuevo de acusación.-

En cuanto a la celebración de contratos se observa: Está acreditado que el Sr. Félix Salcedo Baldión es socio de MIX-UP Ltda., sociedad en cuyo capital participa con el 80% (Escritura de constitución No. 2111 de 25 de noviembre de 1987, corrida en la Not. 1a. de Cúcuta).- Esa participación en el capital de la empresa se mantiene igual, según lo expresan los certificados de la Cámara de Comercio de Cúcuta visibles a fols. 16 y 18 de la carpeta de pruebas No. 1.

Representante legal de esa sociedad es el Sr, Orlando Rodríguez Carvajal, como gerente de la misma.- Suplente el Sr. Félix Salcedo Baldión.-

La Sociedad Mix-UP Ltda., Fernando Salcedo Baldión y la Sociedad Salcedo Pliego y Cía. S. en C., constituyen la Sociedad DIARIO DE LA FRONTERA Ltda, según escritura No. 120 de 30 de enero de 1989, corrida en la Not. 1a. de Cúcuta.- La participación de MIX - UP Ltda. en el capital de Diario de la Frontera equivale al 60% del total.- Gerente de esa sociedad es el Sr. Fernando Salcedo Baldión. La situación en cuanto a capital, acciones y representación legal se mantiene, según los certificados de la Cámara de Comercio que obran a folios 20, 22 y 58 de la Carpeta No. 1 de pruebas.-

La Sociedad Salcedo Pliego y C., S en C., fué constituída mediante escritura pública No. 94 de 19 de enero de 1989, de la Not. 34 de Bogotá; son sus socios fundadores María del Pilar, Raquel y María Nubia Salcedo Pliego y el gestor José Vicente Salcedo Baldión.- (Certificado de la Cámara de Comercio de Cúcuta obrante a fol. 53 de la Carpeta No. 1)

La Sociedad MIX-UP Ltda. y otros crearon la sociedad anónima denominada "RADIO 900 TELEVISION Y COMUNICACIONES S.A., según escritura 2233 de 14 de diciembre de 1987 corrida en la Not. 1a. de Cúcuta.- Su gerente y representante legal es Mary Luz Rojas Ardila, como lo certifica la Cámara de Comercio de Cúcuta a folios 30 y 33 de la carpeta de pruebas No. 1o-

Por último, la sociedad anónima "Radio 900 Televisión y Comunicaciones S.A." y Luz Mary Rojas Ardila crearon la sociedad Vallas Cero Ltda, según consta en la Escritura pública No. 976 de 30 de abril de 1990, corrida en la Not. 2a. de Cúcuta.- En esa empresa, Radio 900 Televisión tiene aportes por el 90% del capital.

Así lo certifica la misma Cámara de Comercio, según se ve a folios 25 y 28 de la Carpeta No. 1 de pruebas.-

En la misma carpeta obran copias auténticas de las susodichas escrituras Nos. 2.111, 120, 1203, 2233 y 976.-

En la escritura No. 1203 de 17 de abril de 1991, corrida en la Notaría Tercera de Cúcuta, el Sr. José Vicente Salcedo Baldión vendió a Fernando Salcedo Baldión por $510.000.oo el valor de sus aportes en la Sociedad Diario de la Frontera Ltda.-

La Sociedad anónima Centrales Eléctricas de Norte de Santander, de propiedad de Icel, Dpto de Norte de Santander, municipios de Cúcuta, Pamplona, Ocaña, Villa del Rosario y San Cayetano, y Comité de Cafeteros de Norte de Santander, ha tenido negocios de publicidad con la Sociedad Diario de la Frontera Ltda., y de algunos de ellos su valor se pagó después del 27 de abril de 1991. (Carpeta de pruebas No. 2).

La Junta Departamental de Beneficencia de Norte de Santander, establecimiento público de orden departamental, celebró contratos de publicidad con Diario de la Frontera, fechados entre el 30 de marzo y el 30 de mayo de 1991 (Carpeta No. 3).

La Licorera de Norte de Santander, empresa Industrial y Comercial de orden Departamental celebró, el 14 de mayo de 1991, contrato de publicidad con Diario de la Frontera Ltda. (Carpeta No. 4).

Vallas Cero Ltda. celebró con el municipio de Cúcuta contrato para la instalación de vallas publicitarias, con fecha 1o. de septiembre de 1990.- También obran en autos comprobantes de publicaciones en Diario de la Frontera por cuenta de Cajanal.-(Carpeta No. 5).

De lo consignado resulta que el señor Félix Salcedo Baldión no celebró contrato alguno de los aludidos en prueba de la causal de inelegibilidad que le atribuye el actor. En los documentos de contrato y comprobantes allegados con la demanda aparecen actuando personas diferentes en representación de las Sociedades Diario de la Frontera Ltda. y Vallas Cero Ltda. - Y si se observa que la primera de dichas empresa fué creada el 30 de enero de 1989 y la segunda el 30 de abril de 1990, o sea, antes de la vigencia de la Constitución de 1991, no es claro el fundamento para razonar, como lo hace el actor, que aquellas, de las que no es socio el Senador Salcedo Baldión, y MIX UP Ltda., de la que sí lo es, fueron creadas para burlar el "... régimen de incompatibilidades que regía directamente, para el senador Salcedo Baldíón..." (folios 5 y 6)

Cuando quien contrata es persona jurídica de la que no es asociado el demandado, no es dable atribuir a éste la celebración de esos contratos.- Pero podría darse la causal de inelegibilidad cuando el demandado actúa, dentro de los seis meses anteriores a là elección, bajo la condición de representante legal de la sociedad contratista, por la previsión que contempla la norma en cuanto a contrato celebrado en interés de terceros con entidad pública. En cambio, aun de ser el demandado accionista de la sociedad contratista con entidad pública, aunque se gestione o celebre el contrato dentro del término ya indicado tampoco se da la causal de inhabilidad comentada, por la clara y bien precisa distinción

que nuestra legislación hace de la sociedad y sus asociados (Art. 98, inciso segundo del Código de Comercio).-

En caso donde se contemplaba esta segunda hipótesis expresó la Sala, con ponencia de quien redacta la presente:

"....." (Sentencia de fecha junio 18 de 1992, actor Ricardo Barrios Zuluaga. Exp. No. 0610).-

"4. Pero las compraventas aludidas fueron celebradas por la Sociedad Comercial "La Maceta Cía Ltda." con la Comisaría Especial del Guainía, que no con la señora Graciela Ortíz de Mora.

La disposición constitucional que se alega violada con el acto de elección de la señora Ortíz de Mora, el numeral 3 del Art. 179 de la Carta Política, tiene antecedentes inmediatos en el artículo 111 del anterior régimen constitucional, norma que por virtud de la remisión de su inciso segundo a lo que dispusiera la ley en cuanto a "... la clase de negocios a que sea aplicable y la prueba especial para demostrar el hecho..", generó disparidades de criterio en su aplicación.

"Para esta Sección, en efecto, fué claro que no era dable la nulidad de una elección afectada por la inhabilidad allí estatuída, en tanto el legislador no hiciera las precisiones dispuestas en ese inciso segundo.

"La norma vigente supera el escollo, ampliando el ámbito de la inhabilidad a quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección gestionen negocios o celebren contratos con cualquier entidad pública y no solo con el Gobierno, como lo preveía el derogado artículo 111 de la Constitución de 1886; también, a quienes hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales. Desapareció, entonces, lo concerniente a la reglamentación de la clase de negocios y su prueba, con lo que el constituyente avanzó en el propósito de hacer más estricto el régimen de inhabilidades de los congresistas, estatuyendo causal de inelegibilidad para quienes contraten o gestionen con el Estado o dispongan de ingresos parafiscales.

"Pero la gestión o contratación debe ser personal para que se genere la inhabilidad.- No es jurídicamente aceptable, por cuanto equivaldría a pasar por alto las diferencias obvias que se dan entre la persona colectiva y sus socios en cuanto a capital, responsabilidad, representación legal, etc., atribuir al asociado los actos de la sociedad y las consecuencias jurídicas

que de ellos se deriven, o a la inversa, mientras el legislador no estatuya esa posibilidad rompiendo la estructura del contrato de sociedad.

"Con mayores veras tratándose de inhabilidades electorales que, por constituir limitaciones al derecho del ciudadano a ser elegido, deben estar expresamente contempladas en la norma, habida cuenta la interpretación restrictiva, no extensiva o analógica, que de aquellas debe hacerse.

"Por tanto, mientras el legislador no disponga lo contrario es equivocado deducir causal de inelegibilidad en el asociado de compañía civil o comercial, por efecto de las gestiones o negocios que ésta realice por conducto de su representante legal con cualquier entidad pública, toda vez que se mantiene diferencia, para todos los efectos jurídicos, de la persona natural con la colectiva de que aquella es socia (Art. 98 del C. de Co. y 2079 del Cod. Civil).- La moralización de las instituciones públicas, sin duda plausible y de todos deseada, no puede llevar por lo demás a pasar por encima de lo que la ley dispone, pues ello conduciría a la arbitrariedad".

"En el caso de autos, finalmente, no cabe admitir que la señora Ortíz de Mora impulsó la creación de la sociedad de responsabilidad limitada "La Maceta y Cía" para eludir la inhabilidad electoral resultante de negocios con la Comisaría Especial, hoy Departamento del Guainía.- Por la fecha de celebración del contrato de sociedad, el 18 de febrero de 1988 según reza la Escritura Pública 282 de la Notaría 26 de esta Capital, en sana lógica no es dable pensar que esa creación se hizo a manera de interpuesta persona para realizar negocios con la Comisaría sin generar la inhabilidad, puesto que entonces ni los mas avisados estudiosos de la problemática nacional podían prever el contenido de una nueva Carta Política, que apenas era aspiración de sectores de opinión..."

Entonces, no concurriendo en el señor Félix Salcedo Baldión la causal de inhabilidad para ser elegido senador en los comicios del 27 de octubre de 1991, carece de vocación de prosperidad la súplica de la demanda, como así se dispondrá en el fallo en pleno acuerdo con el concepto de la señora Procuradora Delegada.

Resta anotar, como se anunció atrás, que de haber prosperado la pretensión de nulidad del acto electoral acusado no habría sido necesaria el acta general del escrutinio de los votos por la Circunscripción nacional para -el Senado de la República, por cuanto la vacante no se llenaría con la práctica de nuevo escrutinio excluyendo, como lo solicita el actor, los votos depositados por la lista encabezada por el señor Félix Salcedo Baldión.-

De resultar invalidado ese acto se habría producido falta absoluta de un congresista, conforme lo prevé el Art. 294 de la Ley 5a. de 1992, y la vacancia se llenaría con aplicación de lo dispuesto en el Art. 134 de la Constitución Política. Ello no implicaría inhabilidad de los candidatos no elegidos de la misma lista en orden descendente y sucesivo, que vendrían a llenar la vacante con respecto a la voluntad de los electores y al principio de la eficacia del voto.-

Expediente: No. 0633.

Sin duda que acertó la Procuradora Séptima Delegada en cuanto considera que por no estar ejecutoriado el fallo de segunda instancia, proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito de Pasto con fecha octubre 4 de 1988, visible en copia auténtica en el expediente No. 0633 del folio 185 al 248, pues contra el mismo cursaba recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los acusados Juan Gónzalo Márquez Puentes y Eleonora Escrucería de Salinas, no se encontraba en firme la condena a pena privativa de la libertad impuesta en ese proveído al Dr. Samuel Alberto Escrucería Manzi.

La sentencia contra la que se interpone recurso extraordinario de casación solo queda ejecutoriada una vez proferida por la H. Corte Suprema de Justicia la sentencia que desate el recurso o por ella declarado desierto este. También cuando el Tribunal lo niegue o lo declare desierto.-

En el caso de autos, conforme lo hizo constar el Secretario de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la aludida sentencia del Tribunal Superior de Pasto no estaba ejecutoriada el 30 de enero de 1992, o sea, en fecha posterior al acto que declaró al Dr. Samuel Alberto Escrucería Manzi elegido Senador de la República en los comicios del 27 de octubre de 1991 (fol. 336 del Exp. No. 0633).- Por este aspecto se observa que no asiste razón al actor, en cuanto afirma que revocado por la H. Corte Suprema en proveído de fecha 15 de mayo de 1991 el auto de 25 de febrero del mismo año, "... en cuanto declaró formalmente ajustada a derecho la demanda de casación presentada a nombre del acusado SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI, declarando en su lugar desierto el recurso extraordinario interpuesto por su defensor, por extemporaneidad en la presentación de la demanda...(fol. 155 a 168 del expediente No. 0633), debe tenerse desde la ejecutoria de ese proveído como ejecutoriada la sentencia condenatoria impuesta al citado Escrucería Manzi.

La ejecutoria de sentencia penal recurrida en casación opera simultáneamente para todos los convictos una vez resuelto lo concerniente al recurso, pues lo contrario conduciría al absurdo. Crearía , en efecto, dificultades innecesarias en el cómputo del cumplimiento de las penas, situación que

precisamente lleva a deducir que la fecha de su ejecutoria es una sola.- Ocurre situación similar a la que se da respecto del término para interponer recursos contra las decisiones judiciales, que solo después de notificadas todas las partes comienza a correr, así aquellas se hubieren notificado en diferentes fechas.- Con ello se evitan equívocos en la apreciación de la procedencia del recurso en lo que a la fecha de su interposición respecta.

Ahora bien: Como el cargo que se formula contra el acto declaratorio de la elección del citado Samuel Alberto Escrucería Manzi se apoya en el numeral 1, art. 179 de la Carta Política, que inhabilita para ser congresistas a "1.- Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposas...", no prosperarían las pretensiones en razón de no estar, como ya se vió, ejecutoriado el fallo del H. Tribunal Superior de Pasto, calendado a 4 de octubre de 1988, al tiempo de la elección acusada.-

Tampoco, como es lógico inferir, por la alegada inscripción indebida de la candidatura al Senado del precitado Samuel A. Escrucería M. pues, de una parte, dicho candidato además de reunir las calidades de senador no estaba inhabilitado en cuanto al cargo deducido en la demanda.- De otra, porque la inscripción efectuada sin el lleno de los requisitos estatuídos en el Acto Constituyente No, 2 de 1991 no constituye causal de nulidad electoral.- El Art. 7o. de ese Acto Legislativo previó un trámite administrativo que se agota con la decisión del Consejo Nal. Electoral.

Menos aún por el motivo de ultima hora propuesto por el actor en su alegato de conclusión, atañedero a la fecha de la diligencia de inscripción de la candidatura del citado Escrucería Manzi.- Dicha solicitud fué presentada en oportunidad, el 21 de agosto de 1991 a las 5-20 p.m., pues así consta en el respectivo documento (fol. 321 Vto.).- Cosa distinta es que la diligencia de inscripción se hubiere efectuado por las autoridades electorales con fecha agosto 27, atendiendo instrucciones de la Registraduría Nal. del Estado Civil (folios 373 a 387 del Exp. 0633), situación que en lo que a la fecha comporta no puede afectar la inscripción solicitada en tiempo, por depender ello de la organización nacional electoral. Pero en el proceso, en virtud de la prueba para mejor proveer ordenada por la Sala, obra copia de sentencia que impuso la pérdida de la investidura de senador de la República al Dr. Samuel Alberto Escrucería Manzi.- Esa decisión implica que la condición de senador del citado Escrucería Manzi desapareció del ámbito jurídico y no cabe fallo de mérito al respecto por sustracción de materia.

SECCION QUINTA

Proceder de otro modo podría conducir a fallos encontrados, amén de que se estaría pronunciando sobre la nulidad de un acto que en lo que al citado Escrucería respecta perdió eficacia.-

Por ello se inhibirá la Sala de pronunciarse acerca de las pretensiones de la demanda en este procesos-

Expediente: No. 0636

Sin lugar a la menor dubitación afirma la Sala que las pretensiones de la demanda, propuesta contra la elección de algunos senadores de la circunscripción Nacional y cuatro representantes a la Cámara por la circunscripción de Santa Fe de Bogotá en los comicios del 27 de octubre de 1991, carecen de vocación de prosperidad.-

Se apoyan los cargos contra los actos de elección acusados, la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25) y el Acuerdo No. 09 de 1991 (noviembre 23) del Consejo Nacional Electoral, en pretensa violación de los numerales 2 y 4 del Art. 179 de la Constitución Política.- Al respecto se afirma que las personas determinadas en el libelo demandatorio estaban inhabilitadas para ser congresistas, por haber ejercido como empleados públicos la máxima autoridad política dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección, como que fueron elegidos congresistas en los comicios del 11 de marzo de 1990 y ejercieron esa función en el período de inhabilidad que señala la norma; también, porque perdieron la investidura de congresistas al convocarse a elección general de Congreso de la República por el Art. 1o. transitorio de la Constitución.-

Pero ni lo uno ni lo otro tiene apoyo normativo.- Lo primero, porque como bien lo señaló la colaboradora del Ministerio Público, los congresistas no están investidos en la actualidad y tampoco lo estaban bajo el régimen de la anterior Constitución Política, de la calidad de empleados públicos.- La Carta Fundamental vigente les asigna la condición de servidores públicos, distintos de los empleados y trabajadores del Estado (Art. 123 de la C.N.); el anterior régimen institucional los consideraba particulares que desempeñaban función pública, la legislativa, por períodos de cuatro años.- Expresamente la Ley 45 de 1989, en el parágrafo de su artículo 1o., les niega la condición de empleados oficiales.- Por tanto, aunque la función legislativa implica el ejercicio de autoridad política de muy alta significación, ello no genera inhabilidad para ser congresista en los términos de la precitada norma constitucional.

Tampoco se produjo, por efecto de la convocatoria a elecciones generales del Congreso dispuesta por el Art. 1o. transitorio de la Constitución, la pérdida de la investidura de los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990.- La

pérdida de la investidura no puede darse sino por sentencia del Consejo de Estado en proceso seguido con acción prescrita en el Art. 184 de la Carta Fundamental, decisión que reviste carácter judicial por mandato de la Ley 5a. de 1992 (Sección 5a., Capítulo XI, del Título II).

No habiéndose producido declaración de esa índole por parte del Consejo de Estado, el competente exclusivo para conocer de dicha acción, no pueden atribuirse las consecuencias de la pérdida de la Investidura a situaciones distintas, entre ellas la del término anticipado del período para el que fueron elegidos los congresistas el 11 de marzo de 1990, decisión que adoptó la Asamblea Nal. Constituyente en ejercicio del pleno poder que asumió para crear un nuevo orden institucional.-

No prosperan, por consiguiente, las pretensiones de la demanda.

Expediente: No. 0643 Actor: JOSE LIBARDO LOPEZ MONTES

I.-De entrada se observa notoria deficiencia probatoria en relación con algunas afirmaciones de la demanda.- No se aportó documento alguno demostrativo del parentesco que se afirma existe entre los asociados de las Sociedades Comerciales con base en las cuales, por los contratos de "Cosmovisión del Caribe Ltda." con "Telecaribe Ltda.", se deduce la inhabilidad del señor Rodolfo Segovia Salas para ser congresista.-

2.-Con relación a las sociedades contratistas con TELECARIBE LTDA, se tiene:

a) La sociedad comercial "COSMOVISION DEL CARIBE LTDA" celebró el contrato 038 - 88 de producción de programas para la "Sociedad Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica (TELECARIBE LTDA) el 28 de diciembre de 1988, con vigencia de dos años contados a partir del 16 de enero de 1989.-

Dicho contrato fué adicionado por el 038A - 89, con un año de vigencia a partir del 15 de enero de 1990.-

El 1o. de agosto de 1990 celebraron las mismas partes el contrato A66-90 con vencimiento de un año contado a partir de la fecha del contrato.-

Y en la misma fecha primero (1o.) de agosto de 1990 celebraron el contrato No. P23-91, con vencimiento a 31 de agosto de 1991.-

Los dos contratos A66-90 y P23-91 fueron adicionados con el contrato No. AP. 23A-91, de 30 de agosto de 1991, con vencimiento a 31 de diciembre de 1991.-

b).- Cosmovisión del Caribe Ltda. es una sociedad comercial constituída por escritura pública No. 3661, otorgada el 7 de diciembre de 1988 en la Not. 1a. de Cartagena.-

A ella se asoció la sociedad "Inversiones Sillar Ltda. y Cia. S. en C.", vinculación solemnizada con la escritura pública No. 2.114 de 5 de octubre de 1990, otorgada en la Notaría 2a. de Barranquilla.

"Inversiones Sillar Ltda. y Cia. S. en C." se constituyó por escritura pública No. 3817 de la Not. 1a. de esta Capital el 27 de julio de 1979, inicialmente con el nombre de "Inversiones Segovia Ospina Ltda", y entre los comanditarios figura "Inversiones Sillar Almirante Ltda. y Cia. S. en C."

Esta última, es decir "Inversiones Sillar Almirante Ltda. y Cia. S. en C." fué constituída por E.P. No. 7385 otorgada en la Not. 1a. de esta capital el 30 de noviembre de 1987.- De ella también es gestora "Sillar Ltda.".

Esta última se constituyó con el nombre de "Midas Segovia Ospina Ltda." el 21 de mayo de 1979 mediante escritura No. 2559 de la Not. 1a. de esta Capital; cambió de denominación por el de "Sillar Ltda.", mediante escritura No. 4401. corrida en la Not. 1a. de esta Capital el 28 de julio de 1987.- De ella son asociados Rodolfo Segovia Salas y Silvia Ospina de Segovia, quienes en su orden la representan legalmente como Gerente y Subgerente.-

Se observa entonces, que en la celebración de los contratos de producción 038-88, 038-89, A66-90 y P23-91 entre TELECARIBE LTDA .y "Cosmovision Ltda." ningún interés pudo tener la Sociedad "Inversiones Sillar Ltda. y Cia. S. en C., puesto que la asociación de esta con "Cosmovisión Ltda." se produjo el 5 de octubre de 1990.- Unicamente a la fecha de celebración del contrato adicional No. AP23 A-91, de 30 de agosto de 1991, era asociada de "Cosmovision del Caribe Ltda." la precitada sociedad "Inversiones Sillar Ltda y Cia. S. en C.".-

3.- La inhabilidad para ser congresista prescrita en el Art. 179, numeral 3 de la Constitución, se configura por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio o en el de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.- Como la elección cuya declaratoria se acusa se efectuó el 27 de

octubre de 1991, se deduce que la inhabilidad a que se alude debe constar a partir del 27 de abril del mismo año.

4.- La sociedad "Canal Regional de Televisión "TELECARIBE Ltda. es una empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones.-

5.- El contrato adicional No. AP-23 A-91 lo celebró con esa entidad descentralizada la sociedad comercial "Cosmovísion del Caribe Ltda." el 30 de agosto de , 1991, o sea, dentro del término de inhabilidad previsto en la norma Constitucional en mención.- Pero no obra en autos prueba alguna de la intervención del señor Rodolfo Segovia Salas en la gestión de esa negociación o en la celebración del contrato.- Esto último lo efectuó el Sr. Armando Juliao Molina en representación de la firma "Cosmovision del Caribe Ltda" y aunque en esta sociedad tiene interés social "Inversiones Sillar Ltda. y Cia. S. en C." cuyo gestor y gerente es "Sillar Ltda" y de la misma "Inversiones Sillar Ltda y Cia. S. en C." es asociada "Inversiones Sillar Almirante Ltda. y Cia. S. en C." también con "Sillar Ltda" como gestora y gerente, legalmente no se puede atribuir al señor Segovia Salas, como gerente y representante legal de "Sillar Ltda.", la gestión o la celebración de ese negocio con "Telecaribe Ltda.".-

La argumentación relacionada con la distinción que la ley establece entre la Sociedad Comercial y su asociado ya la consignó la Sala al decidir el proceso 0632, a la cual se remite ahora.-

Deduce, así, que no se encontraba el Sr. Rodolfo Segovia Salas inhabilitado para ser congresista elegido en los comicios del 27 de octubre de 1991 y, por ende, que no prosperan las pretensiones de la demanda.

Esa conclusión se impone sin examinar el cargo fundado en alegada violación del régimen de incompatibilidades de los congresistas, que el actor propone con base en los artículos 10 del Decreto Ley 222 de 1983, 36 de la Ley 14 de 1991 y 180, numerales 2 y 4 de la Constitucion Política.-

La anulación del acto declaratorio de una elección, resultante de proceso seguido con acción contenciosa electoral, es legalmente viable por ausencia de calidades o requisitos constitucionales o legales para el desempeño del cargo, o. por darse en el candidato impedimento para ser elegido, que es lo mismo que decir, causal de inelegibilidad.-

No así por motivos de incompatibilidad que, como lo dicen la doctrina y la jurisprudencia son prohibiciones para ejercer otra función o actividad por tener o haber tenido en período inmediatamente anterior, cierta investidura pública.

"La inelegibilidad prohíbe ser elegido; la incompatibilidad prohíbe a los ya elegidos desempeñar otros cargos públicos o hacer negocios con el gobierno.- Son pues, dos cosas distintas, que sin embargo algunos suelen confundir en virtud de la íntima y estrecha relación que existe entre ellas (Tratado de derecho electoral Colombiano. J.I. Vives Echevarría - Temís, pág. 260).

Para las incompatibilidades la Constitución Política prescribe procedimiento diferente al proceso electoral.- Es la denominada acción de pérdida de la investidura, que también es ejercitable por violación del régimen de inhabilidades previsto en el Art. 179 de la Carta (Artículos 183 y 184 de la C.N.). No procede solicitar la declaración de nulidad de un acto electoral por causal de incompatibilidad, como que esta sólo puede darse después de elegido o nombrado el demandado.-

Por lo demás, las incompatibilidades alegadas por el actor pudieron inficionar la investidura de representante a la Cámara obtenida por el Sr. Rodolfo Segovia Salas en los comicíos del 11 de marzo de 1990, declarada por acto administrativo que no es objeto de acusación en la demanda.- De allí que, como ya se dijo, tampoco en lo concerniente a las incompatibilidades podían tener la pretensiones posibilidad alguna de salir avantes.-

Expediente No. 0645

I.- Constituyendo el meollo del caso en exámen el rechazo del actor a la inclusión de los votos en blanco en el total de votos válidos depositados en los comicios del 27 de octubre de 1991 para senado de la República por la circunscripción nacional, total que sirvió para extraer el cuociente electoral, sin duda que en orden a desatar la contención basta acoger los dos planteamientos de la colaboradora del Ministerio Público en su concepto de instancia. El primero se apoya en jurisprudencia que la Sala acogió, con ponencia de quien redacta la presente, en los términos seguidamente transcritos:

> "...Pero la causal en exámen - la del numeral 4 del Art. 223 del C.C.A., subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988, precisa la Sala - parte del supuesto de votos válidos, significando con ello que la cuestión atañedera a la validez o invalidez de los votos es anterior y ajena al problema de la aplicación del procedimiento del cuociente electoral en la representación proporcional que la Constitución y las leyes electorales vigentes dan a los partidos, movimientos y grupos políticos en la asignación de puestos de elección popular, cuando se trate de más de un elegido. Así lo ha venido sosteniendo la Sección en múltiples oportunidades.
> "No es dable, entonces, acudir al expediente de alegar la violación del

sistema del cuociente electoral para conseguir que se excluyan votos pretensamente inválidos, por cuanto con ello se extralimitaría el ámbito de aplicación de la causal de nulidad invocada..."

(Sentencia de 12 de noviembre de 1991.- Expo acumulados Nos. 0373, 0375, 0376.- Actores José Guillermo Castro Castro y otros).

La precitada causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral hace relación a la errónea o indebida aplicación del cuociente electoral. No a los votos computados para extraer el cuociente, por cuanto ello es materia de previo pronunciamiento de las autoridades administrativas electorales, decisiones susceptibles de impugnación por vía judicial únicamente en las situaciones contempladas en los dos primeros numerales del Art. 223 del C.C.A.-

También, porque como lo destaca dicha Colaboradora el asunto controvertido fué resuelto por el Consejo Nal. Electoral con denegatorio de las pretensiones del testigo electoral de la Nueva Fuerza Democrática, quien había pedido la exclusión de los votos en blanco para obtener el cuociente.- Esa cuestión no fué materia de reclamación sino petición apoyada en criterios jurídicos, oportunamente dilucidada en virtud de la competencia que confiere la ley al Consejo Nal. Electoral para apreciar aspectos de derecho.- Una vez decidida no puede constituirse en objeto de debate jurisdiccional, pues como lo expresa el Art. 192 del C. Electoral esa competencia del Consejo Nal. Electoral es plena y completa.

II.- No sobra anotar que ninguna duda abriga la Sala respecto de la supremacía de la norma constitucional sobre las demás prescripciones jurídicas de derecho interno.- Así lo pregonaron el positivismo jurídico y la escuela de Víena de Hans Kelsen y Adolfo Merkl con su Teoría Pura del Derecho, según la cual la prescripción más alta y abstracta, reguladora de la manera como debe producirse la norma que le sigue en grado es la Constitución. Ese principio lo consagran los Arts. 4o. y 241 de la Carta Fundamental, y acerca de su vigencia no cabe hesitación.

Pero bien distinto es admitir que cuando una norma constitucional se ocupa de un tema en particular quedan subrogadas, sin vigencia, las anteriores normas jurídicas de inferior jerarquía que tratan de la misma materia. Ello sólo es cierto si la norma constitucional reemplaza expresamente a la norma legal o porque tácitamente se produzca la derogatoria de esta por ser contraria a lo prescrito en la Constitución.

En lo que hace a la subrogatoria plena del Art. 137 del C. Electoral que

afirma el actor haberla producido el Art. 12 del Acto Legislativo No. 2 de 1991, (fol. 26 de la demanda) que más adelante en el alegato de conclusión plantea como sustitución temporal, cabe afirmar que dicho aserto carece de fundamento toda vez que las dos disposiciones definen lo que debe entenderse por voto en blanco en forma de total equivalencia.- Basta observar dichas prescripciones en su texto literal:

El Art. 12 del Acto Constituyente No. 2 de 1991, reza:

"Voto en blanco es aquel que en la tarjeta electoral señala la casilla correspondiente o no señala candidato"

Y el Art. 137 expresa:

"Voto en blanco es el que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emite en blanco."

Cuando el dispositivo constitucional expresa que voto en blanco es aquel que en la tarjeta electoral señala la casilla correspondiente, equivale a la previsión legal en cuanto a indicar que lo es el que expresamente dice que se emite en blanco.- Y al decir la primera que también es voto de esa índole el que no señala candidato se equipara a lo que la ley describe como no contentivo de nombre alguno.

En lo que atañe al valor de dicho voto la norma constitucional guarda silencio pero jurídicamente no es dable admitir que es ninguno, es decir, que ese voto es ineficaz cuando la norma legal prescribe lo contrario.

De ser así la prescripción constitucional sería inocua, más aun, ilógica la distinción que el canon constitucional hace de voto en blanco y voto nulo, puesto que de ambos se predicarían las mismas, consecuencias: excluírselos del cómputo de los votos válidos. Pero como el mismo actor lo reconoce, quien vota en blanco expresa libremente su voluntad electoral, la de no escoger a candidato alguno de los propuestos e, incluso, expresar rechazo al sistema, político imperante.- Es, pues, un voto válido y como tal debe tomárselo en cuenta para obtener el cuociente electoral como lo manda el segundo inciso del precitado Art. 137 del Código Electoral, mientras esta norma no sea subrogada o modificada por el legislador.- Esa decisión fué la que tomó el Consejo Nal. Electoral en la Resolución No. 115 de 1991 (noviembre 23), con lo que lejos de atentar contra la libertad de quien sufraga en blanco, por cualquiera que sea la motivación de ese comportamiento, hizo valer esa expresión de voluntad política al disponer se la tomara en cuenta como voto válido. Tampoco contra la representación proporcional de los partidos, movimientos o grupos políticos,

puesto que al sumar los votos en blanco con los depositados por los candidatos para formar el cuociente, incide igualitariamente esa totalizacion en los últimos, así la aplicación de un mayor cuociente resultante de esa inclusión genere desventaja para las listas de mayor votación frente a las menores. Ello facilita la participación a sectores minoritarios de la opinión política, lo que lejos de ser dañoso resulta conveniente en la medida en que permite que aquellos tengan ámbitos de expresión democrática para sus inquietudes y aspiraciones, medio más adecuado al logro de la paz y la armonía ciudadanas que el monopolio de las corporaciones de elección popular por los sectores mayoritarios.-

Se impone, entonces, denegar la nulidad impetrada.

Expediente No. 0647

Son dos los cargos que aduce el actor contra el acto declaratorio de la elección del Dr. José Ignacio Díaz-Granados Alzamora como Senador de la República, para el período especial constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994.- Inhabilidad para ser congresista por no haber renunciado antes del 14 de junio de 1991 al cargo de Director General del Hospital Central de Sta. Marta, establecimiento público del orden departamental, e inscripción de la lista que encabezaba el 27 de agosto de 1991 siendo que el Art. 4o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991 preciso el término de inscripción hasta el 22 de agosto de ese año a las 6.pm

Antes de examinar el mérito de esas pretensas violaciones del régimen constitucional procede breve comentario a la primera de las excepciones que propuso el apoderado del Dr. Díaz-Granados A. al finalizar su memoria de contestación de la demanda (fol. 148) la cual por su condición de previa no es aducible en los procesos contencioso administrativos.- No obstante, respecto de la falta de competencia no asiste razón al excepcionante, pues si por ella se entiende la facultad que tiene el juez para ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción que corresponde a la República, sin duda que es esta Sección Quinta del Consejo de Estado la competente para conocer del presente proceso por mandato de la Ley 14 de 1988 en su artículo 6o., que subrogó el Art. 67 de la Ley 96 de 1985 (Art. 231 del C.C.A.). El fenómeno del fallo *ultra petita* o *extra petita* que se aduce en apoyo de la excepción propuesta, atiende a la congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda, aspecto que nada tiene que ver con la competencia del juzgador.-

Las otras dos excepciones, concernientes a la prueba de los hechos aducidos, no constituyen propiamente el medio de defensa en mención, que debe consistir no en la simple negación del hecho afirmado por el actor sino en otro hecho impeditivo o extintivo que al contraponerlo al primero excluya sus

efectos jurídicos. Por ello no cabe pronunciamiento alguno acerca de los tres hechos propuestos como exceptivos.-

Ahora bien: en cuanto al primer cargo, según el cual el Dr. José Ignacio Díaz-Granados Alzamora estaba inhabilitado para ser congresista elegido en los comicios del 27 de octubre de 1991, puesto que debió renunciar al cargo que desempeñaba como Director del Hospital Central de Sta. Marta antes del 14 de junio de ese año en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo, Art. 2. transitorio de la Constitucion Política, se tiene:

1.- En ejercicio de las facultades especiales conferidas por la Asamblea Departamental, mediante Ordenanza No. 05 de 15 de noviembre de 1989 la gobernadora del Magdalena, Sra. Myrian Jassir de Tribín, expidió el Decreto # 378 de junio 22 de 1990, por el que creó el establecimiento público denominado Hospital Central de Sta. Marta, al que dotó de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito a la Dirección Seccional de Salud del Departamento e integrante del Sistema de Salud.- Dicho decreto determina los órganos de dirección y administración del Establecimiento y señala las funciones del Director (folios 215 a 230).

2.- Concluídos los trabajos de construcción física del aludido Hospital la Junta encargada de dirigirlos procedió a ordenar su liquidación mediante Acuerdo # 22 de julio 16 de 1990, haciendo entrega a la Junta Directiva del Hospital de toda la documentación concerniente a la propiedad del edificio, relación de acreedores, archivos, etc. (folios 242 a 245).

3.- La Junta Directiva del Hospital, que se posesionó ante el Gobernador del Magdalena (folios 231 a 241) procedió a presentar la terna de candidatos exigida por el Decreto de creación del Establecimiento para la designación de Director General, nombramiento que recayó en el Dr. José Ignacio Díaz-Granados A. según Decreto No. 725 de 26 de julio de 1990 (fol. 247).

4.- El nombrado Director General tomó posesión del cargo como consta en el Acta # 316 de agosto 3 de 1990 (fol. 248).

5.- Los estatutos del Hospital Central, elaborados por la Junta Directiva del establecimiento, recibieron aprobación del gobierno departamental del Magdalena mediante Resolución No. 1106 de 24 de agosto de 1990 (fol. 250).

6.- Mediante Decreto No. 630 de agosto 6 de 1991, el Gobernador del Magdalena encargo de la Dirección del Hospital Central de Sta. Marta al Dr. Omar Herazo "... en reemplazo del Doctor José Ignacio Díaz-Granados, cuya renuncia se acepta por el presente Decreto..." (fol. 14).- El citado director

encargado tomó posesión del cargo el 9 de agosto de 1991, según acta obrante al fol. 15.-

El impugnador de la demanda, mediante apoderado, sostiene haber renunciado al cargo de Director General del mencionado Hospital en septiembre 22 de 1990, por cuanto en esa fecha entregó su dimisión al entonces, Gobernador del Magdalena Dr. Armando Pomarico Ramos cuando este se hallaba por fuera de su Despacho.- Copia de la carta de renuncia, con constancia manuscrita de recibo suscrita por el destinatario obra al fol. 64, y de la ocurrencia de ese hecho da fé, en certificación jurada, el Dr. Pomarico Ramos. Así se ve a fols. 311 y 312.

También, la presentación de esa renuncia en la fecha que indica la parte demandada lo atestiguan la ex-gobernadora del Magdalena Sra. Myrian Jassir de Tribín, precisamente quien nombró Director del Hospital al Dr. Díaz-Granados Alzamora; el médico Horacio Mario Oliveros Castro, entonces miembro de la Junta Directiva del Hospital, quien asevera que estuvo presente cuando aquello ocurrió; y el médico Julio Martínez Adárraga, también miembro de la Junta Directiva del Hospital que incluyó al Dr. Díaz-Granados en la terna de candidatos a Director y quien lo acompaño en las etapas iniciales de organización del establecimiento (folios 11 a 27 del cuaderno No. 3 del Exp. 0647).

Pero no configurando plena prueba los testimonios referidos, que merecen credibilidad por la concordancia de sus dichos, la responsabilidad de los asertos y las especiales condiciones personales de los declarantes, por tratarse de acto que debe acreditarse de preferencia mediante prueba documental, obra en autos certificación expedida por el Gobernador del Magdalena Dr. Miguel Pinedo Vidal, según la cual en el libro Radicador y en los Archivos de su despacho "... no aparece registrada la entrada de ninguna carta de renuncia suscrita por el doctor José Ignacio Diaz-Granados Alzamora, como Director del Hospital Central de Santa Marta, durante el lapso comprendido entre el 14 de junio de 1991 y el 6 de agosto del mismo año..." (fol. 66).

Este documento lleva a inferir que la renuncia del Dr. Díaz-Granados A. al cargo de Director del Hospital Central, aceptada mediante Decreto # 630 de agosto 6 de 1991, con el que igualmente el Gobernador del Magdalena encargó de esa función al Dr. Omar Herazo fué presentada con anterioridad al 14 de junio de 1991, lo cual confiere verosimilitud a las afirmaciones del renunciante y los declarantes atrás citados, en cuanto a que esa renuncia ocurrió el 22 de septiembre de 1990.- Pero aunque no se admitiera esa fecha como la de renuncia del Dr. Díaz-Granados A. si se impone tener por demostrado que esa dimisión ocurrió con anterioridad al 14 de junio de 1991, lo cual basta para deducir la improsperidad de la pretensión nulatoria del acto de elección del citado senador

sustentada en la causal de inhabilidad prevista en el Art. 2o. transitorio de la Constitución.-

A ello se llega con base en lo preceptuado en el Art. 113 del Decreto 1950 de 1973, pues transcurridos treinta días de presentada la renuncia el funcionario dimitente puede separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.-

En el caso de autos el actor concede "... más por cortesía que en derecho ..." (fol. 202 Exp. 0639) que el Dr. Díaz-Granados Alzamora renunció en la fecha que atestiguan el ex-gobernador Armando Pomarico Ramos, la Ex-gobernadora Myrian Jassir de Tribín y los precisados médicos miembros de la Junta Directiva del Hospital Central. Afirma, en cambio, que al no ser aceptada de inmediato la renuncia, el Dr. Díaz-Granados A. siguió ejerciendo el cargo de Director General hasta cuando se le aceptó el 6 de agosto de 1991.- Pero la norma constitucional invocada exige la renuncia, no la desvinculación del cargo, renuncia presentada meses atrás, aunque el Dr. Díaz-Granados A. siguió trabajando para que la institución fuera puesta al servicio de la comunidad como lógica culminación de sus esfuerzos de 20 años. Por lo demás, no obra en autos prueba alguna que acredite lo afirmado por el actor, en cuanto a que el Dr. José Ignacio Díaz-Granados A., siguió desempeñando el cargo de Director del Hospital a partir de su renuncia.

Ante esa conclusión sobraría todo exámen de los otros argumentos propuestos por el apoderado del demandado para rechazar la pretensión dicha, como la de que el cargo de Director del Hospital Central de Santa Marta para la época en que lo desempeñó el Dr., Díaz-Granados Alzamora era inexistente por falta de presupuesto, de funciones, de sueldo etc.- Lo cierto es que el cargo existía, pues fué incluído, señalándole funciones, en el decreto de creación del Establecimiento público, y la fijación del sueldo a pagar por el desempeño de la función correspondía a la Junta Directiva en la elaboración del presupuesto.- De no haber ocurrido así, porque el Hospital no tuvo asignación oportuna de recursos, no alcanza a desvirtuar el carácter de empleo oficial del Director del Hospital, pues es de entender que posteriormente se tomarían las medidas adecuadas a esa finalidad e incluso, que el cargo pudo desempeñarse *adhonorem.*-

Tampoco comparte la Sala la tesis del apoderado del Dr. Díaz-Granados Alzamora en cuanto a que el Art. 2o. transitorio de la Constitución no prescribe causal de inelegibilidad, sino de inhabilidad para ser candidato. Precisamente porque ante la proximidad de las elecciones ordenadas para el 27 de octubre de 1991, el constituyente se vió impelido a establecer un régimen especial y

transitorio para quienes se encontraban vinculados a la Rama Ejecutiva, pues de no ser así habrían quedado sujetos a lo prescrito en el Art. 179, numeral 2. de la Constitución que estatuye inhabilidad para quienes en los doce meses "...anteriores a la fecha de la elección...", hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar...".-

El susodicho artículo 2o. transitorio de la Constitución no estatuye mera inhabilidad para ser candidato, sino para ser congresista, como se plantea la cuestión a folios 15 y 17 de la contestación de la demanda.

Sin duda que las tres normas allí comparadas, los artículos 2 y 18 transitorios y 179 de la Carta establecen causales de inhabilidad electoral, concepto más técnico que el de inelegibilidad porque se predica de nombramientos y elecciones. El primero, para ser elegido Congresista en los comicios del 27 de octubre de 1991 exclusivamente; el segundo, para ser elegido gobernador, también exclusivamente en esas elecciones; y el tercero, para ser elegido congresista en cualquier época, que no como se pretende interpretar de modo literal "para ser congresista", dando a entender que quien es elegido congresista no queda afectado por esas causales mientras no tome posesión de la investidura. Del mismo modo el Art. 2o. transitorio no prescribe, como se afirma con base en el texto literal, inhabilidad para ser candidato sino para ser elegido, conclusión obvia porque si el acto de inscripción de una candidatura no es demandable, por tratarse de acto intermedio que no genera consecuencia jurídica distinta a la de colocar al inscrito en condición de elegible, con tanta mas razón no será demandable la condición de candidato, que no produce efectos jurídicos.

Tampoco tiene vocación de prosperidad el segundo cargo, fundado en el hecho de haberse extendido el acta de inscripción de la lista de candidatos al senado encabezada por el Dr. José Ignacio Díaz-Granados Alzamora el 27 de agosto de 1991, siendo así que el Art. 4o. del Acto Constituyente #2 del mismo año señaló la hora de las 6 de la tarde del 22 de ese mes como límite del período de inscripción de candidaturas para las elecciones del 27 de octubre de 1991.- En efecto, se observa que la solicitud de inscripción de esa lista de candidatos fue presentada el 21 de agosto de 1991 siendo las 4:30 p.m., es decir, antes del vencimiento del término de inscripción.- La tardanza en extender el acta obedeció a instrucciones de las autoridades de la Organización Electoral, del modo como se explicó en las consideraciones correspondientes al proceso No. 0633, seguido con demanda de nulidad de la elección de Alberto Escrucería Manzi propuesta por el mismo actor, esgrimiendo la misma motivación que aquí se dilucida. Por ello la Sala reitera lo que acerca de la elaboración del Acta de Inscripción y aceptación de candidaturas sostuvo entonces.

SECCION QUINTA

Del anterior análisis se concluirá con denegatoria de las pretensiones de la demanda, revocando el decreto de suspensión provisional del acto acusado.

Expediente No. 0654

I.- Para comenzar corresponde examinar la excepción de caducidad propuesta por el tercero opositor.- Según su criterio, como el acto acusado, la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25) del Consejo Nacional Electoral se notificó en estrados en esa misma fecha, la acción contenciosa electoral caducó el 24 de diciembre siguiente por cuanto aunque entonces permanecía cerrado el Consejo de Estado, competente para conocer del proceso, se encontraban funcionando algunos despachos judiciales en los que se pudo hacer la presentación de la demanda.- Al respecto afirma que los términos judiciales se suspenden única y exclusivamente frente a los procesos en trámite, más no respecto de aquellos aún no iniciados.-

Es de advertir, no obstante, que tratándose de los dias comprendidos entre el 20 de diciembre y el 10 de enero siguiente no se presenta suspensión de términos sino vacancia judicial (Art. 1o. de la Ley 31 de 1971).- De allí que no se los pueda tomar en cuenta al computar los 20 días de caducidad de la acción, por disposición del Art. 121 del C. de P. Civil (modificado por el Art. 1o., numeral 65 del Decreto 2282 de 1989), de donde resulta equivocado el planteamiento del excepcionante.

b) En lo concerniente a la alegada falta de competencia de la Sección Quinta para conocer del asunto *sub-exámine,* pues que por tratarse de pérdida de la investidura y no de acción contencioso electoral el competente es el Consejo de Estado en la forma como lo disponga la ley, que para la fecha de contestación de la demanda no se había expedido, basta expresar que lo demandado es la nulidad del acto administrativo declaratorio de la elección del Dr. David Turbay Turbay como senador de la República, que no la investidura de este como senador,- El *petitum* es, pues, diferente aunque las pretensiones en ambas acciones, la legal del Art. 228 del C.C.A. y la constitucional del Art. 184 de la Carta coincidan en sus efectos.- Distinguir cuándo se podrá incoar una acción y no la otra para evitar esos efectos similares corresponde al legislador que no al juez, a quien solo compete aplicar la norma de derecho positivo.-

II.- La acusación contra el acto declaratorio de la elección del Dr. David Turbay Turbay, como senador de la República para el período que termina el 19 de julio de 1994, se apoya en la causal 5a. del Art. 179 de la Carta Política, en cuanto prohíbe ser congresista a quienes tengan vínculos ... de parentesco en tercer grado de consanguinidad ... con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.-

Al respecto se afirma que el aludido miembro del Congreso de la República es sobrino, consanguíneo en tercer grado, del Dr. Félix Turbay Turbay, quien desempeñó, a partir del 18 de junio de 1991 y por lo menos hasta el 9 de diciembre del mismo año el cargo de Secretario General de la Gobernación de Bolívar y, además, estuvo encargado diez veces, aproximadamente, del despacho del Gobernador por designación que le hizo el titular para sus ausencias temporales.- De dichos cargos se predica el ejercicio de autoridad civil y política, condición que, además del parentesco dicho, configura la causal de inelegibilidad aducida.-

La prueba allegada a los autos acredita plenamente:

1.- Que el Dr. David Turbay Turbay es hijo de David Turbay Turbay, nacido en Carmen de Bolívar el 5 de junio de 1952 (fol. 18); este, a su vez es hijo de José Turbay y Marta Turbay, nacido en Carmen de Bolívar el 21 de diciembre de 1925 (fol. 20); Félix José Turbay Turbay es hijo de José Félix Turbay y Marta Turbay, nacido en Carmen de Bolívar el 4 de noviembre de 1930 (fol. 19).- Es decir, que el senador David Turbay Turbay es sobrino, consanguíneo en tercer grado, del Dr. Félix José Turbay Turbay.

2.- El señor Félix José Turbay Turbay fué nombrado Secretario General de la Gobernación de Bolívar mediante Decreto No. 445 de junio 17 de 1991 (fol. 51), tomando posesión al dia siguiente según acta obrante al fol. 49; ese cargo lo estaba ejerciendo el 9 de diciembre de ese año conforme lo certifica el Jefe de la División de Recursos Humanos de la Secretaría de Servicios Administrativos de la Gobernación de Bolívar (fol. 12). También el citado Félix José Turbay Turbay estuvo encargado " del Despacho del Gobernador de Bolívar ... mientras dura la ausencia del titular ...", según decretos Nos. 469 de junio 27; 622 de agosto 6; 766 de agosto 30; 818 de septiembre 18; 834 de septiembre 27; 853 de octubre 7; 862 de octubre 15; 923 de noviembre 5 y 1014 de diciembre 19, todos de 1991 (folios 51 a 60 y 196 a 204).- Se desconoce en cambio cuánto se prolongó cada uno de los encargos, el total de esos ocho (8) encargos y si para el 27 de octubre de 1991 el Dr. Félix José Turbay Turbay se encontraba al frente del despacho del gobernador.-

3.- Obra copia auténtica de la Ordenanza No. 97 de 1947 (junio 18), orgánica de la Secretaría General del Departamento de Bolívar según el actor.- También, del Decreto No. 733 de 1987 (10 de agosto), mediante el cual en ejercicio de facultades conferidas por la Asamblea Departamental, el gobernador "... establece la Estructura Administrativa de la Secretaría General de la Gobernación de Bolívar y se fijan sus funciones ..." (folios 190 a 195)

Y también del Decreto 447 de 1990 (agosto 30) que da cuenta que en esa fecha funcionaban en la gobernación de Bolívar numerosas Secretarías,

entre ellas Gobierno; Hacienda y Crédito Público; Educación; Cultura y Recreación; Obras públicas; Servicios Administrativos; de Fomento Agropecuario y Minero, etc, además de la Secretaría General (folios 45 a 47).

Procediendo, entonces, al análisis de lo comprobado en autos, resulta:

a) Si la autoridad civil implica "... la potestad de mando, y el ejercerla por determinación de la ley sobre la generalidad de las personas...", y autoridad política "... la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las leyes...", como se expresó en sentencia proferida en los expedientes acumulados Nos. 895, 897 y 899 de la anterior Sala Electoral (Consejero Ponente Dr. Carmelo Martínez Conn), que ésta Sección Quinta reiteró en sentencia de junio 7 de 1989, Exp. No E - 0292 de la que fué ponente quien redacta la presente, no cabe duda que el cargo de Secretario General de la Gobernación de Bolívar no está revestido de autoridad civil ni política.- Conforme al Decreto No. 733 de 1987 (10 de agosto) que estableció la estructura de ese despacho y fijó sus funciones, el Secretario General de la Gobernación "asiste al gobernador en el ejercicio de la facultad de tutela y coordinación de las actividades administrativas de las distintas dependencias gubernamentales..."; Vela "... por la coordinación de las actividades que desarrollan los organismos de orden nacional, departamental y municipal; elabora y propone programas conjuntos; concilia esfuerzos e integra recursos..."; recomienda fórmulas de coordinación e integración; determina funciones y servicios cuya atención deba alegarse; obra como secretario Ejecutivo de los comités sectoriales de coordinación interistitucional; coordina, propone, colabora; ejerce acciones de vigilancia y control internos de la administración Departamental; es Secretario del Consejo de Gobierno, etc., además de las tareas propias del Despacho del Secretario.- Como se ve, el Secretario General no manda, no se puede valer de la fuerza con determinada finalidad, ni tiene poder subordinante; su campo de acción concierne a funciones meramente administrativas, carente de poder de decisión, mando o imposición sobre la sociedad.-

b) Respecto de los encargos del despacho del gobernador menos aun puede predicarse el ejercicio de autoridad civil.- Así como el ministro encargado del despacho Presidencial es solamente eso, ministro delegatario, el secretario encargado del despacho del Gobernador es secretario delegatario y no gobernador, puesto que el Presidente de la República o el gobernador en su caso continúan ejerciendo sus respectivas funciones. Distinto es cuando ejerce la Presidencia de la República el Designado en ejercicio de esas funciones el gobernador interino designado por el Presidente de la República, que mal se denomina gobernador encargado, puesto que en ese evento el gobernador interino -que no encargado- asume la plenitud de las funciones de gobernador.- De allí se. desprende que en tanto el decreto de encargado no delegue funciones que

impliquen ejercicio de autoridad civil, o el encargado no las ejercite, este sólo tendrá a su cargo funciones de orden administrativo.

