REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXIII
TERCER TRIMESTRE
SEGUNDA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1993

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

TERCER TRIMESTRE DE 1993

Presidente
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. Miguel González Rodríguez
Presidente
Dr. Yesid Rojas Serrano
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
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. Joaquín Barreto Ruíz
Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Secretaria
Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. Juan de Dios Montes Hernández
Presidente
Dr. Daniel Suárez Hernández
Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Julio César Uribe Acosta

Secretaria
Dra. Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. Jaime Abella Zárate
Presidente
Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Dr. Delio Gómez Leyva

Secretario
Sr. Jorge A. Torrado Torrado (hasta el 31 de julio), Srta. Judith López Díaz (E) (Desde el 1° de agosto hasta el 15 de septiembre), Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas (Desde el 16 de septiembre)

SECCION QUINTA

Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente
Dra. Miren De La Lombana De Magyaroff
Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Miguel Viana Patiño

Secretario
Dr. Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Humberto Mora Osejo
Presidente
Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Jaime Betancur Cuartas
Dr. Roberto Suárez Franco

Secretaria
Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

1. Dra. Libia Zuluaga Uribe
2. Dra. Edné Cohen Daza
3. Dr. Jaime Ossa Arbelaez
4. Dr. Jairo Maya Betancourth
5. Dra. María Eugenia Samper Rodríguez
6. Dra. Margarita Olaya de Obando
7. Dra. Luz Stella Pena de Mendez
8. Dra. Inés Hurtado Cubides
9. Dr. Fernando Ospina Henao

RELATORES

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dr. Danilo Rojas Betancourth

SECCION

TERCERA

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO-Energía/CONSCRIPTO

El soldado accedió a subirse al poste para arreglar el cable dañado, también lo es que no fue en momento alguno libre su consentimiento, careció de libertad de decisión toda vez que los cabos, por medio de amenazas, amedrentamientos y mentiras lo obligaron a cumplir tan absurda, brutal e irreglamentaria orden en la que ponían en riesgo excesivo e innecesario al joven militar, a quien el Estado no había preparado para tal menester, ni le había suministrado los medios normales necesarios para hacerlo. En las anteriores condiciones no cabe hablar de falta personal del agente, cuando la administración misma conocía las condiciones personales del suboficial y su comportamiento con sus subalternos, los cuales al declarar muestran la bajeza y falta de sentido humanitario del cabo aludido, a pesar de lo cual era mantenido en el servicio.

PERJUICIOS FISIOLOGICOS/DAÑO FISIOLOGICO

Reconoció el Tribunal la indemnización por que éste "ha sido privado de llevar a cabo los "placeres de la vida" de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer". Dada la naturaleza de las lesiones padecidas, que además lo incapacitan totalmente para cualquier actividad, hasta el punto de que en el mismo reconocimiento médico laboral se concluye que "es de lógica, que un paciente con estas lesiones, esté disminuido en la capacidad de goce de la vida", la Sala respalda en su integridad la indemnización equivalente a 2.000 gramos de oro reconocida a la víctima. La "paresia de miembros inferiores", la paraplejia, el sondaje intermitente de vejiga y recto, las úlceras amplias y profundas en cada región glútea, son lesiones que proyectadas sobre el propio desarrollo de su comportamiento familiar y social exigen una adecuada reparación.

INDEMNIZACION LABORAL/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Compatibilidad/INDEMNIZACION A FOR FAIT

Con respecto al reconocimiento pensional por invalidez reconocido al soldado, estima la Sala que el mismo no tiene por qué afectar los reconocimientos indemnizatorios que en este proceso se le hacen, dado que uno y otros obedecen a causas diferentes, aquél de orden laboral, éstos por los perjuicios sufridos.

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

Consejero Ponente: *Doctor. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: expediente No. 7772. Actor: Miryam Velásquez y otros. Demandado: La Nación Ministerio de Defensa.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 3 de julio de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"1. DECLARASE a la Nación administrativamente responsable de los perjuicios que sufren Myriam Velásquez y Pablo Hernán, Alba Lucía, Fermín Osbaldo, Elkin de Jesús, Frederman, John Mario, Myriam Adriana y Mónica Alejandra Franco Velásquez, con motivo de la lesiones irreversibles que sufre John Mario Franco Velásquez.

"2. Se condena , por tanto, a la Nación a pagar a John Mario Franco Velásquez, la suma de $7.884.404, por concepto del daño material-lucro cesante. La suma anterior será actualizada a la fecha de la ejecutoria de esta providencia, conforme se señaló en la parte motiva de la misma. Por ello se entiende que esta condena es en concreto. Para su actualización, el interesado debe reportar el certificado del DANE sobre el índice de precios consumidor de ingresos bajos, total nacional, de febrero de 1.989 y el vigente en " la fecha en que este fallo cobre ejecutoria.

"3. CONDENASE a la Nación a pagar al mismo John Mario Franco Velásquez la suma equivalente a 2.000 gramos de oro fino, por razón de perjuicio fisiológico.

"4. CONDENASE a la Nación, a pagar a John Mario Franco Velásquez , la cantidad de dinero que corresponda a 1.000 gramos de oro fino, por el perjuicio moral que padece.

"5. CONDENASE también a la Nación, a pagar a Myriam Velásquez, la cantidad de dinero que corresponda a 650 gramos de oro fino, por razón del daño

moral, Y cada uno de los hermanos Pablo Hernán, Alba Lucía, Fermín Osbaldo, Elkin de Jesús, Frederman, Myriam Adriana y Mónica Alejandra Franco Velásquez, las sumas que equivalgan a 350 gramos de oro puro, por el mismo concepto.

"6. Se tendrá en cuenta para lo relacionado con el oro fino el valor que tenga dicho metal en la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"7. NIEGASE las demás peticiones de la demanda.

"8. DESE cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las demandas

En escrito presentado el 18 de agosto de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores Myriam Velásquez, quien obra en su propio nombre y en representación de sus menores hijas Myriam y Mónica Alejandra Franco Velásquez; Pablo Hernán, Alba Lucía, Fermín Osbaldo, Elkin de Jesús y Frederman Franco Velásquez, 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:

"3.1 Que la NACION COLOMBIANA es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios, morales y materiales, ocasionados a los demandantes con motivo de las graves lesiones inferidas al soldado JOHN MARIO FRANCO VELASQUEZ, hijo y hermano de los demandantes, respectivamente, cuando, en el cumplimiento de una orden que le fue dada, por sus inmediatos superiores en el servicio militar, señores Cabo Segundo VARGAS PORRAS, JOSE y Cabo Segundo CORDOBA MORENO JULIO OMAR, el día 9 de Marzo de 1989, estando de servicio, en el patrullaje activo de contraguerrilla militar, en una finca en el municipio de Peque, Departamento de Antioquia, y adscrito a la Base Militar de Frontino, fué obligado a subirse a un poste a conectar un cable de energía eléctrica, bajo el apremio de una sanción ante su expresa renuncia, habiendo recibido, como consecuencia de dicha conducta, una gran descarga eléctrica que lo dejó completamente inválido, y con quemaduras de segundo y tercer grado, internas y externas de gravedad, a raíz de todo lo cual aún se encuentra en cuidados intensivos en el hospital Militar de Bogotá.