También se desconoce como atrás se vió, si para el 27 de octubre de 1991 el Dr. Félix José Turbay Turbay estaba encargado del despacho del Gobernador de Bolívar, puesto que siendo los encargos transitorios "... mientras dura la ausencia del titular..." como lo expresan los respectivos decretos, sólo de haber ocurrido así podría afirmarse que aquel ejercía autoridad civil o política al tiempo de la elección de su sobrino.- El ejercicio de esa autoridad tendría que haber coincidido con los comicios en los que resultó elegido el Dr. David Turbay Turbay, por cuanto la inhabilidad se da respecto de quienes tengan vínculos por matrimonio, unión permanente o parentesco en los grados que la norma determina "... con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política...", es decir, al tiempo de la elección y no antes ni después. El supuesto jurídico en exámen no toma en cuenta período alguno anterior a la elección, durante el cual "haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar..." el cónyuge, compañero permanente o pariente del elegido para estructurar la causal de inelegibilidad, como parece sugerirlo el actor al expresar que los diez (?) encargos del despacho del Gobernador que asumió el Dr. Félix José Turbay Turbay alcanzaron "... tiempo de duración de 42 dias dentro de los tres meses anteriores al dia de las votaciones 27 de octubre de 1991..." (fol. 40), aspecto temporal que tampoco fué demostrado.-

c).- Finalmente, la excepción estatuida en el inciso último del Art. 179 de la Carta Política, al disponer que pata los fines de este artículo la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales "excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5 ...", lleva a concluir que respecto de la causal de inhabilidad en mención ella solo se da cuando el cónyuge, compañero permanente o pariente en los grados allí previstos del congresista electo ejerce autoridad civil o política en la Circunscripción Nacional. Entonces, un gobernador o alcalde no inhabilita a su pariente para ser senador, como si ocurriría tratándose de quien ejerce autoridad civil o política en la Circunscripción Nacional.- Posiblemente la inhabilidad estatuida en la norma deja abierto el campo a influencias indebidas del gobernador o del alcalde a favor de su pariente, cónyuge o compañero permanente que se candidatiza al Congreso, como en el caso examinado lo afirma el actor, pero el constituyente lo previó así y el juzgador no tiene alternativa distinta a la de aplicar la norma.

Por lo expuesto se declarará no probada la excepción de mérito propuesta por el tercero opositor; tampoco prosperan las pretensiones de la demanda.

SECCION QUINTA

Expediente: No. 0655

La norma que prescribe la causal de inhabilidad para ser congresista aducida contra los actos del Consejo Nacional Electoral que declararon electo representante a la Cámara, por la circunscripción de Sucre, al Sr. Alvaro García Romero (Acuerdo No. 08 de 23 de noviembre de 1991) y senador de la República por la circunscripción nacional al Sr. Juan José García Romero (Resolución No. 121 de noviembre 25 de 1991),es el numeral 6°. del Art. 179 de la Constitución Política,del siguiente tenor:

"Art. 179.- No podrán ser congresistas:

.....

6o.- Quienes están vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha".

Son, pues, varios los presupuestos de la causal que consagra la norma transcrita, a saber:

a) Que exista vinculación por matrimonio o unión permanente, o por parentesco de la clase y grado que precisa la norma;

b) Que quienes tienen ese vínculo se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo;

c) Para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

La sola inscripción para la elección de cargos por el mismo partido, movimiento o grupos de personas vinculadas con cualquiera de las relaciones determinadas en el numeral en exámen, como sectoriza la actora el supuesto jurídico para deslindar una primera causal de inhabilidad, carece de relevancia nulitante toda vez que la inscripción para la elección de cargos, aun con las connotaciones de parentesco e identidad política indicadas, es acto intermedio o preparatorio, simple condición de elegibilidad.

La causal requiere del vínculo por matrimonio, unión permanente o parentesco de la clase y grado indicados que quienes tengan ese vínculo se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para la elección de cargos

o de miembros de corporaciones públicas; y que la elección deba realizarse en la misma fecha.

Nada menos pero tampoco nada más, por manera que si los vinculados se inscriben por el mismo partido, movimiento o grupo, para la elección de cargos o de miembros de corporaciones que deban realizarse en fechas diferentes no se da la inhabilidad.- Tampoco, si quienes tienen los vínculos dichos se inscriben por partidos, movimientos o grupos distintos para la elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

Esta segunda hipótesis fué la que se dió en el evento *sub-lite*, teniendo por demostrado el parentesco de consanguinidad, en segundo grado, que se afirma existe entre los susodichos Alvaro y Juan José García Romero con los certificados de registro civil de nacimiento obrantes a folios 46 y 47, pues la copias de las actas de nacimiento aportadas por la actora sin que estuviera decretada la práctica de ese medio de convicción (folios 120 y 121) no pueden tomarse en cuenta por no reunir los requisitos de regularidad y oportunidad prescritos en el Art. 174 del C. P. Civil.

Aquella inferencia resulta de ser aquellos vástagos de los mismos progenitores, sin que para el caso importe si se trata de hermanos legítimos o extramatrimoniales para lo cual sí se requeriría el acta de matrimonio de los padres o la de reconocimiento de la paternidad, lo que no viene al caso porque la norma no hace distinción al respecto.

Pero está acreditado que los aludidos congresistas no inscribieron las listas de candidatos por ellos encabezadas, la de Alvaro García Romero la Cámara de Representantes y la de su hermano Juan José al Senado para los comicios del 27 de octubre de 1991, por el mismo partido,movimiento o grupo, así ambos hubieran estado afiliados al partido liberal y a nombre de esa parcialidad partidista concurrieran muchas veces a las contiendas electorales resultaran electos en numerosas ocasiones y ejercieran cargos a nombre de ese partido.

Para los comicios dichos Juan José fué declarado electo senador por la circunscripción nacional a nombre del Partido Liberal Colombiano.- Así lo declaró el Consejo Nacional Electoral en la parte resolutiva del acto declaratorio de la elección de senadores para el período que termina el 19 de julio de 1994 y también lo hace constar el secretario general del Senado de la República con oficio visible a folio 87.- Por este aspecto se echa de menos la copia de la solicitud de inscripción de la respectiva lista y la del acta de inscripción correspondiente, en tanto que sí obran esos documentos respecto de la lista de candidatos a la Cámara que por la circunscripción electoral de Sucre inscribió

el "Movimiento Liberalismo Independiente de Restauración" (LIDER) encabezada por Alvaro Alfonso García Romero (fol. 101 a 107).

El movimiento político "Líder" aunque comparte principios ideológicos del Partido Liberal Colombiano como lo afirma la actora, es agrupación distinta y aparte de aquel partido habida cuenta que hizo uso de la facultad consagrada en los artículos 4 y 7 de la Ley 58 de 1985 para obtener el reconocimiento de su personería jurídica y el registro de la persona que de acuerdo a sus estatutos lo representa y lo dirige.- El movimiento LIDER, como organización política diferente del Partido Liberal tiene sus propios Estatutos, Declaración Programática, denominación, símbolos o emblemas que lo singularizan, sin que sea obstáculo para ello que su representante legal y quien encabezó su lista de candidatos a la Cámara para los comicios del 27 de octubre de 1991 se hubieran afiliado al Partido Liberal con anterioridad, pues ese acto es del régimen interno de cada partido y carece de aplicaciones legales.- Así resulta de lo prescrito en el Art. 108, inciso segundo, de la Constitución en cuanto dispone:" ...En ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación a ellos para participar en las elecciones ...".- Como la afiliación política es acto eminentemente voluntario de la misma manera puede, quien lo quiera, desafiliarse sin necesidad de pronunciamiento de las autoridades del partido, movimiento o grupo.

Entonces, como los señores Juan José y Alvaro García Romero no fueron inscritos por el mismo partido o movimiento político, en su orden, como candidatos al Senado de la República y a la, Cámara de Representantes por la circunscripción de Sucre para las elecciones del 27 de octubre de 1991, no se da en su caso uno de los presupuestos de la causal de inhabilidad para ser congresistas prescrita en el numeral 6° Art. 179 de la Constitución Política y no prosperan las retensiones de la demanda.

Expediente: No. 0659

Fundamentándose el cargo contra el acto administrativo acusado y también contra las decisiones previas al mismo, producidas por el Consejo Nal. Electoral y quienes aceptaron la inscripción de la lista de candidatos al senado encabezada por el señor Floro Alberto Tunubalá Paja para las elecciones del 27 de octubre de 1991, en el incumplimiento de los requisitos estatuídos en el Art. 6°. del Acto Constituyente No. 2. de 1991, como dice el actor que debió ocurrir por no avalar ese procedimiento partido o movimiento político con personaría jurídica reconocida, conviene señalar que probatoriamente se acreditó lo siguiente:

A) La inscripción de la aludida lista de candidatos fué solicitada a nombre del "Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia" por el señor Lorenzo Muelas Hurtado y otros (fol. 39).

B) Al "Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia" cuyo representante legal es el Sr. Lorenzo Muelas Hurtado, le reconoció el Consejo Nal. Electoral personería jurídica mediante Resolución No. 20 de 1991 (agosto 15), tomando en cuenta lo previsto en el Art. 35 de las disposiciones transitorias de la Constitución Política, o sea, por haber tenido representación en la Asamblea Nacional Constituyente (fol. 86);

C) Con el aval expedido por el representante legal del "Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia" en favor de la lista de candidatos encabezada por Floro Alberto Tunubalá Paja (fol. 85), se produjo la inscripción de esta al Senado de la República por la circunscripción nacional para los comicios del 27 de octubre de 1991 (fol. 80);

D) En el escrutinio de las elecciones del 27 de octubre de 1991 para Senado de la República la lista encabezada por el señor Floro Alberto Tunubalá Paja alcanzó a totalizar 30.312 sufragios, con lo cual eligió un senador por residuo .- Así consta en la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25) del Consejo Nal. Electoral, acto contra el que, fundamentalmente, se dirige la pretensión de nulidad.-

Entonces, habiendo reunido la prementada lista de candidatos los requisitos de inscripción para elecciones populares estatuidos en el Art. 108 inciso tercero de la Carta Política no había razón para exigirle el lleno de las condiciones previstas en el Art. 6°. del Acto Constituyente No. 2 de 1991 y, menos, la del Art. 19 del mismo Acto Constituyente, por cuanto dicha inscripción se hizo para la circunscripción nacional y no en la Especial Indígena creada transitoriamente en el Art. 21 del mismo Acto.- Con el aval del movimiento político en mención los Delegados del Registrador Nal. del Estado Civil efectuaron la inscripción de esa lista sin exigir el respaldo de diez mil (10000) ciudadanos en ejercicio y tampoco la caución por cinco millones ($5.000.000.oo), puesto que esos requisitos sólo debían cumplirse por quienes carecieran de aval.-

Por lo demás, como al final de la corrección de la demanda se solicitaron pruebas atinentes a la Resolución de reconocimiento de la personería jurídica al Movimiento que avaló la inscripción, la No. 20 de 1991 (agosto 15), basta anotar que ese acto no es materia de la presente contención y que mientras no se lo invalide mantiene encólume la presunción de legalidad de todo acto administrativo.

SECCION QUINTA

Pretender en este proceso cuestionar la legalidad de la citada resolución es asunto que desborda la competencia asignada por la Ley a esta Sección de la Sala Contenciosa Administrativa de la Corporación y por ello es inadmisible.- Entre tanto, el aval que otorgó el aludido Movimiento de Autoridades Indígenas para inscribir la lista de candidatos que encabezó el Sr. Tunubalá Paja es enteramente válido y también el acto declaratorio de la elección acusada, precisamente porque dicha lista obtuvo los votos suficientes para tal efecto.

No prosperan por ende las pretensiones de la demanda.

Expediente: No. 0656

Se apoya la pretensión de nulidad de la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25), pero solo en cuanto por ese acto el Consejo Nal. Electoral, que no sus delegados como equivocada y reiteradamente lo afirma el actor declaró elegido senador de la República al Sr. Alvaro Pava Camelo, en la causal de inhabilidad prescrita en el Art. 179, numeral 3 de la Constitución Política.

Al tenor de dicha norma, no pueden ser congresistas quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros.- También contempla la disposición inhabilidad para quien haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales en el mismo período, supuesto jurídico ajeno a la fundamentación de la demanda.

En ella se afirma, muy precisamente, que el señor Alvaro Pava Camelo está inhabilitado para ser congresista por cuanto en los seis meses anteriores a los comicios del 27 de octubre de 1991, en la misma fecha de la realización de estos y posteriormente, intervino en la "...gestión de negocios ante entidades públicas ..." y precisa el cargo textualmente, así:

> "5. En efecto el señor ALVARO PAVA CAMELO, como persona natural y propietario de la emisora RADIO SUPER (Cali), y RADIO BUCANERO (Cartagena), suscribió con el Estado Colombiano -Ministerio de Comunicaciones contrato de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 196 y siguientes del decreto - ley 222 de 1983, o acto o convenio que le permitía a dicho señor y a la radiodifusora de su propiedad (sic) explotar una frecuencia de propiedad del Estado Colombiano..." (fol. 14)

Los hechos con los que se configura la causal de inhabilidad son, como se ve, bastante imprecisos.- No se determina el contrato o contratos de concesión

de frecuencias radiofónicas celebrado entre la Nación Colombiana - Ministerio de Comunicaciones- y el precitado Alvaro Pava Camelo, ni la fecha de su celebración o la de gestión de negocios con entidades públicas, condición esencial esta para que se estructure el cargo, pues, como lo expresa la norma, esa celebración de contrato o gestión de negocio debe haber ocurrido "... dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección...".

No antes de los seis meses, que para el caso en examen se cuentan a partir del 27 de abril de 1991.- Tampoco que se esté cumpliendo o ejecutando el contrato o produciendo los resultados de la gestión, puesto que la norma alude a intervención en la gestión de negocio o en la celebración de contrato.

La prueba allegada, constituida por los expedientes administrativos de los contratos de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión por las frecuencias asignadas a las estaciones de radiodifusión sonora RADIO SUPER de Cali, RADIO BUCANERO de Cartagena, RADIO SUPER de Bogotá, antes la Voz de la Víctor, y RADIO SUPER F.M. Stereo de Villavicencio, muestran una realidad bien diferente de la apenas afirmada pero no precisada por el actor.

En efecto, la concesión para la prestación del servicio de radiodifusión a través de la frecuencia asignada a Radio Super F.M. Stereo de Villavicencio fue otorgada por el Ministerio de Comunicaciones al Sr. Alvaro Pava Camelo mediante contrato 0234 de agosto 27 de 1985 (fol. 648 a 642 del Exp. Administrativo No. 2); de Radio Super de Cali, por contrato No. 0317 de 25 de noviembre de 1985; la de Radio Super de esta capital,, por contrato No. 0438 de 27 de Nov. de 1986 (fol. 150 a 144 del Exp. Adm. No. 1) y la de Radio Bucanero de Cartagena contrato No. 0260 de 27 de septiembre de 1985 (Exp. Adm. No. 3 folios 404 a 398).- Posteriormente el Ministerio de Comunicaciones autorizó al precitado Alvaro Pava Camelo para ceder sus derechos y obligaciones en los dichos contratos de concesión mediante las Resoluciones Nos. 2911 de julio 26/90 (Radio Super - Cali); No. 2912 de julio 26/90 (Radio Super, Bogotá); No. 2800 de julio 17/90 (Radio Bucanero de Cartagena), y 2913 de julio 26 de 1990 (Radio Super F.M. Estereo, de Villavicencio).- Los contratos de cesión fueron celebrados por el señor Alvaro Pava Camelo y la Sociedad Comercial "Vital Inversiones S.A." en febrero 15 de 1990, (fol. 603 y 602; 396 y 395; 448 y 447 del expediente Administrativo No. 1 y 672 y 671 del Expediente Administrativo No. 2).- La Sociedad Comercial "Vital Inversiones S.A. es persona colectiva cuya existencia se remonta al año 1973, inicialmente con el nombre de "Inversiones PAVA CAMELO S.A.", reemplazado por el actual mediante escritura No. 1063 de la Notaría 7ª. de esta Capital corrida el 29 de marzo de 1977.- De dicha sociedad la representación legal la tiene el Sr. Juan Carlos Pava Camelo en su condición de gerente, siendo suplentes suyos la

señora Dilia Camelo de Pava y Humberto Pava Camelo en su orden (folios con numeración ilegible, obrantes como últimos del Expediente Administrativo singularizado al No. 1).

De allí se desprende que el Sr. Alvaro Pava Camelo no es contratista de la Nación, en cuanto a las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión por las estaciones emisoras mencionadas por el actor, ni de las otras cuyos antecedentes administrativos examinó la Sala; tampoco aparece acreditado que en los seis meses anteriores al 27 de octubre de 1991 hubiere intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas.

La gestión de negocios o contratos celebrados por la prementada sociedad anónima "Vital Inversiones" respecto de la cual se desconoce si el Sr. Alvaro Pava Camelo es accionista, menos se le podría atribuir a este. La sociedad comercial como se ha expresado con anterioridad en este fallo, constituye persona distinta de sus socios.

Carecen, entonces, de vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda.

Expediente: No. 0661

I.-Se impone, para comenzar, referirse a la excepción de inepta demanda que propone con distintos fundamentos el apoderado del impugnante Dr. Ricardo Mosquera Meza.- Es de advertir que la susodicha excepción previa, como tantas veces se ha precisado a lo largo de este fallo, no es viable en el proceso contencioso administrativo, de modo que no es pertinente pronunciamiento al respecto.

No obstante, estima la Sala infundados los motivos de oposición al pronunciamiento de fallo de mérito aducidos en apoyo del medio exceptivo, como pasa a señalarlo.

1.-No existe indebida acumulación de pretensiones porque se pida la nulidad del acto declaratorio de elección y la interdicción del demandado para el ejercicio de funciones y cargos públicos. Esa sanción estuvo prevista como consecuencia de la nulidad electoral en el Art. 244 del C.C.A., declarado inexequible por sentencia de la Corte Suprema de Justicia calendada a 16 de agosto de 1984.

2.-Tampoco asiste razón cuando se aduce que el actor erró al citar el Art. 84 del C.C.A. para "infirmar la elección, equivocando la acción ..." La acción contenciosa electora no es otra que una especie de la acción de simple

nulidad contencioso administrativa, procedente conforme a lo previsto en los artículos 223 (subrogado por el Art. 17 de la ley 62 de 1988) y 228 del C.C.A.,que hacen parte del Cap. IV, Título XXVI de dicha codificación citada por el demandante (fol. 51)

Por lo demás, los efectos de la declaratoria de nulidad de una elección los determina la sentencia, obvio es que en consonancia con las pretensiones de la demanda pero sin que necesariamente deban coincidir.

3.-El acto acusado se encuentra en la demanda suficientemente individualizado, incluso con el mismo texto que transcribe el excepcionante, sin requerirse de las particularidades que se echan de menos para decir que no está precisado.

4.-La falta de la constancia de notificación del acto acusado, la Resolución No. 121 de 1991 del Consejo Nal. Electoral, podría aducirse para impetrar la caducidad de la acción pero no como fundamento de ineptitud de la demanda, pues por producirse ese acto en audiencia pública es de entender que se notificó en estrados en la misma fecha de su expedición.- La publicación que ordena la Resolución no es requisito para su validez sino a lo sumo, de eficacia, aunque para la acción contenciosa electoral lo que importa es la notificación del acto.- (Art. 7°. de la Ley 14 de 1988).

Es de agregar que no toda omisión o error en la presentación de la demanda electoral constituye ausencia de requisito esencial de la misma y ni siquiera de exigencia formal que hubiera podido llevar a su rechazo o inadmisión,- En atención al carácter de pública de la acción y a su trascendencia no solo en orden a la guarda de la legalidad sino en cuanto a la preservación de las instituciones democráticas, el juez tiene facultades para interpretar el *libelo* demandatorio en la medida que satisfaga los requisitos prescritos en el Art. 137 y Sgtes. del C.C.A., pues lo contrario implicaría exagerado formalismo con sacrificio del principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el canon 228 de la Carta Política.

II.-Dos son los cargos formulados contra el acto administrativo acusado, la Resolución No. 121 de 1991 (noviembre 25) del Consejo Nacional Electoral, pero solo en cuanto declaró elegido senador de la República por la circunscripción nacional al Dr. Ricardo Mosquera Meza para el período que termina el 19 de julio de 1994, así:

a) El que se apoya en la prescripción del numeral tercero 3°.) del Art. 179 de la Constitución Política, que inhabilita ser congresista a:

"3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros... dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección."

b) El que se funda en lo previsto en el inciso segundo, artículo 2°. Transitorio de la Constitución, según el cual no podían ser candidatos en las elecciones generales del Congreso de la República convocadas para el 27 de octubre de 1991. " ... Los funcionarios de la rama ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991-..."

En lo que al primero se refiere, según el cual el Dr. Mosquera Meza estaba inhabilitado para ser congresista por haber celebrado contratos o gestionado negocios con entidades públicas, en este caso con el establecimiento público UNIVERSIDAD NACIONAL, no determinados pero que parecen apoyarse en el hecho de haber gestionado el beneficio estatutario del año sabático, o que se le asignaran funciones de investigador, o que se le reincorporara a la labor docente una vez retirado de la rectoría de dicha Institución de educación superior, sin duda que el cargo es infundado y carente de comprobación.Lo acreditado en autos es que el Dr. Mosquera Meza está vinculado a la citada Universidad por lo menos desde 1975, pues con fecha 14 de abril de ese año, mediante resolución No. 00383 de la Vicerectoría, fué nombrado Instructor Asistente T.C. en el Departamento de Economía para el período febrero 10 de 1975 febrero 9 de 1976; el mismo año se modificó parcialmente la precitada resolución, para determinar que la categoría asignada al nombrado fué la de Instructor Asociado T.C. (Resolución No. 0608, de 9 de mayo de 1975).

Por Resolución No. 00048 de 27 de enero de 1976 la Vicerectoría decidió incorporar al Dr. Mosquera Meza a la categoría de dedicación Exclusiva, con período hasta el 24 de agosto de ese año.- En mayo 15 de 1986 la Vicerectoría, mediante Resolución No. 00661, renovó el nombramiento de docente de tiempo completo del aludido profesional para el período 1 de febrero de 1986 hasta el 31 de enero de 1990 (fol. 15). El Dr. Mosquera Meza desempeñó la Rectoría de la Universidad Nacional entre el 25 de julio de 1988 y el 18 de octubre de 1990, según certificado visible al fol. 126 expedido por la Directora de asuntos de personal administrativo; fue reintegrado a sus labores académicas mediante resolución de Rectoría No. 002836 de octubre 30 de 1990 y según resolución No. 1531, de 16 de julio de 1991, se le concedió el Año Sabático con descarga académica por el período comprendido entre el 1°. de septiembre de 1991 y el 31 de octubre de 1992.

Esto último está certificado por la Directora de la Oficina Jurídica del citado Establecimiento, como se ve al fol. 108; también lo acredita el certificado expedido de consuno por la Secretaría Académica y el Director del Centro de Investigaciones para el desarrollo - CID - de la Facultad de Ciencias Económicas del citado establecimiento público (fol. 125)

En autos obran, igualmente, fotocopias de las nóminas que suscribió el Dr. Ricardo Mosquera Meza por las asignaciones que como profesor asociado percibió de la Universidad Nacional en el mes de mayo de 1991 y de las que la misma Institución le pagó de junio a noviembre del año citado por el año sabático.

Entonces, ninguna duda cabe en cuanto a la vinculación de carácter laboral, legal y reglamentaria,del Dr. Mosquera Meza con el Establecimiento Público Universidad Nacional a la fecha de su elección como senador de la República, y en los doce meses anteriores al 27 de octubre de 1991.

En cambio, no obra prueba de la gestión de negocios que le atribuye la demanda ante la misma entidad, o de la celebración de contratos con ella. El demandado prestó servicios a la Universidad como docente o investigador y luego siguió percibiendo sus asignaciones mensuales por los meses que alcanzó a disfrutar del año sabático, sin percibir valor alguno por distinto concepto. En esas condiciones, entonces, no prospera la acusación contra el acto administrativo que lo declaró elegido senador formulada con apoyo en el numeral 3 del Art. 179 de la Constitución Política.

Respecto del segundo cargo, consistente en la inhabilidad del Dr. Mosquera Meza para ser elegido congresista en los comicios del 27 de octubre de 1991 por cuanto como funcionario de la rama ejecutiva no renunció antes del 14 de junio de 1991, es preciso observar:

1o. El Dr. Mosquera Meza desempeñó cargo de la rama ejecutiva al tiempo de su elección y en los meses inmediatamente anteriores a ella, como profesor asociado y en disfrute de la prestación denominada Año Sabático de la Universidad Nacional, establecimiento público del Orden Nacional. A esa conclusión se llega por virtud de lo previsto en el Art. 115, inciso último de la Constitución Política.

2o.- Constituye derecho fundamental político el de todos los ciudadanos Colombiano a ser elegidos, es decir, a acceder a los cargos de representación política, con las excepciones que para cada cargo público o investidura de elección popular prescriben la misma Constitución o la ley bajo la exigencia de calidades o requisitos o la previsión de causales de inhabilidad o inelegibilidad. Estos requisitos e inhabilidades, por ese mismo carácter limitativo de un derecho

constitucional fundamental, son de interpretación restrictiva, no analógica ni por extensión, de manera que se precisa limitar su alcance conforme al presupuesto normativo que las consagra, a los hechos o condiciones que la misma disposición prevé,

3o.- El inciso segundo del Artículo transitorio 2°. de la Constitución Política inhabilitó, para ser elegido congresista en los comicios del 27 de octubre de 1991, a "los funcionarios de la rama ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991...". A todos esos funcionarios sin excepción, conforme al tenor literal de la norma.-

4o.- Pero la inhabilidad permanente atañedera al desempeño de cargos oficiales prescribe inelegibilidad únicamente respecto de "...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 ..."(Numeral 2., Art. 179 de la Constitución Política).-

Dicha causal no se extiende a quienes no ejerzan como empleados públicos jurisdicción o autoridad de las especies señaladas en la norma.- La previsión tiene, entonces por este aspecto, contenido similar al del inciso segundo del Art. 108 de la Constitución Política vigente hasta el 7 de julio de 1991, adicionando la norma actual lo concerniente a la autoridad administrativa y extendiendo su alcance temporal de seis (6) a doce meses (12) anteriores a la elección, pues en cuanto al elemento espacial ambas disposiciones aluden a situaciones de ocurrencia en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección (norma vigente) o "en la circunscripción electoral respectiva" (la derogada).

5o. Por concesión del constituyente para quienes desempeñaban cargos en la Rama Ejecutiva la norma transitoria 2, en su inciso segundo, fijó en el 14 de junio de 1991 la fecha límite para renunciar -ni siquiera para separarse del cargo-, con el fin de que pudieran participar en las elecciones generales del Congreso de la República convocadas para el 27 de octubre de ese año. De ese modo no quedaron inhabilitadas numerosas personas que desempeñaban empleos en dicha rama del poder público convencidas, como podían estarlo, de que antes de 1994 no habría elecciones para las cámaras legislativas. El límite temporal de la inhabilidad se redujo así de 12 meses a cuatro y medio (4 1/2) meses escasos, del 14 de junio al 27 de octubre, con el item de bastar la renuncia, no requerir la desvinculación, para que no se diera la inhabilidad del funcionario.

Esa concesión, fundamentalmente en beneficio de los congresistas, no fué estipulada para quienes hicieran parte de la Rama Judicial, cuyos integrantes quedaron bajo la causal del No. 2 del Art. 179 de la C.N., al igual que quienes

desempeñaban funciones en los organismos de control: Contralorías y Procuraduría General de la Nación, y en la Organización Electoral.

Pero si esa norma prescribió excepción a la causal permanente de inhabilidad para ser congresista derivada del desempeño de empleo público, no puede tener alcance mayor al de la disposición permanente. Así no lo exprese de modo literal el texto transitorio su interpretación con criterios lógico, histórico y sistemático necesariamente conduce a entender que la inhabilidad no se extendió a los empleados de la Rama Ejecutiva entre cuyas funciones no estuviera el ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar, pues de no ser así consagraría otra discriminación mayormente injusta:la de inhabilitar a los empleados de la Rama Ejecutiva no comprendidos por la causal permanente por no ejercer autoridad de las especies contempladas por el canon 2 del Art. 179 de la C.N., a favor de quienes con desempeño de funciones ejecutivas de esa índole les habría bastado con renunciar antes del 14 de junio de 1991 para no inhabilitarse.-

Además, la interpretación que se hace de la norma concuerda con lo prescrito en el Art. 18 transitorio, numeral 2., respecto de la elección de gobernadores.

Entre esos empleados de la Rama Ejecutiva se encuentran los docentes oficiales, cuyas funciones, salvo los asignados a empleos administrativos, son ajenas al ejercicio de autoridad civil, política o administrativa. De allí que de ellos no sea predicable inhabilidad para ser elegido congresista en los comicios del 27 de octubre de 1991 por no haber renunciado al empleo oficial antes del 14 de junio de ese año. Aspecto bien distinto es que el Congresista al comenzar el período constitucional para el que fué elegido deba desvincularse de todo " ... cargo o empleo público o privado...", salvo "el ejercicio de la cátedra universitaria", para no incurrir en la prohibición del Art. 180 de la Constitución Nacional, asunto ajeno al presente fallo.

Por las razones expuestas se denegarán las pretensiones de la demanda, sin previo pronunciamiento acerca de la excepción propuesta.

Expediente: No. 0667

Sin duda que asiste razón al apoderado del Dr. Carlos Espinosa Faciolince en cuanto objeta la demanda, por ausencia del requisito formal concerniente a la indicación de las normas violadas. El actor se limitó a señalar el Art. 179 de la Constitución Política como objeto de quebranto con el acto acusado, sin tener en cuenta que esa norma prevé ocho (8) causales de inhabilidad para ser

congresista, algunas de las cuales contemplan, incluso, varios supuestos de inelegibilidad. Esta sola circunstancia basta para inhibirse de conocer de fondo la materia controvertida, puesto que no es labor del juzgador, en tratándose de jurisdicción rogada como la de lo contencioso - administrativo, determinar la específica previsión normativa infringida con el acto que se acusa.

Sin embargo, admitiendo como mero ejercicio dialéctico que las disposiciones con las que se pretende erigir la causal de inhabilidad para ser congresista de los senadores Carlos Espinosa Faciolince y Juan José García Romero son las prescritas en los numerales 5 y 6 del precitado canon Constitucional, por relacionarse los hechos con algunos parientes de los elegidos hasta en tercer grado de consanguinidad, quienes al tiempo de la elección ejercían autoridad civil o política (Numeral 5), o con la inscripción por el mismo partido, movimiento o grupo para la elección de miembros de corporaciones públicas a realizarse en la misma fecha (Numeral 6) fallarían las pretensiones por una razón elemental: no se acreditaron las relaciones de parentesco que se alega existen entre el Dr. Carlos Espinosa F. y el Dr. Arturo Faciolince López, contralor departamental de Bolívar para el 27 de octubre de 1991, ni el de la señora Elvira Faciolince de Espinosa con los dos primero. Es más: aún de estar demostrados los grados de consanguinidad indicados en la demanda, tampoco sería dable acceder a las súplicas por cuanto, respecto del Contralor de Bolívar conforme al inciso final del Art. 179 de la Carta Constitucional, el hecho de ejercer autoridad civil en dicho departamento no implicaría inhabilidad para ser senador su sobrino Carlos Espinosa, por no coincidir la circunscripción nacional con la territorial de Bolívar y en cuanto a la Señora Elvira Faciolince López de Espinosa, elegida diputada a la Asamblea de Bolívar para el período 1990 - 1992, dicha elección tuvo ocurrencia en fecha distinta a la general para Congreso de la República convocada por el Art. 1o. transitorio de la Constitución.

Con relación a los parientes del senador Juan José García Romero, en virtud del principio de la unidad probatoria de los procesos acumulados se tiene por demostrado su parentesco de consanguinidad en segundo grado con el representante a la Cámara Alvaro García Romero.- Esa conclusión se obtuvo de la prueba allegada al proceso No. 0655; pero también las consideraciones formuladas para decidir ese contencioso claramente precisaron que no se dan los presupuestos de inhabilidad exigidos en el numeral 6° de la norma que se invoca. A ellas se podría remitir la Sala para desestimar el cargo.-

En cuanto a otras personas de quienes se afirma consanguinidad en segundo grado - hermanos - con el precitado senador, la demanda solo menciona Gabriel Enrique García Romero, quien para el 27 de octubre de 1991 era miembro de la Junta Directiva de la Electrificadora de Bolívar S.A. - Aun demostrado el parentesco dicho, ese hecho no constituiría causal impediente para que su

hermano Juan José sea congresista, toda vez que las Juntas Directivas tienen autoridad administrativa como organismos que son de esa naturaleza, siendo la Junta, y no cada uno de sus integrantes la que esta revestida de atributo de autoridad, por ser a ella a la que corresponde asumir las decisiones administrativas de su competencia. Así lo ha definido el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, de la que cabe citar la contenida en la sentencia de 3 de diciembre de 1992. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Joaquín Vanín Tello. Electoral Exp. No. 872.

No expresa la demanda el nombre del señor padre del Dr. Juan José García Romero, de quien se afirma fué elegido diputado a la Asamblea de Bolívar para el período de 1990 - 1992; tampoco el del hermano del citado congresista que dizque fué elegido Concejal de Ovejas para el mismo período, fallando también los pedimentos del actor por esa razón y por la de no haber ocurrido los respectivos actos de elección en la fecha en que se sucedió la del senador en mención. Pero por ineptitud sustancial de la demanda se inhibirá la Sala para decidir de mérito el proceso de la referencia.-

Concluido el exámen de los procesos acumulados, conviene observar que la Sala no se detiene en el análisis de los escritos presentados por algunos apoderados cuando ya el proceso estaba al despacho para fallo, por extemporáneos. Mucho menos de los documentos aportados con ocasión de la presentación de aquellos, habida cuenta su ausencia de valor demostrativo, por no haber sido decretados como medios de prueba y por ende, falta de publicidad y contradicción.-

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 Séptima Delegada en lo Contencioso y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.-Declárase no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por el tercero opositor en el proceso radicado al No. 0654, (Actor: Eduardo Enrique Tinoco Bossa).

2.-Declárase inhibida para pronunciarse de mérito en los procesos radicados a los números 0633 (Actor: Hugo Escobar Sierra) y 0667 (Actor: Pedro A. Leyva Villarreal) respecto del primero por sustracción de materia y el segundo por ineptitud sustancial de la demanda.

3.-Deniéganse las pretensiones en los procesos acumulados Nos. 0623, 0632, 0636, 0638, 0639, 0643, 0645, 0647, 0651, 0652, 0654, 0655, 0656, 0659 y 0661.

4.-Declárase inhibida para fallar de mérito en relación a la pretensión de nulidad de la elección de representantes a la Cámara para el período constitucional en curso, propuesta en el proceso radicado al No. 0624.-Deniégase la pretensión de nulidad de la elección de Senadores por Circunscripción nacional, propuesta en el mismo proceso.

5.-Revócase la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de la elección de Senador de la República para el período Constitucional que concluye el 19 de julio de 1994, del Dr. José Ignacio Díaz-Granados Alzamora, ordenada con auto de 24 de enero de 1992 en el proceso radicado al No. 0647 (Actor: Hugo Escobar Sierra), dando cuenta de esta decisión a las mismas autoridades a las que se comunicó la suspensión provisional que queda sin efecto.

Este fallo fué estudiado y aprobado por la Sala en sesión de hoy veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Cópiese, notifíquese y, ejecutoriado el fallo, archívense los expedientes.

Amado Gutiérrez Velásquez, Alejandro Bula Ordosgoistia (Conjuez), *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

INCORA / DIRECTOR REGIONAL - Nombramiento / GERENTE GENERAL - Facultades / GOBERNADOR - Facultades / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Si bien es cierto el art. 305 num. 13 de la Constitución Nacional, establece de manera concreta como atribución del gobernador, escoger los gerentes o jefes de seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que coresponda, no es menos cierto que esta facultad solo la puede ejercer de acuerdo con la ley como lo consagra la misma norma. Lo anterior quiere decir que mientras no se reglamente la disposición anterior, la provisión de cargos se hace conforme a las normas legales que rigen la creación. y estructura orgánica del establecimiento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá, D.C. treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 7840 Unica Instancia. Actor: ANTONIO HERACLITO MAYA COPETE. UNICA INSTANCIA.

Mediante apoderado debidamente, constituído (fl. 3) y en ejercicio de la acción pública electoral, el doctor Antonio Heráclito Maya Copete, en su calidad de gobernador del Departamento del Chocó, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 03259 del 22 de julio de 1992, por medio de la cual el gerente general del INCORA designó al doctor Víctor Raúl Mosquera García como gerente regional del INCORA, en el departamento del Chocó.

SECCION QUINTA

ANTECEDENTES

El ciudadano Antonio Heráclito Maya Copete, en ejercicio de la acción pública electoral y mediante apoderada, solicita la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Gerente General del Incora nombró a Víctor Raúl Mosquera García como Gerente Regional de esta misma entidad, en el departamento del Chocó.

Considera el actor que la Resolución No. 03259 de 1992 viola las disposiciones previstas en el art. 287 y 305, num. 13 de la Constitución Nacional ya que no se envió terna al Gobernador del departamento del Chocó para que escogiera al gerente regional del Incora, sino que su designación se produjo de manera directa. El Jefe Nacional del respectivo establecimiento público tiene obligación de enviar la terna al Gobernador para que éste escoja la persona que considere conveniente para dirigir el establecimiento público que tiene asiento en su jurisdicción, so pena de violar abiertamente las disposiciones constitucionales citadas (fls. 5 a 10).

Mediante proveído del 17 de septiembre de 1992, la Sección admitió la demanda y denegó la medida de suspensión provisional por considerar que, de llegar a existir violación del precepto constitucional, ésta no surge *prima facie*, ni del simple cotejo del art. 305-13 de la Carta con el acto acusado, ni del documento aportado con la petición, razón por la cual no se cumplen los presupuestos señalados en el art. 152 del C.C.A. (fls. 19 al 24).

Efectuadas las notificaciones de ley al señor Víctor Raúl Mosquera García, éste no contestó la demanda.

Mediante auto fechado el 18 de enero de 1993, se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos (fl. 58), sin que hicieran alguna manifestación.

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, mediante concepto fechado el lo. de marzo del año en curso considera que se deben denegar las súplicas impetradas en el *libelo* inicial ya que la disposición invocada por el demandante no puede considerarse transgredida, puesto que no produce efecto inmediato sino mediante su desarrollo legislativo. Por esta razón, mientras no se reglamente corresponde al jefe nacional de establecimientos públicos decidir la forma como ha de efectuarse el nombramiento (fls. 42 a 46).

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer este asunto, de acuerdo a lo establecido por el art. 128, núm. 1o. del C.C.A.

Las pretensiones de nulidad del acto administrativo por medio del cual se nombró al señor Víctor Raúl Mosquera García como gerente regional del INCORA, en el departamento del Chocó, contenido en la Resolución No. 03259 del 22 de julio de 1992 (fl. 1) tienen como fundamento el hecho de haberse proveído el cargo directamente por el Gerente General del INCORA, sin tener facultades para hacerlo, por lo cual se violan flagrantemente los arts. 287 y 305, núm. 13 de la Carta Magna.

Para la Sala, ninguna de estas disposiciones resulta quebrantada con la resolución No. 03259 de 1992, porque en su expedición se observaron las normas constitucionales y legales vigentes.

En reiteradas ocasiones la Sala ha explicado que la Carta Magna, para consolidar el fenómeno de la descentralización de las entidades territoriales enunciado como principio en su artículo lo., las dotó de autonomía para la gestión de sus intereses y les otorgó las prerrogativas previstas en el artículo 287. Es decir, introdujo una importante reforma al régimen departamental no sólo estableciendo la elección de gobernadores por voto popular, sino asignándoles a éstos nuevas atribuciones como la prevista en el numeral, 13 del art. 305 de la Carta Magna, en relación con la escogencia de gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de ternas enviadas por el jefe nacional respectivo.

Pero, al igual que un gran número de disposiciones constitucionales, las que son objeto de análisis, deben ser desarrolladas para que empiecen a operar, por imponerse en ellas o estar prevista en otra disposición la condición anotada.

Así el art. 87 de la C.N. exige expresamente que la autonomía de la cual gozan las entidades territoriales debe estar dentro de los límites de la Constitución y la ley. Por su parte, el artículo siguiente, el 288, refiriéndose a la organización territorial expresa :

> "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".

En lo que se refiere al art. 305 núm. 13 de la Constitución Nacional, si bien es cierto que 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 que le envíe el Jefe Nacional que corresponda, no es menos cierto que esta facultad

solo la puede ejercer "de acuerdo con la ley", como categóricamente lo consagra la misma disposición.

Lo anterior quiere decir que mientras no se reglamente la disposición anterior, la provisión de cargos se hace conforme a las normas legales que rigen la creación y estructura orgánica del establecimiento.

De acuerdo, con lo anteriormente expuesto, el nombramiento del señor Víctor Raúl Mosquera García no está viciado de nulidad, pues corresponde al Gerente General del INCORA proveer el cargo, hasta cuando se reglamente el artículo 305, núm. 13.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala*; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA / PREJUDICIALIDAD - Improcedencia / SUSPENSION DEL PROCESO - Improcedencia / SUSPENSION DEL PROCESO - Oportunidad

Para que pueda alegarse prejudicialidad es necesario que exista una relación determinante entre dos procesos en forma tal que la decisión que haya de tomarse el uno incida necesariamente en el otro, por tanto no es posible decretar la suspensión por pretendida prejudicialidad de una investigación administrativa, la intención de suspender desde sus comienzos un proceso de jurisdicción coactiva, no sería viable aún en el evento de ser prejudicial a este proceso, que no lo es, la investigación tributaria que pone de manifiesto el recurrente, pues como lo tiene previsto el art. 171 del C. de P.C., tal medida está condicionada a que el juicio que se ha de suspender se encuentre en estado de dictar sentencia, requisito que no se cumple en el *sub-lite* en el que el proceso apenas se ha iniciado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0291. Actor: D. C. DE SANTA FE DE BOGOTA C/EMPRESA COLOMBO LATINOAMERICANA DE TECNOLOGIA Y COMERCIALIZACION ECOLTEC LTDA.

Resuelve la Sala el recurso de apelación subsidiario del de reposición que no prosperó, interpuesto por el apoderado de la EMPRESA COLOMBO LATINOAMERICANA DE TECNOLOGIA Y COMERCIALIZACION

SECCION QUINTA

ECOLTEC LTDA. contra el auto de fecha 25 de agosto de 1992 por medio del cual el Juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales no accedió a decretar la suspensión proceso.

ANTECEDENTES

Dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva que adelanta el Juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales en contra de la Empresa Colombo Latinoamericana de Tecnología y comercialización Ecoltec Ltda, apoderado de la citada compañía, con fundamento en el art.170 del Código de Procedimiento Civil, solicita se decrete la suspensión del proceso toda vez que se está frente a una típica prejudicialidad administrativa, ya que se puede afirmar que no se ha agotado la vía gubernativa conforme el art. 18 del Decreto 2733 de 1959 y demás normas concordantes, pues en la actualidad cursa una investigación tributario de conformidad con el art. 41 del Acuerdo No. 21 de 1982, la cual no ha concluido y se está pendiente de la posibilidad para interponer los recursos que caben en tal vía gubernativa por motivos que no pueden alegarse como excepción dentro del proceso por jurisdicción coactiva, lo cual conduce a que se niegue el derecho de defensa del art. 29 de la Constitución Nacional.

En proveído del 25 de agosto de 1992, el Juzgado Séptimo de Ejecuciones Fiscales no accedió a decretar la suspensión del proceso en consideración a que esta medida es viable únicamente por las causases consagradas en el art. 170 del Código de Procedimiento Civil, no encontrándose dentro del mismo el motivo que aduce el apoderado de la compañía ejecutada (fl. 61).

Contra la anterior decisión el representante judicial de Ecoltec interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente por auto del 11 de septiembre del mismo año. En subsidio apeló.

Dentro del término del traslado para alegar en la segunda instancia, el apoderado de la ejecutada presentó memorial reiterando sus argumentos.

Para resolver,

SE CONSIDERA

Está de acuerdo la Sala con los motivos expuestos por el *a-quo* para denegar la suspensión del proceso. En efecto, el art. 170 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente;

"Suspensión del proceso. El juez decretará la suspensión del proceso:

1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste.

2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad estén pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquier otra ley.

No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

3. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda.

Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación, para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los casos previstos en este Código, sin necesidad de decreto del juez."

De manera que para que pueda alegarse prejudicialidad es necesario que exista una relación determinante entre dos procesos en forma tal que la decisión que haya de tomarse en uno incida necesariamente en el otro, y por tanto no es posible decretar la suspensión por pretendida prejudicialidad de una investigación administrativa.

Pero además se observa que la intención de suspender desde sus comienzos un proceso, en este caso de jurisdicción coactiva, como lo solicita el apoderado de la compañía deudora, no sería viable aún en el evento de ser prejudicial a este proceso, que no lo es, la investigación tributaria que pone de manifiesto el recurrente, pues como lo tiene previsto el art. 171 del mismo Código de Procedimiento Civil, tal medida está condicionada a que el juicio que se ha de suspender se encuentre, en estado de dictar sentencia, requisito que no se cumple en el *sub-lite* en el que el proceso apenas se ha iniciado.

Lo dicho es suficiente para confirmar el auto que se examina denegatorio de la solicitud de suspensión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta,

RESUELVE

Confirmar el auto de fecha 25 de agosto de 1992 proferido por el Juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales.

En firme esta providencia vuelva el expediente al Despacho de origen..

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONCEJAL - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL / NULIDAD ELECTORAL / VACANTE

Es al Presidente del respectivo consejo municipal., a quien le corresponde llamar a quien deba ocupar la vacante dejada por alguno de los concejales electos. El art. 83 del decreto 1333 de 1986 y el art. 1o. de la ley 45 de 1989 al señalar que no podrán ser elegidos. concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección hayan sido empleados oficiales se están refiriendo en general, al acto de elección popular de aquellos cargos que deban proveerse en esa forma, como punto de referencia para contar el término allí indicado, ese término debe contarse de manera uniforme y pareja respecto a todo el mundo, tanto aspirantes a los cargos a proveer, como a la ciudadanía en general, para que así cada cual sepa a qué atenerse, pues de lo contrario daría lugar a una serie de situaciones acomodaticias según el interés de la persona que la invoque. Aunque el demandado, no resultó elegido concejal del municipio , lo cierto es que fue llamado a ocupar la vacante dejada esa Corporación por uno de los concejales, electo, en razón de haber él participado en esas elecciones como candidato, es decir, existe relación de casualidad entre dichas elecciones populares y la calidad de concejal que ahora ostenta. Al haber tenido el demandado hasta el 31 de diciembre de 1991, la calidad de trabajador oficial, especie del género empleado oficial, se encuentra inhabilitado para ser concejal.

SECCION QUINTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta

Consejero Ponente *Dr. Luis Eduardo Mejía.*
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia : Expediente No. 0987. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor : FERNANDO LLANOS LLANOS.

Obrando en nombre propio el Doctor FERNANDO LLANOS LLANOS mediante *libelo* demandatorio presentado en septiembre 17 de 1992 ante el tribunal Administrativo del Valle, el cual fue corregido a petición del Tribunal, solicita declaración de la nulidad y cancelación de la credencial de la elección de concejal del municipio de Zarzal - Valle del señor LIBARDO ALCALDE ARANA y del acto de toma de juramento de este señor por parte del Presidente del Consejo de dicho municipio y de la respectiva posesión como concejal, contenido en el acta No. 014 de septiembre 23 de 1992 de esa Corporación, para el período 1992 - 1994.

El Tribunal en sentencia de enero 26 de 1993 negó las peticiones de la demanda, providencia que fue apelada en forma oportuna por el Procurador Judicial 20 ante el Tribunal y por el demandante, recurso que es materia de estudio.

ANTECEDENTES:

1.- En las elecciones para concejo municipal de Zarzal - Valle, el señor ANTONIO VARELA VICTORIA encabezó la lista No. 09 del Movimiento liberal Holmista, resultando elegido, pero al ser anulada dicha elección mediante sentencia No. 047 de junio 4 de 1992 del Tribunal Administrativo del Valle, fué reemplazado por el segundo de la lista, señor LIBARDO ALCALDE ARANA.

2.- El señor ALCALDE ARANA esta impedido para desempeñar el cargo de concejal del municipio de Zarzal Valle en el período de 1992 - 1994, por haber sido empleado público en los seis (6) meses anteriores a la elección, pues ejerció el cargo de Jefe de Oficina III de Zarzal, en la Empresa de TELECOM hasta el 31 de diciembre de 1991.

Citó como normas violadas, el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y el art. 1 de la ley 45 de 1989, que establecen "no podrá ser elegido concejal quien dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya sido empleado oficial.

Al confrontar la fecha de la elección llevada a cabo con la del retiro de dicho señor como empleado público, se observa que no se dan los seis (6) meses señalados en la norma.

Por auto de octubre 5 de 1992, fué admitida la demanda, sin que el demandado hubiera concurrido al proceso.

FALLO IMPUGNADO:

El Tribunal negó las peticiones de la demanda con base en los siguientes planteamientos:

a.-) Conforme a lo dispuesto en el art. 261 de la C.N., ningún cargo de elección popular en las Corporaciones Públicas tendrá suplente y las vacancias absolutas de sus miembros serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción sucesivo y descendente en la lista correspondiente.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 73 del D.L. 1333 de 1986, a los presidentes de los concejos les corresponde proceder a la provisión de las vacancias absolutas o temporales de los concejales, en concordancia con lo dispuesto en la norma citada antes.

Son faltas absolutas la muerte, la renuncia aceptada y la incapacidad legal o física permanentes para desempeñar el cargo.

Sólo hasta el 23 de septiembre, cuando el Presidente del Concejo Municipal llamó a lista al señor LIBARDO ALCALDE ARANA y le dió posesión, adquirió este la investidura de concejal y no antes, por lo cual el acto administrativo demandable en este caso, es el contenido en el acta No. 014 de septiembre 23 de 1992, como lo indicó el actor en la corrección de la demanda.

b.-) Según el documento que reposa a folio 1 del cuaderno No. 2 el señor LIBARDO ALCALDE ARANA, desempeñó el cargo de Jefe de oficina III en Zarzal hasta el 31 de diciembre de 1991 y por ello, para el 8 de marzo de 1992 cuando se verificaron las elecciones, no habían transcurrido aún seis meses.

Pero dicho señor el 8 de marzo de 1992 no resultó elegido popularmente, como nunca lo ha sido, sino que adquirió su calidad de concejal por razón diferente, conforme a lo dispuesto en el art. 261 de la C.N.

El Código Municipal y la ley 45 de 1989, se refieren a los concejales elegidos popularmente y no a los designados para suplir vacancias, quienes son escogidos de la lista de candidatos "no elegidos" en orden descendente y

sucesivo, situación que aunque similar no es idéntica a la regulada por la norma del Código, por ello no puede aducirse, para efectos de la determinación del término de inhabilidad, que su elección se produjo al mismo tiempo con los concejales que si obtuvieron su calidad el día de elecciones populares, porque su calidad no puede reconocerse retroactivamente. Tampoco puede interpretarse que cuando los arts. 83 del D.L. 1333 de 1986 y 1 de la ley 45 de 1989 se refieren a seis meses antes de la elección para la configuración de la inhabilidad se deba entender igualmente seis meses antes a la designación o provisión de la vacancia.