"3.2. Que, en consecuencia, la NACION COLOMBIANA deberá cancelar a todos y cada uno de los demandantes, por concepto de PERJUICIOS MORALES, la cantidad, en moneda legal colombiana, que resulte equivalente al valor de hasta UN MIL GRAMOS DE ORO (1.000 gms.) para cada uno de ellos, liquidados a la cotización más alta vigente en el mercado para el metal precioso,

certificada por el Banco de la República, por la fecha en que quede en firme la respectiva providencia que ponga fin definitivamente al proceso.

"3.3 Que, además, la NACION COLOMBIANA dará cumplimiento a la sentencia de condena que en su contra se dicte, en los términos de los artículos 176, siguientes y concordantes del artículo 1o. del Código Contencioso Administrativo.

"3.4. Que todas las sumas liquidas deducidas de cargo de la entidad demandada en la sentencia devengarán intereses corrientes, y moratorios, en los términos señalados por los artículos 177, 178 y concordantes del artículo 1o del Decreto No 01 de 1984".

A su vez el señor John Mario Franco Velásquez en ejercicio de la misma acción y mediante apoderado formuló similar demanda para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"3.1 Que la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa), es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios, *patrimoniales, y expatrimoniales*, ocasionados a mi demandante JOHN MARIO FRANCO VELASQUEZ, cuando en cumplimiento de una orden que le fue dada por sus inmediatos superiores en el servicio militar, señores Cabo Segundo VARGAS PORRAS JOSE y Cabo Segundo CORDOBA MORENO JULIO OMAR, el día 9 de marzo de 1989, estando de servicio, en patrulla activo de contraguerrilla militar, en una finca en el Municipio de Peque, Departamento de Antioquia, y adscrito a la Base Militar de Frontino, fué obligado a subirse a un poste a conectar un cable de energía eléctrica, bajo el apremio de una sanción ante su expresada renuencia, habiendo recibido, como consecuencia de dicha conducta, una gran descarga eléctrica que lo dejó completamente inválido y con quemaduras de segundo y tercer grado, internas y externas, de gravedad.

"3.2 Que, en consecuencia, la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa), deberá cancelar a JOHN MARIO FRANCO VELASQUEZ, por concepto de PERJUICIOS MORALES, la cantidad, en moneda legal colombiana, que resulte equivalente al valor de hasta UN MIL GRAMOS DE ORO (1.000 gms), liquidados a la cotización más alta vigente en el mercado para el metal precioso, certificada por el Banco de la República, por la fecha en que quede en firme la respectiva providencia que ponga fin definitivamente al proceso.

"3.3. Que, en consecuencia, la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa), deberá cancelar a título de PERJUICIOS MATERIALES O PATRIMONIALES (lucro cesante), a JOHN MARIO FRANCO VELASQUEZ, una cantidad no inferior a TREINTA MILLONES DE PESOS ($30.000.000.oo) teniendo en cuenta su edad al momento del hecho, la fecha de egreso del servicio militar, y el salario mínimo legal vigente (norma de derecho, exenta de

prueba), que constituye sin lugar a dudas el supuesto económico mínimo, para la subsistencia del ser humano dentro de nuestro contexto social.

"3.4. Que, además, y también como consecuencia de la declaración solicitada en el apartado 3.1 de esta demanda, se condene a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa), a pagar a JOHN MARIO FRANCO VELASQUEZ, por concepto de daño personal, en su vida de relación, las sumas de dinero, que en moneda legal colombiana, sean equivalentes al perjuicio sufrido por el reclamante, en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez que afecta teniendo en cuenta su edad, salario mínimo legal vigente al 28 de abril de 1989, fecha en la cual debía ser dado de baja de la prestación del servicio militar. Este rubro se valora a la fecha de demanda en VENTIOCHO MILLONES DE PESOS M/L ($28.000.000.oo).

"3.4.1. Subsidiariamente a la petición anterior, solicito que se condene a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de la Defensa Nacional), a pagar reclamadamente John Mario Franco Velásquez,. por concepto de daño personal especial, la cantidad que en moneda legal colombiana, sea equivalente al valor de hasta CUATRO MIL GRAMOS DE ORO (4.000 gms), a la cotización más alta vigente en el mercado, por la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso, conforme a la certificación que al efecto expida el Banco de la República.

"3.5. Que, se condene igualmente a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de la Defensa Nacional) a pagar al reclamante JOHN MARIO VELASQUEZ, por concepto de perjuicios estéticos y daño corporal especial, dada la gran invalidez, una suma de dinero que sea equivalente en moneda legal colombiana, al valor de hasta CUATRO MIL GRAMOS DE ORO (4.000 gms), a la cotización que al efecto expida el Banco de la República, o en su defecto, que se condene a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional), a pagar al reclamante, por este rubro, una suma de dinero que sea igual a la que haya de corresponderle por concepto de lucro cesante.

"3.6 Que, además, la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa), dará cumplimiento a la sentencia de condena que en su contra se dicte, en los términos de los artículos 176 siguientes y concordantes del artículo 1o. del Código Contencioso Administrativo.

"3.7 Que todas las sumas líquidas deducidas de cargo de la entidad demandada en la sentencia devengarán intereses corrientes, y moratorios, en los términos señalados por los artículos 177, 178 y concordantes del artículo 1o del Decreto No. 01 de 1984".

2o. Los hechos

De los relacionados por los demandantes el Tribunal hace el siguiente resumen:

"1.- John Mario Franco fué convocado a prestar el servicio militar obligatorio del día 4 de noviembre de 1.987. Su baja del mismo debía producirse el 28 de abril de 1.989.

"2.- La circunstancia de que su hermano Osbaldo prestará el servicio militar no fué óbice para que dispusieran también su conscripción. Antes de ingresar a los cuadros del ejército laboró como ayudante de ebanistería en un establecimiento de propiedad del señor Giovanni Ospina, quien le cubría el salario mínimo legal.

"3.- El día 9 de Marzo de 1.989, cuando se encontraba en la zona rural del municipio de Peque, en una misión de contraguerrilla, el Cabo José Vargas Porras le ordenó "que se subiera a un poste con el fin de conectar un cable, en vista de que había cesado súbitamente el fluido eléctrico en el sector en donde se encontraba la patrulla". Expresó de inmediato que no podía cumplir tal orden, porque ponía en peligro su vida. No obstante, su superior inmediato "le amonestó; y además, le apremió, diciéndole que si persistía en su desobediencia, le patearía el rostro".

"4.- El Cabo Vargas no lo logró quebrantar su determinación inicial. Fué necesario entonces que otro sub-oficial, el Cabo Julio Omar Córdoba, hiciera saber que "impondría la sanción de arresto severo si persistía en su negativa de darle cumplimiento..." a la orden dada con anterioridad. Le dijo, además, que no corría ningún riesgo, por cuanto "siempre... se había bajado previamente la "cuchilla" del poste".

"5.- En tales condiciones, debió inclinarse ante sus superiores. Subió entonces al poste y "al coger el cable de la energía que estaba desprendido... éste (John Mario Franco) sufrió el "corrientazo" que le hizo perder el sentido, y caer desde el poste hasta el suelo, ante la mirada de sus demás compañeros de servicio, y el Cabo Córdoba Moreno Julio Omar...".

"6.- Lo trasladaron luego al municipio de Frontino, a la Clínica El Rosario de la ciudad de Medellín y al Hospital Militar de Bogotá, donde permaneció recluido varios meses".

3o. Actuación procesal

Al notificarse del auto admisorio de la demanda y en la oportunidad para contestarla se limitó a solicitar pruebas para "probar la forma como ocurrieron los hechos, así como los antecedentes de los agentes involucrados... dar cumplimiento al artículo 10 de la ley 58 de 1982... comprobar los hechos narrados en el punto No. 4. 26 de la demanda..."

En el momento procesal para alegar de conclusión, el apoderado de la parte actora presentó el escrito de folios 260 a 262 en donde brevemente solicita que se acojan en su integridad las peticiones de la demanda.

El Ministerio de Defensa alega un caso de "culpa personal de agente de la administración" que no pudo ser controlada por el Estado y plantea, en consecuencia, como eximente de responsabilidad. A esa falta personal se la pretende adicionar con la culpa de la víctima "al no observar los mínimos cuidados en cuanto a su integridad personal y física, al no prever un peligro inminente que se cernía sobre su vida misma, así el accidente no habría ocurrido". Solicita que no se declare la responsabilidad de la administración o subsidiariamente "tener en cuenta la repartición de responsabilidades" por cuanto el resultado se produjo por culpa personal del Cabo Julio Omar Vargas Torres y además se declare la concurrencia de culpas entre el Cabo Vargas Torres y el lesionado.

En el concepto rendido en el proceso de John Mario Franco, la Fiscalía segunda sostuvo que la prueba recaudada de carácter testimonial es de incuestionable valor "no solo por corresponder a personas que fueron testigos de excepción al hallarse presentes... sino porque sus dichos corresponden a lo realmente acontecido..." Encontró también acreditados las graves lesiones de la víctima..., para concluir a favor de las pretensiones del actor.

En el mismo sentido se pronunció dentro del proceso de Myriam Velásquez y otros, el Fiscal Segundo del Tribunal, para quien "arreglar cables de alta tensión no es función propia del soldado como recluta, ni voluntaria, ni obligatoria. La orden dada por el suboficial rebosa los linderos de su autoridad...", a más de que es obligación de la Nación devolver al seno de la familia y de la sociedad al joven recluta en el goce de sus facultades físicas y mentales".

Por auto de 19 de marzo de 1991 se dispuso la acumulación de los dos procesos,

4o. La sentencia recurrida

Para el Tribunal en el caso bajo estudio se da la responsabilidad administrativa por falla en el servicio y así lo deduce de las múltiples declaraciones de quienes como presenciales y compañeros de armas de la víctima presenciaron el accidente provocado por la conducta torpe e ilegítima del Cabo que ordenó y presionó al soldado John Mario Franco para que arreglara un problema eléctrico sin atender a sus razonables negativas y desconociendo que la orden no resultaba legítima, que al amenazar a la víctima para efectuar el arreglo también comprometieron la responsabilidad estatal.

El daño lo halló comprobando el a-quo con la prueba testimonial y documental, así como con el concepto médico laboral sobre la pérdida de su capacidad de trabajo. Por último encuentra innegable la relación causal entre la falla del servicio y el daño producido, sin que dicho nexo hubiera sido desvirtuado.

Por perjuicios morales reconoció el Tribunal a John Mario Franco el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, por la tristeza y aflicción que debe sufrir por su estado de postración.

Como lucro cesante liquidó el Tribunal la suma de $7.884.404 para ser actualizada a la ejecutoria del fallo.

Por concepto de daño fisiológico fue reconocido un valor equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro.

Para la progenitora de la víctima, a título de indemnización por perjuicios morales le reconoció el equivalente en pesos a 650 gramos de oro y para sus hermanos, por el mismo concepto, el equivalente a 350 gramos del mismo metal.

5o. Razones de la aplicaciones

La parte actora apeló "única y exclusivamente", en cuanto al monto de los perjuicios morales reconocidos a la madre y hermanos de la víctima. La total incapacidad de la víctima amerita una indemnización máxima equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada demandante.

A su vez la entidad demandada apeló para que revocara la sentencia en cuanto a la condena que por perjuicio fisiológico se hizo por la suma equivalente a 2.000 gramos de oro, "en virtud de que dicho rubro forma parte de la indemnización por daño moral equivalente al máximo, es decir, 1.000 gramos oro".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se advierte que con excepción de algunas breves modificaciones en el reconocimiento de perjuicios morales para la madre y hermanos de la víctima, la sentencia apelada se confirmará.

Para la Sala no hay lugar a cuestionar la existencia de la responsabilidad del ente demandado derivada de la falla del servicio que se presentó el 9 de marzo de 1989, cuando el joven soldado John Mario Franco, quien prestaba el servicio militar, al hallarse en la zona rural del municipio de Peque, al acatar la orden que el Cabo del ejército José Vargas Porras le diera para que se subiera a un poste y conectara un cable conductor de energía eléctrica, al cumplir dicha orden recibió una descarga de corriente que lo hizo caer, originando las graves lesiones y el lamentable estado sicofísico que hoy debe soportar.