Por ello considera que para la nueva situación contemplada en el art. 261 de la C.N., necesariamente el legislador debe establecer un Régimen de Inhabilidades Especial.

Con fecha febrero 2 de 1993, la doctora BERTHA LUCIA GONZALEZ L. salvo voto, en el sentido de que cuando el art. 83 del D.L. 1333 de 1986 prohíbe la elección de concejales que dentro de los seis meses anteriores a la elección, hayan sido empleados oficiales, dicho tope máximo hace relación al evento de las elecciones populares, no a la elección, designación o llamamiento de la persona que por Ministerio de la Ley y por haber hecho parte del juego electoral, le corresponde ocupar la curul vacante. Por ello las pretensiones de la demanda debieron prosperar.

IMPUGNACION DEL FALLO

El Procurador judicial 20 ante el Tribunal, apeló de la citada sentencia, argumentando que los arts. 83 del D.L. 1133 de 1986 y la ley 45 de 1989, marcan el término de los seis meses tomando como base la fecha del debate electoral, jornada en la cual se han señalizado los candidatos que conforman las listas sobre las cuales los electores van a decidir, para la cual los candidatos deben cumplir con las exigencias legales para desempeñar el cargo al cual aspiran, por ello el tiempo transcurrido con posterioridad a dicha elección, no puede habilitar a un individuo que a la fecha de la elección no reunía esos requisitos.

La parte demandante también apeló la sentencia del *a-quo*, con fundamento en los argumentos del Salvamento de Voto.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso solicita la confirmación de la sentencia recurrida, pues considera que en el proceso se da la inexistencia del acto administrativo electoral sobre el cual deba pronunciarse

esta jurisdicción, pues tanto el oficio enviado por el Registrador del Estado Civil de Zarzal al presidente y demás miembros del Concejo Municipal (fl.2) como el acto de posesión como concejal de ALCALDE ARANA, no tienen la calidad de actos administrativos.

Además, considera que la inhabilidad consagrada en el art. 83 del D.L. 1333 de 1986, no es de aplicación en este caso, pues el demandado no fue electo en las elecciones del 8 de marzo de 1992.

Agotado el trámite de esta instancia, se pasa a resolver el recurso luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES

1.-) La situación planteada en este proceso consiste en que por haber sido anulada la elección del señor ANTONIO VARELA VICTORIA, como concejal del municipio de Zarzal - Valle, para el período 1992 1994, fué llamado a ocupar la vacante el señor LIBARDO ALCALDE ARANA, por figurar en segundo lugar en la lista encabezada por VARELA VICTORIA.

Sin embargo, como ALCALDE ARANA desempeñó hasta el 31 de diciembre de 1991 el cargo de Jefe de Oficina III en TELECOM de Zarzal - Valle, se encuentra dentro de la inhabilidad para ser concejal, consagrada en el art. 83 del D,L. 1333 de 1986 y Art. 1 de la Ley 45 de 1989, pues fue empleado público dentro de los seis meses anteriores a la elección.

2.-) Las normas citadas como transgredidas son del siguiente tenor:

ART. 83.- Los miembros del Consejo se denominarán Concejales. Para ser elegido Concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos Concejales, quienes dentro de los 2 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, ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluídos del ejercicio de una profesión y a los deberes de un cargo público.

ART. 1o. - No podrán ser elegidos Concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la misma fecha de elección hayan sido empleados oficiales.

Al proceso se aportó prueba demostrativa de los siguientes hechos:
a.- Con la copia auténtica (Art. 25 D. 2651 de 1991) del Acta de solicitud,

constancia de aceptación e inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas para las elecciones de marzo de 1992 por el municipio de Zarzal, Concejo municipal, por la lista No. 09 del Movimiento Liberal Holmista, encabezada por ANTONIO VARELA VICTORIA, se acreditó que LIBARDO ALCALDE ARANA fué inscrito en el segundo renglón de la misma (fl.1).

b.- Con copia auténtica del oficio No. 312 D.V.L. R-1-R-3 de septiembre 7 de 1992 dirigido por el Registrador del Estado Civil de Zarzal - Valle al Presidente y demás miembros del concejo municipal de dicho municipio, les comunicó que el Tribunal Administrativo del Valle mediante sentencia de junio 4 de 1992 le anuló la elección de concejal de ese municipio al señor ANTONIO VARELA VICTORIA, debiendo ser ocupada la vacancia por el señor LIBARDO ALCALDE ARANA, como segundo inscrito no elegido de la misma lista (Art. 261 C.N.). La certificación expedida por el mismo funcionario del oficio citado antes, con destino a ALCALDE ARANA, que tiene fecha septiembre 8 de 1992, es del mismo contenido del oficio (fls. 2 y 3).

c.- Con copia auténtica de la constancia expedida por la Jefe de la Sección Administración Personal Regional de Cali de Telecom, se acreditó que al señor LIBARDO ALCALDE ARANA, se le aceptó la renuncia del cargo de Jefe de Oficina III en la localidad de Zarzal, a partir del 1 de enero de 1992 (fl.5 cuad. 1 y 1 cuad.2).

d.- Con la copia auténtica del acta No. 014 de septiembre 23 de 1992 contentiva de la sesión del H. Consejo Municipal de Zarzal, celebrada en esa fecha, se acreditó la posesión y toma de juramento del señor LIBARDO ALCALDE como concejal de ese municipio (fls. 12 y 13).

3.-) De conformidad con lo dispuesto en el art. 73 D.L. 1333 de 1986, en concordancia con el art. 261 de la C.N., que es general para todas las Corporaciones Públicas, es al Presidente del respectivo consejo municipal, a quien le corresponde llamar a quien deba ocupar la vacante dejada por alguno de los concejales electos, como ha ocurrido en este caso, y por ello debemos tener como acto electoral demandado, el contenido en el ordinal 2 del acta No. 014 contentivo de la sesión extraordinaria celebrada por el concejo municipal de Zarzal en septiembre 23 de 1992, por medio del cual se le dio posesión y se le tomó juramento por dicho funcionario a LIBARDO ALCALDE ARANA como concejal, actuación que llevó a cabo dicho Presidente luego de recibir del Registrador del Estado Civil de Zarzal el oficio No. 312/D.V.L./R-1-R-3 de septiembre 7 de 1992, a que hicimos mención antes.

4.-) En cuanto a las inhabilidades consagradas en el art. 83 D. 1333 de 1986 y art. 1o. ley 45 de 1989, debe tenerse en cuenta, que estas dos normas son iguales en cuanto al aspecto que se estudia en este proceso.

Al señalar en dichas normas, que no podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección hayan sido empleados oficiales, se están refiriendo en general, al acto de elección popular de aquellos cargos que deban proveerse en esa forma, como punto de referencia para contar el término allí indicado.

Ese término debe aplicarse de manera uniforme y pareja respecto a todo mundo, tanto aspirantes a los cargos por proveer, como a la ciudadanía en general, para que así cada cual sepa a qué atenerse, pues de lo contrario daría lugar a una serie de situaciones acomodaticias según el interés de la persona que la invoque.

Considera la Sala que lo dispuesto en las mencionadas normas, e s perfectamente aplicable a este caso, porque aunque LIBARDO ALCALDE ARANA, no resultó elegido concejal del municipio de Zarzal -Valle el 8 de marzo de 1992, lo cierto es que fue llamado a ocupar la vacante dejada en esa corporación por uno de los concejales electo, en razón a haber él participado en esas elecciones como candidato, es decir, existe relación de causalidad entre dichas elecciones populares y la calidad de concejal que ahora ostenta.

Debe contársele el término de los seis (6) meses consagrados en las normas materia de estudio, a partir del 8 de marzo de 1992, fecha de las elecciones, porque fue a partir de esa fecha en que resultó favorecida electoralmente la lista en la que se inscribió su nombre, cuando le surgió la expectativa de llegar a reemplazar a quien resultó electo; además, porque de acuerdo con la ley, todos los que se inscribieron como candidatos para ocupar los cargos que en esa fecha se iban a proveer, debían tener su situación jurídica conforme a lo exigido en ella, sin que pueda hacerse distinción, pues la ley no la hace, de si resultaba elegido o no para hacerse efectivo el lleno de esos requisitos.

Si no se aplicara este criterio, los candidatos a Corporaciones Públicas, que no resultaron elegidos el 8 de marzo de 1992, no podrían ocupar cargo público alguno durante el período de dichas corporaciones, ante la expectativa de llegar a reemplazar a los elegidos ante alguna falta de ellos, por temor a que se le cuente el término de los seis meses desde la fecha en que sea llamado a ocupar la vacante, lo cual los colocaría en una situación de injusticia laboral y económica. Pero también podría dar lugar a que entre el elegido y el que le sigue en turno en la lista, se llegara a un acuerdo para,purgar con el transcurso del tiempo una inhabilidad que cobijara a este para ocupar el cargo.

SECCION QUINTA

La razón o el fundamento de la consagración legal de las inhabilidades contenidas en dichos artículos, consiste en evitar que los aspirantes a cargos públicos de elección popular, puedan influir sobre los electores al momento de depositar el voto, por ello se prohíbe al que ha sido empleado oficial en los seis (6) meses anteriores a la elección, ser elegido concejal; no al que lo sea después de dicha elección, pues ya no habrá electores sobre los cuales se pueda dar esa influencia, haciendo uso de las prerrogativas propias del cargo público.

5.-) Por lo explicado antes y teniendo en cuenta que TELECOM es una Empresa Comercial del Estado creada por el D. 1684 de 1947 y que las personas que se encuentran vinculadas laboralmente a ella tienen la calidad de trabajadores oficiales, salvo lo que los estatutos establezcan al respecto (D. 3135 de 1968 Art. 5), debemos llegar a la conclusión consistente, en que al haber tenido LIBARDO ALCALDE ARANA hasta el 31 de diciembre de 1991 la calidad de Trabajador Oficial, especie del género empleada oficial, se encuentra inhabilitado de acuerdo con lo dispuesto en las mencionadas disposiciones, para ser concejal del municipio de Zarzal - Valle por el período 1992 - 1994..

6.-) Si se considerara que a este expediente no se aportó la prueba de la existencia del acto electoral demandable, que no es el caso, como se vio, la sentencia no podría ser de fondo sino inhibitoria.

Lo anterior es antecedente de que la sentencia recurrida debe revocarse, para en su lugar y de acuerdo con los impugnantes y el salvamento de voto, acceder a las pretensiones de la demanda.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta -, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en desacuerdo con su colaboradora fiscal,

FALLA

Revócase la sentencia de enero 26 de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle y en su lugar se declara nulo el llamamiento hecho por el Presidente del H. Consejo Municipal de Zarzal, del señor LIBARDO ALCALDE ARANA el 23 de septiembre de 1992, para ocupar la vacante dejada en esa Corporación por el señor ANTONIO VARELA VICTORIA.

Una vez en firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen, para que se libren las comunicaciones tendientes al cumplimiento de lo aquí resuelto.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día trece (13) de mayo mil novecientos noventa y tres.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

SECCION QUINTA / COMPETENCIA / FALLOS / RECURSOS - Improcedencia

Al atribuírle la ley 14 de 1988 competencia especial para conocer de los procesos electorales a la Sección Quinta le dió carácter exclusivo a su, función y de manera expresa restringió la utilización de, recursos contra las sentencias que en ejercicio de tal. Competencia profiriera, los cuales solo mantuvieron su vigencia y procedencia dentro de la regulación general y ordinaria prevista para las demás Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0890. Actor: GABRIEL ENRIQUE SOLANO RIVERA

Procede la Sala a resolver sobre la petición del señor apoderado de la parte demandada, quien invocando el artículo 21 del decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 130 del C.C.A., interpuso recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de esta Sección, proferida el 11 de marzo de 1993.

Para fundamentar su solicitud, sostiene el recurrente que los fallos proferidos por la Sección Quinta no quedaron excluidos de la procedencia del recurso de súplica consagrado en el artículo 21 del decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 130 del C.C.A., porque la creación de dicha Sección por la ley 14 de 1988 no fue dispuesto para dar origen a una Sala especializada y

autónoma, como el proyecto de ley inicialmente lo contemplaba, sino que su objetivo se encaminó a dar vida a una más "de las cinco (5) SECCIONES en que se subdivide la Sala de LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", con diversas funciones de competencia como las del conocimiento de losprocesos de jurisdicción coactiva que no excluyen el recurso extraordinario de súplica. No le dió, entonces, la ley carácter especializado a la Sección, por lo que sus sentencias quedaron incluídas en las que son susceptibles del recurso, pues el mencionado artículo del Decreto 2304 de 1989 comprende "a TODAS las seis (6) Secciones en que hoy se subdivide la citada Sala de lo Contencioso Administrativo, sin excluír a ninguna de ellas" (subrayas del memorialista).

Agrega, además, que por ser el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, norma posterior a la ley 14 y de igual rango, debe prevalecer sobre esta, pues la reforma que la ley 153 de 1887 introdujo al artículo 5o. de la ley 57 del mismo año, no hace mención alguna a la regla de interpretación relativa a disposiciones especiales por lo que dejó sin vigencia el ordinal 1o. del artículo 5o. de esta última ley, modificado a su vez por el artículo 3o de la ley 153, al estimar insubsistente toda disposición "por incompatibilidad con disposiciones especiales POSTERIORES..." (subrayas del recurrente).

Como colorario de su argumentación sobre procedibilidad del recurso, expresa el apoderado de la parte demandada lo siguiente:

> "En consecuencia, no es válido el argumento de que el inciso segundo del artículo 231 del C.C.A., tal como fué subrogado por el artículo 6o. de la LEY 14 de 1988, prevalece por ser ley ESPECIAL, sobre el artículo 21 del Decreto Legislativo Número 2304 de 1989, que es indiscutiblemente LEY POSTERIOR, por lo que el recurso extraordinario de SUPLICA reestablecido por ésta disposición con fuerza de ley, y declarado exequible por sentencia ya mencionada de la Corte Constitucional, está vigente y se debe aplicar, inexorablemente, a todas las sentencias y autos interlocutorios proferidos por "LAS SECCIONES", o sea por todas las seis (6) Secciones que constituyen la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. CONSEJO DE ESTADO.(FL.139)."

Finalmente, en acápites separados, se refiere a la oportunidad para la presentación del recurso y a las jurisprudencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que, afirma, son contrariadas por la sentencia.

SECCION QUINTA

Para resolver:

SE CONSIDERA

De manera insistente, esta Sala ha venido sosteniendo con respaldo en el inciso segundo del artículo 6o. de la ley 14 de 1988, que subrogó el artículo 231 del C.C.A., que contra las sentencias proferidas en procesos electorales por la Sección Quinta, no procede recurso alguno. Tal afirmación no se deriva de un estudio interpretativo de las normas que regulan la competencia y trámite de los citados procesos, sino de la claridad y nitidez meridiana de la disposición que consagra tal prohibición, la cual no ofrece duda alguna al respecto y cuyo texto es el siguiente:

> "El Consejo de Estado tramitará y decidirá todos los procesos electorales de su competencia a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrada por cuatro (4) Magistrados.
>
> Contra las sentencias de la Sección Quinta no procederá ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
>
> La designación de los Consejeros que deben integrar esta Sección se hará por la Sala Plena del Consejo de Estado al entrar en vigencia la presente Ley.
>
> La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo tendrá su propia secretaría con el mismo personal de empleados y remuneración de las demás secciones de la Corporación.
>
> Cada Consejero de Estado de la Sección Quinta tendrá un Magistrado Auxiliar de su libre nombramiento y remoción."

Por las anteriores razones y las que la Sección ha tenido oportunidad de expresar en múltiples providencias, como la señalada en el auto de fecha 26 de octubre de 1989, actor Gustavo Certain Duncan y otros Exp. 0323. Consejero Ponente Miguel González Rodríguez, se ha venido reiterando la improcedencia del recurso en los siguientes términos:

> "Por mandato expreso del art. 6 de la ley 14 de 1988, que creó esta Sección Quinta, "contra las sentencias de la Sección Quinta no procede ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo", y por simple lógica tampoco contra sus autos interlocutorios.
>
> Esta norma, subrogatoria del artículo 231 del C.C.A., incluida en el capítulo

sobre "juicio electoral", está vigente, pues no se ha producido su derogatoria expresa por el art. 68 del Decreto Ley 2304 de octubre 7 de 1989, ni se puede considerar que se ha producido la derogatoria tácita por el art. 21 del mismo decreto que subrogó el art. 130 del C.C.A, por un lado, con base en facultades de la ley 30 de 1987, no se pueden derogar disposiciones de una ley posterior, como es la indicada ley 14 de 1988, más si se tiene en cuenta que no había facultad expresa en aquella -en la ley 30 de 1987 - para ampliar el recurso extraordinario de súplica, ya que sólo existía esa facultad para suprimir el recurso extraordinario de anulación -lo que efectivamente se hizo en 1988-, y por cuanto, de otro lado, como se dijo en providencia anterior, el mencionado recurso extraordinario de súplica fue consagrado respecto a las sentencias y providencias dictadas por las cuatro secciones que integraban, en ese entonces la Sala de lo Contencioso Administrativo, y no opera, no puede operar, respecto a las sentencias y providencias de la Sección Quinta, a la cual el legislador quiso darle un tratamiento o regulación diferente, para evitar que, mediante el ejercicio de dicho recurso, se dilataran los procesos electorales, en forma tal, que coincidieran las sentencias definitivas con la expiración de los períodos constitucionales o legales de los elegidos o nombrados.

Pero es que, además, está expresamente establecido en el art. 10 del C.C. (art. 5 de la ley 57 de 1887), que "Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre si, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, Y SE HALLEN EN UN MISMO CODIGO, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior ... (destacado fuera de texto).

De manera, que bien porque el art. 231 del C.C.A. constituye disposición relativa a un asunto especial por mandato del legislador, bien porque el art. 231 del C.C.A. es posterior al 130 ibidem, debe de aplicarse de preferencia la primera de las normas indicadas, o sea, el art. 231 del C.C.A. , en cuanto por él se establece que el Consejo de Estado tramitará y decidirá, sin recurso alguno ante la Sala Plena de lo Contencioso, TODOS los procesos electorales de su competencia, a través de su Sección Quinta creada por la misma ley para ello".

En relación con las objeciones que el recurrente hace a la jurisprudencia

reiterada en la Sala, fundada, la primera, en que no habiendo sido la Sección Quinta creada como organismo especializado, procede contra sus fallos el recurso extraordinario de súplica, dado que no fueron excluídos en el art. 21 del decreto 2304 de 1989 por referirse la norma, en general, a las sentencias de todas las Secciones, la Sala encuentra que si bien no fué creada como Sala especial y autónoma, su origen obedeció al propósito del legislador de separar por materias especializadas las funciones correspondientes a cada Sección y entregarle el manejo de los asuntos electorales, que antes eran del conocimiento de la Sala Electoral conformada por Consejeros de las distintas Secciones que integraban la Sala Contencioso Administrativa, a una sola de ellas, de manera privativa.

Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, el origen de la Sección Quinta se halla estrechamente ligado a un criterio de especialización y de ejercicio separado de funciones, como lo confirman el contenido del inciso 1o. de, art. 97 del C.C.A., subrogado por el art. 7o. del decreto 2288 de 1989, y el del art. 10 del Reglamento del Consejo de Estado.

Empero, estos antecedentes que motivaron la creación de la Sección no tienen la relevancia que el recurrente ha querido otorgarles. La importancia estriba en que al atribuirle la ley 14 de 1988 competencia especial para conocer de los procesos electorales a la Sección Quinta le dió carácter exclusivo a su función y de manera expresa restringió la utilización de recursos contra las sentencias que en ejercicio de tal competencia profiriera, los cuales solo mantuvieron su vigencia y procedencia dentro de la regulación general y ordinaria prevista para las demás Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Es innegable la naturaleza especial que el art. 6o. de la ley 14 de 1988 tiene sobre las previsiones contenidas en el art. 21 del decreto 2304 de 1989. Y esta especialidad de la norma de la ley, que se pregona con respecto a la disposición del decreto, no ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico. La regla primera de hermenéutica contemplada en el artículo 5o. de la ley 57 de 1887 ni ha sido derogada ni ha perdido vigencia con el contenido del artículo 49 de la ley 153 de 1887. Ese no es el sentido del artículo, ni el significado literal y etimológico del término "reformado" empleado en él. La expresión tiene un entendimiento más restringido y menos amplio al pretendido, por el apoderado de la parte demandada. Por provenir del verbo "Reformar", empleado como sinónimo de "Corregir", que significa enmendar, volver mejor o reparar, entraña la idea de la existencia previa de aquello que es objeto de restauración o mejora y, por consiguiente, descarta la de abolir o derogar porque a las palabras empleadas en la ley hay que darles el sentido natural y obvio según su uso general, en la forma como lo indica el art. 28 del Código Civil, y no forzar su significado para hacerlas decir lo que obviamente no quieren expresar.

La finalidad obvia del artículo 49 de la ley 153 de 1887 fué la de variar, mejorándola, la regla segunda del articulo 5o. de la ley 57 de 1887, en cuanto limitaba la aplicación de la ley posterior al ámbito exclusivo de los Códigos, con prevalencia expresa de unos sobre los otros, para extenderla en forma general y sin sujetarla a predominio alguno. En tal virtud ni se derogó, ni se dejó sin vigor el numeral 1o. del art. 5o. de la ley 57 de 1887, cuya vigencia aún subsiste y puede y debe ser aplicado.

Tampoco encuentra acertado la Sala, la presunción del recurrente acerca de la invalidación del artículo 6o. De la ley 14 de 1988 por la expedición del artículo 21 del decreto 2304 de 1989, fundada en la insubsistencia de las disposiciones legales por incompatibilidad con normas especiales posteriores, contemplada en el artículo 3o. de la ley 153 de 1887, pues el artículo 21 del decreto precitado no es precepto especial posterior, sino regla de carácter general dentro del procedimiento contencioso, sin potencialidad jurídica para fundamentar la invalidación de una disposición, esa sí de naturaleza especial.

Ahora bien, establecido como está que contra la sentencia recurrida no procede ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se impone dar cumplimiento a lo en ella ordenado por encontrarse ejecutoriado y en firme, conforme a lo prescrito en los artículos 173 del C.C.A. y 331 del C. de P.C. , modificado por el artículo 1o. numeral 155 del decreto 2282 de 1989, cuya aplicación por remisión esta prevista en el art. 267 del C.C.A. cumpliéndose así con el carácter compulsivo del proceso electoral.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Rechazar por improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra el fallo de fecha 11 de marzo de 1993.

Por la Secretaría, dése inmediato cumplimiento a lo ordenado en la parte resolutiva de la sentencia del 11 de marzo de 1993.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL / SUSPENSION DEL PROCESO - Improcedencia / PRESJUDICIALIDAD PENAL

El art. 172 del C. de P.C., no solo establece la procedencia de la medida en las condiciones previstas en la norma sino que contra la providencia que resuelva sobre la solicitud cabe el recurso de apelación en los efectos previstos en la misma disposición. Lo anterior indica a las claras que la solicitud del suspensión del proceso en el trámite de la segunda instancia es improcedente, independientemente de cualquier otra consideración en atención a la clase de juicio de que se trate, en este caso el electoral.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá, D.C. catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 962 Actor: INES NUÑEZ Y OTRO. Recurso de Reposición.

El señor apoderado del demandado interpone recurso de reposición contra el auto del 22 de abril de 1993, mediante el cual la Sala denegó la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad penal.

Manifiesta el recurrente que es procedente el recurso conforme a lo previsto por el art. 180 del C.C.A.

Luego de plantear un asunto que no tiene relación con la solicitud inicial de suspensión del proceso ni con su denegatoria, fundamenta la petición en los siguientes argumentos:

- El art.. 171 del C. de P. C. no establece que quien deba conocer de la suspensión del proceso sea el juez de primera instancia sino el que conoce del proceso, en este caso la Sección Quinta del Consejo de Estado.

- La norma en cita exige la demostración de la existencia de un proceso en curso, situación que no podía demostrarse en primera instancia por negligencia del Tribunal Administrativo al que se solicitó la compulsación de copias para investigar la conducta delictuosa del demandado y del inspector de policía quienes crearon el documento público, que en concepto del recurrente, sirvió para engañar a la justicia.

- De la copia de la denuncia presentada se deduce que de la acción penal se conoció el día 2 de febrero y la autoridad respectiva comunicó el hecho el 8 de marzo de 1993, situación que impedía por exigencia del mismo art. 171 del C. de P. C. cumplir con los presupuestos.

- No podía denunciarse fraude procesal en la primera instancia antes de la sentencia, cuando era sólo en tal oportunidad que se podía concretar o no el reato.

- Considera que aunque en el art. 171 del C. de P. C. no dice que la petición deba hacerse en la primera o segunda instancia, considera que la prevalencia del derecho sustancial, arts. 29 y 228 de la C.N., se vería afectada con la no suspensión del proceso.

Se observa:

La Sala debe precisar, en primer término, que se referirá exclusivamente a los argumentos mediante los cuales se fundamenta la reposición del auto que denegó la suspensión del proceso, no así a aquellos no relacionados con aspectos que procesalmente pueden tratarse en esta oportunidad.

Tampoco se tendrán en cuenta los documentos allegados en esta oportunidad, pues en el recurso de reposición solo es posible analizar los argumentos presentados contra la decisión recurrida, con base en los mismos elementos de juicio que sirvieron de fundamento para dictarla.

Precisado lo anterior, considera la Sala que el auto recurrido debe ser confirmado por las siguientes razones:

El primero de los fundamentos de la reposición consiste, básicamente, en que la medida solicitada en la segunda instancia debe concederse por cuanto el art. 172 del C. de P. C. dice que se dicta por el juez que conoce del proceso.

Al respecto debe precisarse que en realidad, la disposición no sólo establece la procedencia de la medida en las condiciones previstas en la norma sino que contra la providencia que resuelva sobre la solicitud cabe el recurso de apelación en los efectos previstos en la misma disposición.

Lo anterior indica a las claras que la solicitud de suspensión del proceso en el trámite de la segunda instancia es improcedente, independientemente de cualquier otra consideración en atención a la clase de juicio de que se trate, en este caso el electoral.

En concepto de la Sala sucede que el recurrente está variando el trámite:

En efecto, la suspensión se pide para que no se dicte la providencia, por considerar que, cuando se alega prejudicialidad penal, el fallo en dicha materia incide en manera decisiva en la decisión del proceso en curso, en el trámite de la primera instancia y su procedencia se evalúa por el juez del conocimiento.

En el presente caso, en cambio, no se hizo tal solicitud dentro del trámite del proceso en el Tribunal y sólo, luego de la sentencia de primera instancia se procede a pedir la suspensión del proceso.

No son de recibo los argumentos tendientes a sostener que solo con ocasión de la segunda instancia se tenía la seguridad de que se cometía el delito, ni los referentes a que la no presentación de la denuncia se debió a negligencia del Tribunal.

En efecto, analizado el informativo se observa que en la contestación de la demanda se hace alusión a la certificación que la parte actora allegó como prueba y se tilda de haberse expedido con comisión de los delitos de falsedad en documento público y prevaricato de los cuales, manifestó, "deberán conocer las autoridades penales". En tal oportunidad solicitó se le tuviera como prueba la providencia dictada por el Inspector 2 F de Policía del 20 de mayo de 1992, y así fue decretada.

De la lectura de los documentos que obran en el informativo se deduce que al Tribunal no se le hizo solicitud alguna de compulsación de copias para la denuncia y la alusión que se hace en la contestación de la demanda sobre los posibles delitos cometidos por quien expidió el documento no pueden servir de base para considerar que, en efecto, es del caso su denuncia por parte de quien no puede afirmar o negar la conducta delictuosa; en este caso, el Tribunal.

Es claro que si la parte consideró se había cometido un delito debió dar parte a la justicia para su investigación.

De otra parte, el hecho concreto, la falsedad en documento y el prevaricato, no son circunstancias que solo se produzcan luego de haberse dictado la sentencia de instancia lo mismo que la atinente al fraude procesal que se alega con ocasión de la solicitud.

De lo anterior se deduce que la solicitud de suspensión del proceso fue elevada en forma extemporánea.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala confirme el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar el auto recurrido por las razones expuestas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y en firme devuélvase al Despacho para decidir.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en Sala en su sesión de doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL / *REFORMATO IN PEJUS*

La acción electoral es una acción pública que puede ejercer cualquier persona y tiene por finalidad la de que la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo verifique si la elección hecha popularmente o por una corporación se ajustó a las normas constitucionales y legales que reglamentan a materia. Es decir, está de por medio el interés general en la comprobación el acto acusado, el cual se encuentra por encima de intereses particulares, por tanto el *ad-quem* al conocer el recurso de apelación, ejerce su competencia sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, al igual que sucede en el campo penal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0900., ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA, RECURSO DE REPOSICION., Actor: RICARDO HURTADO BRAVO.

El señor EMIR BANGUERA parte impugnante en este proceso, en escrito visible a folios 473 y s.s., interpone recurso de reposición contra el auto de abril 29 de 1993, mediante el cual, esta Sección denegó solicitud de nulidad formulada por el mismo impugnante.

Estimó la Sala en el auto recurrido, que "el principio de la *reformatio in pejus*" consagrado en el artículo 357 del C. de P. C., no era aplicable al proceso

electoral, concordando la afirmación con la jurisprudencia de la Corporación sentada en providencias de fechas 17 y 28 de enero de 1991 en los expedientes números 0469 y 0464 que no ha sido variado conservando actualmente su vigencia.

En el mismo proveído se expresó el fundamento básico de esa perspectiva jurisprudencias con el siguiente argumento: "se trata de una acción pública que puede ejercer cualquier persona y tiene por finalidad" la de que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo verifique si la elección hecha popularmente o por una Corporación se ajustó a las normas constitucionales y legales que reglamentan la materia. Es decir, está de por medio el interés general en la comprobación del acto acusado, el cual se encuentra por encima de intereses particulares como los que alega el memorialista, por tanto el *ad-quem* "al conocer el recurso de apelación, ejerce su competencia sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, al igual que sucede en el campo penal".

Siendo clara la jurisprudencia en la inaplicación del principio de la "*reformatio in pejus*" en la acción de nulidad electoral, la Sala sostendrá la decisión atacada en reposición ya que no encuentra en el escrito que se resuelve, motivos jurídicos que permitan variar su criterio.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta,-

RESUELVE:

Niégase el recurso de reposición interpuesto por la parte impugnante, contra el auto de abril 29 de 1993, mediante el cual, se denegó solicitud de nulidad de lo actuado en esta instancia incluyendo la sentencia.

Como quiera que el fallo esta en firme, porque el incidente de nulidad no suspende la ejecutoria, envíese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL / RENUNCIA - Aceptación / NULIDAD ELECTORAL - Procedencia.

Así como la ley prohíbe las renuncias en blanco ó sin fecha cierta o mediante cualquier otra circunstancia que coloque con anticipación en manos del nominador la suerte del empleado, así mismo debe entenderse que la aceptación de la renuncia opera hacia el futuro. - Debe ser de esa manera que el competente para resolver acerca de ella está facultado para formular, cuando no es irrevocable, un juicio de valor respecto de los motivos aducidos. Y tomarse hasta 30 días en todos los casos para definir la situación. De no ser así resultaría ilógico lo previsto en el art. 113 del decreto 1950 de 1973. La función pública realizada por el funcionario no se puede interrumpir por la renuncia, más si ella toma de sorpresa al nominador. Con mayores veras si se trata de servicio imprescindible, respecto del cual la intempestiva desincorporación puede ocasionar parálisis de la Administración así sea de manera parcial. Peor aun ocurriría de aceptar renuncias con efecto hacia el pasado, por cuanto ello crearía factores de inestabilidad e inseguridad para la comunidad en cuanto al titular de la función.- De allí que quien pretende cargo de elección popular, siendo empleado público, habrá de renunciar para no inhabilitarse con la suficiente antelación. teniendo en cuenta el terminó que la ley concede al nominador para resolver respecto a esa forrma de desvinculación. Probado está el desempeño como empleado público del demandado, independientemente de la aceptación de su renuncia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993)

SECCION QUINTA

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente No. 0924. Actor: LUIS HUMBERTO TOVAR TRUJILLO

Por apelación interpuesta por el apoderado del impugnador de la demanda conoce la Sala de la sentencia de fecha octubre 30 de 1992, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo del Huila acogió las pretensiones del actor en el proceso de la referencia y declaró la nulidad del acto de elección del Sr. Marco Antonio Vargas Salas, como alcalde de Elías para el período constitucional comprendido entre el 1o. de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994.-

Rituada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se pasa a desatar el recurso con apoyo en los siguientes

ANTECEDENTES :

I.- La sentencia recurrida

El *a-quo* invalidó el acto que declaró elegido alcalde de Elías (Huila) al precitado Marco Antonio Vargas Salas, por cuanto a pesar de la renuncia por éste presentada al cargo que desempeñó al servicio de la Controlaría Departamental ante ese Municipio, lo continuó ejerciendo y suscribiendo documentos en ejercicio de sus funciones como auditor por lo menos hasta el 14 de diciembre de 1991.-

Al respecto argumenta del modo seguidamente transcrito:

> " ... La claridad de la disposición que se invoca como violada - art. 1o. Ley 49/87 - permite mediante una simple operación aritmética hacer el conteo del término de los 3 meses calendarios según lo establece el artículo 121 del C. de P. Civil, para deducir que las funciones como Auditor las ejerció el señor Marco Aurelio Vargas Salas no sólo hasta el día en que se le aceptó su renuncia mediante Resolución 001355 de diciembre 10/91, época en que ya se encontraba inhabilitado, sino que existen serios indicios que sus funciones fueron mas allá, si se tiene en cuenta, que varias de las cuentas de cobro, certificaciones y resoluciones llevan la rúbrica ilegible y sello de la Contraloría General del Departamento - Municipio de Elías H.- Auditor Fiscal en fecha posterior que llega hasta el 14 de diciembre/91, según se comprueba entre otros a los siguientes folios 53, 55, 56, 59, 63, 65, 66, 101, 103 etc."

"...No pasa desapercibida la Sala que existe un acto administrativo como es la Resolución 001335 (sic) del 10 de diciembre de 1991 que da retroactividad a su renuncia a partir del 7 de diciembre /91, pero si bien ella puede surtir efectos fiscales desde esa fecha - Resolución 048 enero 28/92 - no tiene el alcance de dejar inane los preceptos en materia electoral, pues si así se entendiera, fácil sería aceptar renuncia (sic) con retroactividad de tiempo mayor, en detrimento de los principios democráticos y la pureza del derecho al sufragio - elegir y ser elegido que se propone el mandato constitucional y legal "(fols. 170 y 171).

II.-EL RECURSO.

La parte impugnadora recurrió en apelación, sosteniendo "... que las inhabilidades son de interpretación restrictiva ..." y que el actor debió haber probado el carácter de EMPLEADO OFICIAL de Marco Antonio Vargas Salas dentro del término comprendido entre el 8 de diciembre de 1991 y el 8 de marzo de 1992, fecha esta .en la que ocurrieron los comicios para alcaldes. Analiza los elementos básicos del empleo, en cuanto conjunto de funciones, deberes y responsabilidades, su objetivo o finalidad y el medio utilizado, para criticar lo decidido por el *a-quo* por cuanto "... no se afirma que esté probado plenamente que mi mandante haya seguido cumpliendo sus funciones mas allá del 10 de diciembre de 1991, sino que existen indicios ... " Finalmente dice compartir lo expuesto en el salvamento de voto de uno de los componentes del juez colegiado (fl. 175 a 179).

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.-

El colaborador que entregó su concepto para el proceso, concluye que debe revocarse la sentencia y negar las pretensiones de la demanda (fl. 214-218), por cuanto:

"De conformidad con lo dispuesto en los Artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 113 del Decreto 1950 de 1973, es indudable para este despacho que el vínculo laboral del alcalde electo con la Contraloría Departamental del Huila terminó el 7 de diciembre de 1991, cuando dicha entidad mediante resolución No. 001355 del 10 de diciembre de ese mismo año le aceptó la renuncia con retroactividad a partir de esa fecha, además por estar acreditado con constancia expedida por la Secretaría General de la Contraloría, que el señor Vargas Salas prestó sus servicios a la misma desde el 24 de enero al 6 de diciembre de 1991, por haberse comprobado igualmente que se le reconocieron y pagaron cesantías y vacaciones hasta esta última fecha y no se demostró que hubiera recibido sueldos después de aquella".

"En esas condiciones, la renuncia surtió efectos a partir del 7 de diciembre de 1991 quedando como consecuencia legalmente desincorporado del empleo, independientemente del hecho de que hubiera firmado cuentas de cobro después de aceptada la renuncia hasta el 14 de diciembre, estando posiblemente incurso por esta actuación en la comisión del delito de falsedad de documento público y acreedor a sanción disciplinaria, que nada tiene que ver con la inhabilidad que en este proceso se le predicó."

CONSIDERACIONES:

La acción de nulidad del acto de elección de MARCO ANTONIO VARGAS SALAS, por presunta inhabilidad para desempeñar el cargo, se apoyó procedimentalmente en la causal del numeral 5, Art. 223 del C.C.A.- Sustancialmente en lo dispuesto en el Art. lo. Parag. 2o. de la Ley 49 de 1987.

El citado VARGAS SALAS estuvo laborando al servicio de la Contraloría del Huila, en el cargo de EXAMINADOR DOCUMENTAL I, NIVEL V, GRADO 11 (fl. 39), entre el 24 de enero de 1991 y el 6 de diciembre de 1991 inclusive según constancia expedida por la Secretaría General de dicha Institución (Fl. 36). Su renuncia al cargo le fué aceptada mediante Resolución Nro. 001355 del 10 de diciembre de 1991, con efectos. retroactivos al 7 de diciembre del mismo año.-

Pero el fondo del ataque para impetrar la nulidad a su elección de alcalde se hace consistir en que "continuó ejerciendo y suscribiendo documentos en ejercicio de sus funciones como auditor con posterioridad a su desvinculación ... ", no obstante el aparente retiro legal que se vislumbra de la resolución que admitió su renuncia, fechada a 10 de diciembre de 1991 con retroactividad de tres (3) días a su expedición.

Según el acervo probatorio recaudado se tiene:

a) El acta cotentiva del acto que declaró electo al demandado;

b) Ausencia de la manifestación voluntaria de la renuncia del cargo que venía desempeñando, presentada por MARCO ANTONIO VARGAS SALAS al Contralor Departamental del Huila;

c) Resolución de aceptación de la renuncia;

d) Certificación sobre tiempo de servicios y fecha en que éstos terminaron;

e) Documentos en fotocopias autenticadas de actuaciones realizadas por el demandado, en ejercicio del cargo de control fiscal, hasta el 14 de diciembre de 1991.

Ese acopio probatorio acredita que quien aceptó la renuncia (Dto. 1153/ 78) era la autoridad competente. Además, la Sala debe dar por sentado que hubo presentación de renuncia aunque se ignora cuándo.- Con todo el nominador, mediante la Resolución Nro. 001355 del 10 de diciembre de 1991, lo desvincula por aceptación de la renuncia. Este acto dispositivo contiene, no obstante, una inaceptable inconsistencia: aceptación de la renuncia con efectos retroactivos.-

Así como la Ley (Dto. 2400 de 1968, Art. 27) prohibe las renuncias en blanco o sin fecha cierta o mediante cualquier otra circunstancia que coloque con anticipación en manos del nominador la suerte del empleado, asímismo debe entenderse que la aceptación de la renuncia opera hacia el futuro. - Debe ser de esa manera, porque el competente para resolver acerca de ella está facultado para formular, cuando no es irrevocable, un juicio de valor respecto de los motivos aducidos. Y tomarse hasta treinta días en todos los casos para definir la situación. De no ser así resultaría ilógico lo previsto en el artículo 113 del decreto 1950 de 1973.

La función pública realizada por el funcionario no se puede interrumpir por la renuncia, más si ella toma de sorpresa al nominador.- Con mayores veras si se trata de servicio imprescindible, respecto del cual la intempestiva desincorporación puede ocasionar parálisis de la Administración así sea de manera parcial. - Ello es lo que con el principio de la autonomía trata aquella de solventar haciendo uso del término que la norma legal le concede para resolver al respecto. Peor aun ocurriría de aceptar renuncias con efecto hacía el pasado, por cuanto ello crearía factores de inestabilidad e inseguridad para la comunidad en cuanto al titular de la función. - De allí que quien pretende cargo de elección popular, siendo empleado público, habrá de renunciar para no inhabilitarse con la suficiente antelación, teniendo en cuenta el término que la ley concede al nominador para resolver respecto a esa forma de desvinculación.

Ahora bien: probado está el desempeño como empleado público del Sr. MARCO ANTONIO VARGAS SALAS hasta el 14 de diciembre de 1991, independientemente de la aceptación de su renuncia con fecha 10 del mismo mes y de que hubiere o no reclamado o cobrado el sueldo y prestaciones hasta esa fecha.-

Y esta Corporación tiene por demostrado que la función pública la ejerció el demandado hasta el 14 de diciembre de 1991, porque así lo acreditan numerosos documentos públicos de los cuales no era necesario el reconocimiento

de la firma del demandado, pues basta con advertir que esas copias fueron remitidas con destino al proceso con oficio de funcionario de la Contraloría Deptal. del Huila, atendiendo solicitud en orden a lo decretado en el término probatorio.

Es más: en gracia de discusión cabría admitir que por lo menos el demandado desempeñó la función pública hasta el 10 de diciembre de 1991, fecha de aceptación de la renuncia, pues apenas para esa fecha pudo enterarse de su desvinculación legal.

Cierto es que las inhabilidades son taxativas y que por vía de analogía no pueden aplicarse a situaciones no previstas en la respectiva norma. Más el caso presente no corresponde a interpretación analógica o por extensión: se trata de la aplicación correcta de la causal de inhabilidad electoral alegada, derivándose de allí que asistió razón al *a-quo* cuando profirió la sentencia estimatoria de las pretensiones, con apoyo en elementos cuya eficacia probatoria apreció en conjunto, considerando su concordancia y armonía frente a la situación fáctica aducida por el actor en apoyo de la pretensión nulatoria.

De allí por qué deba apartarse la Sala del criterio de la Procuraduría 8a. Delegada en lo Contencioso, para confirmar la sentencia impugnada.-

En mérito a 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:

CONFIRMASE la sentencia, de 30 de octubre de 1992, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo del Huila declaró la nulidad de la elección del Sr. MARCO ANTONIO VARGAS SALAS como alcalde de Elías para el período constitucional especial que termina el 31 de diciembre de 1994.

En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

EXP. - 0924

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL / DEMANDA - Interpretación

Tratándose de la acción pública electoral de carácter popular, que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, en la formulación de la demanda no es dable exigir los mismos tecnicismos jurídicos de las demás que es deber del juzgador examinar su contenido para establecer su verdadero propósito, claro está, teniendo en cuenta los presupuestos formales del art. 137 del C.C.A., pero sin extremarlos hasta el rigorismo, tratando de ubicar los supuestos de hecho en las normas que resulten infringidas.

DEROGATORIA - Efectos

Por el hecho de quedar derogado el Acto Legislativo No. 1 de 1986, ello no implica que también lo están las normas expedidas en desarrollo del mismo, pues ello crearía un vacío normativo de graves proporciones. Solo si las normas legales son derogadas expresa o tácitamente por otras leyes o contradicen la Constitución es que dejan de tener vigencia.

ALCALDE - Inhabilidades / CONCEJAL / EMPLEO DE ELECCION POPULAR

No obstante estar ubicado el art. 179 de la C.N. en el capítulo pertinente a los Congresistas, la prohibición que contiene es expresiva a todos los aspirantes a ser elegidos en los cargos de Gobernadores, disputados, Concejales y Alcaldes para la fecha de la elección del demandado como alcalde este se encontraba inhabilitado al tenor del art. 179 numeral 8 de la Constitución puesto que para esta época conservaba la investidura de concejal del mismo municipio que le había sido conferida en virtud de su

elección en el cargo edilicio para el período 1990-1992. En estas condiciones, el demandado tenía la doble y coincidente condición de Concejal y Alcalde cuando resulto elegido en esta última dignidad.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D. C. ,veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0974. Actor: CARMELO GUZMAN ORTIZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia proferida el 20 de enero de 1993 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

1- El ciudadano Carmelo Guzmán Ortíz, por conducto de apoderado demandó en ejercicio de la acción pública electoral, la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta General de Escrutinio del Municipio de Santa Rosa de Lima, Bolívar, mediante el cual se declaró la elección del señor Adalberto Arroyo Orozco como Alcalde de dicha localidad para el período constitucional 1992-1994.

2- Señala el demandante que de las certificaciones que acompaña se desprende que el mencionado ciudadano, en el momento de inscripción y aceptación de su candidatura no acreditó de manera alguna haber renunciado a su investidura de Concejal y Presidente de la Corporación Edilicia en dicho municipio, donde aparece inscrito para el período 1990-1992.

3- En el concepto de la violación aduce como infringidas las siguientes disposiciones:

El artículo 179 numeral 8 de la Constitución que busca evitar la concentración de poder en manos de una sola persona, y da la oportunidad a todos los ciudadanos de llegar a las dignidades de elección popular.

El Acto Legislativo No. 1 de 1986 que, en su artículo 3o. consagra expresamente que nadie puede ser elegido simultáneamente Alcalde y Congresista o Concejal, y su infracción vicia de nulidad ambas elecciones.

SECCION QUINTA

La Ley 78 de 1986, cuyo artículo 5o. señala como inhabilidad para ser alcalde a quien ostente la calidad de Congresista, Diputado, Concejal o Concejero Intendencial.

El artículo 30 *ibídem* que prevé que si un Congresista, Diputado o Concejal fuere elegido Alcalde, podrá solicitarse, ante el respectivo Tribunal Administrativo, la nulidad de la elección dentro de los 20 días siguientes a la misma.

Advierte que la base esencial de la nulidad del acto acusado. "... radica en la ilegitimidad del aspirante a acceder al primer cargo del (sic) su Municipio por haber incurrido en la violación de las disposiciones citadas anteriormente". (Fl.3).

Invoca además los artículos 8 del Decreto 2241 de 1986 y 29 de la ley 78 de 1986 y en el acápite "COMPETENCIA" los artículos 227, 228 del C.C.A., la ley 78 de 1986 y la ley 96 de 1985.

4- Por medio de apoderado, el señor Adalberto Arroyo Acosta en escrito visible de folios 67 a 72 contestó la demanda, manifestando que la inhabilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política está referida a los Congresistas y que es de tal claridad el alcance de la norma que resulta odioso afirmar que es aplicable a concejales, diputados o en general a cualquier persona que pretenda ser elegida.

Señala que es extraño afirmar que se ha violado el acto legislativo No. 1 de 1986, pues una simple lectura a la Constitución de 1991 habría sido suficiente para darse cuenta que quedó derogado por disponerlo así el artículo 380. En cuanto al artículo 8 del Decreto 2241 de 1968 es norma que nada tiene que ver con el asunto. En cambio si viene al caso el mandato contenido en el artículo lo. del citado decreto que ordena tomar en cuenta para la interpretación y aplicación de las leyes, los principios de la eficacia del voto y de la capacidad electoral, destacando que su representado fue elegido por 2.206 votos mientras que su inmediato seguidor sólo alcanzó 1.146 votos. Agrega que no existe norma expresa que establezca inhabilidad para los Concejales que aspiren a ser elegidos Alcaldes, pues el artículo 312 de la Carta remite a la ley la facultad para determinar las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de estos servidores. ley que aún no se ha dictado. Que son los artículos 311 a 321 de la Constitución los que se refieren al Régimen Municipal y en ellos no se establecen las inhabilidades para Alcaldes, estando vigente, por no ser contrario a la Carta, el articulo 5o. de la ley 78 de 1986 adicionado por el artículo lo. de la ley 49 de 1987 que prescribe que no se encuentran inhabilitadas las personas que en la fecha de la elección de Alcaldes tengan la investidura de diputados, concejales

etc.., con lo cual se puso punto final resolviendo la larga discusión interpretativa que existía sobre este aspecto.

Propuso la excepción de "Inexistencia de la inhabilidad que acusa la demanda", pues de acuerdo con el artículo lo. de la ley 49 de 1987 no hay inhabilidad para que un concejal pueda ser elegido alcalde, y si ello ocurre pierde automáticamente su investidura edilicia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Bolívar falló declarando la nulidad del acto de elección del señor Adalberto Arroyo Orozco como alcalde del municipio de Santa Rosa de Lima y ordenó la cancelación de su credencial. Dispuso también comunicar al señor Gobernador la decisión para los efectos legales pertinentes.

En cuanto a la excepción propuesta, consideró que para resolverla era necesario profundizar en las pretensiones de la demanda, por lo que determinó decidir sobre lo pedido.

Con base en las pruebas allegadas al proceso encontró el *a-quo* que el demandado no renunció a su condición de Concejal antes de la inscripción como candidato a la Alcaldía de Santa Rosa de Lima coincidiendo parcialmente los períodos en el tiempo de acuerdo con el artículo 179 numeral 8 de la Constitución.

Advirtió que la inhabilidad descrita en el literal a) del artículo 5o. de la ley 78 de 1986 desapareció de la vida jurídica cuando fué expedido el parágrafo primero del artículo lo. de la ley 49 de 1987, pero esta norma duró hasta el 7 de julio de 1991 cuando entró en vigencia la nueva Constitución, estableciendo en su articulo 179 numeral 8, la prohibición de ser elegido para más de un cargo o corporación si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente, concluyendo que en el presente caso se da esta situación y conforme lo previene el artículo 228 del C. C.A., es motivo para declarar la nulidad del acto de elección del señor Arroyo Orozco y la cancelación de su credencial.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado del elegido recurrió la sentencia del Tribunal de instancia señalando que en ella se ha expuesto un criterio extensivo desfavorable y odioso, lo cual deberá ser estimado como una interpretación violatoria de los derechos constitucionales no solo de su representado sino de los ciudadanos en general.

SECCION QUINTA

Observa que ante la ambivalencia de algunas normas hay dos interpretaciones, una a favor y otra en contra del juzgado. En este caso debería preferirse la más benévola, en la medida "... en que solo la ley clara ha de obligar al ciudadano que no puede moverse en la sociedad sujeto a las expresiones literales de la ley y a las interpretaciones subjetivas (sic), condicionales y circunstanciales de los intérpretes judiciales, que siendo mucho mitifican la unidad soberana del legislador único..." (Fl.132).

LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

Dentro de la oportunidad para alegar lo hicieron el demandado, mediante nuevo apoderado, y el demandante. El primero para señalar que en la demanda no se invocó por qué causal de las previstas en el artículo 223 del C.C.A se pretendía la nulidad del acto de elección y siendo ésta jurisdicción rogada, el juzgador solo puede pronunciarse sobre lo pedido y en la forma como fue demandado. Además, dice, que los otros fundamentos jurídicos fueron derogados y por tanto no son aplicables.

El segundo señala que la providencia fue apelada "...con el único argumento de dilatar la decisión de la justicia y consecuencialmente el disfrute de la credencial de Alcalde, con los consabidos excesos" (Fl.152).

Señala que el apelante utiliza un aforismo aplicable a los procesos penales pero no a los electorales. Que hay varios Tribunales que se han pronunciado en casos similares cancelando las respectivas credenciales y que el concepto de tener varios cargos y acumular dignidades se acabo, siendo el término "NADIE" utilizado dentro del estatuto de los congresistas suficientemente perentorio.

EL MINISTERIO PUBLICO

A juicio del señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso, las disposiciones del artículo 179 numeral 8 de la Carta y las pruebas que obran en el expediente, son suficientes para confirmar el fallo impugnado.

Explica que el numeral 8 del artículo 179 mencionado es igualmente aplicable a diputados y concejales, y que está probado que el señor ARROYO OROZCO fue elegido Concejal del Municipio de Santa Rosa de Lima para el período 1990-1992, el que no se había completado cuando se inicio el de Alcalde, coincidiendo en el tiempo ambos períodos parcialmente.