La prueba testimonial recaudada, es absolutamnete clara y precisa en señalar que el suboficial Vargas Porras ordenó al soldado Franco el arreglo del cable de conducción eléctrica, que el soldado que en forma por demás razonable y justificada se negó, en principio, a cumplir tan absurda orden, que su superior lo amenazó con sancionarlo por no cumplir la orden y además le manifestó que "se había bajado previamente la cuchilla del poste".

Así se deprende de los testimonios de Rubén Darío Ramírez (fls. 175 v. y siguientes), y Dumar Alcaraz Gómez, cuyas versiones en lo pertinente se transcriben en el fallo apelado.

En términos generales también el informe del Comandante de la Compañía Girardot ratifica lo anteriormente señalado, con relación a la orden dada al soldado John Franco Velásquez para que arreglara el cable de energía, en cuyo cumplimiento resultó gravemente lesionado, se lo trasladó al hospital de Peque y de allí a Medellín. Sin embargo en este informe se atribuye al soldado víctima no haber extremado medidas de seguridad.

Si bien es cierto el soldado Franco accedió a subirse al poste para arreglar el cable dañado, también lo es que no fue en momento alguno libre su consentimiento, careció de libertad de decisión toda vez que los Cabos Vargas y Córdoba, por medio de amenazas, amedrantamientos y mentiras los obligaron a cumplir tan absurda, brutal e irreglamentaria orden en la que ponían en riesgo excesivo e innecesario al joven militar, a quien el Estado no había preparado para tal menester, ni le había suministrado los medios normales necesarios para hacerlo.

En las anteriores condiciones no cabe hablar de la falta personal del agente, cuando la administración misma conocía las condiciones personales del suboficial y su comportamiento con sus subalternos, los cuales al declarar muestran la bajeza y falta de sentido humanitario del Cabo aludido, a pensar de lo cual era mantenido en el servicio.

Resulta pues, suficientemente acreditada la falla del servicio y sobre el particular la Sala comparte la valoración probatoria y las consideradiones jurídicas del Tribunal que le permitieron dar por acreditado este elemento estructural de la responsabilidad extracontractual de la a administración, Así mismo encuentra acertadas sus apreciaciones sobre la existencia del daño y su nexo causal con la falla del servicio, lo que permite concluir que se configura en este caso la responsabilidad a cargo del ente demandado.

Con respecto a los perjuicios morales, éstos fueron reconocidos a John Mario Franco en cuantía equivalente a 1.000 gramos de oro, por el dolor, la tristeza y los sentimientos que lo afligen ante el estado de postración en que se halla. Tal decisión habrá de confirmarse.

Los pejuicios materiales se liquidarán sobre salario mínimo de 1989, o sea, $32.559.60, se tendrá como término de vida probable, de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad 51.37 años, o 616.44 meses.

Se actualiza la renta de acuerdo con los índices de precios al comsumidor, cuyo conocimiento puede obtenerse por la publicidad que de los mismos hacen los distintos medios informativos, a más de que en el propio DANE directamente lo suministran, convirtiéndose así en un hecho notorio que impide al juzgador abstenerse de completar la operación liquidatoria.

Se aplica la fórmula: $Vp = Vh \dfrac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$

$$Vp = 32.550.60 \quad \frac{298.05}{108.72} = \$89.260.38$$

Indemnización debida

De los hechos a la sentencia transcurrieron 51.6 meses. Se aplica la fórmula:

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

$$S = 89.260.38 \quad \frac{(1+i)^{51.6} - 1}{0.004867} = \$5.221.440.69$$

Indemnización futura

Le corresponde un período indemnizatorio de 564.84 meses. Se utiliza la fórmula:

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

$$S = 89.260.38 \quad \frac{(1+0.004867)^{564.84} - 1}{0.004867\,(1+0.004867)^{564.84}} = \$17.158.551.34.$$

Reconoció el Tribunal de la indemnización por perjuicio fisiológico en favor de John Mario Franco, en razón a que éste "ha sido privado de llevar a cabo los "placeres de la vida", de reemplazar, o mejor, tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer".

Dada la naturaleza de las lesiones padecidas, que además lo incapacitan totalmente para cualquier actividad, hasta el punto de que en el mismo reconocimiento médico laboral se concluye que "Es de lógica, que un paciente con estas lesiones, esté disminuído en la capacidad de goce de la vida", la Sala respalda en su integridad la indemnización equivalente a 2.000 gramos de oro reconocida a la víctima. La "paresia de miembros inferiores", la paraplejia, el sondaje intermitente de vejiga y recto, las úlceras amplias y profundas en cada región glútea, son lesiones que pro-

yectadas sobre el propio desarrollo de su comportamiento familiar y social exigen una adecuada reparación.

Viene a propósito para el caso que se estudia, las consideraciones que sobre este tema del daño fisiológico hizo en anterior oportunidad la Sala, en fallo del 6 de mayo de 1993, actor John Jairo Meneses Mejía, expediente 7428, donde con ponencia del señor Consejero Dr. Julio César Uribe Acosta se dijo: " 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, y otras como resultado del enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden.. Es lamentable que niños, jóvenes, hombres maduros que tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir porque pedieron 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 preocuparse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña que 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 desplazarce en una cómoda silla de ruedas y ayudado por otra persona; a quien perdió su capacidad de practicar 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 sociego 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 quién 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... Libre, a pesar de todo, gozar de un alegre chorro del 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 resurreción del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los daños que atacan el espíritu, se orienta "la indemnización del DAÑO FISIOLOGICO o A LA VIDA DE RELACION".

Con respecto al reconocimiento pensional por invalidez reconocido al soldado Franco, estima la Sala que el mismo no tiene por qué afectar los reconocimientos indemnizatorios que en este proceso se le hacen, dado que uno y otros obedecen a causas diferentes, aquél de orden laboral, estos por los perjuicios sufridos.

Con referencia a los perjuicios morales reconocidos a la progenitora del herido en cuantía equivalente a 650 gramos de oro y de 350 gramos del mismo metal para sus hermanos, estima la Sala que dada la gravedad de las lesiones y su trascendencia sobre el grupo familiar, resulta razonable reconocer a la madre el equivalente en pesos a 900 gramos de oro fino y a cada uno de sus hermanos 450 gramos del mismo metal.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMASE los numerales 1, 3, 4, 6, 7 y 8 del fallo apelado, esto es, el de 3 de julio de 1992, proferido por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO. MODIFICANSE los ordinales 2 y 5 del fallo recurrido, los cuales quedan así:

2o. Condénase a la Nación- Ministerio de Defensa, a pagar por perjuicios materiales a John Mario Franco Velásquez la suma de veintidós millones trescientos setenta y nueve mil novecientos noventa y dos pesos con 03/100 ($ 22.379.992.03) moneda legal.