CONSIDERACIONES:

Comparte la Sala el criterio del Tribunal de instancia en cuanto a que la excepción propuesta de "inexistencia de la inhabilidad que acusa la demanda" requiere el mismo análisis de las pretensiones formuladas y debe resolverse con éstas, por tanto, nada más se agrega al respecto.

Antes de examinar el cargo, se procede al estudio de las objeciones planteadas por el apoderado del elegido, en cuanto a los fundamentos de derecho de la demanda.

Considera el representante judicial que el actor no explicó por cuál de las causales de nulidad previstas en el código Contencioso Administrativo pretende que se decrete la nulidad que pide, teniendo a su juicio esta omisión graves consecuencias, pues es ésta justicia rogada y no puede el juez pronunciarse más allá de lo pedido. Advierte que la norma "...que debió invocar la demanda era precisamente la que contiene el artículo 228 del C.C.A...." (Fl.143).

Vale recordar que esta Corporación ha sido constante en el sentido de expresar que tratándose de la acción pública electoral de carácter popular, que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, en la formulación de la demanda no es dable exigir los mismos tecnicismos jurídicos de las demás y que es deber del juzgador examinar su contenido para establecer su verdadero propósito, claro está, teniendo en cuenta los presupuestos formales del artículo 137 del C.C.A.; pero sin extremarlos hasta el rigorismo, tratando de ubicar los supuestos de hecho en las normas que resulten infringidas.

En el *libelo* demandatorio se advierte, contra lo que afirma el señor apoderado, que el actor sí invocó, en el acápite denominado "COMPETENCIA" (fls.3 y 4), el artículo 228 del C.C.A., norma que ofrece la posibilidad de demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de la elección hecha en favor de un candidato que "no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para elegirlo por lo que con apoyo en éste fundamento jurídico es que pretende el actor obtener un pronunciamiento sobre lo pedido, careciendo de validez el reparo que se hace a la demanda.

También, el representante judicial pone de presente que el Acto Legislativo No.1 de 1986 (arts. 3 y otros) está completamente derogado, y en eso le asiste la razón por cuanto se trata de una reforma introducida a la Constitución de 1886, la que perdió vigencia cuando entró a regir, el 7 de julio de 1991, la nueva Carta Política.

SECCION QUINTA

En cuanto a que el art. 8 del Decreto 2241 de 1986 está derogado, pues "...su texto literal es el mismo de artículo 32 del ACTO LEGISLATIVO NUMERO 1 de 1986. . ." (fl.146) que perdió vigencia, así como también están derogadas las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987 por ser reglamentarias del citado Acto Legislativo, se hacen las siguientes precisiones:

Las reglas sobre validez y aplicación de las leyes están previstas en los artículos 1 y siguientes de la ley 153 de 1887, las que explican que una disposición legal se estima insubsistente por declaración expresa del legislador, por incompatibilidades con disposiciones especiales posteriores o porque una ley nueva regule íntegramente la materia. Y se desechará como insubsistente toda disposición legal anterior a la Constitución que sea claramente contraria a su letra y espíritu.

En el caso de las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987 están vigentes hasta cuando se dicte otra ley que regule los aspectos en ellas contemplados y en la medida en que no contradigan la Carta Política de 1991. Igual raciocinio cabe hacer respecto del artículo 8 del Decreto 2241 de 1986, que dicho sea de paso, su contenido no puede ser el mismo del artículo 32 del Acto Legislativo No.1 de 1986 por no tener éste sino ocho (8) artículos.

De manera que por el hecho de quedar derogado el Acto Legislativo No.1 de 1986, ello no implica que también lo están las normas expedidas en desarrollo del mismo, pues ello crearía un vacío normativo de graves proporciones. Y se repite, solo si las normas legales son derogadas expresa o tácitamente por otras leyes o contradicen la Constitución, es que dejan de tener vigencia.

Procede, entonces, revisar la sentencia impugnada, con fundamento en el derecho invocado, en los hechos y en el *petitum.*

Es claro que el objeto de este proceso es el de obtener la nulidad del acto de elección de Alcalde de Santa Rosa de Lima para el período constitucional 1992-1994, recaído en la persona de Adalberto Arroyo Orozco.

La imputación se contrae a que el mencionado ciudadano estaba inhabilitado para ser elegido en esa dignidad, porque cuando lo fue, mantenía su condición de concejal, como que había sido electo en el mismo municipio para el período 1990-1992, y los períodos de ambos cargos coincidían en el tiempo parcialmente.

El art. 179 numeral 8 de la Constitución Política, que el demandante estima quebrantado, dispone lo siguiente:

"Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente".

El tenor literal y claro espíritu del citado precepto, no ofrece dificultad en su interpretación, que señala el criterio a seguir en relación con el sentido de la palabra, "nadie". Esta Sección Quinta ha expresado en varias oportunidades que no obstante estar ubicada la norma constitucional en el capítulo pertinentes los congresistas, la prohibición que contiene es extensiva a todos los aspirantes a ser elegidos en los cargos de Gobernadores, Diputados, Concejales y Alcaldes.

Establecido que el artículo 179, numeral 8 de la Carta tiene aplicación en el *sub-lite*, corresponde determinar si fue quebrantado con el acto de elección del señor Adalberto Arroyo Orozco como Alcalde de la municipalidad de Santa Rosa de Lima en el Departamento de Bolívar.

En el expediente están demostrados los siguientes hechos:

1- En el libro de Estadísticas de Concejales de Bolívar en el año 1990, aparece el nombre de Adalberto Arroyo Orozco como Concejal del Municipio de Santa Rosa de Lima, según lo hacen constar los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en documento expedido el 19 de marzo de 1992, visible al folio 8.

2- El señor Adalberto Arroyo Orozco al inscribir su candidatura como ALCALDE MUNICIPAL, no presentó en la Registraduría Municipal del Estado Civil de Santa Rosa de Lima, Bolívar, resolución o renuncia de su investidura como CONCEJAL MUNICIPAL, conforme a la certificación del señor Registrador de fecha 31 de marzo de 1992 expedida en tal sentido (fl.7).

3- El demandado fue declarado electo Alcalde del Municipio de Santa Rosa de Lima, para el período 1992-1994 el 12 de marzo de 1992 (fl.55).

Lo anterior, deja ver claramente que el 8 de marzo de 1992, fecha de la elección de Alcalde del municipio de Santa Rosa de Lima, el señor Adalberto Arroyo Orozco se encontraba inhabilitado al tenor del artículo 179 numeral 8 de la Constitución, puesto que para esa época conservaba la investidura de Concejal del mismo municipio que le había sido conferida en virtud de su elección en el cargo edilicio para e período 1990-1992.

En estas condiciones, el demandado tenía la doble y coincidente condición de Concejal y Alcalde cuando resultó elegido en esta última dignidad, y como lo anota el *a-quo,* el período de los concejales terminaba el 31 de julio de 1992

(Art.85 Decreto 1333 de 1986) y el de Alcalde comenzaba el lo. de junio del mismo año (Art. lo. Ley 78 de 1986) configurándose la violación del artículo 179 numeral 8 de la Carta y dando lugar a la prosperidad de la imputación hecha en la demanda.

Con respecto a las demás disposiciones que estima el actor infringidas, se observa lo siguiente:

El articulo 8o. del Decreto 2241 de 1986 contempla inhabilidades para ser elegido congresista o diputado que no es asunto que se esté discutiendo en el *sub-lite* y por tanto no resulta pertinente su invocación.

El artículo 3o. del Acto Legislativo No.1 de 1986, como ya quedó explicado atrás, perdió vigencia por virtud de ordenar el artículo 380 de la nueva Carta Política la derogatoria de la anterior con todas sus reformas, por lo que no puede tenerse en cuenta para efectos de su violación.

Los artículos 29 y 30 de la ley 78 de 1986 está referidos a la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer en primera instancia sobre las demandas de nulidad de Alcaldes, y al término de caducidad de la acción conforme a las normas que rigen los procesos electorales, presupuestos que se cumplen en el presente caso.

Y el artículo 5o. de la ley 78 de 1986 consagra en su literal a) la prohibición de ser elegido simultáneamente alcalde y congresista o diputado, concejal, concejero INTENDENCIAL o comisarial, se señala que fué adicionado mediante el art. 1o. de la ley 49 de 1987 con el parágrafo primero según el cual,

> "Para efectos de la aplicación del literal a) del presente artículo, no sé encuentran inhabilitadas las personas que a la fecha de la elección de alcaldes tengan la investidura de diputados, concejeros intendenciales o comisariales o concejales, sean ellas principales o suplentes.
>
> Quien teniendo tal investidura resultara elegido alcalde, perderá automáticamente aquella a partir de la fecha de su elección como alcalde".

Esta disposición no está en consonancia con la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del articulo 179 de la Constitución Política, por lo que siendo contraria a su letra y espíritu es insubsistente, conforme al artículo 9o. de ley 153 de 1887.

Con las consideraciones que se han hecho, se confirmará la sentencia impugnada.

En mérito de la 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,

F A L L A

Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida el 20 de enero de 1992 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual decreto la nulidad del acto de elección del señor Adalberto Arroyo Orozco.

Reconócese PERSONERÍA al doctor José Ignacio Vives Echeverría con tarjeta profesional No. 5.696 del Ministerio de Justicia para actuar a nombre del señor Adalberto Arroyo Orozco en los términos y para los efectos del poder conferido. Con la constitución de nuevo apoderado se entiende revocado el poder al doctor Ricardo A. Morales Cano. (Art. 69 C. de P.C.).

En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Efectos / CREDENCIAL - Cancelación

El artículo 228 del C.C.A. dispone que "cuando un candidato no reúne las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido podrá pedirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial" en este caso la declaratoria de nulidad acarrearía como consecuencia la orden de cancelación de las credenciales que acreditaban a los elegidos su calidad de tales.

CONCEJAL / NULIDAD ELECTORAL / VACANTE

El articulo 261 de la Constitución Nacional, señala la forma de ocupar las vacancias absolutas; y como también suprimió la institución del suplente en las corporaciones públicas, el artículo 226 de C.C.A. perdió su vigencia, en la medida en que dispone que "cuando se declare la nulidad de la elección de un principal que encabezó una lista... se llamará ocupar el cargo al primer suplente de la lista.

CONCEJAL - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL

A la fecha de la elección, y aun después de ella, los concejales demandados ejercían la funciones correspondientes a empleados oficiales del régimen especial docente y por lo tanto, estaban incursos en la causal de inhabilidad prevista en el art. 83 del Decreto 1333 de 1986, en cuanto dispone que no podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección hubieren sido empleados oficiales.

EXP. -0978

SERVIDOR PUBLICO / PARTICIPACION EN POLITICA / PERSONAL DOCENTE / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal / ELECCION CONCEJAL - Régimen Aplicable

El art. 127 de la C.N., si bien es cierto, admite la participación en actividades y controversias políticas de algunos empleados al servicio del Estado, dentro de los cuales podrían estar los docentes, también lo es que la autorización en él contenida no es absoluta, ya que el propio texto condiciona el ejercicio de tales actividades y controversias a lo que señale la ley que habrá de reglamentarlas, en consecuencia y hasta que ello no ocurra, se seguirán aplicando las normas vigentes, que como el art. 83 del Decreto 1333 de 1986 no contraría la Carta Fundamental, al señalar cuales son las causales de inelegibilidad de los Concejales Municipales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0978. Actor: JOSE NICOLAS DUQUE OSSA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el señor Procurador 32 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fls.61-63 cdo. ppal), contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

1.- En calidad de Personera del Municipio de Don Matías -Departamento de Antioquia-, la doctora Beatríz Helena Posada Escobar demandó la nulidad de la elección de los señores Amparo Ramírez Correa y Luis Alfredo Molina Lopera como Concejales de la localidad mencionada, al igual que la cancelación de sus respectivas credenciales.

La demandante considera que la elección impugnada es violatoria de los artículos 127 y 312 de la Carta Política, la condición de docentes oficiales que ostentaban los elegidos.

Como fundamentos de la acción, invocó los artículos lo. del Decreto 2400 de 1968, 227 y s.s. del Decreto 01 de 1984 y la Ley 96 de 1985.

2.- Por su parte, el ciudadano José Nicolás Duque Ossa demandó, del mismo Tribunal, la nulidad de la lista No. 06 correspondiente al Movimiento del Magisterio, cuyos integrantes se inscribieron en calidad de candidatos al Concejo Municipal de Don Matías para el período comprendido entre los años 1992 y 1994. Consecuencialmente, solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo del 10 de marzo de 1992, mediante el cual la Comisión Escrutadora del Municipio mencionado declaró electa como Concejal a la señora Amparo Ramírez Correa, integrante del movimiento mencionado. Igualmente solicitó la exclusión del cómputo general de los votos contenidos en el acto acusado, respecto de la declaratoria de elección de la señora Ramírez Correa y la cancelación de la respectiva credencial. Para llenar la vacante que aquella dejara, solicitó se llamara al señor Wilmar Fernando Botero Ramírez.

Como disposición transgredida el actor señaló el artículo 83 del C. R.M., en razón de que la elegida ostentaba la calidad de empleada oficial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3o. del Decreto 2277 de 1979 y por lo tanto era inelegible, como lo eran todos los integrantes de la lista No.06 referida (fls.5-9 cdo. ppal.).

3.- La demandada solicitó la cancelación del proceso y para el efecto anexó una petición relacionada con una acción disciplinaria a causa de participación en política (fls.17-29 cdo.ppal).

4.- El *a-quo* encontró que podían acumularse ambos procesos y a ello procedió mediante auto calendado el 31 de julio de 1992 (fls. 45- 47 cdo. ppal).

5.- Cumplido el trámite que para la primera instancia señalan los artículos 232 y siguientes del C.C.A., el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia de mérito aduciendo para el efecto las consideraciones que a continuación se resumen (fls. 54-59 cdo. ppal.).

EL FALLO APELADO

En opinión del Tribunal, de las certificaciones que obran a folios 42 del expediente No. 920.415 y 25 del expediente No. 920.298, se desprende que Amparo Ramírez Correa y Luis Alfredo Molina Lopera venían prestando sus servicios al Departamento de Antioquia en calidad de educadores, la primera, desde el 14 de mayo de 1966; y el segundo desde el 11 de mayo de 1979, de lo cual infiere que estaban inhabilitados para ser elegidos concejales del municipio de Don Matías, pues conforme lo prevé el artículo 3o. del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental o municipal son empleados oficiales de régimen especial y por consiguiente, para ser elegidos válidamente era necesario que se hubieran

desvinculado del servicio con seis meses de anterioridad a la elección, según lo establecen los artículos 83 del Decreto 1333 de 1986 y lo. de la Ley 45 de 1989.

Sostuvo el *a-quo*, que el artículo 127 de la Carta Fundamental prohibe en forma expresa a los empleados que ejercen jurisdicción, autoridad civil o política y aquellos que desempeñen cargos de dirección administrativa, judicial, electoral o de control, su participación en actividades partidistas o políticas, en tanto que para los demás empleados es un aspecto que debe ser definido por la ley, de ahí, y a pesar del nuevo texto constitucional, mientras subsista la inhabilidad prevista en los artículos 83 del C.R.M. y lo. de la Ley 45 de 1989 no puede ser elegido válidamente Concejal, quien ostente la calidad de empleado público, dentro de los seis meses anteriores a su elección, tal como ocurre en este caso.

3.- En cuanto hace a la pretensión relacionada con la nulidad de la lista No. 06, manifestó que debía negarse, toda vez que lo impugnable era el acto administrativo de inscripción de lista y no esta última, observando además que dicho acto no se acompañó a la demanda y además, el término de caducidad debía computarse a partir de la inscripción de la misma.

4.- Tampoco consideró procedente excluir del cómputo general, los votos depositados por los señores Amparo Ramírez Correa y Luis Alfredo Lopera, ni la cancelación de sus respectivas credenciales, ni que se llamara para llenar la vacante al señor Wilmar Fernando Botero Ramírez, pues, en opinión del *a-quo*, de conformidad con el artículo 226 del C.C.A., esas consecuencias no se desprenden de la declaratoria de nulidad.

En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Antioquía declaró la nulidad de la elección como Concejales del Municipio de Don Matías, para el período 1992-1995 (sic) de la señora Amparo Ramírez Correa y del señor Luis Alfredo Molina Lopera y negó las demás pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

1.- Considera el Agente del Ministerio Público en la primera instancia que el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 riñe con el 127 de la Carta Fundamental y por lo tanto debe aplicarse esté último (art. 4 C.C.), que a su vez permite a quienes se desempeñen como docentes la participación en actividades políticas, "en las condiciones que señale la ley". En opinión del apelante, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, los docentes no están inhabilitados para participar en las actividades mencionadas, salvo que su cargo sea de dirección administrativa, agrega, que no constituye argumento la afirmación de que la ley no ha reglamentado la participación de los docentes en la actividad en

mención, pues con esa interpretación se le coarta un derecho que nace de la Carta Política y si el órgano legislativo no ha desarrollado la norma superior no implica que el derecho haya desaparecido, además, cuando se reglamente su actividad deberá encaminarse a hacerlo efectivo, nunca a impedir su ejercicio.

2.- Manifiesta el recurrente que también apela, porque no comparte el concepto emitido por el Procurador Judicial que le antecedió en su cargo (fls. 61-63 cdo. ppal).

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Para el señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E), la sentencia debe ser confirmada, pues en su sentir, la puesta en vigencia de la nueva Constitución no deroga toda la legislación precedente, sino sólo aquellas normas que no se acomoden a su espíritu.

En materia electoral, dice el Procurador, se persigue, entre otras finalidades, garantizar el libre ejercicio del sufragio, eliminando una serie de vicios y prácticas engañosas que durante años han alterado el querer de los electores.

Los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 127 de la Carta, están orientados hacia esa finalidad; y los artículos 83 del Decreto 1333 de 1986 y lo. de la Ley 45 de 1989 no la contradicen cuando disponen que no podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección hayan sido empleados oficiales. Estas disposiciones están orientadas hacia los mismos fines y propósitos concebidos en la Constitución y, por lo tanto, no perdieron vigencia y se acomodan al espíritu de la Carta actual. En consecuencia, si los señores Luis Alfredo Molina Lopera y Amparo Ramírez Correa se desempeñaron como empleados oficiales dentro de los seis meses anteriores a su elección, ésta es nula.

C O N S I D E R A C I O N E S

Contra lo que cree el apelante, el hecho de que el artículo 380 de la Carta Política disponga que su vigencia comienza a partir de su promulgación, no significa que la totalidad de sus disposiciones puedan ser aplicadas de inmediato e inexorablemente, pues ellas tienen características propias que eventualmente pueden permitir, condicionar o diferir su aplicación. Al respecto, el Constitucionalista doctor Luis Carlos Sáchica expresa:

"En concreto, han de distinguirse tres casos: el de las normas de efecto directo, inmediato y pleno, que no requieren desarrollo posterior alguno por su carácter

absoluto, diáfano y completo; el de las normas con efecto condicionado por ellas mismas mediante la referencia expresa a su posterior desarrollo legal que posterga su vigencia hasta la expedición del reglamento que las perfecciona y el de las normas de efecto indirecto, más no condicional, pues aunque no exigen desarrollo legal por ser perfecta y acabada su enunciación es indubitable su obligatoriedad, sólo producen efecto al dárseles aplicación en actos particulares" (se subraya) (Nuevo Constitucionalismo Colombiano, págs.105-106, autor citado).

La parte pertinente del artículo 127 de la Constitución Nacional cuya aplicación reclama el apelante, es del siguiente tenor:

"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 políticos y en las controversias, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichos actividades y controversias en las condiciones que señale la ley". (se subraya).

La disposición transcrita constituye un ejemplo de las que el tratadista citado refiere como "normas con efecto condicionado por ellas mismas mediante la referencia expresa a su posterior desarrollo legal que posterga su vigencia hasta la expedición del reglamento que las perfecciona". En relación con el aludido artículo 127 de la Constitución Nacional, esta Sala ha reiterado que si bien es cierto, dicho precepto admite la participación en actividades y controversias políticas de algunos empleados al servicio del estado, dentro de los cuales podrían estar los docentes, también lo es que la autorización en él contenida no es absoluta, ya que el propio texto condiciona el ejercicio de tales actividades y controversias a lo que señale la ley que habrá de reglamentarlas, en consecuencia y hasta que ello no ocurra, se seguirán aplicando las normas vigentes, que como el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 no contraría la Carta Fundamental, al señalar cuales son las causases de inelegibilidad de los Concejales Municipales.

La norma legal mencionada expresa:

"Artículo 83. Los miembros de los Concejos se denominan 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 excluídos 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" (se subraya).

En el presente caso está demostrado que los señores Amparo Ramírez Correa y Luis Alfredo Molina Lopera, fueron elegidos concejales del Municipio de Don Matías Departamento de Antioquia), para el período 1992-1994 en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992 (fls. 104 cdo. ppal).. Ahora bien, en respuesta a la solicitud del *a-quo*, en relación con la vinculación como docente de Amparo Ramírez y otros, la Jefe de la Sección de Registro y Control del Departamento de Antioquía informó que la señora Ramírez Correa se hallaba vinculada a ese departamento desde el 14 de mayo de 1966 y que para el 8 de julio de 1992 laboraba en el *idem* de Don Matías (fl.42 cdo. ppal.). Por su parte, la Jefe de Pensiones y certificados informó que el señor Luis Alfredo Molina Lopera se encontraba vinculado al departamento mencionado, desde el 11 de mayo de 1979 y, para el 3 de abril de 1992 se desempeñaba en el Liceo Alfredo Cok de Medellín (fl. 25 cdo No.1), ello quiere decir que a la fecha de la elección, y aún después de ella, los Concejales mencionados ejercían las funciones correspondientes a empleados oficiales del régimen especial docente (art. 3 Decreto 2277 de 1979) y por lo tanto, estaban incursos en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, en cuanto dispone que no podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de su elección hubieren sido empleados oficiales. Así las cosas, asistió la razón al Tribunal de primera instancia en su decisión de anular las elecciones impugnadas.

El artículo 228 del C.C.A. dispone que "Cuando un candidato no reúne las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial". Conforme con esta disposición y contra lo que sostuvo el Tribunal, en este caso, la declaratoria de nulidad, en caso de haberse accedido a ella, acarrearía como consecuencia la orden de cancelación de las credenciales que acreditaban a los elegidos su calidad de tales.

Cabe anotar, además, que el artículo 261 de la Constitución Nacional, señala la forma de ocupar las vacancias absolutas; y como también suprimió la institución del suplente en las corporaciones públicas, el artículo 226 del C.C.A. citado en la sentencia, por este último aspecto, perdió su vigencia, en la medida que dispone que "Cuando se declare la nulidad de la elección de un principal

que encabezó una lista, por las causas señaladas en el inciso anterior, se llamará a ocupar el cargo al primer suplente de la lista.

Por las anteriores razones, habrá de modificarse el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría y parcialmente de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- Confírmanse los numerales primero y tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía el 3 de noviembre de 1992.

2o.- Modifícase el numeral segundo de la misma providencia y, en su lugar se dispone:

Cancélense las credenciales que acreditan a los señores Amparo Ramírez Correa y Luis Alfredo Molina Lopera su calidad de Concejales del Municipio de Don Matías.

3o.- Dése cumplimiento al artículo 261 de la Constitución Nacional.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavo Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO - Ejecutoria

Los actos administrativos que en el presente caso constituyen el título ejecutivo, son obligatorios pues no existe prueba en el expediente de haberse dado alguno de los eventos previstos en el art. 66 del C.C.A., por suspensión provisional, cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho, cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme la administración no ha realizado los actos necesarios para su ejecución, cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto, o cuando pierdan su vigencia.

PROCESO EJECUTIVO - Régimen Aplicable / JURISDICCION COACTIVA / TITULO EJECUTIVO / EXCEPCIONES

En la tramitación de excepciones en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se aplican las disposiciones relativas al juicio ejecutivo previstas en el Código de Procedimiento Civil por expresa remisión del art. 252 del C.C.A., por manera que la preceptiva legal aplicable es el art. 509 del C. de P.C., que en relación con la excepción de mérito enuncia las únicas susceptibles de aducirse en esta clase de juicios, como son: las de "pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, pero siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del art. 140, y de la pérdida de la cosa debida .... ".

EXP. - 0288

TITULO EJECUTIVO / EXCEPCION DE PRESCRIPCION - Improcedencia

La exigibilidad de las obligaciones fiscales no se produce al momento de su causación, sino cuando queda en firme el acto de reconocimiento generador del título que puede servir de fundamento a la ejecución. De suerte que la exigibilidad de la obligación nace a partir del momento de la ejecutoria del acto que la contiene y conforme al art. 2535 del C.C. es esa la oportunidad para contar el termino de prescripción de la acción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0288, Actor: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA C/ JOIMER ENRIQUE OREJUELA Y/O COMPAÑIA DE SEGUROS COLSEGUROS.

Se resuelven las exoepciones de mérito propuestas por el apoderado del señor Joimer Enrique Orejuela Ramírez contra el auto de mandamiento de pago dictado el 7 de junio de 1988 por el Juzgado Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

La Contraloría Departamental del Valle del Cauca, División de Fenecimientos, Fianzas y Finiquitos, mediante avisos de observaciones Nos. 02423, 02424, 02425, 02426, 02427, 02428, 02429, 02430, 02431, 02432, 02433, 02434, 02435, 02436, 02437, 02438, 02439, 02440 y 02441 de fechas enero 19, 20, 21, 29 y febrero 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 10 de 1981 (fls. 1 a 57), dedujo alcances por la suma de $16.871.561.917 contra el señor Joimer Enrique Orejuela, en su condición de Recaudador de Rentas del municipio de Florida, Valle y su fiador la Compañía de Seguros Colseguros según fenecimiento No. 0008 de 23 de marzo de 1984 confirmado mediante proveído de mayo 2 de 1986 (fls. 61 y 65).

El Juzgado Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento del Valle del Cauca, con fundamento en el referido auto libró mandamiento de pago por vía de jurisdicción coactiva el 7 de junio de 1988 en favor de la Recaudación de Rentas Departamentales de Florida y en contra de Joimer

Enrique Orejuela por la cantidad de $16.871.561.27, más los intereses a la rata del 12% anual a partir de la exigibilidad de dichos alcances, y costas. (fl.77).

El proveído anterior fué notificado personalmente al ejecutado señor Joimer Enrique Orejuela, el 1o. de octubre de 1992 (fl.98).

Por conducto de apoderado, el deudor propuso las excepciones que denominó: de "ausencia de los requisitos legales para que las obligaciones que se cobran presenten mérito ejecutivo", de "Perdida de Ejecutoria" y, "Todo hecho que resulte probado en virtud del cual las leyes desconocen la aplicación o la existencia de la aplicación o declarar extinguida si alguna vez existió, lo que sustentó en memorial visible de folios 101 a 109, en los siguientes términos:

En relación con la pretendida ausencia de los requisitos legales para que las obligaciones que se cobran presten mérito ejecutivo, explica el memorialista que su mandante rindió las cuentas respectivas a la Contraloría Departamental del Valle del Cauca tal como lo ordena el artículo 581 del Código Fiscal, norma que señala de un lapso de seis meses contados a partir de la fecha de recibo de la cuenta respectiva, para hacer efectivas las obligaciones, y según afirma, todos los avisos de observaciones fueron realizados con posterioridad a dicho plazo.

Advierte que el auto de fenecimiento, no fué notificado en legal forma a su mandante y por tanto en ningún momento quedó legalmente ejecutoriado. En estas condiciones, los títulos ejecutivos allegados como base del recaudo no reúnen los requisitos del artículo 68 del C.C.A., y no prestando mérito ejecutivo no podía librarse mandamiento de pago en contra de su representado, como así debe declararse en su oportunidad.

Con respecto a la excepción de pérdida de ejecutoria, sostiene que la División de Fenecimiento y Finanzas y Finiquitos de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, al proferir el auto No. 008 respecto de las cuentas rendidas por el señor Joimer Enrique Orejuela, con base en los avisos de observaciones, lo hizo en forma extemporánea, por fuera del término previsto en el artículo 586 del Código Fiscal del Valle y, por tanto, conforme al artículo 587 del mismo Estatuto la responsabilidad del cuentadante cesó. Además " ....de que en ningún momento ese acto, ha quedado legalmente ejecutoriado por falta de notificación, por lo que no tiene fuerza de ejecutoria, no siendo por lo tanto, exigibles las obligaciones que se cobran". (Fl.105)

Agrega que al proferirse por fuera del término los avisos de observaciones, tales obligaciones tienen más de cinco años de haberse examinado y en

consecuencia, han perdido su fuerza ejecutoria, tal como lo radica el artículo 66 del C.C.A.

Y en cuanto al último medio exceptivo que alega, lo fundamenta en el hecho de que si el fallador encuentra probada cualquier excepción, aunque no se halla propuesto, la declarará de oficio "...confirme al artículo 164 del C.C.A., aún la prescripción tal como lo permite el Decreto 624 de 1987, Art. 587" (Fl.107).

CONSIDERACIONES

En relación con la excepción propuesta de ausencia de los requisitos legales para que las obligaciones que se cobran presten mérito ejecutivo, encuentra la Sala que el auto proferido el 23 de marzo de 1984 por la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, División de Fenecimientos y Finiquitos, fue notificado personalmente al señor Joimer Enrique Orejuela y a su fiador, la Compañía de Seguros Colseguros, el 9 de mayo de 1985, según constancia que aparece al folio 62. Contra dicho acto procedía el recurso de reposición que no se utilizó, y en su defecto la consulta ante el señor Contralor, quien lo confirmó mediante proveído de mayo 2 de 1986 (fl.65), siendo notificado en forma personal a la Compañía Aseguradora, (fl.66), declarándose el 4 de noviembre de 1987 la ejecutoria del auto de fenecimiento con alcance No. 008 del 23 de marzo de 1984 (fl.70), alcanzando firmeza y agotándose de esta manera la vía gubernativa, por lo que los alcances deducidos como obligación fiscal solidaria a cargo del señor Joimer Enrique Orejuela y su fiador, la compañía de Seguros Colseguros, es de imperativo pago, que al no haberse satisfecho oportunamente dió lugar a perseguir un cobro por la vía coactiva, librándose al efecto mandamiento de pago el 7 de junio de 1988 el que fué notificado personalmente al deudor el 1o. de octubre de 1992 (fl.98).

Los demás argumentos expuestos por el señor apoderado en torno a la rendición de cuentas de su mandante que produjo los avisos de observaciones respectivos, son circunstancias que era procedente y oportuno alegar en la vía gubernativa pero dentro del proceso ejecutivo, como equivocadamente pretende el excepcionante. Otra cosa es que el interesado resuelva discutir la legalidad de tales actos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente tienen plena eficacia legal y obligatoriedad.

En consecuencia no prospera esta excepción:

Con respecto al otro medio exceptivo de pérdida de ejecutoria se señala que los actos administrativos que en el presente caso constituyen el título ejecutivo,

son obligatorios pues no existe prueba en el expediente de haberse dado alguno de los eventos previstos en el artículo 66 del C.C.A. por suspensión provisional, cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho, cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme la administración no ha realizado los actos necesarios para su ejecución, cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto, o cuando pierdan su vigencia.

Las demás razones que aduce el memorialista en relación con la falta de mérito ejecutivo de la obligación, ya se ha explicado ampliamente que sí cumple esta condición, sin que sea necesario hacer más disquisiciones al respecto. En consecuencia esta excepción tampoco prospera.

En cuanto a la excepción que denomina "Todo hecho que resulte probado en virtud del cual las leyes desconocen la aplicación o la existencia de la aplicación (sic) o declarar extinguida sí alguna vez existió", es menester observar que en la tramitación de excepciones en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se aplican las disposiciones. relativas al juicio ejecutivo previstas en el Código de Procedimiento Civil, por expresa remisión del artículo 252 del C.C.A..

Por manera que la preceptiva legal aplicable es el artículo 509 del citado Código de Procedimiento Civil, que en relación con las excepciones de mérito enuncia las únicas susceptibles de aducirse en esta clase de juicios, como son: las de "pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, pero siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida ... ", y en ninguna de ellas encaja la que aquí se alega, por tanto es improcedente.

Como el memorialista menciona tangencialmente la excepción de prescripción, sin aducir razón alguna, a manera de ilustración se señala que la exigibilidad de las obligaciones fiscales no se produce al momento de su causación, sino cuando queda en firme el acto de reconocimiento del título que puede servir de fundamento a la ejecución.

De suerte que la exigibilidad de la obligación nace a partir del momento de la ejecutoria del acto que la contiene, y conforme al artículo 2535 del Código Civil es esa la oportunidad para contar el término de prescripción de la acción.

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.- Decláranse no probadas las excepciones de "ausencia de los requisitos legales para que las obligaciones que se cobran presten mérito ejecutivo" y de "pérdida de ejecutoria" .

2.- Deniégase por improcedente la excepción de "Todo hecho que resulte probado en virtud del cual las leyes desconocen la aplicación o la existencia de la aplicación o declarar extinguida si alguna vez existió".

3.- Continúe la ejecución.

4.- Condénese en costas a la parte excepcionante, las que se liquidarán de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

5.- En firme esta providencia, devuelvan el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velázquez, Presidente, (ausente con excusa)*; Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO - Ejecutoria / NOTIFICACION PERSONAL

No quedó certeza alguna de haberse cumplido las exigencias que señala la ley para la notificación personal del acto al interesado, antes de proceder la Administración a notificarlo por edicto. En estas condiciones. siendo que el art. 48 del C.C.A. determine que sin el lleno de los requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni surtirá efectos legales, el acto administrativo carece de ejecutoriedad y es obvio que no presta mérito ejecutivo (art. 68 C.C.A.) por lo que no podía librarse mandamiento de pago con fundamento en el mismo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0289., Actor: D.C. DE SANTAFE DE BOGOTA C/ GRATAMIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES S.A.

Procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación subsidiario al de reposición que no prosperó, interpuesto por la apoderada de la sociedad Gratamira Inversiones y Construcciones S.A. contra el auto de mandamiento de pago proferido por el Juzgado Primero Distrital de Ejecuciones Fiscales el 29 de octubre de 1990.

ANTECEDENTES:

La resolución No. 0038 de 19 de julio de 1990, por medio de la cual la Tesorería de Bogotá, D.E. reconoce y ordena pagar al Distrito Especial de Bogotá la suma de $5.780.946 por concepto de mora en el pago del impuesto de industria y comercio, avisos y liquidaciones oficiales si las hubiere mas los intereses que se causen hasta la cancelación de la obligación, por los años gravables 1983 a 1988 (Fls. 4 y 5 cuaderno 2). constituye el título ejecutivo con base en el cual el Juzgado Primero Distrital de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago el 29 de octubre de 1990 a favor de la Tesorería Distrital y en contra de la sociedad Gratamira Inversiones y Construcciones S.A. con NIT 860.044.868, en la cuantía indicada más las costas del proceso. (Fl.487 cuaderno 2).

El auto anterior fue notificado personalmente al liquidador de la sociedad ejecutada el 16 de septiembre de 1992. (Fl.328 cuaderno 2)

Por conducto de apoderada, la sociedad ejecutada interpuso oportunamente el recurso de reposición contra el auto anterior, en memorial visible de folios 1 a 36. En subsidio apeló.

Solicita se revoque la orden de pago, toda vez que, a su juicio, el título no presta mérito ejecutivo, pues la obligación en él contenida carece de los requisitos de claridad, expresividad y exigibilidad. Señala que en cumplimiento de sus obligaciones tributarios ha presentado anualmente sus declaraciones de industria y comercio desde la iniciación de sus actividades gravables, explicando que se incluyeron los valores correspondientes al uno por mil adicional al impuesto de industria y comercio denominado "parágrafo transitorio" para cada uno de los años 1984, 1985 y 1986. Que este porcentaje adicional de impuesto fue creado al expedirse los Acuerdos de Presupuesto para las vigencias de 1985, 1986 y 1987, los que tienen vigencia limitada al año fiscal y a la fecha se encuentran expirados, además de haber sido suspendidos y anulados por la jurisdicción contenciosa administrativa los artículos que consagran dicho porcentaje adicional de impuesto. Que en razón de la difícil y precaria situación de la compañía, determinante de su disolución y posterior liquidación, cuyo trámite se encuentra en curso, el valor de las liquidaciones privadas de los impuestos de industria y comercio, incluído el del parágrafo transitorio, correspondientes a los años 1983 y siguientes, no fue cancelado.

Que con el producto de la venta de activos fijos, la sociedad pretendió cancelar sus pasivos, entre ellos el gravámen de que se trata, a fin de quedar a paz y salvo con el fisco distrital, como así lo manifestó, tanto a la Dirección de Impuestos como a la Tesorería Distrital. Explica todo el procedimiento sufrido

por las solicitudes a través de las cuales "... se ofreció siempre el pago de los años que no se discutían y se reconocían deben..." (Fl.7).

Señala que la Resolución No. 1138 invocada como título ejecutivo fué notificada por edicto sin haberse efectuado y agotado todas las diligencias para la notificación personal de la misma, ".... por cuanto la citación número 0345 enviada el 23 de julio de 1970 para notificarla personalmente fué enviada a la carrera 7a. No. 34-61, dirección de la que GRATAMIRA se había trasladado, lo que se informó en la declaración No. 307360 presentada el 11 de mayo de 1990 anexa a este escrito. De manera que a la fecha de la resolución 1138 de julio 19 de 1990 la administración era ya conocedora de la nueva dirección para citaciones. Además obra en el expediente folio 16, comunicación de Telecom devolviendo telegrama enviado a la dirección citada por la razón: el destinatario se trasladó y así lo informó también el citador de la Tesorería como consta en el expediente". (Fl.7).

Sostiene además, que la resolución No. 1138 mencionada, se refiere al cobro del impuesto de industria y comercio por los años gravables 1983-1988, desconociéndose si se cobran seis años o dos, y el mandamiento de pago señala que es el año 1983 a la fecha de la solicitud de pago.

Considera que hay ausencia de mérito ejecutivo, puesto que la obligación contenida en la resolución No. 1138 de julio 19 de 1990 no es clara sino ambigua, oscura y dudosa, como se desprende fácilmente de su texto, ya que en su primer considerando se anota que Gratamira ha sido requerida sin que haya cancelado el monto adeudado, hecho que no está acreditado, y que en el estado de cuenta se registra la mora en el pago del citado impuesto sin explicar cuál es ese estado de cuenta, quién lo profiere o qué fecha tiene. También advierte que en la mencionada resolución se reconoce y ordena pagar una suma de dinero por concepto de mora en el pago de los impuestos de industria y comercio más los intereses, lo que constituye un desacierto, toda vez que es ilegal el cobro de intereses sobre intereses. Además se ordena pagar las liquidaciones oficiales si las hubiere, y en el caso de la sociedad no ha habido liquidaciones oficiales que modifiquen sus liquidaciones privadas por los años 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988 y 1989, las cuales han quedado en firme por el transcurso de dos años a partir de su presentación. Tampoco hay claridad respecto a los años gravables, pues no se sabe si se refiere a dos o seis años, amén de que contiene una acumulación irregular de deudas fiscales al reunir en un solo acto deudas prescritas y no prescritas.

Estima que la obligación que consta en el título ejecutivo invocado en el presente proceso no está delimitada, ya que se ignora a cuántos años corresponde el cobro. Tampoco se indica una suma correspondiente a capital ni desde

cuándo se liquidan los intereses de mora, aspecto que atañe a la exigibilidad de cada una de las obligaciones, las que son independientes, pues ocurrieron en momentos diferentes. Por tanto el requisito de que la obligación debe ser expresa tampoco se cumple en la Resolución No. 1138 de julio 19 de 1990.

Manifiesta que la obligación tributaria del impuesto de industria, comercio y avisos por los años gravables de 1983, 1984, 1985 y parte de 1986, lo mismo que la obligación relativa a la sobretasa del uno por mil para el año gravable de 1984, que figura en el renglón 45 de la declaración presentada el 30 de abril de 1985, que anexa como prueba, no cumplen el requisito de ser "actualmente exigibles", por hallarse extinguidas.

Señala que la competencia de la Tesorería para el cobro de la deuda del parágrafo transitorio para 1984, liquidada en la declaración No. 110527 presentada el 30 de abril de 1985 (renglón 45) se agotó por el fenómeno de la extinción del acto administrativo o pérdida de vigencia. Advierte que la exigibilidad de la obligación tributaria correspondiente a los años 1983 y 1984 se encuentra prescrita en los términos del art. 95 del Acuerdo 21 de 1983, y a la fecha de notificación del mandamiento de pago ha prescrito igualmente la de los años 1985 y 1986.

Argumenta de nuevo la falta de firmeza de la resolución No. 1138 de julio 19 de 1990, por cuanto fue notificada por edicto, sin haber agotado previamente el trámite que contempla el artículo 44 del C.C.A. para hacer la notificación personal y por tanto, no ha obtenido la firmeza necesaria para la ejecución en contra de la voluntad del interesado.

Por todo lo anterior solicita se revoque en todas sus partes el auto de octubre 29 de 1990, se declare la prescripción de la acción de cobro por los años gravables 1983, 1984, 1985 y las dos primeras cuotas del año gravable de 1986 y, como consecuencia, se ordene el levantamiento de medidas cautelares.

El Juzgado Primero Distrital de Ejecuciones Fiscales en proveído del 26 de octubre de 1992, denegó la reposición del auto de mandamiento de pago calendado a 29 de octubre de 1990 en consideración a que el título ejecutivo que le sirve de fundamento está en firme y no ha sido anulado. Además contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible que se pretende desconocer por la sociedad ejecutada, y como todos los actos administrativos goza de presunción de legalidad, por lo que no puede menos que estarse al mandamiento de pago. (fls. 161 a 164).

Por conducto de apoderado, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C. presento memorial de alegación a la luz del artículo 68 del C.C.A. el título

presta mérito ejecutivo. Que en el presente proceso no se discute un derecho sino que se está haciendo efectiva una obligación que la compañía ejecutada incumplió. Que los planteamientos de la contraparte tendrían validez en el procedimiento administrativo y que no cabe la menor duda que el título base de recaudo contiene una obligación clara, expresa y exigible, por lo que solicita se mantenga la orden de pago proferida por el Juzgado Primero de Ejecuciones Fiscales.

Por su parte, la representante judicial de la sociedad deudora también presentó memorial de alegación en el cual reitera los fundamentos de la impugnación.

No observando causal de nulidad que invalide lo actuado; procede la Sala a resolver el recurso de apelación, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Dejando de lado algunos aspectos que plantea la recurrente, en torno a la Resolución No. 001138 de 19 de julio de 1990, que son materia de discusión en la vía gubernativa y, por tanto, no debatibles en esta oportunidad a tenor del último inciso del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, se ocupa la Sala de examinar la falta de firmeza del acto administrativo que sirve de fundamento al mandamiento de pago, en orden a verificar si este proceso tiene razón de ser.

La Resolución No. 001138 de julio 19 de 1990, que en el *sub-lite* constituye el título ejecutivo, proferida por la Tesorería de Bogotá, D.E. , mediante la cual se reconoce y orden pagar a la sociedad ejecutada la suma de $5.780.946 por los años gravables 1983-1988, fue notificada por edicto según aparece en autos a folios 2 del cuaderno 2, sin que obre constancia alguna de haber sido agotado precisamente el procedimiento que ordena el artículo 44 del C.C.A. para hacer la notificación personal de las decisiones administrativas que pongan término a una actuación, consistente, dicho procedimiento, en que si no hay otro medio más eficaz para informar al interesado, "... se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquel haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito.

La constancia del envío de la citación se anexará al expediente.

El envío se hará dentro de los cinco 5 días siguientes a la expedición del acto.

En el expediente está demostrado que la compañía ejecutada reportó el cambio de dirección de notificación a la carrera 8 No. 15-73, oficina 804 de esta ciudad, mediante novedad de industria y comercio 091774, radicada en la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá el 5 de julio de 1990 (fl.274 cuaderno 2).

No obstante haberse conocido esta información con anterioridad al 19 de julio de 1990, fecha en la cual la Tesorería Distrital profirió la Resolución No. 001138, aparece la citación No. 0345-90 de 23 de julio de 1990 al representante legal de Gratamira dirigida a la anterior dirección, esto es, a la carrera 7 No. 34-61 piso 4 de esta ciudad, a fin de notificarlo personalmente de la mencionada resolución No. 001138, y aunque tal citación tiene impreso un sello de "correo certificado 24 de julio 1990), (fl.3 cuaderno 2), no hay evidencia alguna de haber sido enviada, ni menos recibida por su destinatario, aunque no podía ser así, por no encontrarse en esa dirección.

El 1o. de agosto de 1990 la Tesorería de Bogotá notificó la Resolución No. 001138 mediante edicto, desfijado el 16 de los mismos.

Lo expuesto deja ver claramente que no quedó certeza alguna de haberse cumplido las exigencias que señala la ley para la notificación personal del acto al interesado, antes de proceder la Administración a notificarlo por edicto.

En estas condiciones, siendo que el artículo 48 del C.C.A. determine que siendo que el lleno de tales requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni surtirá efecto legales, el acto administrativo carece, de ejecutoriedad y es obvio que no presta mérito ejecutivo (art. 68 C.C.A.), por lo que no podía librarse mandamiento de pago con fundamento en el mismo.

Con estas consideraciones que se han hecho se impone revocar el auto de fecha 29 de octubre de 1990, para que se proceda a la notificación.

En cuanto a que se ordene el levantamiento de las medidas cautelares decretadas, es consecuencia de la revocatoria del mandamiento de pago y así habrá de decidirse.

Con respecto a la declaratoria de prescripción de la acción de cobro que solícita la señora apoderada, no es asunto que puede resolverse en esta oportunidad.

SECCION QUINTA

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Revocar el auto de fecha 29 de octubre de 1990, en virtud del cual el Juzgado Primero Distrital de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago en contra de la sociedad Gratamira Inversiones y Construcciones S.A. con Nit. 860.044.868, con base en la Resolución No. 001138 de julio 19 de 1990.

Como consecuencia de la anterior revocatoria, las medidas cautelares que se hayan decretado quedan sin efecto.

Reconócese personaría al doctor Miller Polanía Cuéllar con Tarjeta Profesional No. 55.705 del Ministerio de Justicia para actuar a nombre del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en los términos y para los efectos del poder conferido (Fl.174).

Devuélvase al Despacho de origen,

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente (ausente con excusa); *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / CONCEJAL / EMPLEO DE ELECCION POPULAR / NULIDAD ELECTORAL - Procedencia

El texto del artículo 179-8 de la C.N. al expresar "Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente", es tan claro, que no da lugar a interpretaciones por fuera de su contexto, del cual se desprende el propósito del Constituyente al establecer la prohibición y el sentido general de su aplicación, empleando las palabras que en nuestro lenguaje tienen un significado preciso y definido como se el caso del pronombre "nadie", que de acuerdo al Diccionario Planeta de la Lengua Española significa "ninguna persona", o sea, que su alcance es absoluto, total, sin limitaciones, no dirigido a un determinado destinatario -en este caso a los Congresistas- como se sostiene en el escrito de contestación de la demanda, en el fallo y en el concepto del Ministerio Público. La inhabilidad consagrada en el artículo 179 numeral 8o. de la C.N., tiene pues, un sentido más amplio que el que se le atribuye en este proceso, sobre la base, de su ubicación en el texto constitucional. La Sala, desde un principio, ha estimado que el artículo 179-8 de la C.N. es una norma electoral de carácter general y así la ha aplicado en los distintos fallos, observando que el hecho de estar ubicada en lugar inadecuado en la Constitución, no le quita ese carácter. Se tiene debidamente acreditada la coincidencia parcial de períodos como alcalde y concejal del Distrito de Santa Marta, por parte del demandado, en virtud de haber resultado electo en el primer cargo en las elecciones del 8 de marzo de 1992, y de consiguiente la violación de la prohibición que consagra el artículo 179 numeral 8o. de la C.N., puesto que la renuncia del cargo de concejal, ocurrió el 13 de abril de 1992 y fue aceptada el 15 de los mismos mes y

año, cuando ya habían pasado las elecciones, a las que debió llegar el demandado despojado de esa investidura, que es el propósito perseguido con la prohibición establecida en la preceptiva constitución y cuya actitud, demuestra, que el demandado aceptó haber ostentado el cargo hasta la prementada fecha, hecho que sumado a la falta de pruebas hace más infundado el supuesto abandono del mismo.

DEMANDA ELECTORAL - Adición

El artículo 208 del C.C.A. aunque no lo dice expresamente, la facultad de aclarar o corregir la demanda que tiene el actor comprende también la de adicionarla. En ejercicio de este derecho no podrá sustituír la totalidad de las personas demandantes o demandadas, ni la de las pretensiones formuladas en la demanda inicial, pero si prescindir de alguna de estas o de incluír nuevas. Conforme con esta orientación, queda en claro, que el actor podía en este caso, incluír en su escrito de corrección y a manera de edición, la petición de nulidad de las actas de escrutinio correspondientes a las 153 mesas objeto de excepción, sin que respecto a esa nueva pretensión operara la caducidad, ni tampoco esa adición deba interpretarse como una distinta demanda. Y es lógico que si se admite la inclusión de nuevas pretensiones, éstas deben estar respaldadas en hechos y los hechos en pruebas.

DICTAMEN PERICIAL / INFORME TECNICO - Diferencias

Se pidió la práctica de una Inspección Judicial con intervención de peritos y éstos no fueron designados por el Tribunal sino, a solicitud de este, por la Registraduría del Estado Civil, asimilándola a un informe técnico; medio éste que no puede confundirse con la prueba pericial, porque no reúne los requisitos mínimos esenciales de ésta, el de la posesión por ejemplo, acto procesal importante en el que los peritos deberán expresar bajo juramento que no se encuentran impedidos y además, hacen otras manifestaciones que les señala el artículo 236, numeral 3o. del C. de P.C., o antes de aquel acto, el perito sin que concurra alguna causal de impedimento, deberá declararla para que el juez proceda a su reemplazo.

DICTAMEN PERICIAL - Valor Probatorio / PRINCIPIO DE CONTRADICCION / INDICIOS

El dictamen ante la inobservancia de la contradicción del dictámen carece de fuerza probatoria, es decir, en su valoración legal, no tiene la virtualidad de probar los hechos de la demanda y su corrección, máxime cuando se observa que fue el mismo acto a través de su apoderado, quien una vez presentado el nuevo dictamen pericial, solicitó la clausura del ciclo probatorio para que el proceso continuara en su trámite. La falta de fuerza probatoria en el dictamen, no puede suplirse, partiendo de sus conclusiones, con la prueba del indicio, sobre la base de que, aquéllas tienen respaldo en la documentación arrimada al proceso y dar así -como lo hace el *a-quo*- por demostradas "las actuaciones viciosas de que él da cuenta", declarando bajo ente supuesto, la nulidad de algunas de las actas de jurados de votación, en relación con la demanda inicial. Los hechos para merecer la calificación de indicios, deben estar plenamente probados en el proceso, pero para que el juez pueda considerarlos como un medio de prueba es indispensable que constituyan una prueba válida. El indicio es una prueba que necesita ser probada y, por lo tanto, si los medios empleados para este fin (testimonio, documentos, ,inspecciones, confesiones, dictámenes de expertos) adolecen de nulidad o carecen de valor procesal por vicios en el procedimiento para su aducción, ordenación, admisión y práctica, el Juez no podrá otorgarles mérito probatorio y, en consecuencia, el hecho indiciario le será procesalmente desconocido. La invalidez de aquellas pruebas deja sin valor el indicio que de ellas pueda resultar. Por manera que, la conversión de prueba pericial a prueba indiciaria, que le dio el *a-quo* al dictamen, no es válida como fundamento de la decisión de nulidad, debido a la ineficacia de aquélla por falta de contradicción del dictamen, presupuesto necesario para su legalidad.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D.C. cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 1000 ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA Actor: LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE.

SECCION QUINTA

Decídese el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el expediente de la referencia.

ANTECEDENTES:

LA ACCION Y SUS FUNDAMENTOS (Fls. 3 Y S.S. CDNO No. 1)

En demanda posteriormente corregida, el ciudadano LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, por medio de apoderado solicita ante esta Jurisdicción, se declare la nulidad del acta de escrutinios generales de fecha 22 de marzo de 1992, suscrita por los Delegados del Concejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección y ordenó expedir credenciales como Alcalde de Santa Marta, al señor HUGO GNECCO ARREGOCES. Igualmente, del artículo 4 de la resolución número 32 de 1992 proferida por los mismos delegados; y como consecuencia de lo anterior, la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados o mesas de votación que funcionaron en ese Distrito el 8 de marzo de 1992, concretamente las enumeradas en el hecho sexto de la demanda inicial y las que puntualiza en el escrito de adición.

Con relación a las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, dice el actor, en la circunscripción del Magdalena, los Delegados del Concejo Nacional Electoral, habiendo considerado las reclamaciones hechas a la Comisión Escrutadora Municipal, les correspondió declarar la elección del Alcalde del Distrito Turístico, Histórico y Cultural de Santa Marta. Textualmente anota:

> 5- En el Distrito de Santa Marta, Departamento del Magdalena, desde antes de las elecciones del ocho (8) de marzo tuvieron ocurrencia gravísimas irregularidades o anomalías reveladoras de vicios, maniobras y fraudes tendientes a alterar la voluntad popular, todo cual generó falsedades en la formación de los registros electorales y listas de sufragantes con base en los cuales se debían realizar las elecciones del día ocho (8) marzo.
>
> Fué (sic) tan escandalosa esta situación que el señor doctor Roberto Vicente Lafaurie Pacheco, con cédula de ciudadanía No. 12.542.755 de Santa Marta, en su calidad de Registrador Municipal del Estado Civil, formuló el día veinticuatro (24) de febrero de este año denuncia de carácter penal ante el Juzgado 18 de Instrucción Criminal radicado en Santa Marta, según la cual, para esa fecha, con cédulas falsas se habían inscrito ante dependencias de la Registraduría para votar en las elecciones del ocho (8) de marzo más de 490 personas, cuyos nombres y números de cédulas

de ciudadanía relaciona en su denuncia, la cual acompañamos con esta demanda para que se tenga como prueba del delictuoso proceder.

No obstante lo anterior tales ciudadanos figuraron y aparecieron en las listas de sufragantes, viciadas de falsedad por tal razón, siendo estos elementos que sirvieron para la formación de los registros electorales.

La fabricación de cédulas falsas es un hecho sin antecedentes en el país que demuestra hasta dónde el ingenio perverso crea mecanismos adecuados para alterar la libre expresión de la voluntad popular. Con tales cédulas falsas votaron en el Distrito de Santa Marta éstos supuestos ciudadanos, consumando un fraude todavía de magnitud insospechada.

De igual modo fueron suplantados ciudadanos con cédulas vigentes en el censo electoral de Santa Marta de tal manera que cuando concurrieron a las urnas para emitir el voto, antes lo había hecho, en su lugar, la persona que portaba cédula falsa correspondiente al número de cédula de aquel (sic) pero con la fotografía del suplantador. Con este ilícito comportamiento quedaron viciados de falsedad los registros de votantes. Esta operación se multiplicó en forma desmesurada y tuvo lugar en inmenso número de las mesas o jurados de votación, habiéndose registrado el hecho de que una misma persona física hubiese sufragado 10 o más veces en distintas mesas de votación con diferentes cédulas de ciudadanía en las cuales aparecía su misma foto.

Como si fuera poco también votaron en Santa Marta personas que no tenían derecho a ello por no aparecer en las listas parciales de sufragantes los números de sus cédulas de ciudadanía. Para que se consumara este fraude hubo la tolerancia o connivencia de los miembros de los jurados de votación, laxos en el cumplimiento de su deber, unos; y seguramente comprometidos en la maniobra, otros. Resulta extraño que el día antes de las elecciones, o sea el día siete (7) de marzo, la Registraduría Municipal del Estado Civil por Resolución No. 009, hubiese designado 947 miembros de jurados de votación cuando no había físico tiempo para comunicarles la designación pero tampoco para hacerles llegar la notificación correspondiente. Más extraño aún el insólito episodio si las personas designadas previamente no habian (sic) renunciado el encargo, todo lo cual hace presumir que tales jurados de última hora estaban advertidos de la tarea que debían cumplir el día de las elecciones orientada a alterar la auténtica expresión ciudadana.

Por otra parte es un hecho cierto que muchos de esos miembros del jurado de votación incurrieron en doble votación porque sufragaron el mismo dia

ocho (8) de marzo en la mesa donde prestaron su servicio y también aquélla otra que le correspondía (sic) según la numeración de su cédula de ciudadanía. Casos hubo en que un miembro del jurado votó con cédula de ciudadanía de la cual no era titular, o que se le dio el carácter de miembro del jurado de votación sin que hubiese sido designado para esta función. La feria de los jurados llegó al extremo de que en una misma mesa, con dicha calidad, votaron hasta ocho y doce personas.

Sobre la base de estos hechos y los que adiciona en el escrito de corrección, atribuye el demandante los vicios que afectan de nulidad a las especificadas actas de escrutinio.

"Por otra parte el doctor HUGO GNECCO ARREGOCES estaba ya inhabilitado para ser elegido alcalde del Distrito de Santa Marta . . . por ser miembro principal del Concejo del Distrito para el período 1990- 1992.... de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política vigente.

"Es bien sabido que el período para el cual fue elegido alcalde el doctor GNECCO ARREGOCES se inicia el primero de junio de este año, luego es evidente que coincide parcialmente, el de concejal con el de Alcalde durante los meses de junio y julio del presente año...".

El actor invoca como quebrantados los artículos 179, 8 de la C.N., y 223, 2, 5 y 228 del C.C.A.

En el auto admisorio de la demanda (fl. 27 y ss), se negó la solicitud de suspensión provisional, confirmada en segunda instancia.

CONTESTACION DE LA DEMANDA (FLS. 140 Y S.S)

Cumplido el trámite del escrito de corrección y notificado personalmente, el demandado por conducto de apoderado, a folio 140 cdno No. 1, hizo pronunciamiento expreso sobre los hechos del *libelo,* admitiendo ser ciertos el 1, 2 y 3 parcialmente el 4, en el cual se controvierte el nombre que se le da al antiguo municipio de Santa Marta e igualmente, aquél sobre el que se hizo la petición de nulidad, que a juicio del demandado, no corresponde al real nombre de la ciudad. El 5o no lo acepta aclarando que, "las irregularidades, anomalías, vicios, maniobras, fraudes, fabricación de cédulas falsas etc.", que ignoraba el demandado y solo fueron alegadas después de las elecciones, no incidieron ni en éstas ni en los escrutinios, dando sobre cada una de esas afirmaciones las explicaciones tendientes a desvirtuarlas. Sobre el sexto lo niega manifestando

que deberá probarse y sobre el séptimo que también niega, afirma ser cierto que fue elegido como concejal principal del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta para el período de 1990 - 1992, pero igualmente lo es, que renuncio a tal investidura el 13 de abril de 1992, en carta dirigida al Alcalde Mayor de la ciudad, quien por decreto No. 275 del 15 de abril de 1992 le aceptó su renuncia, y que dejó de asistir a las sesiones del Concejo durante todo el año de 1992 y de acuerdo al artículo 1 de la ley 49 de 1987 parágrafo 1 no estaba inhabilitado para ser elegido alcalde.

Además, - señala -, que la Constitución Política de 1991 en ninguno de sus artículos, estableció inhabilidades para esa elección, porque ya estaban establecidas en las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987.

EXCEPCIONES. Propuso las excepciones de "Incapacidad o indebida representación del demandante", "Falta de competencia", "Ineptitud de la demanda" , y "la genérica" , con sustento en hechos a los que oportunamente se hará referencia.

En el capítulo VII del escrito de contestación, se ataca la corrección de la demanda, formulándose la excepción de caducidad de la acción en cuanto a ésta, argumentando que se trata de una nueva demanda presentada después del término de 20 días que señala el artículo 7 de la ley 14 de 1988.

DECRETO DE PRUEBAS:

En auto del 2 de junio de 1992, visible a folio 166 cdno No. 3, se tuvo por contestada la demanda, y se decretaron las pruebas pedidas por las partes, entre ellas el informe técnico y la Inspección Judicial que solicitó la actora; en cuanto a esta última prueba no se nombró peritos por parte del Tribunal, designación que se dejó a cargo de los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil y que recayó en JULIA BETANCOURT DE OVALLE, y HERMENEGILDA LOPEZ LOPEZ, funcionarios de la Registraduría.

La diligencia de Inspección Judicial se practicó el 19 de junio de 1992 (fls. 351 y s.s. cdno No. 3), con intervención de los citados peritos quienes rindieron el dictamen el 28 de julio de 1992 (fls. 58 y s.s. cdno No. 2).

En auto del 5 de agosto de 1992 (f 1. 87), se dió traslado del dictámen a las partes por tres (3) días.

En escritos obrantes a folios 92 y 94 los apoderados de las partes solicitan se aclare y complete dicha pericia.

SECCION QUINTA

El apoderado del demandado en memorial que consta a folio 96 y s.s., del cdno No. 2, impugnó el experticio señalando una serie de irregularidades procesales a la diligencia y al contenido mismo del dictámen, de los que se resalta, el haber actuado en condición de perito la doctora JULIA BETANCOURT DE OVALLE, quien en este proceso aparece declarando como testigo sobre los mismos hechos que se relacionan con el dictámen, además de que la prueba solicitada y decretada, fué la de la Inspección Judicial con peritos conforme esta reglamentada en los artículos 233 y s.s. , del C. de P.C., y no la de un informe técnico como se practicó, razones por las que se solicita se desestime la prueba.

En subsidio solicita se compruebe y aclare respecto a los puntos que allí se indican objetando por error grave el dictámen pericial.

El Tribunal en auto del 18 de agosto de 1992 (f 1. 129), dio trámite a las solicitudes de aclaración y complementación, dejando para su oportunidad la objeción por error grave.

En escrito visto a folio 132, la perito JULIA BETANCOURT, se declaró impedida absteniéndose de proceder a la aclaración del dictámen, impedimento aceptado en auto del 3 de septiembre de 1992 (f 1. 145), disponiéndose comunicar a los Delegados Departamentales del Registrador para la designación del nuevo perito, nombramiento que recayó en la doctora INIRIDA GARAY DE RAPAIN, fijándoles un término de ocho (8) días para rendir el dictamen, el que fue prorrogado por tres (3) días más. En esta misma providencia se puso en conocimiento de las partes, el informe técnico rendido por el Grafólogo del DAS (fls. 136 y s.s.).

En auto de septiembre 21 de 1992 (fl. 159), el Tribunal además de fijar los precisos términos para la rendición del dictamen, declaró **inexistente** el que fué rendido por los anteriores peritos.

El nuevo experticio fue presentado el 25 de septiembre de 1992, siendo visible a folios 175 y s.s-, no habiéndose dado traslado de él a las partes, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 238 del C. de P.C., pues según auto del 21 de octubre del mismo año por haber transcurrido más de cuatro (4) meses, se declaró precluído el término probatorio y consecuentemente, se dio traslado por cinco (5) dias para alegar.

LA SENTENCIA RECURRIDA (FIS. 359 Y S.S.)

Al resolver las pretensiones de la demanda, el Tribunal Administrativo del Magdalena, dijo en la parte resolutiva del fallo:

"1.- Declárase probada la excepción de caducidad de la acción electoral respecto de las ciento cincuenta y tres (153) actas de escrutinio de los jurados o mesas de votación, adicionadas en las Corrección de la demanda y relacionadas en la parte motiva de esta providencia.

2.- Declárase inhibido para un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión de nulidad de las prementadas actas de escrutinio de los jurados de votación.

3.- Declárase la nulidad de las siguiente actas de jurados de votación que funcionaron en Santa Marta el día 8 de marzo de 1992 para la elección del Alcalde Mayor del Distrito.

Zona uno, puesto 2, mesas 14, 39, 47, 101, 111, 115, 135, 138 y 160. Zona dos, puesto 2, mesa 15, puesto 5, mesas 15 y 23. Zona tres, puesto 2, mesa 11.

4.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

5.- Por secretaría, compúlsense copias con destino a la unidad de Fiscalía Seccional, para los fines indicados en la parte motiva de esta providencia".

Al fundamentar las decisiones adoptadas en el fallo, el *a-quo* examina las excepciones propuestas por la parte demandada en el siguiente orden:

"Incapacidad o Indebida representación del demandante".

Consiste en que el actor al otorgar poder al profesional del derecho que lleva su representación en este caso, no autenticó su firma conforme lo disponen los artículos 65 y 84 del C. de P. C., sino que lo hizo en una oficina administrativa distinta a las que indican las normas, y como éstas no han sido modificadas, "el poder fue mal presentado, no constituyó apoderado y es deficiente".

Al desechar la excepción, el *a-quo* observa, que conforme al decreto 2287 de 1989, se creó para cada cabecera de distrito judicial, una oficina judicial, dentro de cuyas atribuciones está la de "recibir las presentaciones personales de las demandas, poderes y denuncias correspondientes art. 3 num. 5" y por tanto, de acuerdo a esa facultad, a su juicio las disposiciones de los artículos 65 y 84 del C. de P. C., fueron en lo pertinente derogadas y sustituídas por los nuevos preceptos.

SECCION QUINTA

FALTA DE COMPETENCIA:

Se fundamenta en que el "juzgador contencioso administrativo electoral, por ser esta jurisdicción rogada carece de competencia para pronunciarse sobre cuestiones no pedidas en la demanda . . . "Se desestima, porque para el Tribunal, el hecho no constituye excepción "dado que no presenta circunstancias nuevas capases de paralizar la acción intentada", sino una reiteración de que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es rogada estando el control de legalidad circunscrito a la demanda.

INEPTITUD DE LA DEMANDA:

Se alega, "que el actor no reunió los requisitos exigidos por la ley para la presentación de la demanda; y tiene sustento en las constancias secretariales que informan como el demandado no pudo entregarse copia de los anexos de la demanda cuando se le notificó de ésta, ya que no se aportaron copias para traslado", violándose el artículo 139 del C.C.A., y el debido proceso.

Señala el *a-quo*: "Es constatable a lo largo del proceso, que la falta de las copias de los anexos no fue óbice para que se contestara la demanda y que el demandado ejerciera a plenitud su derecho a la defensa..." además considera que "la ineptitud de la demanda se refiere más bien al contenido de la misma, en cuanto debe satisfacer las exigencias del artículo 137 del C.C.A., que en el evento *sub-lite* están cumplidas a cabalidad..." consideró infundada la excepción procediendo a su rechazo.

LA GENERICA:

Se plantea bajo el siguiente supuesto:

> "Absoluta carencia de fundamentos fácticos y jurídicos en las pretensiones de la demanda".

No tuvo acogida favorable porque al estimarse actualmente los conceptos de acción y pretensión "la excepción genérica no existe en la teoría del proceso, salvo la facultad del juzgador Contencioso Administrativo para decidir en la sentencia definitiva no sólo sobre las excepciones propuestas sino sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada".

CADUCIDAD DE LA ACCION ELECTORAL:

"Se hace consistir esta excepción en que el apoderado del demandante, al corregir con fecha 18 de mayo de 1992 su demanda inicial presentada el dia

27 de abril de 1992, fecha esta última en que caducó en veinte dias hábiles la acción electoral en este proceso, adicionó su *libelo* demandando la nulidad de ciento cincuenta y tres (153) actas de escrutinio de los jurados de votación, distintas de las ciento cuarenta (140) iniciales, por lo que al tener esta adición el carácter de demanda adicional o nueva demanda"... y además, ser la tercera corrección, cuando solo la ley permite uno, ya la acción electoral había caducado.

El Tribunal explica que el demandante, después de la demanda inicial incoada en tiempo, presentó tres escritos, de los cuales, solo uno corresponde al de corrección del *libelo* y fué allegado el 18 de mayo de 1992 (f 1. 71 cdno. No. 1) y precisa: que de acuerdo al artículo 230 del C. C. A. , la corrección de la demanda fue extemporáneo porque el auto admisorio se notificó el día 11 de mayo de 1992, y cuando la corrección se presentó el 18 de mayo, ya dicho auto se encontraba ejecutoriado, siendo por tal razón inadmisible.

"De este modo, la admisión de la corrección de la demanda, que se atribuye a un error del magistrado sustanciador -, fué un acto antiprocesal, que resta validez a todo lo actuado con fundamento en ella. En otros términos, todas las pretensiones incorporadas en dicho escrito de corrección y las pruebas pedidas y ordenadas, por su extemporaneidad carecen de fuerza procesal vinculante" .

"Aunque no fuera así, la caducidad de la acción de nulidad electoral relativa a las ciento cincuenta y tres (153) mesas o actas de jurados de votación incluidas en la demanda está llamada a prosperar....." porque en el escrito volvió a solicitar la nulidad de las mismas 140 actas a que se refiere la demanda inicial, pero adicionándolas con las 153 mesas de votación más y concluye: "La inclusión de nuevas pretensiones ha de estar, huelga afirmarlo, sujeta al Presupuesto Procesal de la vigencia de la acción. Este Presupuesto, sin duda alguna, no se da respecto de la pretensión de nulidad de las ciento cincuenta y tres (153) mesas de votación incluídas la corrección de la demanda, puesto que cuando se formuló la petición de nulidad de las mismas ya había vencido el término de veinte (20) días...".

Sobre la base de la argumentación anterior, que en síntesis de todo lo dicho en el fallo sobre esta excepción que en todo su texto puede leerse del folio 409 al 419, el Tribunal la encontró probada en cada uno de las 153 mesas o jurados de votación que allí relaciona.

LOS CARGOS DE LA DEMANDA:

Sobre este tópico, en primer lugar se analiza en la sentencia el cargo que corresponde a la inhabilidad para ser alcalde de Santa Marta, atribuída al doctor

SECCION QUINTA

GNECCO ARREGOCES, en razón de que el período como tal, coincidía con el de Concejal de la misma ciudad que también ejercía. Al efecto se expone:

> "El exámen ponderado enunciado en el auto que denegó la suspensión provisional acerca de la aplicabilidad de la norma Constitucional invocada, a saber el numeral 8 del artículo 179 de la C.N., permite al Tribunal reafirmar su criterio de que dicha disposición no esta dirigida a los alcaldes, con fundamento en el razonamiento que la Sala sintetiza así:
>
> "La interpretación literal del artículo 179 numeral 8 de la Constitución, en el sentido que cobija a todas las personas que aspiren a cargos de destinación pública, partiendo de la expresión "nadie" "es demasiado estrecha por desconocer elementos extrínsecos a la norma".
>
> Si el constituyente - agrega -, hubiere tenido la voluntad de extender la prohibición a los servidores públicos, distintos de los Congresistas, hubiera ubicado el precepto en el capítulo dedicado a la "Función pública".

Dice, que de acuerdo al artículo 293 de la Carta, las calidades, inhabilidades e incompatibilidades y otros aspectos atinentes a los ciudadanos que sean elegidos por voto popular, deben ser determinados por la ley, norma esta aplicable a los alcaldes. La Constitución no prevé régimen de inhabilidades para éstos, ni que dicho régimen no fuera menos estricto que el de los Congresistas o diputados "La norma legal vigente en materia de inhabilidades de alcaldes, es el artículo 5 de la ley 78 de 1986 con la modificación que le introdujo el artículo 1 de la ley 49 17 de 1987.

Es decir, que mediante una previsión legal se quitó el carácter de simultáneo a los períodos de concejal y alcalde, mediante la pérdida automática - sin que sea menester renunciar expresamente a ella - de la investidura de concejal.

Concluye observando que así fuera aplicable el artículo 1798 de la C N., a otros servidores públicos, ésta no previó el mecanismo sancionatorio para quien resulte elegido desempeñando otro cargo, como si existe para los Congresistas, por ejemplo la pérdida de la investidura.

En conclusión el doctor HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, no estaba inhabilitado al momento de su elección para ser elegido alcalde, no accediéndose a la declaratoria de nulidad solicitada con fundamento en este cargo.

El siguiente cargo, referente a la emisión de votos con cédulas falsas, suplantación de electores y doble votación que se estudia bajo el epígrafe "fraude en la emisión del voto", estima el *a-quo*, que su ocurrencia es innegable e "induce a algunas reflexiones acerca del valor tutelado por la ley mediante la Acción Contenciosa Electoral, la incidencia de la nueva Constitución en las decisiones sobre nulidad de los registros electorales y la manera de enfrentar el fraude sin alterar la voluntad mayoritaria de los electores".

Sobre estos tópicos hace algunas consideraciones jurídicas basado en los principios de eficacia del voto y libertad de elegir. El Primero dice: "dimana de una concepción jurisprudencial moderna y de avanzada, a partir de la consagración que de él se hace en el artículo 1o , ordinal 3 del D. 2241 de 1986, para el entendimiento y aplicación de las normas electorales cuando éstas admitían mas de una interpretación, que luego vino a extenderse a situaciones de hecho, siempre que los errores o vicios no adulteren u obedezcan a la intención de adulterar la verdad en las urnas".

Y del segundo, que está ínsita en "el concepto de democracia participativa, que nuestra Constitución eleva a la categoría de principio fundamental de organización estatal..." sobre esta facultad de elegir libremente, se trae a folios 428 la opinión del pensador JHON REINOL, que sirve al *a-quo* para dentro de esa concepción, afirmar que ese derecho se cercena "cuando so pretexto de sancionar la emisión irregular de unos votos, perfectamente identificables, se anula todo un registro electoral o un acta de votación, llevándose de calle una gran mayoría de votos válidos, "considerando que las normas electorales que establecen esas disposiciones, no solo atentan contra ese derecho fundamental de elegir", en la medida en que se excluyen votos, libre y conscientemente emitidos como reflejo de potencialidad de cada sufragante", sino que fomentan desembozadamente el fraude electoral, porque para lograr hacer excluir de los cómputos generales la totalidad de los votos emitidos en una mesa de votación, solo le basta a un candidato, acometer una irregularidad, como las que allí se destacan, para a través del control jurisdiccional imprecar la nulidad del acta o registro.

Sobre la base de que el voto es secreto imposibilitando determinar en favor de quien fueron emitidos votos fraudulentos, dificultando su exclusión, el Tribunal dice que es perfectamente equitativo que, "en guarda del principio de la eficacia del voto, en defensa y protección del derecho fundamental constitucional de elegir... de cara a la cueva realidad constitucional, el legislador y, en su defecto la jurisprudencia, discurren mecanismos que impiden el fraude y desalienten a los expoliadores", los que a su entender seria lo que pudiera llamarse "saneamiento de registro" o "saneamiento de urnas".

SECCION QUINTA

"En modo de excluir a cada uno de los candidatos un número igual al de los votos fraudulentos introducidos en las urnas, dejando incólumes sino todos una gran cantidad de votos válidos. Se sacrificarían algunos votos más no todos los votos, con clara igualdad de oportunidades, sin ventajas para ninguno de los candidatos. Se sancionará al timador; y se superarán las graves dificultades de apreciación que supone que la ley no haya previsto que cantidad de votos es exigua para anular una elección, o, que porcentaje de voto es intolerable, como lo tiene advertido ya el Consejo de Estado (Sentencia de febrero 19 de 1990. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente DR. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ).

Al considerar el *a-quo* que esta es una interpretación diferente de las normas procesales - mencionadas -, apoyado en las anteriores premisas, entra en el análisis del dictámen rendido por peritos, en relación con los puntos que se indican en la demanda y su corrección, expresando que si bien, este carece de fuerza probatoria por no haber sido sometido a la contradicción de la parte demandada, "se tendrá como indicio de las actuaciones irregulares viciosas de que en él se da cuenta", dado que sus conclusiones tienen respaldo en le documentación arrimada al proceso.

Considerado como indicio, el Tribunal entre las alternativas de declarar la nulidad de 134 mesas o actas de los jurados de votación, en las que los peritos percibieron la emisión de 518 votos fraudulentos, conforme al art. 223, 2 del C.C.A., "o dar validez a la elección al máximo posible, declarando sólo la nulidad de aquellas urnas donde por el número elevado de situaciones anómalas se patentizo el propósito deliberado de alterar el resultado electoral", se inclinó por esta última, dando así aplicación a los criterios de interpretación sentados como premisas.

A juicio del *a-quo*, la exclusión de votos de las mesas anuladas no varían los resultados finales de la votación, careciendo de sentido decretar la nulidad del acto administrativo impugnado.

LAS APLICACIONES DEL FALLO:

1.- DEL DEMANDANTE:

En memorial obrante a folios 444 apela él demandante LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE quien deja a su apoderado la sustentación del recurso.

2.- DEL AGENTE DEL MINPUBLICO:

A folios 445 y s.s., lo hace el Procurador 49 en lo judicial, asuntos administrativos, para que la decisión sea revocada y en su lugar se decrete la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación en relación con la elección demandada.

Discrepa el agente fiscal del reproche que se hace en el fallo, de las normas de carácter electoral contenidas en los numerales primero y segundo del artículo 223 del C.C.A., y la conclusión a que se llega respecto a su aplicación, admitiendo que si bien esas actuaciones irregulares merecen la condena de todos, ello no puede conducir al detrimento de los medios de control establecidos en la ley.

No está de acuerdo con la alternativa que acogió el *a-quo* para la decisión, porque "Lo copioso y considerable del fraude, no permite el exámen de las mesas individualmente consideradas, sino que su revisión debe comprender necesariamente la totalidad de la elección..."

APELACION DEL APODERADO DEL DEMANDADO:

En escrito visible a folios 449 y s.s. , el apoderado de la parte demandada, hace uso de ese derecho para que la sentencia sea confirmada en sus decisiones uno (1), dos (2), cuatro (4) y cinco (5) de su parte resolutiva.... y revocada en su decisión tres (3) y en su lugar sean denegadas las peticiones de la demanda en cuanto a este punto".

Al sustentar el recurso, recalca en primer lugar la situación alegada en relación con la violación del artículo 139 del C.C.A. por no haberse acompañado con los escritos de demanda y corrección, los anexos para notificación al demandado, lo que constituye "ineptitud formal de la demanda por falta de los requisitos formales", cuya excepción propuso solicitando se declare probada con fundamento en las pruebas existentes o en subsidio se decrete la nulidad procesal de todo la actuado por violación del derecho de defensa y debido proceso consagrado en el art. 29 de la C.N.

Reitera el apoderado, los hechos en que fundamentó la excepción de caducidad de la acción, en relación con la corrección de la demanda, que reafirma lo hizo, el actor por tres veces, cuando solo es permitido corregirla por una vez, por tanto, estima que se trata de una demanda adicional presentada fuera de término, razón por la que también son extemporáneas las pruebas allí solicitadas.

SECCION QUINTA

Luego de transcribir los hechos de la demanda inicial e igualmente los de su contestación, analiza el distinguido profesional la causal segunda del artículo 223 del C.C.A., invocada por el actor en ambos escritos, tal como rige actualmente, pero recordando su origen histórico.

Y sobre los conceptos de falsedad y apocrifidad que enmarca su contenido, partiendo de la jurisprudencia, hace un bien llevado estudio, no solo en cuanto a su definición y alcance, sino respecto a su aplicación en materia electoral, que puede leerse del folio 41 al 46 cdno. No.2.

"Los registros electorales - observa - no son **actos**, pero si pueden ser "Actas de escrutinio", "lista de sufragantes", "registro de votantes", etc. .... y como todo **documento público**, disfrutan de la doble presunción de **AUTENTICIDAD** y de LEGALIDAD, mientras ellas no hayan sido plenamente desvirtuadas. Por ello, el debate probatorio en un proceso electoral en torno a la legalidad y autenticidad de los registros no puede estar orientado a **demostrarlos** sino a destruir esas presunciones inherentes a todo documento público, lo cual no se ha logrado en este proceso ..." por las razones que expone a folios 47 y ss., con cita de abundante jurisprudencia sobre el principio de la eficacia del voto.

Seguidamente, se refiere a la oportunidad legal que tiene la parte demandante para aportar y solicitar pruebas en el proceso electoral, o sea en la demanda y su corrección, reiterando que no pueden ser tenidas en cuenta las que el actor presentó por fuera de estos momentos procesales.

Transcribe apartes de los textos correspondientes a los testigos ALBERTO LAFAURIE PACHECO, JULIA SOFIA BETANCOURT DE OVALLE, Dr. GERMAN BARRENECHE PEÑATE, funcionarios de la Registraduría y otras personas con investidura de concejales y diputados samarios elegidos el 8 de marzo, sobre diversos aspectos relacionados con el desarrollo de estas elecciones, y específicamente sobre los hechos de la demanda.

Bajo el título "El dictámen pericial sin "contradicción" carece de valor probatorio", el apoderado del demandado se refiere a este medio probatorio, relatando todos los pormenores, incidencias e irregularidades que se presentaron en relación con esta prueba, desde su solicitud, decreto, designación de peritos, práctica, inexistencia, etc. , hasta que fué presentado nuevamente el dictámen pero quedando éste sin traslado a las partes, dando lugar a que por esta circunstancia se califique sin valor probatorio. Así lo reafirma el recurrente, al comentar lo expresado en la sentencia sobre este punto.

El capítulo IV del escrito de sustentación, trata sobre "la supuesta inhabilidad del demandado según la demanda". El apelante, recapitula lo actuado en el proceso en relación con los criterios esbozados y las tesis expuestas sobre el cargo, incluyendo la jurisprudencia vigente en esta sección al despachar cargos similares en diferentes procesos, para expresar:

"pero aun la nueva tesis, el alcalde samario no estaba inhabilitado: Había "renunciado" dos veces y abandonó el cargo de "concejal"

Al efecto, señala que en escrito de cinco (5) páginas firmado y presentado personalmente ante el H. Tribunal del Magdalena el día 7 de mayo de 1992 por el doctor HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, un dia exactamente antes de que con fecha 8 de mayo de 1993 (sic), el Tribunal admitiera la demanda inicial en este juicio, aquél en escrito cuyo texto se transcribe a folios 88 fte y vto., del expediente, adujo las razones por las que considera no incurrir en dicha inhabilidad, razones que serán consideradas, lo mismo que las pruebas allegadas como su fundamento al examinar este punto en las motivaciones del fallo.

Finalmente, el recurrente solicita se dicte auto para mejor proveer y presenta escrito adicional, aportando documentos que se observan del folio 580 al 636 del cdno No. 2 y del 686 al 694 del mismo cuaderno.

4.- APELACION DEL APODERADO DEL DEMANDANTE.

El escrito obra a folio 451 y el de sustentación a folios 637 y s.s.. Este último lo concreta a los puntos 1, 2, 3 y 4 de la parte resolutiva del fallo, solicitando se revoquen y en su lugar, se declaren las nulidades solicitadas.

El recurrente se refiere en primer lugar, a la "caducidad de la acción electoral" decretada en la sentencia,.. explicando pormenorizadamente, las razones que le asisten para considerar que la corrección de la demanda presentada el 18 de mayo de 1992, se hizo en tiempo.

Dice al respecto, que la demanda inicial se presentó el 27 de abril de 1992; el mismo día allegó como anexo un escrito acompañado de algunos documentos para que se tuvieran como pruebas; fué admitida el 8 de mayo siguiente; habiendo corrido la notificación por edicto los días 12, 13, 14, 15 y 18 de mayo de 1992, dia éste último en que presentó el escrito de corrección o adición de la demanda conforme a los artículos 230 y 232, inciso 2 del C.C.A., el que fué admitido el 20 de mayo del mismo año, quedando el auto debidamente ejecutoriado.

SECCION QUINTA

INHABILIDADES:

Aduce el apoderado apelante que "sobre las inhabilidades de los concejales candidatos a alcaldes y los alcances del numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política vigente se ha pronunciado recientemente, con doctrinas y jurisprudencias de sólida concepción jurídica, el H. Consejo Estado, en particular la Sección Quinta o Sala Electoral ..."; alegando, que la situación fáctica planteada en la demanda es idéntica a los casos ya resueltos en varios fallos con aplicación de la jurisprudencia, cuyos pertinentes apartes transcribe en apoyo del recurso.

DICTAMEN:

En este capítulo, señala cuál es la finalidad de la prueba de Inspección Judicial por él solicitada y los resultados del experticio, considerando probado a través de este medio todo el fraude denunciado, no siendo admisible, "que se analice o considere este conjunto espeluznante en forma aislada, mesa por mesa, como si fuera resultante de una cadena independiente de sucesos, separados los unos de los otros, cuando, entre ellos, existe una estrecha secuencia o relación de causa o efecto, y esto es lo que comprueba axiomáticamente el dictámen pericial".

Estima la prueba válida desde el punto de vista probatorio y opina, que la declaratoria de inexistencia del anterior dictámen, no obliga a las partes y mucho menos al Consejo de Estado.

Critica otros aspectos del fallo como la interpretación del principio de la eficacia del voto, aduciendo que no corresponde en manera alguna, a los términos de la sentencia No. 0173 de esta Sección, según la cual, "si los votos fraudulentos adulteran u obedecen a la intención de adulterar la verdad de las urnas, no opera el principio, que se refiere, en sentido *lato*, amplio a la interpretación de las normas electorales".

El recurrente acompaña a su escrito de sustentación varios documentos que se observan del folio 676 al 684.

CONCEPTO FISCAL:

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E) se refiere a las excepciones propuestas, encontrando acertadas las explicaciones que se hacen en el fallo en torno a este punto, excepto las de caducidad de la acción, que considera erradas, manifestando que "el Tribunal no debió rechazar, ... el memorial comentado en cuanto a su oportunidad, ni en cuanto a su contenido, ni

en cuanto a sus pretensiones anulatorias y probatorias. De allí que fué errada la decisión del reconocimiento de la excepción de caducidad en relación con las ciento cincuenta y tres mesas o jurados de votación relacionados en la Corrección de la demanda".

Se refiere luego, a la inhabilidad para desempeñar el cargo de alcalde, que se atribuye al señor HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, de acuerdo al artículo 179, numeral 8 de la Constitución, expresando "Si bien es cierto que la Procuraduría Delegada se inclinó en el pasado a los dictados de la jurisdicción y en un reciente pretérito acogió sus planteamientos desde cuando el titular de esta oficina inició sus gestiones como encargado, también es claro que hoy recoge su sometimiento y propone a consideración del Juzgador un nuevo enfoque jurídico, basado en una proposición traída de la misma Constitución.

Hay una norma expresa, especial, posterior y restrictiva, incrustada en la misma Constitución, que descarta la nulidad que el Consejo de Estado ha venido extendiendo a los elegidos para el Congreso, (sic) siendo concejales municipales. Es una norma que invita a su acatamiento".

Agrega, que por no ser el concejal funcionario empleado público, ni tener funciones específicas, no tiene deber legal ni constitucional de renunciar.

"El título VI de la Constitución Política está dedicado de manera exclusiva y única la Rama Legislativa y su capítulo 6; se concreta específicamente solo a los Congresistas. Ninguna de sus normas pueden extenderse aplicables (sic) a miembros de otra Corporación o cuerpo plural de individuos, así sea similar, idéntico o de régimen parecido. Cuando el artículo 179 inicia su preceptiva con particular señalamiento que la prohibición que diseña esta dedicada concluyentemente a los miembros de cuerpo legislativo y no a ningún otro.

"Extender su ámbito de restricción a eventualidades diferentes y crear inhabilidades que no se prevén en la norma Constitucional, es construir jurisprudencialmente nuevas causales de las que se contemplan en ese capítulo 6o., de la Carta"

Aduce que la coincidencia de los períodos de Concejal y Alcalde no constituye inhabilidad, siendo la única sanción la pérdida de la investidura en aquel cargo.

Hace un detallado recuento de la forma como se desarrolló procesalmente la prueba de peritación, considerándola desconcertante y frustrante en sus

resultados, siendo poco lo que aportó al plenario, dadas sus flagrantes irregularidades y ostensibles arbitrariedades procesales.

El informe técnico como la certificación de la Registraduría del Estado Civil y la prueba testimonial, a juicio de la fiscalía, carecen de fuerza suficiente y entidad necesaria para que pueda destruirse la presunción de los actos administrativos, "dado el reducido espectro que difunden".

Solicita, se revoque la sentencia objeto de la impugnación y se ordene copias con destino a la Unidad de Fiscalías de Santa Marta, para que se investiguen penalmente las graves anomalías que se presentaron en las elecciones.

CONSIDERACIONES:

Al fundamentar el *a-quo* las decisiones adoptadas: en el fallo, examina las excepciones propuestas por la parte demandada, y respecto a ellas, observa la Sala, que los hechos alegados en las tres primeras, constituyen excepciones previas, así lo contempla el artículo 97 del C. de P. C., cuando señala en su numeral 2., "Falta de competencia"; en el 5, "Indebida representación del demandante o del demandado", y en el 7 la de "Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales", excepciones que no caben en el proceso electoral y en su examen se aprecian como simples irregularidades.

La Sala, sin necesidad de repetir los Planteamientos con los que el *a-quo* las resuelve desfavorablemente a lo pretendido por el demandado, acoge esos planteamientos sin mas agregados, para asumir la misma postura, dada su claridad y ceñimiento a las normas vigentes.

En relación con la "excepción genérica", que se hace consistir en la "absoluta carencia de fundamento fáctico y jurídico en las pretensiones de la demanda", hay que decir, que estas circunstancias, son precisamente las que motivan el estudio del Juez para el pronunciamiento de fondo, o sea, si los hechos alegados, fueron probados y encuentran respaldo en las normas jurídicas invocadas o sí por el contrario no lo fueron, quedando sin fundamento las pretensiones.

LA CADUCIDAD DE LA ACCION ELECTORAL:

Esta excepción alcanzó prosperidad en el fallo, respecto a las ciento cincuenta y tres (153) actas de escrutinio de los Jurados de Votación, adicionadas en el escrito de corrección de la demanda, porque a juicio del Tribunal, dicho escrito, a pesar de que se presentó una sola vez, y no varias, como lo afirma el

excepcionante, se hizo fuera de tiempo, "cuando ya había precluído el término señalado por la ley para tal corrección", pues la demanda conforme al artículo 230 del C.C.A., puede ser corregida antes de que quede en firme el auto que la admita, y como éste auto no es susceptible de ningún recurso, surtiéndose su ejecutoria al día siguiente de la notificación, la corrección fue extemporáneo, dado que, aquélla se hizo el día 11 de mayo de 1992 y ésta, se presentó el 18 de mayo siguiente, siendo técnicamente inadmisible.

Respecto a este punto, encuentra la Sala lo siguiente:

La demanda inicial fue presentada el día 27 de abril de 1992, dentro del término de caducidad (fls. 3 y s.s. cdno. No.1), siendo admitida el 8 de mayo siguiente (fl. 27 y s.s.).

En diligencia vista a folio 42, consta que el auto admisorio, fué notificado personalmente al doctor HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, el dia 11 de mayo de 1992.

A folio 43 fte, existe constancia de que para notificar a las partes el auto admisorio de la demanda se fijó en lugar público de la secretaría edicto por el término de cinco (5) días, el 12 de mayo de 1992 a las 8 a.m., constancia que aparece en la misma copia del edicto.

Cuando se estaba surtiendo la notificación por Edicto, el demandante el 18 de mayo de 1992, presentó escrito de corrección a la demanda (fis. 57 y s.s.), adicionando el hecho 6 de la misma, con petición de nulidad de las actas de escrutinio correspondientes a ciento cincuenta y tres (153) mesas que allí relaciona y solicitando otras pruebas.

La corrección de la demanda fue admitida en auto del 20 de mayo de 1992 (fl. 116) y notificada al demandado el 22 de mayo siguiente (fl.ll7), continuando su trámite legal.

Para la Sala, el procedimiento de notificación de la demanda, es claro y ceñido a la preceptiva del artículo 233 del C.C.A., y a la jurisprudencia, pues, no solo se notificó personalmente al demandado por tratarse de una elección singular, sino que se notificó a las demás partes por edicto, como lo indica el numeral 1 de la disposición.

El *a-quo*, para afirmar la extemporaneidad del escrito de corrección, parte de la notificación que del auto admisorio de la demanda, se hizo el 11 de mayo de 1992, aunque no dice a qué notificación se refiere; es de entender que se trata de la personal al demandado que fué la realizada en esa facha. Es

decir, solo tuvo en cuenta este acto procesal para contabilizar el término de notificación y ejecutoria del auto admisorio y no la notificación que se hizo a las demás partes por edicto, de acuerdo con la cual, la providencia solo quedaba ejecutoriada al día siguiente de aquel en el cual vencieran los cinco (5) días del edicto, lo que ocurrió el 18 de mayo de 1992 a las 6 p.m., por tanto, la ejecutoria se produjo el 19 de mayo siguiente a la misma hora, fecha hasta la que podía el actor corregirla por una sola vez, como lo hizo el 18 de los mismos mes y año.

LA DEMANDA:

El otro aspecto que aduce el Tribunal en apoyo de la caducidad de la acción, - entiende la Sala -, se refiere a que, por el hecho de haber limitado el actor la pretensión de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación, a ciento cuarenta (140) mesas inicialmente, ya esta petición no la podía adicionar en la corrección con más actas y mesas, porque daba lugar a incluir nuevas pretensiones, que para ser viables tendrían que haberse formulado dentro del término de caducidad. Es lo que se deduce del contenido del siguiente párrafo:

"La inclusión de nuevas pretensiones ha de estar, huelga afirmarlo, sujeta al presupuesto procesal de la vigencia de la acción. Este presupuesto, sin duda alguna, no se da respecto de la pretensión de nulidad de las ciento cincuenta y tres mesas de votación incluídas la corrección de la demanda, puesto que cuando se formuló la petición de nulidad de las mismas ya había vencido el término de veinte (20) dias que para la caducidad de la acción electoral señala el artículo 7 de la ley 64 de 1988".

La Sala, en este punto de demanda y corrección, acoge la ilustración doctrinaria y jurisprudencias que en su obra Derecho Procesal Administrativo, tercera edición 1992, pág. 211, trae el doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, referida al artículo 208 del C.C.A., pero aplicada a los procesos electorales. Así expresa:

"Como lo dice el Consejo de Estado con referencia al artículo 128 de la ley 167 de 1941, en doctrina que es igualmente aplicable al nuevo estatuto" el derecho de corregir la demanda hace parte de la acción misma que por ella se ejercita, porque si el actor no tiene la facultad de aclarar a enmendar sus propias peticiones, la acción queda limitada a hacer nugatoria la justicia que por ella se impetra. Para garantizar tanto la plenitud de ese derecho como la juridicidad de la función jurisdiccional, la ley faculta al actor para hacer a su demanda en determinado estado del juicio, para su mejor ordenamiento, las enmiendas que considere necesarias al formal establecimiento de la relación jurídico procesal que intenta, y ordena al juzgador señalar al demandante los defectos formales de que adolezca la demanda, para que las corrija. La corrección de la demanda

es una garantía procesal que tiene el carácter de orden público que debe prevalecer sobre la interpretación de cualquier otro texto.

Aunque la norma transcrita inicialmente no lo dice expresamente, la facultad de aclarar o corregir la demanda que tiene el actor comprende también la de **adicionarla**. En ejercicio de este derecho no podrá sustituir la totalidad de las personas demandantes o demandadas, ni la de las pretensiones formuladas en la demanda inicial, pero sí prescindir de alguna de estas o incluir nuevas".

Conforme con esta orientación, queda en claro, que el actor podía en este caso, incluir en su escrito de corrección y a manera de adición, la petición de nulidad de las actas de escrutinio correspondientes a las 153 mesas objeto de excepción, sin que respecto a esa nueva pretensión - como lo dice el Tribunal - operara la caducidad; ni tampoco de acuerdo a lo alegado por el apoderado del demandado, esa adición, deba interpretarse como una distinta demanda. Y es lógico que si se admite la inclusión de nuevas pretensiones, éstas deben estar respaldadas en hechos y los hechos en pruebas.

Estos breves razonamientos conducen a que, la excepción de caducidad alegada, deberá declararse no probada, haciendo viable el estudio del cargo en relación con las 293 actas de escrutinio de las mesas que se aducen viciadas, tanto en la demanda inicial como en el escrito de corrección.

Pero antes de acometer dicho estudio, debe observar la Sala, como ya lo ha hecho en varías providencias, que conforme al artículo 251 del C.C.A. , en los procesos electorales que tienen un trámite especial y propio, en la segunda instancia, no hay práctica de pruebas; este ciclo quedó agotado ante el Tribunal del conocimiento y no es viable reabrir un período probatorio a solicitud de las partes, con el fin de validar procesalmente pruebas allegadas después de preferida la sentencia de primera instancia. Los procedimientos están fijados por la ley y dentro de éstos, debe darse estricto cumplimiento a los términos procesales dados los principios que los rigen, como los de celeridad, eventualidad o preclusión.

Conforme con lo anterior, no hay lugar a que las pruebas allegadas y solicitadas por el apoderado del demandado en el memorial de sustentación del recurso, puedan ser decretadas y valoradas mediante un auto para mejor proveer, pues este siendo una facultad especial del juzgador, sólo puede ejercerla cuando existan puntos oscuros o dudosos en la contienda y no para revivir un debate probatorio ya clausurado.

También debe observarse, que los hechos alegados inicialmente como excepción de "Ineptitud de la demanda", esto es, no haberse allegado con la

demanda y su corrección copias de los actos demandados y de los anexos ordenados por el artículo 139 del C.C. A., para notificar a las partes no constituyen causal de nulidad procesal en ninguno de los casos contemplados por el artículo 140 del C. de P. C., nulidades que son taxativas y de carácter restrictivo.

Hechas las anteriores observaciones, alterando el orden del fallo que se revisa, procede la Sala al estudio del cargo que denomina el *a-quo* "FRAUDE EN LA EMISION DE VOTOS".

Tal calificación, obedece a que en las elecciones celebradas el 8 de marzo de 1992 en la ciudad de Santa Marta, "hubo fraude mediante la emisión de votos con cédulas falsas, suplantación de electores y doble votación, cuya ocurrencia - dice el fallo- es innegable", razón que lo indujo a hacer "algunas reflexiones acerca del valor tutelado por la ley mediante la acción contenciosa electoral, la incidencia de la nueva Constitución en las decisiones sobre nulidad de los registros electorales y la manera de enfrentar el fraude sin alterar la voluntad mayoritaria de los electores".

Estos temas y el principio de la eficacia del voto y el de la libertad de elegir, tienen un amplio tratamiento en la sentencia, y llevan al juzgador de primera instancia a dar validez a la elección, al máximo posible, "declarando solo la nulidad de aquellas urnas donde por el elevado número de situaciones anómalas se patentizó el propósito deliberado de alterar el resultado electoral".

A esta conclusión llegó, después de examinar la prueba solicitada por el actor, para demostrar la causal de falsedad o apocrifidad que invocó en relación con los hechos alegados.

El *a-quo*, después de ese exámen, considera que ante la falta de contradicción del dictamen, por haberse omitido su traslado a las partes, éste carecía de fuerza probatoria. Sin embargo, adujo "como las conclusiones de dicho dictamen tienen respaldo en la documentación arrimada al proceso, se tendrá como indicio de las actuaciones irregulares, viciosas de que él da cuenta".

Y sobre esta base produjo su decisión, declarando la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados o mesas de votación donde según su criterio, se hizo patente el propósito deliberado de alterar el resultado electoral; mesas en las que la votación ascendió a 2360 sufragios y por ser considerado este número intrascendente, o sea sin fuerza para variar el resultado final de la elección, la nulidad del acto administrativo demandado no prosperó.

Para la Sala, son bien claras las incidencias que se presentaron en relación con la prueba pericial solicitada por el apoderado del demandante, con la cual,

básicamente, este pretendió demostrar los hechos fraudulentos ocurridos en las elecciones del 8 de marzo de 1992 en Santa Marta.

La prueba se afectó desde un principio, pues se pidió la práctica de una Inspección Judicial con intervención de peritos y éstos no fueron designados por el Tribunal sino, a solicitud de éste, por la Registraduría del Estado Civil, asimilándola a un informe técnico; medio éste que no puede confundirse con la prueba pericial, porque no reúne los requisitos mínimos esenciales de ésta, el de la posesión por ejemplo, acto procesal importante en el que los peritos deberán expresar bajo juramento que no se encuentran impedidos y además, hacen otras manifestaciones que les señala el artículo 236, numeral 3 del C. de P. C., o antes de aquel acto, el perito en quien concurra alguna causal de impedimento, deberá declararla para que el juez proceda a su reemplazo.

En el *sub-lite*, se hace evidente que si se hubieran observado las normas sobre la prueba de peritación, previstas en el artículo 233 y s.s. del C. de P. C la perito JULIA SOFIA BETANCOURT DE OVALLE, quien fué citada como testigo al proceso y declaró, habría advertido el impedimento oportunamente y no cuando ya había avanzado de tal manera el término, que hacía imposible la culminación de la prueba con el traslado del dictámen conforme lo indica el art. 238 *ibídem,* para que las partes pudieran ejercer el derecho de contradicción, dando al traste con este medio de convicción, sobre cuya base, descansaba la demostración del fraude electoral respecto a todas las mesas demandadas.

El dictamen, ante la inobservancia de ese presupuesto carece de fuerza probatoria, es decir, en su valoración legal, no tiene la virtualidad de probar los hechos de la demanda y su corrección, máxime cuando se observa que fué e mismo actor a través de su apoderado, quien una vez presentado el nuevo dictamen pericial, solicitó la clausura del ciclo probatorio, para que el proceso continuara en su trámite (fl.216).

Ahora bien, la falta de fuerza probatoria en el dictamen, no puede suplirse, partiendo de sus conclusiones, con la prueba del indicio, sobre la base de que, aquéllas tienen respaldo en la documentación arrimada al proceso y dar así - como lo hace el *a-quo* por demostradas "las actuaciones, viciosas de que él da cuenta", declarando bajo este supuesto, la nulidad de algunas de las actas de jurados de votación, en relación con la demanda inicial.

Los hechos para merecer la calificación de indicios, deben estar plenamente probados en el proceso (art. 248 C. de P.C.), pero para que el Juez pueda considerarlos como un medio de prueba, es indispensable que constituyan una prueba válida y para ello es necesario que además de otros requisitos, se cumplan los siguientes:

"a.-) Que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas, en forma legal. El indicio es una prueba que necesita ser probada y por lo tanto, si los medios empleados para este fin (testimonio, documentos, inspecciones, confesiones, dictámenes de expertos) adolecen de nulidad o carecen de valor procesal por vicios en el procedimiento para su aducción, ordenación, admisión, y práctica, el Juez no podrá otorgarles mérito probatorio y, en consecuencia, el hecho indiciario le será procesalmente desconocido. La invalidez de aquellas pruebas deja sin valor el indicio que de ellas puede resultar . . . "(Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Segunda Edición, pág. 460)

Por manera que, la conversión de prueba pericial a prueba indiciaria, que le dio el *a-quo* al dictámen que obra a folios 175 y s. s. , del cdno. No. 2, no es válida como fundamento de la decisión de nulidad, debido a la ineficacia de aquella por falta de contradicción del dictámen, presupuesto necesario para su legalidad.

Ahora, en relación con este mismo punto, debe observarse que el "dictámen pericial" rendido inicialmente, del cual se dió traslado a las partes para que éstas ejercieran respecto a él, el derecho de contradicción, carece de todo valor probatorio, porque al denunciarse el impedimento de una de las peritos y esta manifestarlo, se declaró inexistente en decisión adoptada el 22 de septiembre de 1992 (fl. 159 cdno. No. 2), que al no ser impugnada dentro del termino de notificación y ejecutoria, adquirió firmeza.

Pero aún más, estima la Sala, en la hipótesis de que no se hubiera hecho el pronunciamiento de "inexistencia" del dictámen, tampoco tendría el valor que le atribuye el apoderado del actor en el memorial de sustentación, porque si bien de él se dió traslado a las partes, la aclaración y complementación solicitada no tuvo respuesta, pues no podía tenerla por los mismos peritos, ni con éstos podía cumplirse el trámite de la objeción por error grave, en caso de que procediera, o sea, que el dictámen no solo estaba afectado por el vicio del impedimento, sino que además, no culminó en su trámite.