5o. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa a pagar por perjuicios morales a Myriam Velásquez el equivalente en pesos a novecientos (900) gramos de oro fino y a Pablo Hernán, Alba Lucía, Fermín Osbaldo, Elkin de Jesús, Frederman, Myriam Adriana y Mónica Alejandra Franco Velásquez, las sumas equivalentes a cuatrocientos cincuenta (450) gramos de oro fino, para cada uno.

TERCERO. Para cumplir lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A. , expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutorias, para las partes, haciendo las previsiones pertinenetes del artículo 115 del C. de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en Sesión de fecha, primero (1o) de Julio 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.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la providencia del 6 de mayo de 1993, Exp. 7428, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

REF.: EXP. No 7772; ACTOR: MIRYAM VELASQUEZ Y OTROS.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/CADUCIDAD-Término/TERMINACION DEL CONTRATO/ACTA PARCIAL DE OBRA-Reajuste

La acción de nulidad del contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad caduca dentro de los dos años siguientes a su celebración. Quiere decir lo anterior que como su celebración fue antes del 1° de marzo de 1984 y la demanda en esa fecha no se había presentado, a más tardar debió formularse hasta el 1° de marzo de 1986. En estas condiciones ese 26 de julio de dicho año, cuando se presentó ante el Tribunal de Caldas, ya estaba caducada. El Tribunal se equivocó al contar la caducidad desde la presentación de la primera acta parcial de obra en 1980 (9 de mayo). En estos eventos de reajuste de actas, la jurisprudencia cuenta la caducidad desde la fecha de terminación del contrato, pues en ésta las partes pueden evaluar el alcance de sus derechos y obligaciones para proceder a la liquidación del mismo.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., Julio seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Doctor. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 7327. Contratos. Actor: Sociedad Bradford y Rodríguez LTDA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de enero 28 de 1992, dictada por el tribunal administrativo de Caldas, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción contractual y se condenó en costas a la parte actora.

En la demanda presentada el 26 de julio de 1986 por la Sociedad Bradford y Rodríguez Ltda. contra el Fondo Vial Nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas, se formularon las siguientes pretensiones:

"PRIMERO: Que las condiciones económicas de la relación contractual entre el FONDO VIAL NACIONAL y la sociedad Bradford y Rodríguez Ltda., para la construcción por parte de ésta, de las obras de recuperación lineal de pavimento en el sector K.100 + 500 - La Felisa- de la carretera Pereira- La Pintada, se hallan plasmadas y contenidas en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública Internacional No. 421 de 1.979, por medio de la cual el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como representante del Fondo Vial Nacional, ofreció públicamente las condiciones de contratación de las mencionadas obras, y en la propuesta económica presentada por la Sociedad Bradford y Rodríguez Ltda. a solicitud del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en su comunicación No. CC-46986 de 17 de septiembre de 1.979, con base en la cual le fue adjudicado el respectivo contrato.

"SEGUNDO: Que en consecuencia se declare que conforme al Capítulo 5.13 AJUSTE DE ACTAS DE OBRA - del Pliego de Condiciones de la licitación 421 que sirvió de antecedente al contrato, corresponde ajustar el valor básico de las actas mensuales de recibo de obra, de acuerdo con cada Grupo de Obra, con la siguiente fórmula: $P = P\,o\,\frac{1}{IO}$ en la cual el Factor, "Io" es igual al valor del "I" para cada grupo correspondiente al mes de Mayo de 1979, mes de cierre de la Licitación Pública, declarando consiguientemente que es ineficaz, por errada y contraria a las condiciones de la Licitación Pública 421, la estipulación contenida en la cláusula décima primera del contrato No 596 de 19 noviembre de 1.979, según la cual el Factor "IO" de la fórmula de ajuste de las actas de obra es igual al valor de "IO" para cada Grupo de Obra correspondiente al mes de septiembre de 1.979.

"TERCERO: Que por tanto se declare y ordene que la fórmula contractual de ajuste del valor de las actas de Recibo de Obra "P= P I/IO"establecida en la cláusula Décima Primera del documento en el cual el FONDO VIAL NACIONAL dejó vertido el contrato 596 de 1.979, debe aplicarse teniendo el Factor "IO de la fórmula como el valor del "I" para cada Grupo de Obra en el mes de Mayo de 1.979, dentro de cuya realidad económica presentó su propuesta la sociedad Bradford y Rodríguez Ltda.

"CUARTO: Que como lo corolario de lo anterior, se declare con el valor y efecto de una condena, que el FONDO VIAL NACIONAL debe pagar a la sociedad Bradford y Rodríguez Ltda, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, los valores resultantes de la operación de la reliquidación de los ajustes del valor de las Actas de Recibo de Obra aplicando la fórmula de ajuste que corresponde aplicar conforme a las peticiones precedentes, esto es, teniendo el Factor "IO" de la fórmula como el valor del "I" para cada Grupo de Obra en el mes de mayo de 1.979.

"QUINTO Que el valor en dinero que resulte a cargo del FONDO VIAL NACIONAL en la operación de reliquidación de los ajustes en el valor de las obras ejecutadas, se mantenga en sus valores presentes con la corrección mo-

netaria correspondiente a la variación de los índices de precios al consumidor o al por mayor, según lo decida la sentencia, desde la fecha de las respectivas actas de liquidación de los ajustes, a efecto de que los valores que han debido pagarse a la sociedad contratista por tales conceptos, no sufran el deterioro consiguiente a la disminución del poder adquisitivo de la moneda de pago.

"SEXTO: Que sobre los mismos valores que resulten a cargo del FONDO VIAL NACIONAL al efectuar la operación de reliquidación de los ajustes, se condene al mismo FONDO a pagar a la sociedad que represento, el interés técnico del seis por ciento (6%) anual correspondiente al uso y disfrute de los valores o sumas que han debido pagarse oportunamente a la contratista".

En el mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que luego de declarar desierta por dos veces las licitaciones públicas internacionales #s 396 de 1978 y 421 de 1979 para la construcción de las obras de recuperación lineal de pavimento en la carretera de Pereira- La Pintada (abcisas K100 + 500 al K 131 + 000 - La Felisa) el Ministerio de Obras celebró por invitación suya (of.cc 46986 de 17 de septiembre de 1979) el contrato directo #596 de 19 noviembre del mismo año con la sociedad demandante, con precios unitarios referidos al 18 de mayo anterior y por un valor de $138.592.125.33 (valor de la oferta menor a la última licitación declarada desierta).