Finalmente, es de anotar, que si bien de acuerdo con el informe técnico rendido por peritos grafólogos del DAS a folios 136 y s.s., se establece la falsificación de cincuenta y un (51) cédulas de ciudadanía, la utilización de esos documentos en las elecciones del 8 de marzo de 1992, en la ciudad de Santa Marta, no esta demostrada procesalmente, en virtud de que el "dictámen pericial" mediante el que se debía complementar dicha prueba, a pesar de que en éste se indica que de esas 51 cédulas se utilizaron 22 en las elecciones, se consideró carente de eficacia probatoria por falta de contradicción.

A juicio de la Sala, este número se puede establecer mediante la confrontación de las cédulas falsas y de las personas supuestas que aparecen en el informe, con los registros de votantes formulario E-15) correspondientes; pero se advierte que esa votación fraudulenta, en caso de confirmarse, no afecta el resultado de la obtenido por el elegido Alcalde y además, fue emitida en 21 mesas, o sea, en una proporción de voto por mesa, proporción que según criterio ya sentado, no es suficiente para anular toda la votación de cada mesa. Ello, atentaría contra el principio de la eficacia del voto y sorprendería a quienes lo depositaron honestamente, ejerciendo este libre derecho.

Con fundamento en las anteriores consideraciones concluye la Sala en desestimar el cargo examinado, en razón de que los hechos en que se apoya no fueron demostrados en el proceso.

LA INHABILIDAD ALEGADA:

El actor, además del cargo anteriormente analizado, expresa que el doctor HUGO GNECCO ARREGOCES, de acuerdo al artículo 179 numeral 8 de la Constitución, estaba inhabilitado para ser elegido alcalde del Distrito de Santa Marta.

Plantea al efecto, que el citado ciudadano era miembro principal del Consejo Distrital de aquella ciudad en el Período 1990 1992.

Que este período terminaba el 31 de julio de 1992 y el de alcalde se iniciaba el 1 de junio del mismo año, luego era evidente que ambos períodos "coincidían" parcialmente, durante los meses mencionados, en los cuales "tendría el doble carácter de miembro principal del Consejo Distrital de Santa Marta - cargo al cual no renunció - y alcalde y jefe de la Administración Distrital de la misma ciudad".

Además del artículo 179 numeral 8 de la C.N., se invoca en el concepto de la violación el artículo 228 del C.C.A., y aquel se explica bajo las mismas razones que fundamentan el cargo.

Respecto a esta inhabilidad, la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda (fls. 124 y s.s.), al responder el hecho séptimo, admite ser cierto que fue elegido Concejal Principal del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, para el período 1990 - 1992, pero también que renunció a tal investidura, en carta enviada al alcalde de la misma ciudad, el 13 de abril de 1992, habiendo sido aceptada el 15 de los mismos mes y año.

SECCION QUINTA

Aclara, que no asistió a las sesiones del Concejo durante el año de 1992 y que no es cierto que estuviese inhabilitado para ser elegido alcalde de Santa Marta, de acuerdo a lo estatuído en el artículo 1 de la ley 49 de 1987, y porque la Constitución de 1991 en ninguno de sus artículos estableció inhabilidades para ser elegido alcalde, debido a que estas ya estaban establecidas en las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987.

Dentro del término de fijación en lista (fls. 174 y s.s. cdno. No. 1), el apoderado allegó memorial acompañado de un escrito de renuncia como concejal de fecha 31 de enero de 1992, presentado ante el Registrador Departamental del Estado Civil en Santa Marta, y constancias de su recibo en la misma fecha.

Solicita en el mismo, que los documentos presentados directamente por el demandado, como anexos al escrito del 7 de mayo de 1992, sean tenidos como pruebas.

Consisten en el memorial de renuncia fechado el 13 de abril de 1992, copia del Decreto No. 275 del 15 de abril siguiente aceptándola y certificado expedido el 5 de abril de 1992 por el Secretario General del Concejo de Santa Marta, obrante a folios 37, 38 y 39 del cdno. No 1, punto que se analizará más adelante.

LA TESIS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA, RESPECTO A LA INHABILIDAD ALEGADA

Al examinar este punto en la sentencia, el *a-quo* reafirma las consideraciones que tuvo en cuenta para denegar la suspensión provisional.

Su tesis, parte de la premisa de que la interpretación que se da al texto del artículo 179-8 de la C.N., en sentido general es estrecha, puesto que si el constituyente hubiera tenido en mente extenderla a servidores públicos distintos de los congresistas, hubiera ubicado el precepto en el capítulo de la "función pública".

Plantea, que el régimen de inhabilidades de los alcaldes conforme al artículo 293 de la C.N., quedó deferido a la ley, siendo esta norma la aplicable por ser dichos funcionarios elegidos por voto popular.

La Constitución de 1991 nada prevé en esta materia respecto al régimen de inhabilidades de los alcaldes. Tampoco dijo que éste "no fuese menos estricto que el de los Congresistas, o diputados". Recuerda el carácter restrictivo que tienen las prohibiciones legales y finalmente anota, que en caso de que el numeral

8 del artículo 179 de la Constitución fuere aplicable a otros servidores públicos distintos a los congresistas, el constituyente no previó el mecanismo sancionatorio.

Es evidente, que el Tribunal al acoger la tesis de la defensa, en el sentido de que el artículo 179 numeral 8 de la C.N. , solo rige para los congresistas, parte de la base de su ubicación en el título VI que trata "LA RAMA LEGISLATIVA", pero especialmente en su capítulo 6 que se refiere a tales servidores públicos, lo que le permite manifestar, además de lo expuesto anteriormente que la expresión "nadie" que empleó la norma tiene su explicación idiomática "en la impropiedad en el manejo por quienes redactaron a varia (sic,) manos, a veces de manera inconexa, la carta fundamental".

Estos fundamentos que sirvieron de soporte al *a-quo* para declarar imprόspero el cargo, no tienen acogida en esta instancia, porque son contrarios al criterio que en la aplicación del artículo 179, numeral 8 de la Constitución de 1991, ha venido sosteniendo la Corporación, dando lugar a que se conforme en este sentido, una jurisprudencia coherente, materializada en varios fallos, producidos a partir de la vigencia de la norma, los que pueden leerse en su parte pertinente a folios 647 y s.s. , del cdno. No. 2 y cuya vigencia se reafirma en este proceso, puesto que no se encuentra, de las argumentaciones presentadas, la que exprese motivos de convicción válidos, que hagan variar el criterio hasta ahora sostenido por la Sala, como es el propósito que inspira al agente del Ministerio Público en esta oportunidad.

En efecto dicho representante de la procuraduría propone un nuevo enfoque jurídico en esta materia, "basado en una proposición traída de la misma Constitución", esto es, el título VI, capítulo 6, dedicados de manera exclusiva a los congresistas, sin que pueda extenderse a casos semejantes.

Para proponer el cambio de jurisprudencia, enjuicia la existente, afirmando que se trata de una preceptiva textualista que desvertebra el rigor hermenéutico de la Coordinación y rompe la severidad de la especialidad en la materia tratada, además de que desmonta la primacía de la norma posterior a la anterior, cercenando la máxima restrictiva en materia anulatoria, extendiendo inhabilidades inexistentes para dejar de aplicar la norma Constitucional.

En verdad, tan severo juicio no merece la perspectiva jurisprudencias surgida de la aplicación del artículo 179-8 de la C.N., porque el texto de la norma al expresar "Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente", es tan claro, que no da lugar a interpretaciones por fuera de su contexto, del cual se desprende el propósito del Constituyente al establecer la prohibición y el sentido general de su aplicación,

empleando las palabras 'que en nuestro lenguaje tienen un significado preciso y definido como es el caso del pronombre "nadie". que de acuerdo al diccionario Planeta de la lengua española significa "ninguna persona", o sea, que su alcance es absoluto, total, sin limitaciones, no dirigido a un determinado destinatario - en este caso a los congresistas - como se sostiene en el escrito de contestación a la demanda, en el fallo y en el concepto del Ministerio Público, cuyos criterios convergen en este punto, del que hacen derivar todos sus planteamientos.

La inhabilidad consagrada en el artículo 179 numeral 8 de la C. N., tiene pues, un sentido más amplio que el que se le atribuye en este proceso, sobre la base, de su ubicación en el texto constitucional.

Aspecto simple, que ha generado controversia y dado lugar, a que se elabore la tesis de su inaplicación a la elección de alcaldes, con diferentes argumentos, como por ejemplo, que la Constitución de 1991 no señala inhabilidades para tales servidores públicos; que para éstos ese régimen esta previsto de manera especial en la ley 78 de 1986 y 49 de 1987, artículo 1. parágrafo 1, norma esta según la cual, no se encuentran inhabilitadas las personas que en la fecha de la elección de alcaldes, tuvieran la investidura de concejal, porque al ser elegidos la pierden automáticamente a partir de la fecha de su elección, circunstancia que a su vez, hace irrelevante la presentación de la renuncia.

La Sala, desde un principio, ha estimado que el artículo 179 numeral 8 de la C.N., es una norma electoral de carácter general y así la ha aplicado en los distintos fallos, observando, que el hecho de estar ubicada en lugar inadecuado en la Constitución, no le quita ese carácter, criterio este que ha merecido la calificación de "manido argumento" por parte de la procuraduría delegada.

Pero no es así, porque son precisamente eminentes constitucionalistas los que se identifican con el criterio de la Sala.

En efecto, en su obra "Interpretación y génesis de la Constitución Colombiana, página 319, los doctores CARLOS LLERAS DE LA FUENTE, constituyente de 1991; CARLOS ADOLFO ARENAS CAMPOS, JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA Y AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA, asesores de la Asamblea Nacional Constituyente, al explicar el texto constitucional de 1991, señalan respecto al numeral 8 del artículo 179 "el numeral 8 esta mal ubicado en este artículo, porque no consagra una prohibición especialmente dirigida a los Congresistas, como indica la frase que en el encabezamiento del artículo gobierna todo su texto, sino que está concebida para todos los que pretendan ser elegidos para cualquier Corporación de elección popular o para cualquier cargo público en el país.

Por ser una norma electoral de carácter general, este numeral debería encontrase en el título IX, capítulo I que trata del sufragio de las elecciones".

El concepto lo emiten, pues, personas con suficiente autoridad en esta materia, porque tuvieron participación activa en la redacción y expedición de la carta Política de 1991.

La Sala, considera suficientes las razones expuestas, para mantener vigentes la jurisprudencia en relación con el artículo 179 numeral 8 del C.N desestimando las tesis contrarias expuestas por el demandado, el *a-quo* y el Procurador delegado.

Al alegar en esta instancia (fls 468 y ss), el Procurador Judicial del demandado, transcribe lo dicho en el escrito de contestación de la demanda y su corrección, en relación con el hecho 7, en el que se presente la inhabilidad.

Igual actitud adopta respecto a la tesis del Tribunal al denegar la suspensión provisional y con lo dicho por la Sala, al confirmar tal decisión.

Se refiere luego al criterio jurisprudencial sostenido por la sección, respecto al artículo 179-8 de la C.N., planteando un interrogante sobre la vigencia del acto legislativo número 78 de 1986 y 49 de 1987, a partir del artículo 380 de la nueva Carta Política.

Insiste, en que a pesar de la nueva tesis, el alcalde samario no estaba inhabilitado, en razón de que había renunciado dos veces y abandonado el cargo de concejal.

Sustenta este argumento, señalando que el doctor HUGO GNECCO ARREGOCES con fecha 31 de enero de 1991, presentó renuncia irrevocable al cargo de concejal distrital, lo que hizo ante el Registrador Departamental del Estado Civil de Santa Marta, quien en la misma fecha le puso constancia de recibido, y como este funcionario era incompetente para resolverla, ha debido darle traslado al competente que era el alcalde de Santa Marta, tal como lo ordena el artículo 6 del D.L. 2733 de 1959 y también el artículo 33 del D. 01 de 1984, aspecto que se cumplió mediante oficio No. 071 de enero de 1991.

Esta prueba, dice el apoderado no haberla aportado oportunamente, pero que bien podría obtenerse mediante auto para mejor proveer y en caso de confirmarse, había que convenir que su mandante ya no era concejal de Santa Marta cuando el domingo 8 de marzo fue elegido alcalde, y por tanto no tenía ninguna inhabilidad para ejercerlo.

SECCION QUINTA

Después de hacer un ponderado análisis de la renuncia, desde el punto de vista normativo en las ramas ejecutivas y jurisdiccionales y Ministerio público, concluye que para los concejales no hay regulación legal y por lo tanto debe aplicarse el artículo 123 del D.1660 que rige para el Ministerio Público y que otorga plazo de un mes para decidirla.

Con apoyo en esta perspectiva, precisa que, presentada por GNECCO ARREGOCES su renuncia irrevocable del carga de concejal el 31 de enero de 1991, ante el Registrador del Estado Civil de Santa Marta, y remitida en la misma fecha, al alcalde del lugar, este tuvo un plazo de un mes calendario para decidirla, pero como no lo hizo, el doctor GNECCO ARREGOCES conforme al artículo 123 del 1660 de 1978 y los artículos 59 y 62 de la ley 4 de 1913 y 121 del C de P.C "**abandonó su cargo y su curul de concejal, quedando** completamente despojado de ella a partir del 1 de marzo de 1992.

Desde el 31 de enero de 1991, fecha de su renuncia no volvió a las sesiones del Concejo, como lo demuestran las actas correspondientes que se especifica por números y fechas, pruebas que solicita se obtengan de oficio a través de auto para mejor proveer.

Esta tésis, la presenta el apoderado del demandado partiendo de un supuesto, que las pruebas por él anunciadas, o sea, el oficio No. 071 del 31 de enero de 1992 y las actas de las sesiones del Concejo Distrital de Santa Marta a que antes se aludió, sean allegadas al proceso en virtud de un auto para mejor proveer.

Al iniciar las consideraciones de este proveído, las solicitudes atañederas al decreto de pruebas de oficio, no fueron aceptadas por improcedentes. Estimó la Sala que no era viable reabrir un debate probatorio no contemplo en la ley, recordando además, que en los procesos electorales de segunda instancia, no existe término probatorio y el auto para mejor proveer, solo opera cuando el juez considere, se presentan puntos oscuros o dudosos en la contienda, circunstancias que no se dan en el *sub-lite*.

No demostrado el abandono del cargo de concejal del Distrito de Santa Marta, alegado por el apoderado del damandado, es menester examinar el cargo de inhabilidad, que a éste se le atribuye sobre la base de los hechos, las normas invocadas y las pruebas oportunamente allegadas.

Se afirma en la demanda, que el doctor HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, estaba impedido para ser elegido alcalde del Distrito de Santa Marta, por tener en esta misma ciudad la condición de concejal principal adquirida en las elecciones del 8 de marzo de 1992.

Como la afirmación corresponde a una posición definida, la carta de la prueba para demostrar la calidad de concejal en el período 1990-1992, correspondía al actor, quien en efecto aportó el acta parcial de escrutinio (formulario E-28) que obra a folio 17 de cdno 1.

Ahora, expresó también el actor que el demandado no había renunciado a ese carga para las elecciones del 8 de marzo de 1992 y para acreditar su afirmación aportó con la demanda una certificación en ese sentido expedida por el alcalde de ese distrito (fl. 18 cuad. 1), presentándose una coincidencia parcial de períodos; siendo este aserto refutado por el demandado, quien para desvirtuarlo, allegó copia auténtica del escrito que con fecha 13 de abril de 1992 dirigió al alcalde de Santa Marta, presentando renuncia de su calidad de concejal, e igualmente, copia auténtica del D. 275 del 15 de abril de 1992 mediante el cual le fue aceptada.

Estas pruebas fueron incorporadas legalmente al proceso, por solicitud que a través de su apoderado, hizo el demandado durante el término de fijación en lista.

Su eficacia conduce a demostrar indubitablemente, los hechos que configuran la inhabilidad alegada, pero es que además, fueron aceptados en confesión espontánea hecha directamente por el demandado en escrito visto a folio 32 y ss. cdno. No. 1 (art. 194 C de P.C) y confesión por apoderado al contestar el hecho 7 de la demanda en el escrito de respuesta al *libelo* (art. 197 *ibídem*).

Ahora bien, probado el supuesto de hecho observa la Sala, que el actor invocó la norma que lo contempla como inhabilidad, el artículo 179, numeral 8 de la Constitución Nacional, cuya aplicación en este caso concreto, es viable de acuerdo a la jurisprudencia reiterada, cuya vigencia ha reafirmado la Sala después de no acoger otros criterios de interpretación.

También invocó el demandante el precepto que establece la facultad de ocurrir ante esta jurisdicción, en demanda de sanción nulativa, cuando el candidato fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, esto es, el artículo 228 del C.C.A.

Se tiene, entonces, debidamente acreditada la coincidencia parcial de períodos como alcalde y concejal del Distrito de Santa Marta, por parte del doctor GNECCO ARREGOCES, en virtud de haber resultado electo en el primer caso en las elecciones del 8 de marzo de 1992, y de consiguiente la violación de la prohibición que consagra el artículo 179 numeral 8 de la C.N., puesto que la renuncia del cargo de concejal, ocurrió el 13 de abril de 1992 y

fue aceptada el 15 de los mismos mes y año, cuando ya habían pasado las elecciones, a las que debió llegar el demandado despojado de esa investidura, que es el propósito perseguido con la prohibición establecida en la preceptiva constitucional y cuya actitud, demuestra, que GNECCO ARREGOCES aceptó haber ostentado el cargo hasta la prementada fecha, hecho que sumado a la falta de pruebas hace más infundado el supuesto abandono del mismo.

El cargo entonces esta llamado a prosperar en esta instancia y así habrá de definirse en la parte resolutiva.

Finalmente advierte la Sala, que el acto legislativo No. 01 de 1986 fué derogado por el artículo 380 de la C.N., pero las leyes reglamentarias 78 de 1986 y 49 de 1987, seguirán vigentes mientras no sean derogadas en forma expresa o tácita por nuevas leyes, o sus disposiciones sean contrarias a la Constitución, lo que no ocurre con el parágrafo 1 del artículo 179 numeral 8 de C.N., y por eso no tiene aplicación en el presente caso, quedando desvirtuados los planteamientos que con base en aquella norma se hicieron en el proceso.

Conforme con las anteriores consideraciones, la sentencia será revocada en sus numerales 1, 2, 3, y 4 y confirmada en el 5, para que una vez compulsadas las copias a que hace referencia el fallo apelado, se proceda por la Fiscalía Seccional de Santa Marta a las investigaciones penales correspondientes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E), obrando en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: **Revócanse** los numerales 1 y 2 del fallo apelado, en cuanto que, por el primero se declaró probada la excepción de caducidad de la acción electoral respecto a 153 actas de escrutinio de los jurados o mesas de votación, adicionadas en el escrito de corrección de la demanda, y por el segundo, consecuente con esta decisión se declaró inhibido el Tribunal para un pronunciamiento de fondo.

En su lugar, se declara no probada la excepción de caducidad.

SEGUNDO: **Revócase** el numeral 3 del fallo, mediante el cual se declaró la nulidad de las actas de los jurados de votación que funcionaron en Santa Marta el día 8 de marzo de 1992 para la elección de Alcalde Mayor del Distrito, que se especifican en el mismo.

TERCERO: Revócase el numeral 4 del fallo apelado, por medio del cual, se negaron las demás pretensiones de la demanda.

En su lugar, se declara la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución número 32 del 15 de marzo de 1992, en cuanto que, en su artículo 4 los Delegados del Consejo Nacional Electoral, declararon la elección del doctor HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES como alcalde del municipio de Santa Marta para el período constitucional 1992-1994, resolución contenida a su vez en el acta general de escrutinio practicado por las mismas autoridades electorales mencionadas.

CUARTO: Para la **elección** del nuevo alcalde procédase conforme al artículo 7 del D. 1001 de 1988.

Cópiese, notifíquese y cúmplase y en firme este proveído vuelva a su lugar de origen.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del dia tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, (ausente con excusa legal)*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONCEJAL - Inhabilidades / EMPLEADO OFICIAL

Está demostrado que el demandado era empleado oficial cuando fue elegido concejal y que tuvo la misma calidad dentro del término que el impedía ostentar esa investidura, o sea, el que consagra el artículo 83 del d. 1333 de 1986 cuando señala que, no podrán ser elegidos concejales quienes "dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales. Se estructuran, pues, los elementos necesarios para configurar la causal de inhabilidad prevista en la antes citada disposición, que su vez está confirmada por la ley 45 de 1989 siendo viable la pretensión de nulidad formulada en la demanda.

SERVIDOR PUBLICO / PARTICIPACION EN POLITICA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Según el art. 127 de la C.N., si bien ciertos servidores públicos pueden participar en actividades y controversias políticas, el precepto no consagró una autorización absoluta de aplicación directa, pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales facultades a la reglamentación legal que debe expedirse, condición que es de carácter suspensivo, pues mientras no se cumpla no se sabrá en qué circunstancias se puede ejercitar ese derecho.

ACCION ELECTORAL / EXCEPCIONES PREVIAS / Improcedencia

Las excepciones previas no caben frente a la acción pública electoral, a la que solo proceden las de fondo, tal como se desprende del artículo 164 del C.C.A.. Sin embargo, ello no es óbice para que se examinen como simples irregularidades.

EXP. - 0927

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia : Expediente No. 0927 ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA Actor : JHON DOMINGO RUIZ PORRAS.

En apelación de la sentencia proferida el 29 de octubre de 1992, por el Tribunal Administrativo de Córdoba, ha llegado a conocimiento de esta Corporación el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

LA ACCION Y SUS FUNDAMENTOS

Obrando en su propio nombre, el ciudadano JHON DOMINGO RUIZ PORRAS, dentro del término de caducidad de la acción, solicita ante esta jurisdicción la nulidad de la elección del señor ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA, como concejal del municipio de Planeta - Rica (Córdoba), para el período 1992 - 1994, acto contenido en el acta del 11 de marzo del mismo año, expedida por la Comisión Escrutadora Municipal. "Como consecuencia de lo anterior, ordenar la cancelación de su respectiva credencial".

Expresa el accionante que el señor CASTILLO LARA, no podía aceptar la inscripción como candidato o aspirante al Consejo de Planeta - Rica, por cuanto se encontraba inhabilitado para ello ya que presta sus servicios como docente de tiempo completo en el colegio nacionalizado "Simón Bolívar" de dicho municipio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Invoca los artículos 54 de la ley 11 de 1986; 83 del D. 1333 de 1986; 1 de la ley 45 de 1989.

Explica, que conforme a estas disposiciones, quienes hayan sido empleados oficiales dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de las elecciones, no podrán ser elegidas concejales, ni intervenir en actividades de carácter partidista, con excepción del ejercicio del sufragio.

SECCION QUINTA

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El ciudadano ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA, a través de apoderado legalmente constituido, en escrito que obra a folios 58 y s.s. , se opuso a las pretensiones de la demanda respondiendo frente a los hechos; al primero, "que se pruebe" al segundo, "que es cierto" y al tercero, "no es un hecho, es una interpretación de orden Jurídico".

RAZONES DE LA DEFENSA

Partir de la base, de que el artículo 127 de la C.N. , a la vez que consagra una prohibición restringida para los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejercen jurisdicción, "actividad" civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control, quienes no pueden tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos, también consagra una proposición permisiva al señalar que "los empleados **no contemplados en esta prohibición podrán participar** en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley".

Concluye el apoderado afirmando que su mandante, como docente no ostenta ninguna de las calidades, condiciones o características que contempla la proposición prohibitiva de la norma constitucional.

Propuso las excepciones de "ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y no comprender la demanda a todos los *litisconsortes* necesarios".

LA SENTENCIA APELADA

Al resolver en el fondo las pretensiones de la demanda el *a-quo,* sentenció:

> "1.- Declárase nula la declaratoria de elección en favor del señor ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA como concejal de municipio de Planeta - Rica para el período 92 - 94, contenida en el acta del 11 de marzo de 1992, expedida por la respectiva Comisión Escrutadora Municipal, que declaró la elección de concejales de ese municipio.
>
> "2.- Como consecuencia de lo anterior ordenase la cancelación de la respectiva credencial".

Después de despachar desfavorablemente las excepciones, el Tribunal como fundamento del fallo, se remite inicialmente a la prueba y EXPRESA

"Esta demostrado en el acto pertinente (fl-9) la declaratoria de elección de dicho ciudadano como concejal de Planeta Rica: igualmente su condición de empleado de Carrera Docente (fls. 71, 72, 73) con la precisión de que no ocupa cargo directivo docente".

Seguidamente, se refiere al aspecto legal, aduciendo que los artículos 83 del C. de R. M. ;. 54 y 1 de las leyes 11 y 45 de 1986 y 1989, respectivamente, invocados por el actor, en esencia, "con ciertas diferencias de redacción prescriben la misma prohibición para ser elegidos concejales quienes dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección o en ella hayan sido o sean empleados oficiales".

Respecto al criterio adoptado en la aplicación del artículo 127 inciso 3 de la Constitución Nacional, transcribe lo expuesto por el mismo Tribunal, en providencia de diciembre 7 de 1992; allí se dijo:

> "En tal virtud dado lo expresado en los citados incisos de la norma superior., sin duda el Art- 83 fue (sic) modificado parcialmente por la norma constitucional, concluyendo al efecto que según el inciso 2o. de ésta, están inhabilitados para ser elegidos Concejales los ciudadanos dentro de los 6 meses anteriores a la elección hayan sido empleados oficiales que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial electoral o de control.
>
> "Así mismo, y según el inciso 3o., de la precitada norma, a los empleados oficiales vinculados a cargos que no conlleven las connotaciones anteriormente dichas, les está permitido participar en actividades partidarias, como lo expresa la misma norma, en las condiciones que señale la ley, que ha de expedirse para determinar los requisitos y la forma de ejercer tal permisión, luego dicha autorización es inoperante mientras no sea dictada esa reglamentación.
>
> "Así las cosas, estando demostrado que el Señor PALACIO PALACIO es empleado público de Carrera Docente y para la fecha de la elección ocupaba (sic) cargo directivo o de las connotaciones expresadas en el Art. 127.2 ello implicaría que le estaría permitido intervenir en controversias políticas y por ende eleccionarias, en las condiciones que le señalara la ley, pero como ésta aún no ha sido dictada, tal posibilidad de participación no podía ejercerla.
>
> "Lo anterior indefectiblemente llevaría a configurar la inhabilidad para ser elegido, produciéndose la nulidad del acto que lo declaró electo".

Lo anterior, en consideración a que también se invocó como norma violada el Art. 127.3 de la Constitución Política, que si bien permite la intervención en política de los empleados oficiales in connotación directiva y tal permisión aún no puede ser ejercida por carecer de la reglamentación legal a que lo condiciona el mismo precepto, lleva a la conclusión indudable que el Señor **CASTILLO LARA** estaba inhabilitado para participar en la controversia eleccionaria y por tanto es nula su declaración de elección.

LA APELACION DEL FALLO

El apoderado del demandante apeló en tiempo la decisión del *a-quo* expresando que es violatoria del artículo 127 inciso 3 de la C.N., "al negar un derecho que esta norma consagra para los docentes " que no se encuentran enlistados en la prohibición a que alude en su inciso 2", la facultad de intervenir en política reiterando sobre este punto lo que al efecto adujo al contestar la demanda, sobre los dos grupos en que la norma clasifica a los empleados del Estado para inferir que en el segundo están aquéllos a quienes se autoriza la participación en controversias políticas y partidistas, norma que no requiere desarrollo legal porque tutela un derecho de aplicación inmediata. Apoya su tesis en citas doctrinarias vistas a folios 96 y solicita se revoque la sentencia, para que en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

En el trámite de la Segunda Instancia, las partes no alegaron.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Octava Delegada (E), al emitir su concepto, transcribe inicialmente el artículo 83 del D. 1333 de 1986, precisando que si bien es cierto el artículo 127 de la C. N., no señala a los docentes entre los funcionarios inhabilitados para ser elegidos concejales, las causales de inelegibilidad consagradas en aquella disposición, "Para ser elegido como tal, siguen vigentes hasta tanto el legislador no las derogue o modifique".

Analiza la prueba allegada por el actor, encontrándola vaga e incierta, porque no aclara si el señor ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA, prestó sus servicios a entidades oficiales con antelación a la fecha de elección de concejales del municipio de Planeta Rica (Córdoba), para el período 1992 - 1994, solicitando a la Sala, mediante auto para mejor proveer, decretar la prueba sobre la fecha exacta desde la cual el demandado presta sus servicios como docente.

Admite por vía de hipótesis, que si para la fecha de la elección el prementado señor CASTILLO, prestaba sus servicios como profesor, en Planeta - Rica, la conclusión no puede ser distinta a la de que estaba incurso en la inhabilidad, debiendo ser anulado el acto impugnado.

Al no observarse vicios en el procedimiento que afectan la actuación, se procede a dictar el fallo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Las pretensiones de la demanda presentada por el ciudadano JHON DOMINGO RUIZ PORRAS, obrando en su propio nombre en ejercicio de la acción pública electoral, apuntan a que se declare la nulidad del acto por el cual, la Comisión Escrutadora Municipal de Planeta - Rica (Córdoba), el 10 de mayo de 1992, declaró electo como concejal de esta localidad al señor ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA para el período 1992 - 1994.

Las consideraciones del actor como apoyo legal a sus peticiones, parten del siguiente supuesto: que para las elecciones del 8 de marzo de 1992 CASTILLO LARA, estaba impedido para aspirar al cargo de Concejal del municipio prementado, porque desarrollaba allí mismo, labores educativas como profesor de tiempo completo, en el colegio "Simón Bolívar" es decir, tenía la calidad de empleado oficial, por tanto, el hecho de aspirar y ser elegido por la autoridad electoral, es violatorio de las normas que cita en el concepto de la violación.

El demandado replica las pretensiones de la demanda, acogiéndose al artículo 127, inciso 3 de la Constitución Nacional, en cuanto permite a los docentes participar en actividades y controversias políticas, estimando que esta norma es de aplicación inmediata, pues no requiere de desarrollo legal. Al ejercer en tiempo el derecho de contradicción, propuso, además, las excepciones de "ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones" y "no comprender la demanda a todos los *litis* consorcios necesarios."

Estas excepciones corresponden a las previas que consagra el artículo 97 del C. de P. C., en sus numerales 7 y 9, y por tal razón no caben frente a la acción pública electoral, en la que solo proceden las de fondo, tal como se desprende del artículo 164 del C.C.A. Sin embargo, ello no es óbice para que se examinen como simples irregularidades.

Para la Sala, es evidente que los supuestos fácticos alegados como excepciones carecen de asidero legal.

SECCION QUINTA

La petición que hace el actor en el sentido de que la nueva credencial sea expedida por funcionario competente de la Registraduría Civil de Planeta-Rica y no por el Tribunal, constituye un hecho dependiente de los actos de declaratoria de nulidad y cancelación de la credencial, y cuyo cumplimiento obedece a la ejecución de la sentencia, siendo irrelevante para el propósito de la acción que se solicite o no en la demanda.

No constituye, pues, la circunstancia alegada una pretensión electoral que se excluya con las de nulidad de la elección y la cancelación de la credencial o sea que carece de fundamento la indebida acumulación de pretensiones.

Igual criterio debe expresarse en relación con la siguiente excepción,en cuyos aspectos fácticos que le sirven de soporte, no se indica cuáles son los *litis*consorcios necesarios omitidos en la demanda. Se dice que en el *libelo* no se menciona quien debe suplir al demandado, ni tampoco a los demás miembros de la lista que este encabezó cuando fue electo pero no que estas personas deben integrar el legítimo contradictor; pero si esto es lo que pretende el excepcionante con su vaga afirmación, como bien lo dice el *a-quo*, tratándose de inhabilidad, esta por ser de carácter personal, solo afecta al elegido y no a los demás miembros de la lista.

Visto lo anterior, procede la Sala al exámen del cargo con el que se persigue restarle eficacia legal al acto administrativo de elección.

Como los hechos conducen a un caso concreto de inhabilidad y éste para el caso de los concejales está consagrado en el artículo 83 del D. 1333 de 1986, una de las disposiciones que se considera quebrantada, el estudio debe partir del material probatorio acercado al expediente.

La elección del señor ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA, como concejal de Planeta - Rica (Córdoba) , para el período 1992 1994, se acreditó con el acta parcial de escrutinios contentiva de aquel acto, expedida el 10 de marzo de 1992, por la Comisión Escrutadora Municipal, prueba que obra a folio 9 fte.

La calidad de empleado oficial que ostentaba el demandado dentro de los seis (6) meses anteriores a las elecciones del 8 de marzo de 1992, en las que participó como candidato, resultando elegido como concejal, se deduce de la prueba documental que de oficio fue allegada a los autos, a través del oficio No. 2324 del 10 de mayo de 1993, visto a folio 129, en el que se hace una detallada relación de la carrera de docente del señor ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA, que es la misma persona demandada.

Concretamente se infiere de los puntos 5 y 6 del citado oficio, en los que se informa que aquél fue reintegrado como profesor de medio tiempo por medio del decreto número 00464 de julio 31 de 1985. expedido por el gobernador de Córdoba (fl. 134), y que actualmente se encuentra escalafonado en el grado 12, según resolución número 1956 del 9 de diciembre de 1991, vinculación que tuvo sin solución de continuidad desde la fecha de su reintegro al ramo de la educación, hasta el 8 d marzo de 1992 fecha de las elecciones.

Inferencia que resulta válida, si se observa, que el demandado al responder los hechos del *libelo* demandatorio y oponerse a las pretensiones, no hace ningún reparo a la afirmación del actor en cuanto a su vinculación como empleado oficial, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de las elecciones y por el contrario reafirma su condición de docente.

La réplica no esta pues encaminada a desvirtuar esos hechos, apunta a explicar la inexistencia de la inhabilidad alegada, sobre la base de un supuesto de derecho.

En efecto, aduce que el artículo 127 inciso 3 de la C.N. a la vez que prohíbe a determinados empleados del Estado, tomar parte en actividades de tipo político, también faculta a los que no menciona la prohibición, para ejercer esa actividad, estando dentro de estos últimos los docentes. Considera que esta disposición no esta sujeta al desarrollo legal, sino que es de aplicación inmediata y además, derogatoria de la ley preexistente en materia de prohibición.

La norma constitucional a la que se acoge la parte demandada es del siguiente tenor:

"Art. 127...

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 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".

Para la Sala, es indudable que en el *sub-lite,* esta demostrado que ESTEBAN RAFAEL CASTILLO LARA, era empleado oficial cuando fue elegido concejal de Planeta - Rica (Córdoba) y que tuvo esa misma calidad dentro del término que le impedía ostentar esa investidura, o sea, el que consagra

el artículo 83 del D. 1333 de 1986 cuando señala que, no podrán ser elegidos concejales quienes "dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales..."

Se estructuran, pues, los elementos necesarios para configurar la causal de inhabilidad prevista en la antes citada disposición, que a su vez está confirmada por la ley 45 de 1989, siendo viable la pretensión de nulidad formulada en la demanda.

A esta conclusión se llega, habida consideración de que, respecto a la norma constitucional transcrita la Sala ha observado que si bien ciertos servidores públicos pueden participar en actividades y controversias políticas, el precepto no consagró una autorización absoluta de aplicación directa pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales facultades a la reglamentación legal que debe expedirse, condición que es de carácter suspensivo, pues mientras no se cumpla no se sabrá en qué circunstancias se puede ejercitar ese derecho.

Sobre el particular esta Corporación ha señalado:

"La actividad política que una persona puede desarrollar, en la práctica tiene infinidad de facetas, como sería la actividad partidaria, formar parte de comités, juntas o directorios Políticos, elegir y ser elegido para formar parte de las Corporaciones Públicas, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, etc.

El art. 127 de la C.N., en el inciso segundo, señala una prohibición de carácter especifico para los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas indicados allí formar parte en las actividades de los partidos y los movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, mientras que los empleados no comprendidos en dicho inciso, dice el párrafo tercero, podrán participar en dichas actividades y controversias pero sólo en las condiciones que señale la ley, la cual podrá entonces entrar a determinar la forma o modalidad de la participación de esos empleados, es decir, si como candidatos, a como simples activistas de los partidos, o como miembros de los directorios, juntas o comités, etc. , es decir, que sólo cuando se expida la ley reglamentaria de dicho artículo, se sabrá en qué forma los empleados del Estado podrán llevar a cabo esa intervención.

Lo dispuesto en el art. 40 de la C. N., norma genérica consagratoria de un derecho fundamental (Tít. II, cap.I), debe entenderse condicionado por una norma posterior, como lo es el art. 127 *ibídem* (Tít. V, Cap. 2) que trata sobre ciertas inhabilidades de los servidores públicos.

De acuerdo a lo explicado, mientras no se expida la ley reglamentaria del inciso tercero del art. 127 de la C.N., las normas citadas como transgredidas con el acto demandado, conservan su vigencia, sin que puedan considerarse contrarías a dicho artículo, pues el condicionamiento contenido en él explica su aplicabilidad. (Sentencia de febrero 19 de 1993. Exp. 0880. Consejero Ponente Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA. Actor HUMBERTO DUARTE FLETCHER).

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 (sic) 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. (Sentencia de octubre 29 de 1992. Consejero Ponente Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ. Actor: ROBERTO JIMENEZ CARMONA. Exp. 0785)".

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:

Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida el 29 de octubre de 1992 en este proceso, por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

En firme este proveído vuelva el expediente a su lugar de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha,

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL / ACUMULACION DE PRETENSIONES / ALCALDE / CONCEJAL

Es Procedente acumular pretensiones de nulidad de elecciones de Alcalde y Concejales de un mismo municipio siempre y cuando el proceso referido a la nulidad del acto de elección de Concejal o Concejales sea de dos instancias por razón del monto presupuestal del municipio según las reglas de competencia establecidas en los arts. 129-2 v 132-4 del C.C.A. en concordancia con el art. 265 *ibídem.* modificados por los arts. 2o. y 4o. del Decreto 597 de 1988. La certificación de dicha cuantía debe ser acompañada a la demanda a efecto de establecer desde un comienzo si el proceso en que se discute la elección de Concejal o concejales es de única o de dos instancias, pues el Procedimiento en cada caso resulta ser diferente. La certificación de la cuantía debe ser acompañada a la demanda a efecto de establecer desde un comienzo si el Proceso en que se discute la elección de concejal o concejales es de única o de dos instancias. Pues el Procedimiento en cada caso resulta diferente.

ALCALDE - Inhabilidades / PERSONERO / AUTORIDAD CIVIL

No hay duda que si el 8 de septiembre de 1991 el demandado aún cumplía funciones como personero municipal cargo que conlleva autoridad civil estaba incurso en la inhabilidad escrita en el Parágrafo 20. del art. 1o. de la ley 49 de 1987 que modificó el literal e) del art. 5o. de la Ley 78 de 1986. pues es claro de acuerdo con el art. 59 del C.R.M. que los plazos de dias, meses o años de que se haga mención legal "se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo", y por año y por meses se entiende los del calendario común que según criterio

jurisprudencial significa que iniciados en una fecha terminan con el mismo número en el mismo mes.

ELECCIONES LOCALES / DOMICILIO / RESIDENCIA / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / REGISTRO FALSO - Inexistencia

El Propósito del art. 316 de la Constitución que exige la condición de residente para sufragar en los comicios de autoridades locales es el de evitar la influencia de personas ajenas al respectivo municipio. Al establecer el requisito de la residencia se busca acabar con la Práctica del "trasteo de votantes" tan común en nuestro medio y que ha sido un obstáculo para el verdadero desenvolvimiento político de las regiones. No obstante ser el acarreo de votantes una prohibición constitucional el art. 316 no consagra una sanción Para quienes infrinjan este ordenamiento. Y sí bien el mismo criterio quedó plasmado en el mismo art. 1o. de la ley 2a. de 1992, las sanciones legales a que alude esta norma, por "falta a la verdad corresponden a la Jurisdicción penal. Por lo demás, la circunstancias que alega el actor referentes al trasteo de votos en el municipio no encajan dentro de la causal de nulidad Que invoca prevista en el numeral 2o. del art. 223 del C.C.A.. La noción de falsedad entrara la intención de engañar. de disfrazar la realidad y la adocrifidad es lo supuesto lo inexistente, pero en ambos casos debe producirse tina alteración del resultado electoral que refiere comprobación.

ALCALDE / NULIDAD ELECTORAL / VACANCIA ABSOLUTA

No es del caso convocar nueva elección ni realizar nuevo escrutinio. Tampoco sacar al azar algunos votos depositados para que se quemen v se Proceda a un nuevo escrutinio, ni es procedente declarar electo a quien obtuvo el segundo lugar en la votación. Porque tratándose de alcaldes cuando se produce su falta absoluta. Por inhabilidad o falta de calidades del elegido como en el presente caso, de la declaratoria de nulidad de la elección (art. 13 ley 78 de 1986) y ésta se presenta en el curso del segundo año del período constitucional "...el Presidente de la República, Gobernador. Intendente o Comisario designará un Alcalde encargado para el resto del Período". Así lo ordena el art. 7o. del Decreto 1001 de 1988.

SECCION QUINTA

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 1001 Actor: LEON CARTAGENA MARIACA Y OTRO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente por los apoderados de las partes demandante y demandada y por el Procurador en lo Judicial, contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de enero de 1993.

ANTECEDENTES:

LAS DEMANDAS.

1. El ciudadano Leon Cartagena Mariaca, en nombre propio, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, para que se declare la nulidad del acto por medio del cual se eligió al doctor Héctor Mauricio Dávila Bravo como Alcalde popular del municipio El Retiro, Antioquia. Que como consecuencia de lo anterior se anule la respectiva credencial y se decrete la elección del demandante con fundamento en el caudal electoral obtenido de 1.181 votos. Subsidiariamente solicita se ordene citar a nuevas elecciones municipales.

1.1. Como hechos de la demanda aduce el actor que el doctor Héctor Mauricio Dávila Bravo fue elegido Alcalde de dicha localidad en los comicios electorales del pasado 8 de marzo de 1992 con una votación de 1.400 votos. Que el citado ciudadano se desempeñó como Personero de la municipalidad hasta el 8 de septiembre de 1991 ignorándose la fecha en la cual le fué aceptada la renuncia y su desvinculación ". . . tiempo que obviamente también debió desempeñarse como personero en espera de la entrega del cargo a su sucesor lo que generalmente se hace con alguna posterioridad" (fl, 9 cuaderno 1).

Según el demandante, al haber presentado el doctor Dávila Bravo renuncia del cargo el 8 de septiembre de 1991 lo inhabilitó para ser electo Alcalde en razón de haber ejercido como funcionario jurisdicción o autoridad civil dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, violándose el parágrafo 1o. del artículo 1o. de la ley 49 de 1987 que modificó el numeral e) del artículo 5 de la ley 78 de 1986.

1.2. Como normas violadas fueron señaladas, además a la disposición mencionada, el artículo 223 del C.C.A. modificado por la ley 96 de 1985 en su artículo 65, numeral 5, porque es evidente que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido alcalde, y si aspiraba a esa candidatura debió renunciar a sus compromisos oficiales con el Municipio El Retiro, con anterioridad al día 8 de septiembre de 1991.

1.3. En escrito aparte, solicitó la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue denegada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en auto del 5 de mayo de 1992 (Fl.26 cuaderno 1).

1.4. El doctor Héctor Mauricio Dávila Bravo contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma. Con respecto a si los Personeros municipales ejercen jurisdicción o alguna modalidad de autoridad señaló que la jurisprudencia debe fijar específicamente las características de cada una. Que como es bien sabido la nueva Constitución al consagrar las inhabilidades de los Congresistas se refiere a cuatro clases de autoridad, esto es, política, civil, administrativa o militar no siendo clara la diferencia entre autoridad civil o administrativa, que aunque puedan tener características comunes, en el fondo son diferentes, o de lo contrario el Constituyente no las habría enumerado disyuntivamente. Advierte que en providencia del 5 de noviembre de 1991, el Consejo de Estado absolvió una consulta en relación con los cargos con autoridad administrativa, señalando que son los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal incluidos los órganos electorales y de control. Que de acuerdo con las atribuciones del Personero Municipal, éste ejerce autoridad administrativa, encaminada a controlar, vigilar y supervisar los actos o hechos que profieran las diferentes autoridades administrativas. Que teniendo en cuenta que el artículo 1o. parágrafo 2o. de la ley 49 de 1987 señala taxativamente los diferentes tipos de autoridad para efectos de la inhabilidad para ser elegido alcalde, dentro de las que no está incluida la autoridad administrativa, necesariamente debe concluirse que el Personero Municipal quien ejerce este tipo de autoridad, el "... no se incluiría como funcionario que deba renunciar a su cargo seis meses antes de la elección si aspira a la alcaldía, sino tres meses antes a la misma" (Fl.-53 cuaderno 1).

Alega también, que si el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la ley 49 de 1987 se refiere a un término de seis (6) meses, ello indica que deben contarse conforme al calendario común. Por tanto, del 8 de marzo de 1992 al 8 de septiembre de 1991, "...EXISTE UN TERMINO DE SEIS (6) MESES MAS UN (1) DIA. Este dia sobrante corresponde al 8 de septiembre de 1991, que era el último dia disponible para que un funcionario renunciara a su cargo sin INHABILITARSE" (Fl. 54 cuaderno 1).

SECCION QUINTA

Anota que mediante Decreto No. 064 de septiembre 8 de 1991, le fué aceptada su renuncia como Personero, y en el mismo acto se designó su reemplazo en interinidad, lo que significa que el proceso de desvinculación del cargo estaba consumado el mismo 8 de septiembre, concluyendo que ese dia no laboró como Personero, es decir no ejerció sus funciones como tal.

2. El señor Jorge Enrique Suárez Navarro presentó también demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia solicitando la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró electo a Héctor Mauricio Dávila Bravo como Alcalde del municipio El Retiro para el período 1992-1994. Como consecuencia pidió la cancelación de la respectiva credencial y la convocatoria a nueva elección. En subsidio que se disponga la realización de nuevo escrutinio "...con exclusión de los votos depositados en las mesas donde sufragaron no residentes o en subsidio se dispondría que se saque al azar igual número de votos a los depositados por los no residentes y se quemen y se proceda a nuevo escrutinio". (FL.11 cuaderno 2).

Asimismo solicitó que se disponga la anulación de la elección del señor Jesús Villegas como Concejal del mismo municipio.

2.1. Narra el actor que el 8 de marzo de 1992 se celebraron las elecciones en el municipio El Retiro con la participación de ciudadanos residentes en Medellín, Cocorná, Fredonia y Envigado. Además se autorizó a votar a personas inscritas o registradas en otros municipios para elección de gobernadores el 27 de octubre de 1991, e inclusive se autorizó el voto también a personas no residentes por el solo hecho de hallarse registrada para votar el 8 de marzo de 1990" (fl.12 cuaderno 2).

Señala que el Inspector de Policía de las Palmas, le ofreció al señor León Cartagena Mariaca "... colocarle en las votaciones del 8 de marzo pasado entre 100 y 150 votos sí le daba una buena cuota burocrática para el evento de ser electo alcalde, en razón de que personas de los parajes de Carrizal en el Retiro y las Palmas en Envigado, que estaban inscritas en Envigado para votar allí, estaban autorizadas por la Registraduría para votar donde lo estimaran conveniente ya que los registros de Envigado fueron anulados, conforme lo argumentó dicho Inspector y como es de conocimiento público" (Fls. 12 y 13 cuaderno 2).

Que el Alcalde en ejercicio Jaime López intervino a favor de Héctor Mauricio Dávila Bravo haciéndose presente en las mesas de votación manipulando más de 100 electores del Paraje el Chuscal a quienes les manifestó "votar rapidito sin necesidad de firmar e indicándoles cuál era el candidato oficial para esos efectos." (Fl. 13 cuaderno 2).

Que el Concejal Jesús Villegas abusando de su investidura para lograr la reelección que obtuvo como tal, prevalido de que su hija labora en la Tesorería de El Retiro, ofreció su colaboración para movilizar electores y compró un talonario de 100 cupones en la empresa de transportes Sotraretiro, por lo que el Administrador denunció penalmente tales hechos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Retiro.

Que los electores no residentes movilizados por agentes de Héctor Mauricio Dávila Bravo y Jesús Villegas, se transportaron desde los municipios vecinos en buses de la Empresa Sotraretiro y en un bus de turismo Colfartur hasta El Retiro y una vez allí, en carros particulares hasta las mesas de votación, hechos que motivaron la formulación de varias denuncias ante la Procuraduría,

2.2. En los acápites de normas violadas y concepto de violación, cita el actor el artículo 316 de la Constitución y la ley 2a. de 1992, en cuanto tiene prescrito, respectivamente, que en las elecciones de autoridades locales sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio y quien sufrague en las elecciones del 8 de marzo de 1992 declara bajo la gravedad del juramento residir en la correspondiente localidad, considerando que las personas que votaron sin residir en El Retiro no solo cometieron delito de falso testimonio, sino además introdujeron un elemento ajeno al acta de escrutinio, siendo falsos o apócrifos los elementos que conforman el registro electoral donde aparecen esas personas no residentes en la localidad, en razón de lo cuál son nulas las actas de escrutinio conforme al artículo 223 del C.C,A. y la ley 62 de 1988, "cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

2.3. Por conducto de apoderado, el señor Héctor Mauricio Dávila Bravo contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Como fundamentos de su defensa adujo que el acto administrativo que declaró la elección de Alcalde y Concejales, está amparado con presunción de legalidad que debe desvirtuar quien lo impugna. Que según informaciones y por conocimiento personal, todos los que votaron en el municipio El Retiro, en las elecciones del 8 de marzo de 1992, residen allí.

LA ACUMULACION:

Vencido el término para la práctica de las pruebas se decretó la acumulación de los procesos radicados bajo los números 920292 y 920293, incoados por los ciudadanos León Cartagena Mariaca y Jorge Enrique Suárez Navarro, mediante auto calendario a 10 de octubre de 1992 (fls, 77 a 79 cuaderno 1).

SECCION QUINTA

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 29 de enero de 1993 decretando la nulidad de la elección del señor Héctor Mauricio Dávila Bravo como Alcalde del municipio de El Retiro, Antioquia para el período "19921995" y se declaró inhibido para pronunciarse sobre la demanda de nulidad de la elección del señor Jesús Villegas como Concejal del citado municipio. Asimismo ordeno compulsar copias de la providencia con destino a la Fiscalía Regional para los efectos pertinentes.

Sostuvo el *a-quo*, que el cargo de Personero Municipal está revestido de poder o autoridad, para lo cual se apoya en jurisprudencia del Consejo de Estado en tal sentido, cuyos apartes pertinentes transcribe en la providencia impugnada.

Señaló que en el expediente está acreditado, a través de distintos documentos, que el demandado trabajó en el municipio El Retiro hasta el 8 de septiembre de 1991 y que los comicios para alcalde municipal se llevaron a cabo el 8 de marzo de 1992, " ... lo cual significa que el personero como empleado con autoridad civil debía renunciar a su cargo con anterioridad a los seis meses de la elección es decir antes del 8 de septiembre de 1991. Agregó que aún si se aceptara en gracia de discusión que ésta fecha no está incluida dentro del plazo de los seis meses anteriores a la época de la elección del 8 de marzo de 1992, se llegaría a la misma conclusión en el presente caso, toda vez que al serle aceptada la renuncia al señor Dávila Bravo como Personero municipal a partir del 8 de septiembre de 1991, mediante Decreto No 064, y mediante el mismo acto nombrar al señor Aguilar Urrego para reemplazarlo, interinamente, quien tomó posesión el 16 de septiembre de 1991 y según se afirma prestó sus servicios a partir del 12 de los mismos mes y año, el demandado no cesó en sus funciones por el solo hecho de la renuncia o aceptación de la misma, pues no existe en nuestro derecho la de investidura automática como tampoco la investidura automática, pues de acuerdo con el artículo 251 del Código de Régimen Político y Municipal, ningún funcionario entrará a ejercer el cargo sin tocar posesión del empleo. Y por todo ello declaró la nulidad de la elección de demandado quien estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde, de conformidad con el artículo 5o. literal c) de la ley 78 de 1986, modificado por el parágrafo segundo, artículo 1o. de la ley 49 de 1987.

Señaló que no es del caso disponer la cancelación de la credencial que acredita al señor Dávila Bravo como Alcalde, ni la convocatoria de una nueva elección o realización de un nuevo escrutinio, ni que se saque al azar algunos votos para quemarlos y proceder a hacer otro escrutinio. Tampoco es procedente declarar electo al señor León Cartagena Mariaca, pues ninguna de esas

pretensiones es consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección de conformidad con el artículo 226 del C.C,A.

En cuanto a la nulidad de la elección del Concejal Jesús Villegas, observó necesario analizar la procedencia de la acumulación de esta pretensión con la de nulidad de la elección de Alcalde, concluyendo que no es viable, por cuanto no se cumplen las exigencias del artículo. 38 del C.C.A., toda vez que los registros de escrutinios de alcalde concejales son quien vote por *a-quo* está obligado a diferentes "... ya que quien vote hacerlo por estos..." (fl.98 cuaderno 1), y peor ello el *a-quo* se declaró inhibido para fallar de fondo la demanda en cuanto la nulidad de la elección del Concejal Jesús Villegas.

Con base en la prueba testimonial obrante en el proceso respecto al hecho de haber sufragado en el Municipio El Retiro personas que no estaban inscritas allí, el Tribunal ordenó compulsar copias de lo pertinente con destino a la Fiscalía Regional de Antioquia a efecto de que se investigue el supuesto delito de falso testimonio.

El H. Magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez aclaró su voto en el sentido de que la sentencia solo debió fundarse en la inhabilidad relativa al Plazo de los seis meses que señala la ley. También lo hizo el H. Magistrado Humberto Cárdenas Gómez quien estimó innecesarios e inconvenientes los planteamientos expuestos en la sentencia sobre la figura de la desinvestidura automática. Y el H. Magistrado Oscar Aníbal Giraldo Castaño, quien comparte lo expresado por los anteriormente nombrados.

El H. Magistrado F. Mario Vélez Atehortúa se apartó de la decisión mayoritaria pues considera que el demandado no laboró el 8 de septiembre de 1991 pues ese mismo día se produjo su renuncia regularmente aceptada, sin que tuviera que verificar si su reemplazo se posesionó o no, si llenaba los requisitos, porque esta no es función suya sino de la Administración.

También salvó su voto el H. Magistrado Gustavo García Moreno cuya discrepancia radica precisamente; en que si el computo de los 6 meses empieza a contarse el 8 de septiembre de 1991 cuando renunció Dávila Bravo, vence el 8 de marzo de 1992 fecha de las elecciones en todo el país, "... y la norma legal en parte alguna preceptúa que ésta no pueda coincidir con aquella en que se vencía el término de los seis meses; cosa muy distinta sucedería si el mandatario legal dispusiera que los seis meses comienzan hasta el día anterior a la elección, cual es la interpretación que se desprende de la providencia en comenta" (Fls. 107 y 108 cuaderno 1).

SECCION QUINTA

LOS RECURSOS DE APELACION:

El Procurador 32 en lo judicial en breve escrito apeló de la anterior sentencia, únicamente en cuanto se refiere a la decisión inhibitorio del Tribunal, contenida en el punto segundo de la parte resolutiva de la misma, pues considera que debió el *a-quo* pronunciarse en el fondo, mucho más si dispuso de oficio la acumulación de los procesos (fl. 110 cuaderno 1).

El apoderado de los demandantes León Cartagena Mariaca y Enrique Suárez Navarro también impugnó la providencia centrando su censura en dos aspectos:

El primero, que el Tribunal se quedó corto al resolver exclusivamente sobre la petición de nulidad da elección de Alcalde y no hizo pronunciamiento alguno respecto a las peticiones de cancelación de la credencial, la convocatoria a una nueva elección, la realización de un nuevo escrutinio con exclusión de los votos depositados en las mesas donde sufragaron los no residentes, la declaratoria como alcalde electo a favor de León Cartagena y que se saque al azar igual número de votos depositados por los no residentes, se quemen y se proceda a nuevo escrutinio.

El segundo, la decisión inhibitorio con respecto a la elección del Concejal Jesús Villegas, pues el cargo 51 se probó no existe indebida acumulación de pretensiones.

Se refirió además el apoderado a las características del contencioso electoral, señalando que se asemeja a la de simple acumulación ya que puede ser ejercida por cualquier persona, dijo que en esta clase de acciones el fallador goza de atribuciones que exceden las ordinarias del juez administrativo, puesto que puede en ciertos eventos ejecutar sus propias decisiones, como por ejemplo, hacer un nuevo escrutinio, otorgar nuevas credenciales, cancelar otras y aclarar de oficio la sentencia. Señaló que el trámite del proceso está sujeto a reglas especiales y cabo la acumulación oficiosa.

Que su representado León Cartagena Mariaca está en todo su derecho de exigir a la jurisdicción Administrativa, con apoyo en la votación obtenida el 8 de marzo de 1991, que haga la declaratoria de elección de Alcalde a su favor, tal como lo solicitó en la demanda y que, sin razón jurídica, el *a-quo* no resolvió.

Advierte que no apela sobre el punto. que decidió la nulidad de la elección de Alcalde y señala que es evidente que el Tribunal desacertó al no resolver sobre la cancelación de la respectiva credencial, que fué solicitada siguiendo textualmente el mandato del artículo 21.8 del C.C.A..

En resúmen, solicita que se complemente la sentencia disponiendo la declaratoria de elección del señor León Cartagena Mariaca como Alcalde de El Retiro para el período 1992-1994 y para el evento de no ser escuchado se disponga la convocatoria a elecciones ordenando lo conducente como lo establece el C.C.A. en estos casos.

El señor Héctor Mauricio Dávila Bravo, mediante apoderado, también interpuso el recurso de alzada con sustento en que de los ocho Magistrados que integran el Tribunal, dos salvaron el voto y tres más lo aclararon en el sentido de expresar que efectivamente se retiró de la Personería municipal el dia 8 de septiembre de 1991.

Aludiendo a las inhabilidades, señaló que son de interpretación restringida, por lo que no son susceptibles de aplicarse sino en las condiciones y a las personas que taxativamente señale la ley, considerando que el Tribunal desconoció este principio exigiéndole más de lo que la norma electoral le imponía.

Estima que la ley habla de los seis meses anteriores a la elección y no al día de la elección, "... y aún de admitirse que entre el día de la cesación en el cargo y el día de la elección no hubieran transcurrido seis meses completos, en cambio entre la cesación y la renuncia si corrió ese término, pues la cesación tuvo lugar a las echo de la mañana del 8 de septiembre de 1991- y la elección se produjo a las cuatro de la tarde del día 8 de marzo de 1992 (sino más tarde, a la hora del escrutinio)" (fl.133 cuaderno 1).

Anota que en ocasiones la jurisprudencia ha acudido a los artículos 67 y 68 del Código Civil para el cómputo de términos, básicamente para efectos de precisar la caducidad de las acciones. Pero considera que para el evento del proceso electoral no es válida tal remisión a la ley civil puesto que, de una parte es deber interpretar restrictivamente la inhabilidad, y de otra, procurar la interpretación que dé eficacia al voto como expresión libre de la voluntad. Por tanto dice que "...la ortodoxia impone inclinar la interpretación hacia la posición de los H. Magistrados disidentes". (Fl. 134, cuaderno 1).

EL MINISTERIO PUBLICO:

En criterio de la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, en cuanto a la pretensión para qué se declare la nulidad del acto de elección de Héctor Mauricio Dávila Bravo como Alcalde municipal de El Retiro, el cargo de Personero municipal conlleva ejercicio de autoridad civil, y quien lo ejerce dentro de los seis meses anteriores a su elección como Alcalde, está incurso en la inhabilidad alegada, por lo que el cargo prospera.

SECCION QUINTA

Precisa que, es viable la acumulación de pretensiones, esto es, la nulidad de la elección del Alcalde Dávila Bravo y del Concejal Jesús Villegas, pero, en este caso, es indebida no por las razones que aduce el Tribunal, sino porque no se allegó la prueba del presupuesto anual del respectivo municipio que era necesaria para determinar, en el caso del Concejal, si el proceso está sometido a única o a dos instancias.

Refiriéndose al cargo de que personas no residentes en el municipio El Retiro sufragaron allí, señala que el propósito del artículo 316 de la Constitución qué se considera transgredido, es el de impedir el acarreo de electores de una localidad a otra, principio recogido por el artículo 1o.. de la ley 1a. de 1992, pero ninguna de las normas rige este hecho en causal de nulidad de la elección.

Transcribe jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la noción de falsedad o apocrifidad parra aludir a la causa de nulidad invocada, prevista en el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A..

Observa que la cancelación de la credencial es un ordenamiento consecuencias cuando se decreta la nulidad de un acto de elección y señala que una vez decretada la nulidad de la elección de un Alcalde, lo procedente es comunicar al Gobernador del Departamento respectivo para los efectos del artículo 8 de la ley 49 de 1987 modificatorio del artículo 20 de la ley 78 de 1986.

Solicita se confirme la sentencia recurrida adicionando "....el punto primero de la parte resolutiva de la misma, conforme a lo explicado" (Fl. 156 cuaderno 1).

CONSIDERACIONES:

Tramitado el presente asunto con la observancia de las normas procesales y no encontrando causal alguno de nulidad que invalide lo actuado, se procede al pronunciamiento de la sentencia que pondrá fin a la controversia.

En el caso que hoy estudia la Sala se pretende en las demandas que dieron origen a los procesos acumulados, la nulidad de los actos de elección de Alcalde y Concejal del Municipio de El Retiro, Departamento de Antioquia, recaídos, respectivamente, en las personas de Héctor Mauricio Dávila Bravo y Jesús Villegas.

En consideración a que se ha planteado un cargo común contra los actos de elección de Alcalde y concejal, se hace referencia prioritaria a la acumulación de pretensiones y a la discusión suscitada en torno a este asunto, a efecto de determinar su procedencia.

El Tribunal de instancia en auto del 16 de octubre de 1992, decretó la acumulación de los procesos en lo que corresponde con la elección de Alcalde, por hallarla ajustada a la ley. En cuanto a la elección de Jesús Villegas como Concejal, consideró que no era posible excluirla en ese momento procesal "... porque la acumulación de acciones data del auto admisorio de la demanda. Solo en el fallo habrá oportunidad de resolver"(Fl.78 cuaderno 1).

Al proferir la sentencia, que es objeto de apelación, encontró el *a-quo* que no es viable impugnar en la misma demanda el acto de elección de un Alcalde y el de un Concejal, pues los registros de escrutinio de cada uno son diferentes, y por tanto, no se cumplen las exigencias del artículo 238 del C,C,A, para fallas en una sola sentencia procesos cuyas pretensiones no podían acumularse, lo que fue motivo para declararse inhibido para decidir en el fondo respecto a la nulidad del acto de elección de Jesús Villegas, Concejal de El Retiro.

Aclara la Sala, de acuerdo con lo expresado en varias oportunidades, que es procedente acumular pretensiones de nulidad de elecciones de Alcalde y Concejales de un mismo municipio siempre y cuando el proceso referido a la nulidad del acto de elección de Concejal o Concejales sea de dos instancias por razón del monto presupuestal del municipio, según las reglas de competencia establecidas en los artículos 129-2 y 132-4 del C.C.A, en concordancia con el artículo 265 *ibídem*, modificados por los artículos 2o. y 4o. del Decreto 597 de 1988.

La certificación de dicha cuantía debe ser acompañada a la demanda a efecto de establecer desde un comienzo si el proceso en que se discute la elección de Concejal o concejales es de única o de dos instancias, pues el procedimiento, en cada caso, resulta ser diferente.

Así las cosas, el proceso que contiene la demanda solicitando la nulidad del acto de elección del Concejal Jesús Villegas, está sujeto a las reglas que se acaban de indicar, pero tal como lo observa la señora Procuradora en su vista de fondo, no se acreditó con la demanda el presupuesto anual ordinario del municipio de El Retiro.

Frente a esta situación, no puede la Sala conocer de aspectos referentes a la elección del Concejal cuya nulidad se reclama al momento de resolver los recursos de apelación interpuestos contra la decisión del *a-quo*, porque es evidente que no estando procesalmente establecida la procedencia de la segunda instancia, carece de competencia y ello conduce a inhibirse de un pronunciamiento.

SECCION QUINTA

Lo indicado, entonces, es proceder al examen de las pretensiones de las demandas encaminadas a obtener la declaratoria de nulidad de la elección de Héctor Mauricio Dávila Bravo como Alcalde del municipio El Retiro.

PRIMER CARGO:

El demandante León Cartagena Mariaca sostiene que el elegido se hallaba incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 1o. parágrafo segundo de la ley 49 de 1987 modificatorio del literal e) del artículo 5 de la ley 78 de 1986, porque dentro de los seis meses anteriores a la elección, ejerció autoridad civil como Personero del citado municipio.

Como lo ha dicho el Consejo de Estado,

> "... la autoridad implica la potestad del mando y el ejercerla por determinación de la ley sobre la generalidad de las personas, y autoridad política la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las Leyes. Ampliado más estos conceptos podría decirse que la autoridad civil es aquella en que el Estado tiene el poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos, ya para los fines puramente privados de su mutua conveniencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo. La autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o de imperio que tiene su expresión más clara, característica y Acentuada en el ejercicio del poder ejecutivo, sin que ello impida que en otros campos de la actividad estatal haya también funcionarios envueltos dentro de la órbita de lo que se conoce como autoridad civil" (Expedientes Nos. 895, 897 y 899, Consejero Ponente Dr. Carmelo Martínez Conn).

Con respecto al ejercicio de autoridad civil en cabeza del Personero Municipal, esta Sección Quinta en auto de fecha 31 de mayo de 1990, expediente No. 0366, Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez, dijo lo siguiente:

> "...conforme al Código de Régimen municipal (Decreto - Ley 1333 de 1986), el personero municipal, además de agente del ministerio público, es defensor del pueblo y veedor ciudadano, y en ésta última condición tiene entre sus atribuciones, la de "vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan" (art. 139, num. 4o), y "En virtud de las atribuciones 3a. y 4a, establecidas en este artículo, el personero podrá, cuando las circunstancias lo ameritan adelantar las investigaciones disciplinarías del caso, observando lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 49 de 1987, y como consecuencia de esas investigaciones solicitar contra los empleados oficiales, excepto el alcalde,

sanciones de amonestación, multa, suspensión y destitución al funcionario u organismo competente para tal efecto. Igualmente tendrá facultad para vigilar las investigaciones adelantadas por las comisiones de personal creadas por el artículo 22 del Decreto 1001 de 1988" (num. 19 *ib.* art. 3o. Ley 3 de 1990).

Pero, además, le corresponde al personero la facultad o atribución legal relativa a "la administración del personal subalterno" (nombrar, remover, crear situaciones administrativas etc.), Por tratarse de un funcionario elegido por el cabildo, :según lo prescrito en el art. 294 del Decreto - Ley 1339 de 1986.

Y si a todo lo anterior se agrega, que "los personeros municipales, como agentes del ministerio público, tendrán a su cargo aplicar medidas disciplinarías o solicitar su aplicación al que sea competentes a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo siguiente" (art. 75 del C. C.A.), es indubitable, y para ello no se necesita de mayores elucubraciones, ni de complicados y extensos razonamientos jurídicos, que el personero municipal es un funcionario público que ejerce autoridad civil ... "

Siendo claro, entonces, que el cargó de Personero municipal conlleva autoridad civil, corresponde establecer si el señor Héctor Mauricio Dávila Bravo en su condición de tal, ejercicio dicha autoridad dentro de los seis meses anteriores a la elección como Alcalde del Municipio de El Retiro,

En el expediente están plenamente establecidos los siguientes hechos:

1) Que el demandado fué elegido Alcalde en el municipio de El Retiro para el período 1992-1994 conforme al Acta de escrutinio (Formulario E-28) de 10 de marzo de 1992 (fls. 22 y 23 cuaderno 1).

2) Que el señor Héctor Mauricio Dávila Bravo laboró al servicio de referido municipio como Personero desde el lo. de septiembre de 1990 al 8 de septiembre de 1991, según constancia del Secretario General de la Alcaldía obrante al folio 59 vto, del cuaderno 1 y hoja de vida No. 49 visible al folio 60.

3) Que mediante Decreto No. 064 de 8 de septiembre de 1991 (fl. 6 1 cuaderno 1), el Alcalde Municipal de El Retiro aceptó la renuncia al cargo de Personero municipal presentada ese día por el señor Dávila Bravo, con efectos a partir de la misma fecha, y en el mismo acto nombró su reemplazo en interinidad.

4) Que según aparece en la nómina del Municipio de El Retiro que obra al folio 70 del cuaderno 1, Mauricio Dávila Bravo trabajó hasta el 8 de septiembre de 1991 en el empleo de Personero municipal, y le fueron cancelados sus salarios por servicios prestados como tal, hasta dicha fecha, inclusive.

5) Que la persona llamada a reemplazarlo interinamente en el cargo de Personero municipal de El Retiro, tan solo tomó posesión el dia 16 de septiembre de 1991 (fl.68 cuaderno 1).

En estas condiciones, no hay duda que si el 8 de septiembre de 1991 el demandado aún cumplía funciones como Personero municipal, que se repite, conlleva autoridad civil, estaba incurso en la inhabilidad escrita en el parágrafo 2o, del artículo lo. de la ley 4§ de 1987 que modificó el numeral e) del artículo 5 de la ley 78 de 1986, pues es claro, de acuerdo con el artículo 119 del Código de Régimen Municipal, que los plazos de dias, meses o años de que se haga mención legal, "se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo", y por año y por mes se entienden los del calendario común, que según criterio jurisprudencias significa que iniciados en una fecha terminan con el mismo número en el respectivo mes.

La Sala considera acertado el planteamiento de la señora Procuraduría en el sentido de que el cómputo de los seis meses a que se refiere la inhabilidad descrita, se hace partiendo de la fecha de elecciones hacia atrás, por tanto, en el presente caso, el demandado, para poder ser elegido, debió separarse del cargo de Personero Municipal con anterioridad al 8 de septiembre de 1991, puesto que el plazo de, seis meses que fija la norma vencía el día 7 de los mismos mes y año a la media noche.

Conviene además transcribir el criterio de esta Sección Quinta en reciente fallo, con , ponencia del H. Consejero Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía respecto al punto que se examina, expresado en los siguientes términos:

> "...se trata de un plazo que fija una ley electoral a los funcionarios públicos que ejercen jurisdicción o autoridad civil, política o militar inhabilitándolos para ser elegidos o designados alcaldes en el evento de que, dentro de él, así sea por un solo dia, se ejerzan dichas funciones, pues la prohibición tiene por objeto excluir del proceso electoral a personas que ostentando la calidad de funcionarios públicos, más con el rango de primera autoridad municipal, puedan influir efectiva o potencialmente en la libre voluntad de los electores" (sentencia de abril de 1993, expediente No. 0968, actor Jaime Augusto López Morales y otro).

Establecido como está, que el señor Dávila Bravo se encontraba inhabilitado para ser elegido Alcalde municipal, no se requiere hacer más consideraciones para llegar a la conclusión de que el cargo prospera.

SEGUNDO CARGO:

El demandante Jorge Enrique Suárez Navarro lo hace consistir en que en las elecciones de Alcalde que tuvieron lugar el 8 de marzo de 1992, votaron en el municipio de El Retiro personas no residentes allí, y además se autorizó el voto a ciudadanos " ... inscritos en otros municipios para elección de gobernadores el 27 de octubre de 1992, e inclusive se autorizó el voto también a personas no residentes por el solo hecho de hallarse registradas para votar el 8 de marzo de 1990..."(fl. 12 cuaderno 2), lo cual constituye violación de los artículos 316 de la Carta Política y 1o. de la ley 1a. de 1992.

El precepto constitucional dispone los siguiente:

> "Art. 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".

De otra parte, la ley 2a. de 1992, relativa a las elecciones del 8 de marzo de 1992 dispuso lo siguiente:

> "Quien vote en las elecciones del 8 de marzo de 1992, declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio.
>
> Si falta a la verdad incurre en las sanciones legales".

En repetidas oportunidades ha señalado la Sala que el propósito del artículo 316 de la Constitución, que exige la condición de residente para sufragar en las comicios de autoridades locales, es el de evitar la influencia de personas ajenas al respectivo municipio. Al establecer el requisito de la residencia, se busca, acabar con la práctica del "trasteo de votantes" tan común en nuestro medio, y que ha sido un obstáculo para el verdadero desenvolvimiento político de las regiones.

No obstante ser el acarreo de votantes una prohibición constitucional, el citado artículo 316 no consagra una sanción para quienes infrinjan este ordenamiento. Y sí bien el mismo criterio quedó plasmado en el mencionado artículo 1o. de la ley 2a. de 1992, las sanciones legales a que alude ésta norma, por "falta a la verdad", corresponden a la jurisdicción Penal.

SECCION QUINTA

De otra parte, vale la pena recordar que la ley 6a. de 1990 introdujo en su artículo 7o. modificaciones a los artículos 76 y 77 del Código Electoral en el sentido de que "A partir de 1988 el ciudadano sólo podrá votar en: el lugar en que aparezca su cédula de ciudadanía conforme al canso electoral.

Permanecerán en el censo electoral del sitio respectivo, las cédulas que integraban el censo de 1988, y las que con posterioridad allí se expidan o se inscriban, mientras no sean canceladas o se inscriban en otro lugar".

Por lo demás, las circunstancias que alega el actor referentes al trasteo de votos en el municipio dé El Retiro no, encajan dentro de la causal de nulidad que invoca, prevista en el numeral 2o. del artículo 223 del C.C.A., "Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos a apócrifos los elementos que hayan servido para su formación", pues es constante la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que la noción de falsedad entraría la intención de engañar, de disfrazar la realidad. Y la apocrifidad es lo supuesta, lo inexistente, pero en ambos casos debe producirse una alteración del resultado electoral, que requiere comprobación.

Por consiguiente se desecha el cargo.

La Sala está conforme con la decisión del *a-quo* para que se compulsen copias con destino a la Fiscalía Regional de Antioquia, con base en la prueba testimonial que obra en el proceso, a fin de que se investigue el presunto delito de falso testimonio respecto de los ciudadanos que sufragaron en el municipio de El Retiro sin tener residencia en él.

Teniendo en cuenta que el primer cargo prospera, se confirmará la decisión del Tribunal de instancia que declaró la nulidad del acto de elección del señor Héctor Mauricio Dávila Bravo como Alcalde del Municipio de El Retiro, Antioquia, para el período 1992 - 1994 adicionándola en el sentido de cancelar su respectiva credencial, como está previsto en el artículo 228 del C.C.A. y conforme a las peticiones de los demandantes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, según lo observa la señora Procuradora.

En cuanto a las demás pretensiones formuladas en las demandas, está de acuerdo la Sala con el *a-quo* en cuanto a que no es del caso convocar nueva elección, ni realizar nuevo escrutinio. Tampoco sacar al azar algunos votos depositados para que se quemen y se proceda a un nuevo escrutinio. Ni es procedente declarar electo al señor León Cartagena Mariaca, quien obtuvo el segundo lugar en la votación. Porque, tratándose de Alcaldes, cuando se produce su falta absoluta, por inhabilidad o falta de calidades del elegido, como en el presente caso, de la declaratoria de nulidad de la elección (art. 13 Ley 78 de

1986,) y ésta se presenta en el curso del segundo año del período constitucional, "...el Presidente de la República, Gobernador, Intendente o Comisario designará un Alcalde encargado para el resto del período". Así lo ordena el artículo 7o. del Decreto 1001 de 1988.

En consecuencia deben ser denegadas las demás pretensiones de las demandas y disponerse que para la designación del Alcalde Municipal de El Retiro se dé cumplimiento al artículo 7o. del Decreto 1001 de 1988.

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 el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de enero de 1993 que declaró la nulidad del acto de elección del señor Héctor Mauricio Dávila Bravo como Alcalde del municipio de El Retiro (Antioquia) para el período constitucional 19921994, con la adición de que se cancele la credencial respectiva.

2o. Confírmase el numeral segundo, de la misma providencia, pero por las razones expuestas por la Sala.

3o. Confírmase el numeral tercero de la sentencia apelada.

4o. Deniéganse las demás pretensiones de las demandas.

5o. Para la designación de Alcalde del municipio de El Retiro procédase de conformidad con el artículo 7o. de Decreto 1001 de 1988.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente*; Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SECCION QUINTA

Nota de Relatoría: Reitera además la Jurisprudencia contenida en las providencias de fechas 31 de mayo de 1990, expediente 0366. Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez exps. Nos. 895, 897 y 899. Consejero Ponente doctor Carmelo Martínez Conn. sentencia de 22 de abril de 1993, expediente No.0968. actor: Jaime Augusto López Morales y otro, sobre la autoridad civil que ejerce el Personero Municipal.

DIPUTADO - Inhabilidades / EMPLEO DE ELECCION POPULAR / RENUNCIA / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / ACTA DE ESCRUTINIO

El art. 179-8 de la C.N., aplicable a la elección de diputados a las asambleas departamentales en atención a su generalidad, pues que emplean el pronombre indefinido "NADIE" para estatuir inhabilidad predicable de todos los ciudadanos que aspiran a ser elegidos a Corporaciones o cargos públicos en períodos coincidentes así sea de manera parcial, se la pretende aparear con el núm. 5o. del artículo 223 del C.C.A, que prescribe nulidad de las actas de escrutinio "... cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos...", manifiesto error toda vez que lo atañedero a las calidades o, requisitos para acceder a un cargo o función publica es cuestión bien distinta a la que concierne a las causales de inhabilidad o, como también se las designa con menos propiedad, de inelegibilidad. La causal general de inhabilidad para ser elegido o nombrado de que se viene haciendo mérito no es aplicable a la elección de los demandantes en el período constitucional en curso, por cuanto el primero fué elegido concejal para el período 1990-1992, y el segundo miembro de Juntas de Institutos Descentralizados por el mismo período. Renunciaron y fueron aceptadas sus dimisiones con anterioridad a la fecha de los comicios del 8 de marzo en los que resultaron elegidos diputados ello no era necesario, no obstante, por cuanto el período del edil se extendía hasta el 31 de julio de 1992 y el del otro demandado, como, miembro de la Juntas Directivas de entidades descentralizada, hasta la misma fecha por mandato legal, en tanto que la condición de diputados al asumieron el 1o. de octubre de 1992 y no a partir del momento en que se les declaró electos.

SECCION QUINTA

DIPUTADO - Inhabilidades / DIPUTADO - Incompatibilidades/ ANALOGIA - Improcedencia

El Precepto del inciso tercero, Art. 299 de la Constitución Política pese a señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados. "No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas... "esta condicionado por el mismo canon" "...en lo que le corresponda..." tarea del legislador determinar cuándo el régimen de inhabilidades de los congresistas corresponde a los diputados. Además, como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados "... será fijado por la ley...", mientras no se expida la legislación concerniente a dicho asunto se deben aplicar las normas legales que atañen a la cuestión no contrarías al mandato constitucional, sin que en modo alguno pueda el juzgador por extensión o analogía, disponer un régimen de mayor restricción de la capacidad electoral pasiva en cuanto a esa elección. El actor apoyó su demanda en causal de inhabilidad no extensiva o aplicable a los diputados, quedando, sin asidero la pretensión.

ACCION DE NULIDAD - Titularidad

La INCONSTITUCIONALIDAD o ILEGALIDAD de un acto administrativo es alegable en vía directa por cualquier ciudadano, con ejercicio del procedimiento adecuado ante la correspondiente jurisdicción. También en vía de excepción, como lo consagra el artículo 21 de la anterior Constitución y lo prevé el Art. 4o. del Carta vigente, ya no a título de excepción sino como objeción reconocible por el Juez competente y aún, por el funcionario administrativo que deba aplicar la norma.

POTESTAD REGLAMENTARIA / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades.

El Presidente de la República es suprema autoridad administrativa que ejerce "... la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes..." (numeral 11, art. 189 de la Constitución Política). Para desvirtuar lo aseverado por el actor en cuanto a la inconstitucionalidad del citado decreto bastaría preguntar: quién, si no el Presidente de la República, podría reglamentar la norma para evitar que por falta de determinación del número de los

integrantes de las distintas Corporaciones de elección política se tornara caótico el proceso de elección?

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente No. 0977 Actor: FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ Y OTROS.

Surtida la tramitación de la segunda instancia y no observando causal que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que en primera instancia profirió el H. Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de los procesos electorales acumulados números 8688, 8689, 8690 y 8691, desestimatoria de las pretensiones orientadas a obtener la nulidad de la declaratoria de elección de los diecisiete (17) diputados a la Asamblea de dicho departamento para el período constitucional 1992 - 1994 y, de manera individual, la de los diputados HENRY PAVA CAMELO, MARCO EMILIO HINCAPIE RAMIREZ Y JAIME RAFAEL ROYS PICHON.

Las demandas acusan dicho acto, contenido en el acta general del escrutinio Departamental efectuado por los delegados del Consejo Nacional Electoral concerniente a la elección realizada el 8 de marzo de 1992.

Pretenden los demandantes a más de la nulidad de la elección de diputados de su conjunto y los individuos citados que se ordene la realización de los nuevos escrutinios prescindiendo de los votos depositados por los afectados; que se declare el real resultado de la elección entregando credenciales a los candidatos con cuociente electoral y residuos mayores; cancelar las credenciales expedidas expedidas de conformidad con lo resuelto en el acto acusado y comunicar el fallo a las autoridades pertinentes.

ANTECEDENTES

I.- LA SENTENCIA IMPUGNADA : Afirma el *a-quo* que, al tenor del art. 189 de la C.N., el Presidente de la República determinó el número de Diputados a elegir por cada Departamento con el Dto No.106 de 1992.

Además de que la excepción u objeción de la inconstitucionalidad de ese decreto no le corresponde pronunciarse.

Siendo así, agrega, que los delegados del Consejo Nacional Electoral, en aplicación del aludido decreto y del articulo 263 de la Carta, declararon electos 17 diputados de la Asamblea del Tolima una vez practicado el escrutinio, como obra en el acto acusado, denegó las pretensiones en el proceso radicado al No. 8689, cuya demanda propusieron ALBA ESTHER RAMIREZ DE GUTIERREZ y el abogado FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ.

En cuanto a las peticiones en el proceso acumulado No. 8688, propuesto contra el acto declaratorio de la elección del Sr. HENRY PAVA CAMELO, el fallo expresa que la Constitución y la Ley taxativamente fijan las causales de inhabilidad, no estando aquel afectado por alguna de ellas dado que renunció a su investidura de Concejal de Ibagué aún sin estar obligado, por no poderse predicar simultaneidad en el ejercicio de una condición de Edil, en el período que concluía el 31 de julio de 1992 y al que dimitió el 6 de marzo del mismo año, con el desempeño de la diputación en la Duma del Tolima, cuyo período se inició el 1o. de octubre siguiente. Es decir, que ni se dió simultaneidad en las funciones dichas ni fué elegido el demandado para esas dos corporaciones simultáneamente.

En cuanto a la elección del Sr. MARCO EMILIO HINCAPIE RAMIREZ, sostiene la sentencia que no cabe aplicar la inhabilidad prevista en el numeral 2o. , del art. 179 de la Constitución, por ser dicha restricción únicamente aplicable a la elección de Senadores y Representantes a la Cámara.- Quienes aspiran a ser elegidos diputados están bajo el régimen estatuido en el Art. 299 inciso 3o. de la Constitución y la causal particular del Art. 179 numeral 8o., *ibídem*, por lo que al atacar dicha elección por inhabilidad constitucional no atribuible a los diputados y no poderse variar oficiosamente la demanda para enmarcar la situación dentro de la causal pertinente, tampoco prospera la pretensión del actor LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA de que da cuenta el proceso acumulado #8690.-

Respecto del proceso # 8691, propuesto contra la elección de JAIME RAFAEL ROYS PICHON, de quien se pregona inhabilidad con fundamento en la causal 8a. del art. 179 de la Constitución, anota el fallador que aquél no fué concejal en el período 1990 - 1992, ni aspiró a esa investidura para el de 1992 - 1994. Y que no obstante haber pertenecido a Juntas Directivas de Institutos Descentralizados del orden municipal, a las que renunció el 4 de marzo de 1992, su elección como diputado no se afecto por el desempeño de esas funciones, porque al tenor del art. 18 del Dto. 3130 de 1968 los miembros de Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, pese a ejercer funciones públicas, no son empleados públicos.

Que el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades lo estatuye la ley en cuanto a la respectiva corporación, y aunque general la prohibición del numeral 8o. del art. 179 de la Constitución, no habría coincidencia entre el ejercicio de las funciones como miembros de Juntas, cuyo período terminaba el 31 de julio de 1992, como lo ordena el art.159 del Dto. 1333 de 1986 y el de la diputación, que apenas se iniciaba el 1o. de octubre siguiente.

Esos razonamientos llevaron al *a-quo* a desestimar las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

Apeló el señor LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA, actor en el proceso 8690 que propuso contra la elección de MARCO EMILIO HINCAPIE RAMIREZ, criticando la decisión en cuanto allí se afirma que la demanda "... ni siquiera enuncia precepto de menor jerarquía violado, pues al ser esta jurisdicción rogada no se pueden suplir deficiencias y obligaciones de las partes". Sustenta su inconformidad anotando que "no sabía" "que no existiesen formas de violación directa de un precepto constitucional huérfano de desarrollos legislativos". Y hasta allí el meollo de la sustentación. -El resto corresponde a crítica al planteamiento defensivo del demandado-.

También el abogado FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ, en su nombre y en el de la demandante ALBA ESTHER RAMIREZ DE GUTIERREZ, apela la decisión desestimatoria de las demandas y, en forma concreta, lo que corresponda al proceso No. 8689, esto es, el que atañe a la nulidad de la elección de la totalidad de diputados del departamento del Tolima, argumentando en esencia:

a) "Falta de publicidad del Decreto No. 106 del 22 de enero de 1992", que produjo el Presidente de la República en equivocado desarrollo del artículo 211 del Dto. 2241 de 1986 (Código Electoral), y

b) "Falta de vigor o fuerza vinculante de ese acto contrario a la Constitución y a la Ley".

Después de citar proveído del Tribunal Administrativo del Tolima, dice aceptar "... que, por la vía de acción contenciosa de simple nulidad, la misma corresponde en única instancia al Honorable Consejo de Estado, por tratarse de un acto de carácter nacional carente de cuantía"; pero, agrega: "...el problema a resolver -PARTIENDO DE LA BASE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD O ILEGALIDAD DEL DECRETO 106 DEL 22 DE ENERO DE 1992 es el siguiente: Si podía o no podía ser reconocida por el Tribunal Administrativo del

Tolima o por otro cualquiera de sus similares en todo el país ... ", pues "... de ser válida la tesis del Tribunal, lo cual en gracia de argumento no se descarta, el problema desaparecerá automáticamente con la concepción (sic) y aceptación del recurso de apelación, ya que habría de ser el propio Consejo de Estado el organismo competente que hará de lado un acto administrativo del Gobierno Nacional, mediante el cual ...no solamente se le negó al Tolima el legítimo derecho de elegir" 21 "Diputados, sino que también le fueron escamoteados "2" de los "19 que tenía".

III.- EL MINISTERIO PUBLICO Y SU CONCEPTO.

Se pronuncia la agencia fiscal, en vista de folios 105 a 114, por la confirmación de la sentencia: Al efecto expresa:

> "La demanda, si bien solícita la nulidad del Acta Parcial de Escrutinios de los Delegados del Consejo Nacional Electoral y del Registrador del Estado Civil, no expone, en relación con el acto acusado, un solo cargo o irregularidad que encuadre dentro de alguna de las anteriores causales"
>
> "Los cargos que plantea la demanda están orientados a demostrar la supuesta ilegalidad o inconstitucionalidad del Decreto 106 de 1992 por el cual el Presidente de la República dispuso que el Departamento del Tolima elegiría a 17 Diputados"
>
> "Ahora bien, si no se ha demostrado que respecto del acto acusado se configura una o más de las anteriores causales, es apenas elemental que no se puede decretar la nulidad del mismo. De otro lado, en el supuesto que esta jurisdicción pudiera, dentro de este proceso electoral, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ese acto y concluyera que éste es inconstitucional, no sería procedente que se invalidara el Acta de Escrutinio por no darse de todos modos ninguna de las causales de Nulidad"

CONSIDERACIONES:

Se trata de procesos electorales acumulados por encontrarse satisfechas las exigencias reclamadas por el art. 238 del C.C.A. Las pretensiones se encaminan a obtener la nulidad del acto administrativo por el que fueron declarados elegidos todos los diputados a la Asamblea del Tolima para el período comprendido entre el 1o. de octubre de 1992 y el 31 de diciembre de 1994; que se ordene la realización de nuevos escrutinios con exclusión de los votos depositados a favor de los demandados cuya elección se invalide y que, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del Dto. 106 del 22 de enero de 1992, se declare la elección de 19 integrantes para esa

Corporación. También, comunicar la determinación a las autoridades pertinentes. -A ello se concretan las pretensiones del proceso # 8689, promovido por Alba Esther Ramírez de Gutiérrez y Félix Eduardo Martínez Ramírez.

Las pretensiones en los procesos acumulados # 8688, actor Félix Eduardo Martínez Ramírez; # 8690, actor Luis Angel Martínez Sendoya; y # 8691, actor Félix Eduardo Martínez Ramírez, se dirigen a obtener la nulidad del acto declaratorio de la elección de algunos de dichos diputados, en particular.-

Cabe, no obstante, examinar el conjunto de los procesos acumulados, como bien lo hizo el colaborador Fiscal, en consideración a que encierran circunstancias comunes:

El recurso de apelación lo interpusieron el Sr. Luis Angel Martínez Sendoya, actor en el proceso seguido contra el acto declaratorio de la elección del Sr. Marco Emilio Hincapié Ramírez, y Félix Eduardo Martínez, en su nombre y en el de Alba Esther Ramírez de Gutiérrez respecto de los otros procesos, como que en ellos actúa como actor. Eso sí, haciendo énfasis en el dirigido contra la elección de la totalidad de los diputados.-

En las respectivas demandas se ataca la elección de los diputados Pava Camelo y Roys Pichón por presunta violación del Art. 179 numeral 8 de la Constitución Política, cuyo texto expresa:

> "Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente ..."

Esta norma, aplicable a la elección de diputados a las asambleas departamentales en atención a su generalidad, pues que emplean el pronombre indefinido "NADIE" para estatuir inhabilidad predicable de todos los ciudadanos que aspiran a ser elegidos a Corporaciones o cargos públicos en períodos coincidentes así sea de manera parcial, se la pretende aparear con el numeral 5°. del art. 223 del C.C.A. , que prescribe nulidad de las actas de escrutinio "...cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos ... ", incurriendo en manifiesta error toda vez que lo atañedero a las calidades o, requisitos para acceder a un cargo o función pública es cuestión bien distinta a la que concierne a las causales de inhabilidad o, como también se las designa con menos propiedad, de inelegibilidad.- La norma invocada, el Art. 179 numeral 8o. de la Constitución, sería aplicable de comprobarse el supuesto fáctico, en concordancia con el artículo 228 del C.C.A., puesto que esta previsión determina la procedencia de la pretensión de nulidad electoral no solo por la falta de calidades para el

desempeño del cargo, pero también por inelegibilidad o impedimento para ser elegido. -Esta norma, bueno es anotarlo, también fué invocada por el actor en la demanda.

Pero la causal general de inhabilidad para ser elegido o nombrado de que se viene haciendo mérito no es aplicable a la elección de los demandantes en el período constitucional en curso, por cuanto el primero fue elegido concejal para el período 1990 - 1992, y el segundo miembro de Juntas de Institutos descentralizados por el mismo período.-

Renunciaron y fueron aceptadas sus dimisiones con anterioridad a la fecha de los comicios del 8 de marzo en los que resultaron elegidos diputados.- Ello no era necesario, no obstante, por cuanto el período del edil se extendía hasta el 31 de julio de 1992 y el del otro demandado, como, miembro de la Juntas Directivas de entidades descentralizada, hasta la misma fecha por mandato legal, en tanto que la condición de diputados al asumieron el 1o. de octubre de 1992 y no a partir del momento en que se les declaró electos.

Como no se puede ir en la interpretación del mandato constitucional mas allá de su propio alcance, al no darse coincidencia siquiera parcial del período de concejal y el de diputado en el primero de los casos en exámen, y del de miembro de Junta Directiva y el de diputado en el segundo, acertó el *a-quo* en cuanto sostuvo que no necesitaban. los señores Pava y Roys renunciar a las investiduras que ejercían antes de ser elegidos diputados, por cuanto así no se hubieran presentado esas dimisiones no se generaba la inhabilidad electoral en mención.

La situación de Marco Emilio Hincapié Ramírez, quien fuera Secretario de Gobierno del Municipio de Ibagué, también encaja en la legalidad. En efecto, su elección como diputado se hizo por la circunscripción electoral del Departamento del Tolima, en tanto que la calidad de secretario de Gobierno de Ibagué solo se ejerció en esa comprensión municipal y no en la totalidad del Departamento. Pero, además, porque la causal 2a. del art. 179 de la C.N. solo es aplicable a los senadores y representantes a la Cámara y no a la elección de diputados y concejales, atacable por violación de normas diferentes que oficiosamente no puede acoger el juzgador, como así lo dejó consignado el *a-quo.*-

Por este aspecto es conveniente observar que el precepto del inciso tercero, Art. 299 de la Constitución Política, pese a señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados "No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas...." está condicionado por el mismo canon "... en lo que corresponda ...", siendo tarea del legislador determinar cuándo el

régimen de inhabilidades de los congresistas corresponde a los diputados.- Además, como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados "... será fijado por la ley ... ", mientras no se expida legislación concerniente a dicho asunto se deben aplicar las normas legales que atañen a la cuestión no contrarías al mandato constitucional, sin que en modo alguno pueda el juzgador, por extensión o analogía, disponer un régimen de mayor restricción de la capacidad electoral pasiva en cuanto a esa elección.

Por ende, el actor apoyó su demanda en causal de inhabilidad no extensiva o aplicable a los diputados, quedando sin asidero la pretensión. Habrá de confirmarse, entonces, lo que respecto de la mencionada elección decidió el *a-quo*.

Finalmente, como en el otro proceso se demandó la elección de la totalidad de los diputados a la Asamblea del Tolima, reclamando su nulidad por alegada INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD del Dto. 106 del 22 de enero de 1992, por la cual el Presidente de la República desarrolló el mandato conferido por el art. 211 del Código Electoral para fijar el número de diputados de la circunscripción electoral del Tolima entre otras, es pertinente anotar que la INCONSTITUCIONALIDAD O ILEGALIDAD de un acto administrativo es alegable en vía directa por cualquier ciudadano, con ejercicio del procedimiento adecuado ante la correspondiente jurisdicción. También en vía de excepción, como lo consagraba el artículo 215 de la anterior Constitución y lo prevé el Art. 4 . de la Carta vigente, ya no a título de excepción sino como objeción reconocible por el Juez competente, y aún, por el funcionario administrativo que deba aplicar la norma. No se observa, sin embargo, cual puede ser el fundamento de la alegada inconstitucionalidad del decreto en mención cuando lo que se pretexta en cuanto a su publicación en el Diario Oficial es el dicho de oídas de un particular, contra lo que acreditan, indubitablemente, numerosos documentos públicos, entre ellos la misma fotocopia de la página del Diario Oficial que contiene la publicación del Decreto. -Y por lo que hace a la competencia reglamentaría del Gobierno Nacional para desarrollar lo preceptuado en el Art. 211 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), menos aún se ve por qué el acto en mención, no acusado propiamente en este proceso, reviste caracteres de inconstitucionalidad, siendo así que el Presidente de la República es suprema autoridad administrativa que ejerce "la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" Numeral 11, Art. 189 de la Constitución Política).- Para desvirtuar lo aseverado por el acto, en cuanto a la inconstitucionalidad del citado decreto bastaría preguntar: quién, si no el Presidente de la República, podría reglamentar la norma para evitar que por falta de determinación del número de los integrantes de las distintas Corporaciones de elección política se tornara caótico el proceso de elección?.

Por lo demás, con la demanda se pretende la declaratoria de nulidad de un acto de elección, no de un decreto, revestido de presunción de legalidad y distinto de aquel por su naturaleza y objeto. El acusado pudo ser invalidable de conformidad con las causales estatuidas en el Art. 223 del C.C.A. (Modificado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988), ninguna de las cuales concierne a la situación fáctica aducida para fundamentar las pretensiones.-

Por consiguiente, como el acto atacado se ajusta a la Constitución en cuanto a la aplicación del cuociente electoral, y a la ley, por satisfacer lo ordenado en el decreto reglamentario dicho, conserva incólume su fuerza vinculante derivada de la presunción de legalidad que lo asiste, razón bastante a confirmar lo que en ese sentido decidió el *a-quo*.

En mérito a lo expresado, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acogiendo el concepto del señor Procurador Séptimo delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMAR, como en efecto confirma, la sentencia del 18 de diciembre de 1992 proferida por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, en cuanto denegó las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados de la referencia.

En firme esta providencia, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velázquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Aquiles Reyes Reyes*, Conjuez

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PERSONERO - Requisitos / AFIRMACION INDEFINIDA / CARGA DE LA PRUEBA

Frente a la afirmación indefinida de que el demandado no reúne los requisitos para ser Personero Municipal, se invierte la carga de la prueba, por lo que corresponde al demandado desvirtuar esta afirmación

PERSONERO MUNICIPAL - Requisitos / NULIDAD ELECTORAL

El demandado no reunía las condiciones exigidas para ser elegido Personero Municipal.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No.1010 Actor: GLORIA NELIDA CUBIDES RODRIGUEZ Y OTRA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del expediente de la referencia contentivo de dos procesos acumulados.

ANTECEDENTES

1. Gloria Nélida Cubides Rodríguez y Claudia del Pilar Salamanca Mojica, presentaron sendas demandas ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, solicitando la nulidad de la elección del Abel Otálora Niño como

Personero Municipal de Sotaquirá, efectuada el 8 de agosto de 1992 por el Concejo de dicha localidad. Asimismo pidieron que se ordene a la Corporación Edilicia hacer la elección de acuerdo a la ley y la sentencia que se dicte se cumpla inmediatamente.

2. Refieren las demandantes que para ocupar el cargo de Personero Municipal fueron postulados el abogado Luis Felipe Higuera y el ciudadano Abel Otálora Niño quien no reunía los requisitos legales para esa dignidad.

Que en votación pública el Dr. Higuera obtuvo 4 votos y el señor Otálora 5 votos y, en virtud del resultado, la Presidencia del Concejo anunció que el último de los nombrados había sido elegido Personero de Sotaquirá.

3. Como normas violadas aducen las actoras el art. 37 de la ley 11 de 1986 y el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto para ser Personero Municipal se requiere ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho, condiciones que no cumple el elegido. También invocan el artículo 241 de la ley 4a de 1914, que fué desconocido por parte del Concejo Municipal, al nombrar a quien no reúne los requisitos legales para ser Personero.

La demandante Claudia del Pilar Salamanca Mojica considera igualmente infringido el artículo 313 numeral 8 de la Constitución Nacional "...porque la facultad contenida en esta disposición fue ejercida por fuera del marco legal y reglamentario a que está sujeta". (F1.3).

4. La ciudadana Gloria Nélida Cubides Rodríguez, en escrito aparte, solicitó la suspensión provisional del acto acusado que fue denegada por el Tribunal mediante auto del 16 de septiembre de 1992.

5. El señor Abel Otálora Niño, por conducto de apoderado, contestó las demandas oponiéndose a las pretensiones en ellas formuladas.

En cuanto a la demanda de Gloria Nélida Cubides Rodríguez manifestó que la elección de funcionarios municipales, genera esta clase de situaciones en la que quienes salen derrotadas buscan la manera de obtener dividendos acudiendo a la jurisdicción contenciosa para tratar de conseguir lo que no pudieron en forma democrática en el seno de una Corporación. Dice que su mandante es una persona con título profesional "... que lo hace académicamente idóneo para ejercer a cabalidad y en forma satisfactoria el cargo para el que fue designado; igualmente, acredita una experiencia amplísima en diversos cargos públicos, que le otorgan la capacidad y los conocimientos necesarios para brillar en el ejercicio de las funciones de Personero Municipal" (Fl.38).

Que ha sido Alcalde del municipio de Cucaíta de 1988 a 1990, Personero y Tesorero de la misma localidad de 1978 a 1979, promotor de acción comunal del Departamento en 1980, Inspector de Policía de Sotaquirá de 1991 a 1992 y que igualmente ha participado en diversos cursos de capacitación sobre organización y desarrollo de la comunidad, foro sobre la Reforma a la Justicia y Programa Nacional de Adiestramiento de la Administración Pública, curso éste con duración de 160 horas.

Propuso la excepción de "fondo" de inepta demanda porque no se solicitó la nulidad del acto que declaró la elección, que es el Acta No. 004 que contiene la decisión del Concejo Municipal. Y porque la demandante no cumplió con la obligación de aportar con la demanda el documento que acredita el monto presupuestal del respectivo municipio, requisito que determina si la competencia del Tribunal es de única o de dos instancias, solicitando, por esta razón, que se toma una decisión inhibitorio.

Con respecto a la demanda de Claudia del Pilar Salamanca Mojica señalo que, en cuanto a los hechos, se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso.

También propuso la excepción de fondo de inepta demanda, por no haberse pedido la nulidad del acto por medio del cual la elección se declara.

LA ACUMULACION:

Vencido el término para la práctica de pruebas se decretó la acumulación de los procesos radicados bajo los números 12.420 y 12.421, mediante auto de fecha 20 de enero de 1993 (Fls. 84 a 86).

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia calendada a 3 de marzo de 1993, encontró no probadas las excepciones propuestas porque no hay duda acerca de cuál es el acto demandado, y el presupuesto del Municipio está acreditado con documento que obra dentro del proceso. Respecto al fondo del asunto señaló que acuerdo con los elementos probatorios, el señor Otálora Niño no hizo estudios de derecho y por esta razón, declaró nula su elección como Personero Municipal. Consideró también que corresponde al Concejo Municipal elegir Personero conforme al numeral 8 del artículo 313 de la Constitución, y como consecuencia de la nulidad declarada, dispuso que debe la Corporación nombrar Personero en reemplazo del señor Abel Otálora Niño, Asimismo ordenó expedir copias con destino a la Procuraduría para que se investigue la conducta del Presidente del Concejo de Sotaquirá.

SECCION QUINTA

EL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado del demandado recurrió en apelación, manifestando su inconformidad en cuanto a la decisión adoptada por el *a-quo* respecto a la excepción de inepta demanda pues considera que la exigencia del artículo 229 del C.C.A. de que debe demandarse el acto por medio del cual la elección se declara, es absoluta y totalmente indispensable para que el juzgador pueda fallar en el fondo. Advierte que en el presente caso esta exigencia no se cumplió, pues "... la demandante se limitó a pedir la nulidad de la elección del, Personero de Sotaquirá, pero en parte alguna demandó la nulidad del acto que contiene dicha elección y que no es otro que el Acta No. 004 de agosto 8 de 1992, que contiene la reunión y lo sucedido en ella del Concejo Municipal de Sotaquirá.." (Fl.120).

Transcribe jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que la jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada y las normas que señalan su actividad tienen características de obligatorio cumplimiento, por lo que la demanda debe observarlas estrictamente so pena de inadmitirse o de llegarse a una decisión inhibitorio. Que cuando no se individualiza el acto acusado el ejercicio del derecho de acción carece de asidero jurídico, y con apoyo en todo ello, solicita se revoque la sentencia impugnada y en su defecto se dicte la que corresponda en derecho.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso se refirió solamente a las objeciones de la apelación, señalando que el sentido común y la lógica indican que la demanda de la señora Cubides está encaminada contra el Acta No. 004, quien, además, en nuevo escrito aclara que entrega fotocopia auténtica del Acta No. 004 en la cual consta la elección de Abel Otálora Niño.