2) La propuesta de la demandante, que fue acogida sin reservas, se presentó mediante oficio de 1o de octubre de 1979, para la construción de las obras que habían sido objeto de la licitación 421.

3) Que dicho contrato, distinguido como se dejó dicho con el #596 de 1979, fué adicionado con los #s 171/81, 405/81 127/82, 033, 455 y 536 de 1986, para un vencimiento final de 30 de junio de 1984.

4) Que conforme al acápite 5.13 (ajuste de actas de obra) del pliego de condiciones de la licitación 421, el valor básico de las actas mensuales de obra debería ajustarse para cada grupo con la fórmula allí indicada, pero con referencia al mes de cierre de la licitación, o sea al 18 de mayo del mismo año (1979), y no septiembre, como por error señala el contrato 596.

5) Que las condiciones económicas ofrecidas por el Fondo Vial fueron ratificadas en la comunicación # cc 46986 de 17 de septiembre de 1979, para construcción de las obras de la licitación 421.

6) Que por error material de transcripción en el contrato, frente a la cláusula de ajuste, se hizo referencia a septiembre de 1979 y no a mayo 18 del mismo año, fecha de cierre de la licitación.

7) Que aunque la contratista firmó el contrato sin advertir el error, lo puso de manifiesto con ocasión a la primera acta de recibo de obra, mediante la comunicación # 1-217 de 11 de junio de 1980.

"PRIMERO: Que las condiciones económicas de la relación contractual entre el FONDO VIAL NACIONAL y la sociedad Bradford y Rodríguez Ltda., para la construcción por parte de ésta, de las obras de recuperación lineal de pavimento en el sector K.100 + 500 - La Felisa- de la carretera Pereira- La Pintada, se hallan plasmadas y contenidas en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública Internacional No. 421 de 1.979, por medio de la cual el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como representante del Fondo Vial Nacional, ofreció públicamente las condiciones de contratación de las mencionadas obras, y en la propuesta económica presentada por la Sociedad Bradford y Rodríguez Ltda. a solicitud del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en su comunicación No. CC-46986 de 17 de septiembre de 1.979, con base en la cual le fue adjudicado el respectivo contrato.

"SEGUNDO: Que en consecuencia se declare que conforme al Capítulo 5.13 AJUSTE DE ACTAS DE OBRA - del Pliego de Condiciones de la licitación 421 que sirvió de antecedente al contrato, corresponde ajustar el valor básico de las actas mensuales de recibo de obra, de acuerdo con cada Grupo de Obra, con la siguiente fórmula: $P = P \, o \, \frac{1}{IO}$ en la cual el Factor, "Io" es igual al valor del "I" para cada grupo correspondiente al mes de Mayo de 1979, mes de cierre de la Licitación Pública, declarando consiguientemente que es ineficaz, por errada y contraria a las condiciones de la Licitación Pública 421, la estipulación contenida en la cláusula décima primera del contrato No 596 de 19 noviembre de 1.979, según la cual el Factor "IO" de la fórmula de ajuste de las actas de obra es igual al valor de "IO" para cada Grupo de Obra correspondiente al mes de septiembre de 1.979.

"TERCERO: Que por tanto se declare y ordene que la fórmula contractual de ajuste del valor de las actas de Recibo de Obra "P= P I/IO"establecida en la cláusula Décima Primera del documento en el cual el FONDO VIAL NACIONAL dejó vertido el contrato 596 de 1.979, debe aplicarse teniendo el Factor "IO de la fórmula como el valor del "I" para cada Grupo de Obra en el mes de Mayo de 1.979, dentro de cuya realidad económica presentó su propuesta la sociedad Bradford y Rodríguez Ltda.

"CUARTO: Que como lo corolario de lo anterior, se declare con el valor y efecto de una condena, que el FONDO VIAL NACIONAL debe pagar a la sociedad Bradford y Rodríguez Ltda, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, los valores resultantes de la operación de la reliquidación de los ajustes del valor de las Actas de Recibo de Obra aplicando la fórmula de ajuste que corresponde aplicar conforme a las peticiones precedentes, esto es, teniendo el Factor "IO" de la fórmula como el valor del "I" para cada Grupo de Obra en el mes de mayo de 1.979.

"QUINTO Que el valor en dinero que resulte a cargo del FONDO VIAL NACIONAL en la operación de reliquidación de los ajustes en el valor de las obras ejecutadas, se mantenga en sus valores presentes con la corrección mo-

netaria correspondiente a la variación de los índices de precios al consumidor o al por mayor, según lo decida la sentencia, desde la fecha de las respectivas actas de liquidación de los ajustes, a efecto de que los valores que han debido pagarse a la sociedad contratista por tales conceptos, no sufran el deterioro consiguiente a la disminución del poder adquisitivo de la moneda de pago.

"SEXTO: Que sobre los mismos valores que resulten a cargo del FONDO VIAL NACIONAL al efectuar la operación de reliquidación de los ajustes, se condene al mismo FONDO a pagar a la sociedad que represento, el interés técnico del seis por ciento (6%) anual correspondiente al uso y disfrute de los valores o sumas que han debido pagarse oportunamente a la contratista".

En el mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que luego de declarar desierta por dos veces las licitaciones públicas internacionales #s 396 de 1978 y 421 de 1979 para la construcción de las obras de recuperación lineal de pavimento en la carretera de Pereira- La Pintada (abcisas K100 + 500 al K 131 + 000 - La Felisa) el Ministerio de Obras celebró por invitación suya (of.cc 46986 de 17 de septiembre de 1979) el contrato directo #596 de 19 noviembre del mismo año con la sociedad demandante, con precios unitarios referidos al 18 de mayo anterior y por un valor de $138.592.125.33 (valor de la oferta menor a la última licitación declarada desierta).

2) La propuesta de la demandante, que fue acogida sin reservas, se presentó mediante oficio de 1o de octubre de 1979, para la construción de las obras que habían sido objeto de la licitación 421.

3) Que dicho contrato, distinguido como se dejó dicho con el #596 de 1979, fué adicionado con los #s 171/81, 405/81 127/82, 033, 455 y 536 de 1986, para un vencimiento final de 30 de junio de 1984.

4) Que conforme al acápite 5.13 (ajuste de actas de obra) del pliego de condiciones de la licitación 421, el valor básico de las actas mensuales de obra debería ajustarse para cada grupo con la fórmula allí indicada, pero con referencia al mes de cierre de la licitación, o sea al 18 de mayo del mismo año (1979), y no septiembre, como por error señala el contrato 596.

5) Que las condiciones económicas ofrecidas por el Fondo Vial fueron ratificadas en la comunicación # cc 46986 de 17 de septiembre de 1979, para construcción de las obras de la licitación 421.

6) Que por error material de transcripción en el contrato, frente a la cláusula de ajuste, se hizo referencia a septiembre de 1979 y no a mayo 18 del mismo año, fecha de cierre de la licitación.

7) Que aunque la contratista firmó el contrato sin advertir el error, lo puso de manifiesto con ocasión a la primera acta de recibo de obra, mediante la comunicación # 1-217 de 11 de junio de 1980.

8) Que el Ministro de Obras no dió respuesta a dicha solicitud y el Fondo liquidó las diferentes actas con sujeción a la fórmula errada.

9) Que luego de entregar las obras a satisfacción el 11 de agosto de 1984, volvió a insistir en su reclamo el 7 de octubre de 1985, para que se reliquidaran las actas con referencia al mes de mayo de 1979.

10) Que la oficina jurídica del Ministerio dio respuesta a dicha solicitud, en forma negativa por carecer de facultades para hacer dicho reconocimiento

11) Que semejante negativa le produjo serios perjuicios de carácter económico.

Aunque no aparece narrado como un hecho, en la misma demanda se acepta que el contrato 596 de 1979 fué liquidado por la administración con intervención de la contratista, con la constancia por parte de éste sobre el punto de los reajustes y la fórmula adecuada.

En capítulo de los fundamentos de derecho, anota como conclusión final la parte actora:

> "En síntesis, las consideraciones de derecho que preceden sirven de fundamento jurídico a las pretensiones de la demanda las cuales como quedo dicho están encaminadas a que se reconozca que la voluntad contractual del FONDO VIAL NACIONAL expresada en los pliegos de condiciones de la Licitación Pública Internacional No 421 de 1979, ratificada explícitamente por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en la carta No, CC-46986 de 17 de septiembre de 1979 enviada por él a la sociedad Bradford y Rodríguez Ltda, invitándola a presentar su propuesta económica sobre la base de valores referidos al mes de mayo de 1979 y la propuesta presentada por ésta dentro de los mismos parámetros, prevalezca sobre la redacción equivocada del documento en que se recoge el contrato No. 596 de 1979, en lo concerniente al mes a partir del cual habría de aplicarse la fórmula de ajuste en el valor de las Actas de recibo de obra, teniendo como tal el mes de mayo de 1979 en vez del mes de septiembre del mismo año.
>
> "Invoco, pues como fundamento de derecho de esta demanda los arts, 1.602 y 1.603 del C.C; el artículo 27 del Decreto Ley 150 de 1976, en especial, en su Inciso 1o; el artículo 31, numeral 3o del mismo estatuto de contratación administrativa, vigente en la época de los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda; el art 38 de la Ley 153 de 1887 conforme al cual en todo contrato se entiende incorporada la ley vigente al tiempo de su celebración: y art 8o de la misma Ley 153 de 1887.
>
> "En cuanto a la acción en sí, invocó como fundamento de esta demanda los artículos 82, 87, 135, 178 y 217 y ss. del C.C.A y demás disposiciones concordantes."

Cumplido el trámite de la primera instancia, el a-quo apoyado en la primera acta parcial de obra, cuyo reclamo se hizo el 11 de junio de 1986 (ver oficio -1-217), declaró probada la caducidad de la acción y condenó en costas a la demandante. Inconforme ésta con lo así decidido, apeló y sustentó su recurso en el escrito que obra a folios 230 y ss

Allí insiste en el error cometido por el tribunal al computar el término de caducidad a partir de la primera acta de entrega de las obras, que no puede ser " el hecho causal del litigio" porque dicha acta no es más que una simple contratación de la calidad y cantidad de la obra ejecutada que no tiene la virtualidad de afectar la relación jurídica nacida del contrato. Siendo el hecho causal "El acto de administración",..."expedido por el ministerio a través del oficio Mj-737 del 13 de enero de 1986, por medio del cual resolvió la reclamación del contratista... " así, el acta del Ministro a la vez que puso fin al silencio administrativo que existía hasta ese momento, agotó la instancia de la vida administrativa o gubernativa".

Intervino también en la etapa inicial de esta segunda instancia el Ministerio de Obras (folios 220 y ss), para pedir la confirmación del fallo cuestionado. Anota, así mismo, que el contrato 596 de 1979 fué liquidado mediante la resolución que no fué demandada por la contratista, quedando así definida la situación económica de las partes.

Presentó alegato de conclusión la parte actora e insiste en sus puntos de vista para que se revoque la sentencia y se acceda a lo pedido.

Guardó silencio, en esta oportunidad, el ministerio público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la sala la sentencia será confirmada, aunque por razones diferentes a las expuestas por el tribunal.

Para entender a cabalidad el problema de la caducidad de las controversias contractuales, cabe recordar:

La ley 167 de 1941, hizo inimpugnables ante la jurisdicción administrativa las resoluciones derivadas de los contratos administrativos (artículo 73 ordinal 1o) . En general, a partir de su vigencia, las controversias contractuales se conocían ante la justicia ordinaria. Ante ésta, la oportunidad de la acción, por no existir norma expresa que la señalara, estaba gobernada por la regla de la prescripción extintiva de 20 años (art. 2536 del C.C.). Vino luego el decreto 528 de 1964 que adscribió las controversias derivadas de los contratos administrativos a la jurisdicción administrativa. Dicho decreto guardó silencio sobre la caducidad de la acción y la jurisprudencia estimó que como no podía aplicarse la norma del código administrativo (ley 167 de 1941) que regulaba el fenómeno pero sólo para la impugnación de los actos administrativos en acción de plena jurisdicción (artículo 83), los asuntos contractuales seguían sometidos a prescripción extintiva.

El nuevo código administrativo, adoptado por el decreto 01 de 1984, llenó ese vacío e impuso la regla de la caducidad de los dos años para todas las controversias que tuvieran origen en un contrato administrativo o en una privado con cláusula de caducidad.

Para las controversias surgidas con posterioridad al 1o de marzo de 1984 no existe duda alguna. La caducidad de los dos años se cuenta desde la ocurrencia de las circunstancias de hecho o de derecho que le sirven de fundamento (artículo 136 infine). Pero si bien en esta hipótesis no existen las mayores dudas, si se presentaron frente a aquellas controversias nacidas con anterioridad al código pero cuyas demandas se presentaron estando ya rigiendo éste.

La jurisprudencia no pudo aplicar aquí el artículo 41 de la ley 153 de 1887 referente a los cambios de términos prescriptivos, no solo por que la norma hace referencia a la suscripción, sino porque los litigios contractuales lo que era un término de prescripción extintiva de 20 años se convirtió en caducidad y con el plazo de un bienio.