Que respecto a la demanda de la señora Salamanca se ordenó corregir para que allegara la copia del acto acusado, lo cual en efecto hizo, por la que a su juicio, ambas demandas reunían la totalidad de los requisitos exigidos; por la ley y era procedente un pronunciamiento de fondo, conceptuando que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Rituado el presente asunto con observancia plena de las formalidades procesales de rigor, y no hallándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia definitiva, previas las siguientes :

CONSIDERACIONES:

Esta Sección Quinta ha expresado que en el proceso electoral, cuya acción es de carácter público, la competencia del superior al conocer del recurso de apelación no se reduce al análisis de las objeciones hechas a la sentencia de primer grado, sino que es deber del fallador revisar la totalidad de la decisión impugnada en orden a verificar su consonancia con los hechos y con el derecho, como una garantía de la correcta administración de justicia.

En el presente caso pretenden los demandantes la nulidad de la elección de Abel Otálora Niño como Personero municipal, efectuada por el Concejo de Sotaquirá el 8 de agosto de 1992, pretensión que alcanzó prosperidad ante el Tribunal de instancia y que corresponde ahora examinar a esa Corporación por virtud de la impugnación de que ha sido objeto la decisión del *a-quo*.

Pero antes de procederse al estudio del problema planteado en los *libelos* demandatorios, debe referirse la Sala a la excepción de ineptitud de la demanda propuesta como "de fondo" por el apoderado del elegido al momento de contestar los cargos y en la cual insiste en la oportunidad de la alzada con el propósito de obtener un fallo inhibitorio.

Sobre los requisitos que debe cumplir la demanda con relación a la naturaleza de la acción electoral, ha dicho la Sala lo siguiente:

> Son los mismos que están prescritos en el art. 137 y siguientes del C.C,A;, siendo de destacar los atañaderos a la copia del acto administrativo cuestionado y al anexo con el texto de las normas invocadas como violadas que no tengan alcance nacional, y en algunos procesos la prueba del presupuesto municipal para determinar la competencia.
>
> En cuanto al aspecto puramente formal la ineptitud de la demanda solo es predicable cuando se omite la designación correcta de las partes, no se precisa lo que se demanda, no se individualiza el acto administrativo cuya nulidad se impetra, las normas que se consideran violadas y las disposiciones procedimentales que prescriben la causal de nulidad alegada. Otro tipo de informalidades no alcanza a enervar el trámite y la decisión de mérito, por cuanto el carácter de pública que tiene la acción permite al juzgador, en aras de la eficacia de la administración de justicia y del alto interés involucrado en la definición del contencioso, pasar por alto falencias secundarias en la formulación de la demanda..." (sentencia abril 27 de 1993, Consejero Ponente Dr. Amado Gutiérrez Velázquez, actores: Claudia Lucía Florez Montoya y otros, expedientes acumulados Nos. 0639, 0623,

0624, 0632, 0633, 0636, 0638, 0643, 0645, 0647, 0651, 0652, 0654, 0655, 0656, 0659, 0661, 0667).

En el presente caso, el señor apoderado del elegido considera, en cuanto a la demanda presentada por gloria Nélida Cubides Rodríguez, que es inepta por dos razones:

a) Porque no se solicitó expresamente la nulidad del acto que declaró la elección y que se encuentra consagrado en el Acta No. 004 que contiene la elección del Personero Municipal de Sotaquirá.

b) Porque no se aportó al momento de la presentación de la demanda la prueba documental relacionada con el monto del presupuesto anual del municipio de Sotaquirá.

Y en relación con la demanda que formula Claudia del Pilar Salamanca Mojica, es igualmente inepta porque no cumple el requisito de solicitar la nulidad del acto que declaró la elección del Personero Municipal.

La Sala está de acuerdo con las razones expresadas por el *a-quo* y el señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso, en cuanto a que de las demandas se infiere con toda claridad que la pretensión está encaminada a obtener la anulación de la elección del Personero Municipal.

En efecto, en la demanda de la señora Cubides Rodríguez, se solicita que se declare "nulo el nombramiento o elección de ABEL OTALORA NIÑO como Personero Municipal de Sotaquirá (Boyacá) hecha el día ocho (8) de agosto de 1992 por el Concejo de esa localidad en sesión ordinaria" (Fl.1).

Y en el *acápite* "Pruebas" de la misma demanda se solicita oficiar a la autoridad respectiva para que envíe fotocopia autenticada del "Acta NO. 004 del 8 de agosto de 1992 correspondiente a la sesión de esa fecha del Concejo Municipal de Sotaquirá, donde consta la elección de Abel Otálora para ocupar el cargo de Personero" (Fl.3).

En la demanda de la señora Salamanca Mojica se pide declarar "... nulo el nombramiento del señor ABEL OTALORA NIÑO realizado por el Concejo Municipal de Sotaquirá, el 8 de agosto de 1992, para ocupar el cargo de Personero Municipal" (fl.1).

En cumplimiento del auto del 2 de septiembre de 1992 que ordenó subsanar las fallas de la demanda, acompañó la actora el acta No. 004 de fecha 8 de agosto de 1992 del Concejo Municipal de Sotaquirá en fotocopia autenticada.

Como se observa de lo anterior, el requisito de la individualización del acto acusado para obtener la nulidad de una elección a que hace mención el artículo 229 del C.C.A., invocado por el excepcionante, se cumple a cabalidad en ambas demandas, por lo que, en relación con el aspecto examinado, no hay obstáculo de ley que impida una sentencia de fondo.

En cuanto al presupuesto anual del Municipio de Sotaquirá se tiene que en el proceso relacionado con la demanda de Gloria Nélida Cubides Rodríguez, el Conductor del mismo, previamente a su admisión, solicitó de oficio a la Tesorería respectiva la certificación presupuestal, la que fue allegada al expediente y obra al folio 8 del mismo, en la cual consta que dicho presupuesto asciende al monto de $226.060.121.

En el proceso relativo a la demanda de Claudia del Pilar Salamanca Mojica, antes de admitirla, en auto del 2 de septiembre de 1992 ordenó el Magistrado allegar constancia sobre el monto presupuestal de Sotaquirá para la vigencia de 1992, dándose cumplimiento a ello por la actora en la oportunidad concedida, al acompañar la referida certificación en original, visible al folio 12 del expediente.

En consecuencia, resultan improbados los hechos que alega el señor apoderado para fundamentar la excepción de ineptitud de la demanda, que se observa, tiene el carácter de previa a tenor del artículo 97 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil, y no de fondo como la califica el representante pues con ella no se busca contrarrestar las pretensiones de las demandas, por lo que no amerita pronunciamiento especial alguno, dado que las excepciones previas no tienen cabida en los procesos contencioso administrativos (Art. 68 Decreto 2304 de 1989 derogatorio del art. 163 del C.C.A.). Por tanto se revocará el punto primero de la sentencia recurrida.

En cuanto a lo que es materia de fondo, que tiene que ver con la elección del señor Abel Otálora Niño como Personero Municipal de Sotaquirá, la Sala considera lo siguiente:

Frente a la afirmación indefinida de que el demandado no reúne los requisitos para ser Personero Municipal, como son, tener la calidad de abogado titulado o haber terminado estudios de derecho, previstos en los artículos 37 de La ley 11 de 1986 y 137 del Decreto 1333 del mismo año, se invierte la carga de la prueba, por lo que correspondía al señor Otálora Niño desvirtuar esta afirmación. Sin embargo, los argumentos de su defensa se limitan a expresar que es académicamente idóneo para ser Personero y que posee una amplia experiencia en cargos públicos. En prueba de su aserto adjuntó unas certificaciones de que aprobó "El programa semiescolarizado de capacitación

para autoridades de policía; de su desempeño en los cargos de Tesorero, Personero y Alcalde Municipal; de asistencia al Foro "La Reforma de la Justicia" y "Organización y Desarrollo de la Comunidad, y su diploma de Bachiller Académico del Colegio Silvino Rodríguez de Tunja.

Así las cosas, resulta claro que el señor Abel Otálora Niño no reunía las condiciones exigidas para ser elegido Personero Municipal, por lo que debe confirmarse la decisión del *a-quo* de declarar la nulidad de su elección como tal.

En razón de lo anterior se modificará el punto tercero de la parte resolutiva de la providencia impugnada en el sentido de que se comunique esta determinación al Concejo Municipal de Sotaquirá para los efectos que señale la ley, quedando en esta forma satisfechas las demás pretensiones de las demandas.

Finalmente, se confirmará la decisión de expedir copias de lo pertinente con destino a la Procuraduría para que, si lo estima pertinente investigue la conducta del Presidente del Concejo de la municipalidad de Sotaquirá.

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. Revócase el punto primero de la sentencia proferida el 3 de marzo de 1993 por el Tribunal administrativo de Boyacá, por cuanto las excepciones previas no ameritan pronunciamiento especial en el proceso contencioso administrativo.

2o. Confírmase los puntos segundo y cuarto de la citada providencia.

3o. Modifíquese el punto tercero de la misma en el sentido de que se comunique esta decisión al Concejo Municipal de Sotaquirá para los efectos que señala la ley.

4o. En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD PROCESAL - Término / FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL

La nulidad por falta de competencia funcional se puede alegar en cualquier momento del proceso, mientras éste no haya finalizado. Conforme a los arts. 143, 144 y 145 del C. de P.C., esta es una nulidad insaneable que puede reponerse dentro del juicio aún si no se alegó como previa y aún puede ser declarada de oficio por el Juez. Al aparecer establecida la falta de competencia por parte de la División de Ejecuciones Fiscales del IDU, lo procedente es decretar la nulidad de lo actuado por haberse incurrido en la causal 2a. del art. 140 del C. de P.C.

JURISDICCION COACTIVA - Funcionario Ejecutor / ESTABLECIMIENTO PUBLICO DISTRITAL / IDU - Director / DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia

Solo los funcionarios públicos que tengan jurisdicción coactiva, de acuerdo a la ley, son los que pueden proceder ejecutivamente al cobro de deudas fiscales (art. 561 del C. de P.C.) y no existe norma legal que le confiera ese poder o competencia al Director del IDU, mucho menos a un subalterno suyo en quien no se puede delegar lo que no tiene, es decir la competencia. Es claro que el art. 11 del Decreto Ley 2304 de 1989, por el cual se otorgó jurisdicción coactiva a los representantes legales de los establecimientos públicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales y municipales, de las áreas metropolitanas, etc. fué declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de junio de 1990. Pero aún aceptando en gracia de discusión que el Gerente del IDU tuviera jurisdicción coactiva, tal atribución no podría ser delegable en ningún funcionario por lo que, igualmente,

sería nula la actuación por falta de competencia de la División de Ejecuciones Fiscales de la entidad citada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 227. Actor: D.C. DE SANTA FE DE BOGOTA C/ SEGUROS DEL ESTADO Y CONSORCIO CAMILO CORREAL - GUILLERMO FRANCO. Auto.

Se decide la solicitud de nulidad de todo lo actuado, formulada por la parte demandada, con base en lo previsto en el num. 2o. del art. 140 del C. de P. C.

ANTECEDENTES:

En providencia fechada el 6 de septiembre de 1991, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió confirmar en todas sus partes el mandamiento de pago librado por la División de Ejecuciones Fiscales del IDU, del 21 de junio de 1990, contra SEGUROS DEL ESTADO S.A. y el CONSORCIO CAMILO CORREAL GUZMAN Y LUIS GUILLERMO FRANCO VELASQUEZ por la suma de $16.253.348.41.

Igualmente denegó la solicitud de pruebas que hace el señor apoderado del IDU y ordena que continúe la ejecución (fls. 142 a 147).

A folio 149 el Instituto de Desarrollo Urbano, División Primera de Ejecuciones Fiscales ordenó seguir adelante la ejecución, practicando la liquidación de la obligación o crédito y condenando en costos al demandado. El valor total del crédito y los intereses a la fecha son de $44.170.099.64 (fl. 150).

Mediante auto fechado el 20 de noviembre de 1991, el IDU resolvió aprobar la liquidación del crédito, realizada por Secretaría (fl. 151).

El apoderado de Seguros del Estado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto mediante el cual se aprobó la liquidación, a fin de que sea revocado parcialmente en cuanto al cobro de intereses moratorios calculados a la tasa del 72.82%, y en su lugar se disponga liquidarlos como corresponde legalmente, a la tasa del 18% anual (fls. 152 a 155).

SECCION QUINTA

El 26 de marzo de 1992, el Instituto de Desarrollo Urbano, División I de Ejecuciones Fiscales resolvió negar la reposición interpuesta por la parte ejecutada contra la providencia de noviembre 20 de 1991, concediendo el recurso de apelación en el efecto devolutivo, a costas del apelante (fls. 163 a 167).

Mediante escrito presentado el 25 de junio de 1992, el apoderado de Seguros del Estado solicita que se decrete la nulidad de la actuación correspondiente al proceso de la referencia, con base en la causal de nulidad prevista en el num. 2o. del art. 140 del C. de P. C., es decir, por falta de competencia funcional.

Considera el apoderado de la demandada que el Jefe de la División de Ejecuciones Fiscales del IDU carecía de competencia *ab initio* y durante toda la tramitación del proceso, por factor funcional, "porque si bien las pólizas de seguros a favor de entidades públicas integran título ejecutivo, con los demás documentos que señala el numeral 4 del art. 68 del C.C.A., el respectivo proceso debe ser conocido por las autoridades señaladas en el art. 561 del C. de P. C.".

Las normas que invoca el IDU como la fuente de su competencia tan solo le otorgan jurisdicción coactiva para el cobro de contribuciones de valorización, por lo cual mal puede extenderse a otro tipo de obligaciones (fls. 172 y 173).

A folio 187, mediante apoderada debidamente constituida (fl. 176), el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- considera improcedente la nulidad planteada por inoportuna, ya que en este proceso se dictó sentencia, en cuya etapa estuvo representada la parte demandada, y según el apoderado de la compañía aseguradora, el vicio proviene desde el mismo comienzo del proceso, luego no estaría acorde con el art. 142, inc. 1o. del C. de P. C.

En segundo lugar, el IDU sí tiene competencia para recaudar esta clase de obligaciones, mediante el mecanismo de jurisdicción coactiva. El art. 68 del C.C.A. define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo. En norma posterior, es decir, mediante el art. 79 *ibídem*, otorga la facultad para que directamente las entidades públicas hagan efectivos sus créditos por Jurisdicción coactiva. A partir de la vigencia de esta norma y su exequibilidad declarada por jurisdicción coactiva, teniendo como origen no solo el certificado de deuda fiscal que acredita la obligación exigible en relación con el gravamen de valorización, sino en todos los casos que contempla el C.C.A. -art. 68-.

De esta situación conoció reiteradamente la Sección Cuarta y en ninguna de las actuaciones consideró que el IDU carecía de competencia para conocer de este tipo de actuaciones. En cuanto hace referencia a la declaratoria de

inexequibilidad del art. 11 del Decreto 2304, en nada afecta pues ya regían los arts. 68 y 79 del C.C.A. que aún siguen vigentes. La inexequibilidad decretada se debió a razones de forma y no de fondo.

Para fundamentar lo expresado cita la sentencia de 23 de agosto de 1984, proferida por la H. Corte Suprema de Justicia y el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado fechado el 15 de mayo de 1986, radicación No. 023.

CONSIDERACIONES

Dan cuenta los autos que en el presente caso la Dirección Ejecutiva del Instituto de Desarrollo Urbano, mediante Resolución No. 636 de octubre 14 de 1988 impuso una multa por incumplimiento parcial del contrato No. 020 de 1987, al Consorcio Camilo Correal Guzmán y Luis Guillermo Franco y a Seguros del Estado, la cual fue debidamente notificada a las partes.

Mediante Resolución No. 770 de noviembre 25 de 1988 se resolvió desfavorablemente un recurso de reposición, confirmándose en su totalidad la Resolución No. 636 de 1988, quedando agotada la vía gubernativa.

El 27 de enero de 1989, el IDU declaró el incumplimiento del contrato 020 de 1987, mediante Resolución No. 048, y ordena hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a cargo del contratista Consorcio Camilo Guzmán y Luis Guillermo Franco Velázquez y de la compañía Seguros del Estado S.A., efectuando las notificaciones del caso.

El 21 de junio de 1990, la División de Ejecuciones Fiscales del IDU profirió mandamiento de pago, con base en las anteriores resoluciones.

Mediante providencia fechada el 25 de febrero de 1991, la División I de Ejecuciones Fiscales del IDU resolvió los recursos de reposición, confirmando el mandamiento de pago y concedió el recurso de apelación ante esta Corporación.

La Sección Quinta a su vez, mediante providencia fechada el 6 de septiembre de 1991 confirmó el mandamiento librado en todas sus partes y ordenó continuar la ejecución.

Cobro ejecutivo cuando a él haya lugar, y así sea en favor de un ente descentralizado del orden distrital y municipal, se realizará por conducto del funcionario público de ese orden a quien la ley le haya conferido la competencia.

La excepción a esta situación es la existencia de otra norma legal que le otorgue la competencia o jurisdicción prevalente a otro funcionario público, como acontece en materia de concordatos.

Como reiteradamente lo ha expresado esta Corporación, solo los funcionarios públicos que tengan jurisdicción coactiva, de acuerdo a la ley, son los que pueden proceder ejecutivamente al cobro de deudas fiscales (art. 561 del C. de P. C.) y no existe norma legal que le confiera ese poder o competencia al Director del IDU, mucho menos a un subalterno suyo en quien no se puede delegar lo que no tiene, es decir, la competencia.

Además, es claro, que el art. 11 del Decreto Ley 2304 de 1989, por el cual se otorgó jurisdicción coactiva a los representantes legales de los establecimientos públicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales y municipales, de las áreas metropolitanas, etc., fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de junio de 1990.

Pero, aún aceptando en gracia de discusión que el Gerente del IDU tuviera jurisdicción coactiva, tal atribución no podría ser delegable en ningún funcionario por lo que, igualmente, sería nula la actuación por falta de competencia de la División de Ejecuciones Fiscales de la entidad citada.

Por otra parte, no asiste la razón a la apoderada del IDU cuando considera que la nulidad era improcedente por no haber sido planteada en tiempo, pues la nulidad por falta de competencia funcional se puede alegar en cualquier momento del proceso, mientras éste no haya finalizado.

En efecto, conforme a los arts. 143, 144 y 145 del estatuto en mención, esta es una nulidad insaneable que puede proponerse. dentro del juicio aún si no se alegó como previa y aún puede ser declarada de oficio por el Juez.

Al aparecer establecida la falta de competencia por parte de la División de Ejecuciones Fiscales del IDU, lo procedente es decretar la nulidad de lo actuado por haberse incurrido en la causal 2a. del art. 140 del C. de P. C., para que, si es del caso, sea adelantado por el competente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, a partir del auto de 21 de junio de 1990 (fl. 68), inclusive, por configurarse la causal segunda del art. 140 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al despacho de origen y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en Sala en su sesión de diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1993

PAGINA

ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.	764
AEROVIAS DE INTEGRACION REGIONAL S.A. AIRES S.A.	1083
AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO	827
ALEJANDRO PAEZ MURILLO	987
ALMACENES EXITO S.A. C/MPIO DE ENVIGADO IMPUESTOS INDUSTRIA Y COMERCIO	1003
AMPARO DE LA CRUZ ZAPATA Y OTROS	439
ANTONIO BELTRAN BALLESTEROS	745
ANTONIO HERACLITO MAYA COPETE	1441
AUTOPHON SOCIEDAD LIMITADA	161
BANCO CAFETERO	1052
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO AUTORIDADES NACIONALES	1209
BANCO DE CREDITO	1138
BANCO DE LA REPUBLICA C/ CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A.	1122
BANCO INTERNACIONAL DE COLOMBIA INDUSTRIA Y COMERCIO	1019
BERNARDO PATIÑO FAJARDO	466
C.G.E.E. ALSTHOM S.A.	379
CAFEPAS LTDA. C/ LA NACION	694
CAJA SOCIAL DE AHORROS S.A. C/ DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA	752
CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO	681
CAMILO VARGAS AYALA C/ LA NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR	1035
CARLOS AMAYA LOPEZ Y OTROS	85

	PAGINA
CARLOS ANILLO Y OTROS	42
CARLOS AUGUSTO GARCIA Y OTRA	74
CARLOS CARRILLO SANTIAGO	1237
CARLOS LLERAS DE LA FUENTES Y OTRO	1203
CARLOS LUIS DAVILA ROSAS	1353
CARLOS MANUEL ANGARITA SALGADO C / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD AUTORIDADES NACIONALES.	1073
CARMELO GUZMAN ORTIZ	1479
CARMEN JULIO LOPEZ LEAL Y OTRA	491
CLAUDIA FLOREZ MONTOYA	1330, 1334
CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA Y OTROS	1329
COLMAQUINAS S.A.	922
COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S.A. COLENVASES S.A.	688
COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL CREDITOS E INVERSIONES CARTAGENA S.A. CREDINVER	849
COMPAÑIA DE INVERSIONES BOGOTA S.A. C/ LA NACION	906
COMPAÑIA EXPORTADORA DE MADERAS DE URABA S.A.	785
CONSORCIO SPIE CAPAG-CONCONCRETO	1064
CONSTRUCTORA LA SOLIDEZ S.A.	876
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA C / JOIMER ENRIQUE OREJUELA Y/O COMPAÑIA DE SEGUROS COLSEGUROS	1497
CORPORACION COLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA GRANAHORRAR	839
CORPORACION FINANCIERA DE LOS ANDES S.A. AUTORIDADES NACIONALES	949
D.C. DE SANTAFE DE BOGOTA C / GRATAMIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES S.A.	1502
D.C. DE SANTAFE DE BOGOTA C / SEGUROS DEL ESTADO Y CONSORCIO CAMILO CORREAL - GUILLERMO FRANCO	1593
D.C. SANTAFE DE BOGOTA C/EMPRESA COLOMBO LATINOAMERICANA DE TECNOLOGIA Y COMERCIALIZACION ECOLTEC LTDA.	1445
DIEGO LEANDRO ROMERO SAAVEDRA	1378
DISTRIBUCIONES S.A. DISA S.A.	967
DISTRIBUIDORA QUIMICA HOLANDA COLOMBIA S.A.	1220
EDUARDO ENRIQUE TINOCO BOSSA	1372
EFRAIN MANUEL PATIÑO Y OTRA	643

	PAGINA
ELEUTERIO LEON REYES	324, 339
FABIO DE JESUS BORJA ARBOLEDA	1312
FELIPE MOJICA NIÑO	480
FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ	1303
FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ Y OTROS	1575
FERNANDEZ VIÑAS RUSSI & CIA LIMITADA	279
FERNANDO LLANOS LLANOS	1450
FIDEL BAÑUELOS CARRILLO	889
FONDO DE DESARROLLO DE SANTANDER S.A. FONDISER S.A.	855
FRANCY ELENA BRAVO LOPEZ	1333
FUNDACION CLINICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO	978
GABRIEL ENRIQUE SOLANO RIVERA	1458
GLORIA NELIDA CUBIDES RODRIGUEZ Y OTRA	1583
GOMEZ Y GOMEZ SOCIEDAD DE HECHO AMOBLADOS DORESKY	1011
GUILLERMO LEON CEBALLOS FLOREZ	609
HERNAN ZULUAGA ARISTIZABAL	103
HERNANDO CRUZ ROMERO	60
HERNANDO PINZON AVILA	1199
HUGO ESCOBAR SIERRA	1358, 1369
HUGO SALAZAR PELAEZ	899
HUMBERTO GOMEZ RESTREPO	573
IGNACIO CHIAPPE LEMOS Y CONSUELO AGUIRRE SILVA. AUTORIDADES NACIONALES	1105
INDUSTRIAS INTEGRADAS PARA LA RECREACION LTDA. INTER-RECREO	1184
INES NUÑEZ Y OTRO	1465
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) C / EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA (EAAB)	1260
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. CONSORCIO JORGE A TORRES Y ALVARO RIVERA.	448
INVERCHESA S.A.	882
ISIDORO AREVALO BUITRAGO C/ LA NACION	1028
ISRAEL MORALES PORTELA	1337
JAIME AUGUSTO LOPEZ MORALES Y URBANO ALMECIGA MARTINEZ	1287
JAIME GONZALEZ RUBIO	528
JAIME MONCADA MARIN	196

	PAGINA
JAIME RAFAEL PEDRAZA	1361
JAIRO BAQUERO Y OTRA	21
JAIRO CASTRO FIGUEROA	1383
JESUS ANTONIO TORRES Y OTROS	536
JHON DOMINGO RUIZ PORRAS	1545
JHON JAIRO MEJIA Y OTROS	350
JORGE GUALTEROS SOLANO	652
JORGE SIGIFREDO CHECA CHECA Y OTROS.	1268
JOSE CIPRIANO LEON CASTAÑEDA	1097
JOSE GIUSSEPPE CARINI FERRARI	961
JOSE HILARIO LUGO BERNAL	1175, 1181
JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA	1380
JOSE LIBARDO LOPEZ MONTES	1411
JOSE NICOLAS DUQUE OSSA	1489
JOSEFA SANDOVAL V. DE GONZALEZ	524
JUAN FERNANDO PETERSSON	1189
JUAN FERNANDO PETERSSON SAMPER	984
LA PREVISORA S.A.	1155
LEON CARTAGENA MARIACA Y OTRO	1556
LEONARDO VILLAMARIN ORDOÑEZ	399
LOURDES RUBIELA GIRON MARTINEZ	509
LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE	1511
LUIS HUMBERTO TOVAR TRUJILLO	1472
LUIS MIGUEL URREGO DELGADO	820
LUZ MARIA JARAMILLO DE RAMIREZ	972
MAGOLA PEREZ DE GIRALDO Y OTROS	132, 140
MARCO ANTONIO PEREZ Y OTRO	35
MARIA DE LA CRUZ ROJAS DE RIAÑO	206
MARIA LIGIA HERNANDEZ VARGAS Y OTROS	559
MARIA LUISA QUINTERO ARBELAEZ	93
MARIA ROCIO GALLEGO CARDONA	629
METALMECANICA COLOMBIANA LTDA. METALCOL	1045
MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA	417
MILTON JOSE ALGARIN ARCON	1280
MIRYAM ELIANA QUEVEDO DE BOTERO Y OTRA	287
NESTOR CASTILLO VARILLA	1366
OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC.	793
OLGA GARCIA VIUDA DE PABON	658, 663
OSCAR JOSE ROSALES PADILLA	144
PABLO OLIVEROS	12

	PAGINA
PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY	697
PEDRO A. LEYVA VILLARREAL	1388
PEDRO CASSES URIBARREN	1342
QUIMICA NALCO DE COLOMBIA S.A.	811
RAUL MESA Y COMPAÑIA LIMITADA.	665
REMEDIOS NICOLASA FAJARDO GOMEZ	1338
RICARDO HURTADO BRAVO	1469
RITHA DEL SOCORRO ALVAREZ ENRIQUEZ	264
ROQUE ANGARITA ORTEGA Y OTROS	109
RUBEN DARIO GARCIA R. C/MPIO DE ARMENIA.	1193
SAN JOSE DE NIMA LTDA. Y MARIELA MEJIA BOTERO	928
SANCHEZ OCAMPO Y CIA S. EN C.	549
SEGURIDAD TIFIN LTDA.	1092
SEGUROS TEQUENDAMA S.A.	717, 731
SICIM S.P.A. SUCURSAL EN COLOMBIA	709
SIXTA TULIA MOSQUERA NUÑEZ Y OTROS	297
SOC. GAMBOA ORTIZ Y CIA. LTDA.	591
SOCIEDAD ALBERTO VASQUEZ Y ASOCIADOS Y CIA LTDA.	231
SOCIEDAD CONSTRUCTORA CONSTRUCAR LTDA.	242
SOCIEDAD CONSTRUCTORA L.A. LTDA.	994
SOCIEDAD DE APLICACIONES ELECTRONICAS S.A.	1116
SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL COLMOTORES S.A.	505
SOCIEDAD DIAZ GARCIA ASOCIADOS LIMITADA	122
SOCIEDADES AEROMECANIC LTDA. Y OTRAS	149
SUCESION DE BUILES DE CORRALES MYRIAM	1248
SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A.	776
THOMAS DE LA RUE DE COLOMBIA S.A.	866
TRANSPORTES FLOTA BLANCA S.A.	1147
URBANIZACION LAS SIERRAS DEL CHICO LTDA.	1165
VELEZ MESA Y CIA LTDA.	471

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1993

INDICE TEMATICO
SECCION TERCERA

TEMA	PAGINA
A	
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	121, 338, 548
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia	149, 323, 651
ACCION DE REPARACION DIRECTA	338, 528, 651
ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia	548
ACCION *IN REM VERSO*	74
ACTIVIDAD PELIGROSA	11, 628
ACTO ADMINISTRATIVO	548
ACTO ADMINISTRATIVO - Ejecutoria	338
ACTO SEPARABLE	121
ADJUDICACION DEL CONTRATO	121
ADQUISICION DE PREDIO RURAL	573
AIU	143
APROPIACION PRESUPUESTAL	378
ATENTADO TERRORISTA	591
AUDIENCIA DE LA CONCILIACION - Inexistencia	524

TEMA	PAGINA
C	
CADUCIDAD - Improcedencia	528
CADUCIDAD - Término	471
CADUCIDAD DEL CONTRATO - Improcedencia	241
CAPACIDAD PARA CONTRATAR	121
CLAUSULA DE CADUCIDAD - Improcedencia	230
CLAUSULAS EXHORBITANTES	471
COMISION - Límites	339
CONCURRENCIA DE CULPAS	558
CONFESION - Improcedencia	524
CONSULTA	505
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación	103
CONTRATO DE VOCACION HEREDITARIA	479
CONTRATO ADMINISTRATIVO	378
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento	143, 241
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	230
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Régimen Aplicable	230
CONTRATO DE EXPLOTACION DE BIENES DE USO PUBLICO	323
CONTRATO DE OBRA PUBLICA	241
CONTROL ADMINISTRATIVO - Terminación	471
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	149, 278, 323, 471
CULPA DE LA VICTIMA	20, 558
CULPA DE LA VICTIMA - Inexistencia	491
CULPA DE LA VICTIMA (Salvamento de Voto)	140, 663
CUMULO DE INDEMNIZACIONES	296
D	
DAÑO ANTIJURIDICO	11, 399
DAÑO DEL ANTIJURIDICO	417
DECOMISO DE BIENES	417
DEMANDA - Ineptitud	548, 651
DESAPARECIMIENTO	85
DILIGENCIA JUDICIAL - Cumplimiento	628

TEMA	PAGINA
E	
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	59
ENTIDAD PUBLICA	524
EQUIDAD	20, 479
EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO	241
F	
FALLA DEL SERVICICIO PENITENCIARIO Y CARCELARIO	628
FALLA DEL SERVICIO	20
FALLA DEL SERVICIO - Inexistencia	42, 658
FALLA DEL SERVICIO (Salvamento de Voto)	663
FALLA DEL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Comiso de Vehículo	399
FALLA DEL SERVICIO DE ALCANTARILLADO	92
FALLA DEL SERVICIO DE ALMACENAJE	665
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA	642
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Extorsionistas	558
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Fumigación con Glifosato	528
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO	287
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA	85, 264, 287
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA - Inexistencia	132
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA (Salvamento de Voto)	140
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO - Demanda	296
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO	205
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Explosivos	536
FALLA DEL SERVICIO MEDICO	195, 509
FALLA DEL SERVICIO POR ACCION	417
FALLA DEL SERVICIO POR EMISION	417
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION - Inexistencia	591
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma Oficial	205
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Vehículo Oficial	11
FALLO DEL SERVICIO PENITENCIARIO	439

TEMA	PAGINA
G	
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA	505
I	
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES	324
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pautas	143
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS A PROPONENTES - Improcedencia	608
INDICIOS	642
INTERNO	628
INTERPRETACION DE LA LEY	479
INTERPRETACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Inexistencia	448
J	
JUEZ DEL CONTRATO	471
L	
LAUDO ARBITRAL - Fuërza Ejecutiva	447
LAUDO ARBITRAL - Limites	447
LEGITIMACION EN LA CAUSA	278
LEGITIMACION POR ACTIVA	121
LEGITIMACION POR PASIVA	92
LEY DEL CONTRATO	230
LEY EN EL TIEMPO	230
LICENCIA DE CONSTRUCCION	548
LICITACION PUBLICA - Deserción	608

TEMA	PAGINA
M	
MINISTERIO PUBLICO	278
O	
OBLIGACION DE RESULTADO	85
OPERACION ADMINISTRATIVA	338
P	
PERENCION DEL PROCESO - Improcedencia	35
PERJUICIO FISIOLOGICO	349
PERJUICIOS MATERIALES	195
PERJUICIOS MORALES	296, 349
PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS	12
PERJUICIOS MORALES A MENORES	12
PERJUICIOS MORALES A PADRES - Improcedencia	205
PERJUICIOS MORALES A TERCEROS	20
PLIEGO DE CONDICIONES - Interpretación	160
PLIEGO DE CONDICIONES - Requisitos	160
PREJUDICILIDAD PENAL - Improcedencia	11
PRESUPUESTO MUNICIPAL	103
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	378
PROCEDIMIENTO - Culminación	573
R	
RELACION DE CAUSALIDAD - Inexistencia	42
RESOLUCION MOTIVADA - Inexistencia	608
RESPONSABILIDAD POR RIESGO - Electrocución	491

TEMA	PAGINA
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO	92, 573
RESTROSPECTIVIDAD DE LA LEY	230
RETENCION DE PERSONAS	642
REVOCATORIA DIRECTA	548
RIESGOS DEL OFICIO (Salvamento de Voto)	663
RIESGOS DEL OFICIO - Toro	658
S	
SELECCION DEL CONTRATISTA	121
SENTENCIA - Naturaleza	109
T	
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS	121
TESTIMONIO	109
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Integración	448
V	
VIA DE HECHO	339

SECCION CUARTA

A	
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	848, 854
ACCIONES - Valor Intrínseco	1052

TEMA	PAGINA
ACTA DE INSPECCION	775
ACTIVIDAD DE SERVICIOS	1198
ACTIVIDAD FINANCIERA	826, 948
ACTIVIDAD FINANCIERA - Vigilancia	938
ACTIVIDAD INDUSTRIAL	688
ACTIVO EN MONEDA EXTRANJERA	1105
ACTO ADMINISTRATIVO	693, 1137, 1208
ADMINISTRACION TRIBUTARIA	763
AHORRO PRIVADO - Control	938
ALMACEN DEPARTAMENTALIZADO	1003
ANIMO DE LUCRO	751
APORTE PARAFISCA	1092
APORTES PARAFISCALES	865, 866, 876
ASEGURADORA OFICIAL (Salvamento de Voto)	731
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Deberes	1137
AUTORIDAD PUBLICA - Funciones	1137
AUXILIO DE TRANSPORTE	865
AVALUO CATASTRAL	1097

B

BALANCE GENERAL -Presentación	1208
BASE GRAVABLE	792
BASE GRAVABLE ACTIVIDAD EXCLUIDA	674
BIEN EXENTO	972
BIEN INMUEBLE - Titularidad	1164
BONOS DE DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA. REDENCION	681

C

CADUCIDAD - Cómputo	1184
CAJA SOCIAL DE AHORROS	751
CASO FORTUITO	1044

TEMA	PAGINA
CAUSACION	1228
CERT	1121
CERT- Requisitos	1121
CERTIFICADO BIMESTRAL	785
CIRCULAR EXTERNA	1208
CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA	1027
COBRO COACTIVO	961
CODIGO DE REGIMEN MUNICIPAL - Aplicación	1018
COMPARACION DE PATRIMONIOS	810, 905
COMPARACION PATRIMONIAL	1115
COMPENSACION	1236
COMPENSACION - Suspensión	987
COMPETENCIA FUNCIONAL	693, 763, 854, 961, 1072
COMPETENCIA POR CUANTIA	693,848,854
COMPETENCIA POR CUANTIA - Determinación	1051
COMPETENCIA TERRITORIAL	848
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Funciones	1027
CONSEJO DE ESTADO	693
CONSORCIO	1063
CONTABILIDAD	855
CONTRATACION ADMINISTRATIVA (Salvamento de Voto)	730
CONTRATISTA	876
CONTRATO DE SEGURO	716
CONTRATO DE SEGUROS (Salvamento de Voto)	730
CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS	775
CONTRATO DEL MANDATO	1035
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO	716
CONTRATO MERCANTIL	1228
CONTRIBUCION DE VALORIZACION	1164, 1193
CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL	1097, 1202
CONTRIBUCION PARAFISCAL	1072
CONTRIBUYENTE - Obligaciones	882, 1175
CONTROL DE PRECIOS	763, 1147
COPIA - Valor probatorio	1164
COPIA AUTENTICA	855
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA	826, 837
CORPORACION FINANCIERA - Capacidad	949

TEMA	PAGINA
CORPORACION FINANCIERA - Obligaciones	948
CORRECCION MONETARIA	837
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	1027
COSTO	882
COSTO FISCAL	1247
CREDITO LITIGIOSO	928
D	
DECLARACION DE INGRESOS Y PATRIMONIO	978
DECLARACION TRIBUTARIA - Corrección	854
DECLARACION TRIBUTARIA - Presentación	972
DEDUCCION	827, 1220
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	838
DERECHO DE DEFENSA	1137
DERECHO PENAL - Inaplicabilidad	939
DERECHOS ADQUIRIDOS	1082
DESCUENTO TRIBUTARIO	1083
DEVALUACION MONETARIA	1044
DEVOLUCION	708, 888, 889, 1164, 1236
DEVOLUCION - Suspensión	987
DEVOLUCION - Verificación	888
DIFERENCIA EN CAMBIO	1051
DILIGENCIA DE INVENTARIOSY AVALUOS	1247
DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA	1018
DOCUMENTO	855
DOCUMENTO - Valor Probatorio	1228
DOCUMENTO OTORGADO EN EL EXTERIOR - Autenticación	905
DOCUMENTO PRIVADO - Valor Probatorio	993
DOCUMENTO PUBLICO	1121
DONACION - Destinación	1155

TEMA	PAGINA
E	
EMPRESA COMERCIAL DEL ESTADO (Salvamento de Voto)	730
EMPRESA DE TRANSPORTE AEREO	1083
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO (Salvamento de Voto)	730
ENDEUDAMIENTO	837
ENDEUDAMIENTO CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA	838
ENTIDAD FINANCIERA	939
ENTIDAD RECEPTORA	948
ESTATUTO CONTRACTUAL - Aplicación (Salvamento de Voto)	730
EXCEPCION DE ILEGALIDAD	1018
EXCEPCIONES	961
F	
FACTOR PRESTACIONAL	1189
FACULTAD SANCIONATORIA	1208
FACULTAD DE FISCALIZACION	888, 922, 1236
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	1198, 966
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL (Salvamento de Voto)	1181
FACULTAD SANCIONATORIA	837, 948
FONDO DE VIGILANCIA	1198
FUERZA MAYOR	1044
FUERZA MAYOR - Inexistencia	838
I	
IMPUESTO	848
IMPUESTO A MOTELES	820, 1198
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	966, 1198

TEMA	PAGINA
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Envigado	1003
IMPUESTO DE RENTA	827
IMPUESTO DE TIMBRE	993
IMPUESTO DE TRANSPORTE POR OLEODUCTOS	792
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO	674, 688, 751, 1018, 1175
IMPUESTO MUNICIPAL	1198
IMPUESTO PREDIAL	1097
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	708, 775, 854, 993, 1063, 1083, 1220, 1247
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS	785, 972
IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO	751
IMPUESTO DESCONTABLE	785
INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION	1063
INGRESO GRAVADO - Inexistencia	775
INGRESO NO GRAVADO	1018
INGRESOS EXCLUIDOS	688
INSPECCION CONTABLE	992
INSPECCION TRIBUTARIA	1011
INSPECCION TRIBUTARIA- Naturaleza	775
INTERES CORRIENTE	889
INTERES MORATORIO	889
INTERES PRESUNTIVO	993
INTERVENCION DEL ESTADO	826
IRREGULARIDAD PROCESAL - Convalidación	992
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA	1082

J

JURISDICCION CONTENCIOSA	961
JURISDICCION ROGADA	810

L

LA PREVISORA	1155
LEGISLACION FISCAL	1027
LEY ESPECIAL	716

TEMA	PAGINA
LIBROS DE CONTABILIDAD - Pérdida	744
LIBROS DE CONTABILIDAD - Valor Probatorio	992
LICITACION PUBLICA	716
LICITACION PUBLICA (Salvamento de Voto)	731
LIQUIDACION DE REVISION	810, 1011
LIQUIDACION OFICIAL	1236
LIQUIDACION PRIVADA	708
LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza	888
M	
METODO BANCARIO	744
MINISTERIO DE COMUNICACIONES	1193
MULTA	848
N	
NO CONTRIBUYENTE	854
NOMBRE COMERCIAL	1137
NOMBRE COMERCIAL - Violación	1138
NORMA DEROGADA	1082
NORMA PROCESAL	922
NOTIFICACION	697, 1137
NOVACION	938
NULIDAD PROCESAL - Improcedencia	992
O	
OBJETO SOCIAL	949
OBLIGACIONES - Extinción	938

TEMA **PAGINA**

P

PAGO EN EXCESO 708, 1164
PAGO NO SALARIAL 865, 1092
PASIVO 1115
PASIVO - Comprobación 992
PASIVO - Reajuste 837
PASIVO - Rechazo 993
PASIVO DEL EXTERIOR 1105
PASIVO FISCAL 1051
PASIVO INTERNO 1051
PATRIMONIO - Reajuste 837
PATRIMONIO EN MONEDA EXTRANJERA 1052
PATRIMONIO FISCAL 1247
PATRIMONIO LIQUIDO 1051, 1115
PATRIMONIO NETO 1052
PERIODO IMPRODUCTIVO 1063
PERSONA JURIDICA - Obligaciones 949
POLICIA ADMINISTRATIVA 938
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites 681, 984
PRESTACIONES SOCIALES 865
PRESTAMO A SOCIO 993
PRETENSION 1051
PRETENSIONES 792
PREVISORA S.A. (Salvamento de Voto) 731
PRIMA EXTRALEGAL 866
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA 792, 810
PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD 1228
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD 838
PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD 1138
PRINCIPIO DE LEGALIDAD 1082
PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD 1138
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD 1035
PROCESO DE LIQUIDACION 928
PROVEEDOR NACIONAL 1121
PROVISION DE CARTERA 827

TEMA	PAGINA
PROVISION GENERAL DE CARTERA	1220
PRUEBA SUPLETORIA	993
PRUEBAS	992
R	
RECURSO DE RECONSIDERACION	697
RECURSO DE REPOSICION	992, 1184
REDUCCION DE RENTA PRESUNTIVA	693
REGIMEN DE ADUANAS	1035
REGLAMENTO CONSTITUCIONAL	948
RENTA BRUTA	775
RENTA EXENTA	984, 1189
RENTA GRAVABLE - Determinación	744, 810, 905
RENTA PRESUNTIVA	826, 1044
RENTA PRESUNTIVA - Disminución	763
RENTA PRESUNTIVA - Reducción	693, 826, 1063, 1147
REPRODUCCION DE NORMA INEXEQUIBLE	1027
REQUERIMIENTO ESPECIAL	810, 888, 905, 1236
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	876
RETENCION EN LA FUENTE	708, 984
RETENCION EN LA FUENTE - Naturaleza	708
S	
SALARIO	865
SALARIO INTEGRAL	984, 1189
SALDO A FAVOR	708, 888, 889, 987, 1236
SANCION ADMINISTRATIVA	939
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD - Improcedencia	978
SANCION POR INEXACTITUD	751, 785
SANCION POR LIBROS - Improcedencia	827
SANCION POR NO INFORMAR	882
SECTOR FINANCIERO	1018

TEMA	PAGINA
SENTENCIA	792
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Efectos	966
SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos	966
SERVICIO PUBLICO DE T.V.	1193
SIEDAD DE ECONOMIA MIXTA (Salvamento de Voto)	731
SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA	1082
SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA	899
SOCIEDAD CONYUGAL	1247
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA (Salvamento de Voto)	730
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA DEPARTAMENTAL	854
SOCIEDAD EXTRANJERA	905
SUJETO PASIVO	751
SUPERINTENDENCIA BANCARIA	938, 1137, 1138, 1208
SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades	1155
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD	1072
SUPERMERCADO	1003
SUSESION ILIQUIDA	1247
SUSPENSION DE TERMINOS	1011
SUSPENSION PROVISIONAL	984, 987, 1097, 1193
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia	899, 1202
SUSTITUCION PATRONAL	1115

T

TARIFA	792
TEORIA DE LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES	1072
TERMINO DE REVISION	922
TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO	674, 688, 966, 1175
TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO (Salvamento de Voto)	1181
TITULO EJECUTIVO - Inexistencia	697
TRANSITO DE LEGISLACION	922
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	693

TEMA	PAGINA
V	
VACACIONES	866
VALOR COMERCIAL	1247
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento	697

SECCION QUINTA

A	
ACCION DE NULIDAD - Titularidad	1574
ACCION ELECTORAL	1287, 1326, 1328, 1478, 1544
ACTA DE ESCRUTINIO	1320, 1573
ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia	1326
ACTO DE INSCRIPCION	1326
ACTO JURIDICO POLITICO	1322
ACUMULACION DE PRETENSIONES	1554
AFIRMACION INDEFINIDA	1583
ALCALDE	1554, 1555
ALCALDE - Inhabilidades	1280, 1286, 1303, 1471, 1478, 1509, 1554
ALCALDE - Requisitos	1287
ANALOGIA - Improcedencia	1574
ARTICULO POSTERIOR - Improcedencia	1279
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - Facultades	1322
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA	1328
AUTORIDAD CIVIL	1286, 1554
AUTORIDAD CIVIL - Inexistencia	1303, 1326
AUTORIDAD POLITICA	1286, 1324, 1327
C	
CADUCIDAD	1326
CANDIDATO ELECTORAL	1326, 1327

TEMA	PAGINA
CANDIDATO ELECTORAL - Inscripción	1320
CANDIDATO INDIGENA - Inscripción	1321
CANDIDATO INDIGENA - Requisitos	1321
CARGA DE LA PRUEJA	9287, 1583
CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL INDIGENA	1321
CIRCUNSCRIPCION NACIONAL	1327
COMPENSACION - Improcedencia	1259
COMPETENCIA	1324, 1458
COMPETENCIA FUNCIONAL	1279
COMUNIDAD INDIGENA - Representación	1321
CONCEJAL	1303, 1478, 1488, 1509, 1554
CONCEJAL - Inhabilidades	1449, 1488, 1544
CONGRESISTA	1322, 1323
CONGRESISTA - Inhabilidades	1323, 1324, 1326, 1327, 1328
CONSEJO DE ESTADO	1279, 1324
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Interinidad	1311
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Nombramiento	1311
CONTRATO - Inexistencia	1323
CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia	1322
CREDENCIAL - Cancelación	1488
CUOCIENTE ELECTORAL	1325

D

DECAIMIENTO DEL ACTO	1324
DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia	1592
DEMANDA - Interpretación	1328, 1478
DEMANDA ELECTORAL	1554
DEMANDA ELECTORAL - Adición	1510
DEROGATORIA - Efectos	1478
DESTITUCION	1267
DICTAMEN PERICIAL	1510
DICTAMEN PERICIAL - Valor Probatorio	1511
DIPUTADO - Incompatibilidades	1574
DIPUTADO - Inhabilidades	1267, 1573, 1574

TEMA	PAGINA
DIRECTOR REGIONAL - Nombramiento	1441
DOMICILIO	1555
E	
EL TITULO EJECUTIVO	1259
ELECCION CONCEJAL - Régimen Aplicable	1489
ELECCION DE ALCALDE	1279
ELECCIONES LOCALES	1555
ELECTORAL	1286
EMPLEADO OFICIAL	1449, 1471, 1488, 1544
EMPLEADO OFICIAL - Inexistencia	1326
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia	1324
EMPLEO DE ELECCION POPULAR	1478, 1509, 1573
ENCARGO	1311
ESTABLECIMIENTO PUBLICO DISTRITAL	1592
ESTADO SOCIAL DE DERECHO	1321
EXCEPCION DE COMPENSACION	1259
EXCEPCION DE PRESCRIPCION - Improcedencia	1497
EXCEPCIONES	1496
EXCEPCIONES - Naturaleza	1259
EXCEPCIONES PREVIAS - Improcedencia	1267, 1286, 1544
F	
FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL	1592
FALLOS	1458
G	
GERENTE GENERAL - Facultades	1441
GOBERNACION	1326
GOBERNADOR - Encargo	1326
GOBERNADOR - Facultades	1311, 1441

TEMA	PAGINA
I	
IDU - Director	1592
INCOMPATIBILIDAD - Diferencia	1325
INCORA	1441
INDICIOS	1511
INFORME TECNICO - Diferencias	1510
INHABILIDAD	1325
J	
JUNTA DIRECTIVA - Miembro	1328
JURADO DE VOTACION	1280, 1320
JURISDICCION	1303
JURISDICCION COACTIVA	1259, 1445, 1496
JURISDICCION COACTIVA - Funcionario Ejecutor	1592
L	
LISTA DE CANDIDATO	1320
M	
MADAMIENTO DE PAGO - Ejecutoria	1502
N	
NEGACION INDEFINIDA	1287
NEPOTISMO	1303
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal	1267, 1311, 1441, 1489, 1544

TEMA	PAGINA
NOTIFICACION PERSONAL	1502
NUEVO ESCRUTINIO - Improcedencia	1323
NULIDAD ELECTORAL	1267, 1286, 1323, 1449, 1555, 1583, 1488
NULIDAD ELECTORAL - Causales	1320
NULIDAD ELECTORAL - Efectos	1488
NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia	1320, 1555, 1573
NULIDAD ELECTORAL - Procedencia	1471, 1509
NULIDAD PROCESAL - Término	1592
P	
PARENTESCO	1303, 1280, 1327, 1326
PARTICIPACION EN POLITICA	1489, 1544
PARTIDO POLITICO - Inscripción	1327
PERDIDA DE LA INVESTIDURA	1324, 1325
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Inexistencia	1324
PERSINAL DOCENTE	1489
PERSONERO	1554
PERSONERO - Requisitos	1583
PERSONERO MUNICIPAL - Requisitos	1583
POTESTAD REGLAMENTARIA	1574
PREJUDICIALIDAD - Improcedencia	1445
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades	1574
PRESJUDICIALIDAD PENAL	1465
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	1328
PRINCIPIO DE CONTRADICCION	1511
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO	1259
PROCESO	1286
PROCESO EJECUTIVO - Régimen Aplicable	1496
PROCESO ELECTORAL	1267, 1465, 1469
R	
RECLAMACION ELECTORAL	1320
RECURSOS - Improcedencia	1458

TEMA	PAGINA
REFORMATIO IN PEJUS - Inaplicabilidad	1287
REFORMATO PEJUS	1469
REGISTRO FALSO - Inexistencia	1555
RENUNCIA	1573
RENUNCIA - Aceptación	1326, 1471
RESIDENCIA	1555
REVOCATORIA DEL MANDATO	1324
REVOCATORIA DEL MANDATO - Procedencia	1322
S	
SANCION PENAL	1323
SECCION QUINTA	1458
SECRETARIO DELEGATORIO	1326
SECRETARIO GENERAL	1326
SENADO DE LA REPUBLICA	1321
SENTENCIA PENAL - Ejecutoria	1323
SERVIDOR PUBLICO	1324, 1489, 1544
SOCIEDAD - Representante Legal	1323
SUSPENSION DEL PROCESO - Procedencia	1465
SUSPENSION DEL PROCESO . Oportunidad	1445
SUSTRACCION DE MATERIA	1324
T	
TITULO EJECUTIVO	1259, 1497, 1496
TITULO EJECUTIVO - Ejecutoria	1496
V	
VACANCIA ABSOLUTA	1555
VACANCIA JUDICIAL	1326
VACANTE	1267, 1323, 1449, 1488

TEMA	PAGINA
VECINDAD .	1287
VIA GUBERNATIVA	1320
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento	1320
VOTO EN BLANCO	1325
VOTO NULO	1325