Con estos supuestos se manejó el tránsito de legislación, así:

A) Si la acción contractual se había iniciado antes del código (obviamente también la controversia) su régimen quedaba sometido en un todo a la regla de prescripción, así el fallo se produjera dentro de la vigencia de aquél.

b) Si la controversia o el litigio surgía con anterioridad el código pero la acción se ejercía estando ya vigente éste, la controversia quedaba sometida al régimen de la caducidad de los dos años, *si a la fecha de la presentación de la demanda faltaban más de dos años para cumplirse el plazo prescriptivo*. En caso contrario, el plazo de caducidad sería igual a la que faltara para cumplir esos 20 años. En otras palabras, ninguna acción contractual, *por hechos ocurridos antes del código*, podía presentarse después del 1o de marzo de 1986 so pena de caducidad.

Aplicando estas ideas al caso concreto, se observa:

La demanda fue presentada el 26 de julio de 1986, por hechos acaecidos con anterioridad al 1o de marzo de 1984, fecha, como se dijo, en que entró a regir el código administrativo.

Pero, cuál fué la causa del litigio? De dónde surgió la controversia?

Para la parte actora el hecho de haber liquidado la administración todas las actas parciales de obra con la fórmula de ajuste contenido en la cláusula décima primera ("actas de obra avance sobre materias primas ajustes y pagos al contratista") del contrato 596 de 1.979 *conferencia al mes de septiembre de 1979*, en lugar de haber aplicado esa misma fórmula a 18 de mayo del mismo año, fecha del cierre de la licitación #421, le causó serios perjuicios; perjuicios por incumplimiento que

según la demandante valen más de $20.000.000.oo y según peritos asciende a $40.688.768.62, sin actualizar.

Dice la mencionada cláusula en materia de ajustes:

"El valor básico de la acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PI = Po \quad \frac{I}{Io}$$

En la cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados Pi = valor ajustado del Acta para cada grupo de Obra.

Po= valor básico del Acta para cada grupo de Obra, calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios consignados en la "Lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la Propuesta"

I = Valor del "índice de los costos de construcción de carreteras" para el correspondiente Grupo de Obra, calculado para el mes en el cual se ejecutó la obra.

El valor del índice será calculado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, según lo establecido en las proposiciones Nos 6757 y 6758 de 18 de Agosto de 1965 de la Junta de Licitaciones Contratos y Precios Unitarios.

Io= Valor del "I" para cada grupo de obra. correspondiente al mes de septiembre de 1979" (subrayas fuera de texto)

Reza el punto 5.23 "Ajuste de actas de obra" del pliego de condiciones de la Licitación Internacional 421 (abierta mediante resolución #1419 de febrero de 1979):

"El valor básico del acta mensual del recibo de obra, se ajustará para cada grupo de obra con la siguiente fórmula

$$P= Po \quad \frac{I}{Io}$$

en donde:

P= Valor ajustado del Acta para cada grupo de obra.

Po= Valor básico del Acta para cada Grupo de Obra calculado según las cantidades de obra ejecutada los precios unitarios pactados.

I= El valor del índice de costos en construcción de carreteras, para el correspondiente Grupo de Obra, en el mes en el cual se ejecutó la obra.

El valor del índice será calculado por el MOPT, según lo establecido en las proposiciones Nos 6757 y 6758 del 18 de agosto de 1965 de la Junta de Licitaciones, Contratos y Precios Unitarios, La agrupación de los diferentes ítem del contraro en los grupos de obra correspondientes para ajustes, será indicada en la Minuta del Contrato.

Io = Valor de I para cada grupo de Obra, correspondiente al mes de cierre de la licitación.

Se observa que el mes de cierre de dicha Licitación fue mayo de 1979, concretamente el día 18, fecha no discutida por las partes.

Para la Administración, en cambio, no le asiste la razón a la demandante, porque: a) El contrato 596 de 1979 no fue producto de una Licitación Pública, sino que se convino por contratación directa; y la cláusula décima primera tiene plena validez; b) la cláusula mencionada es explícita al hablar, en materia de ajustes, de septiembre de 1979 y no de mayo; c) la licitación $ 421 fué sólo el marco de referencia para a la contratación directa, luego de la declaratoria por dos veces seguidas de la deserción de la licitación; y porque, por mandato legal, luego de la declaratoria de deserción la contratación directa no puede exceder en precios al valor de la propuesta menor presentada en licitación (artículo 31 ordinal 3o del decreto 150 de 1976).

Esto en esencia es la controversia para ambas partes, pero no es tan simple como parece, si se armoniza la pretensión de ajuste de la demandante con el siguiente aparte subrayado de la pretensión segunda de su demanda , que dice:

"Declarando consiguientemente que es ineficaz, por errada y contraria a las condiciones de la licitación pública 421, la estipulación contenida en la cláusula décima primera del contrato No 596 de 19 de noviembre de 1979, según la cual el Factor "I" de la fórmula de ajuste de las actas de obras es igual al valor del "I" para cada Grupo de Obra correspondiente al mes de septiembre de 1979."

Lo subrayado le agrega un ingrediente capital al litigio planteado por la contratista en torno al ajuste de las distintas actas de obra. Porque no se limita a pedir ese reajuste (como si simplemente se le hubiera omitido), sino que lo apoya por un lado en la *Invalidez o ineficacia de la cláusula décima primera* y en la prevalencia, por contera, del punto 5.13 del pliego de condiciones de la licitación 421. En otras palabras, funda su pretensión de reajuste en la declaratoria de nulidad de dicha cláusula. Se entiende esto porque mientras la cláusula no pierda su valor no podrá desconocerse su mandato para apelar a los que dispone el pliego.

Aunque no pida expresamente esa nulidad, no otro sentido tiene el aparte que se dejó subrayado atrás y que implica, en otras palabras, que se deje sin efecto esa cláusula o que se anule por que contraviene o desconoce el punto 5.13 del pliego de condiciones.

Y de esta perspectiva, cuál el a caducidad de la acción de nulidad planteada? Desde cuándo se cuenta?

La acción de nulidad del contrato o privado con cláusula de caducidad caduca dentro de los dos años siguientes a su celebración. Quiere decir lo anterior que como su celebración fué antes de 1o de marzo de 1984 y la demanda en esa fecha no se había presentado, a más tardar debió formular hasta el 1o de marzo de 1986. En estas condiciones ese 26 de julio de dicho año, cuando se presento ante el Tribunal de Caldas, ya estaba caducada.

El asunto así planteado da a entender también que no se trata de un problema de interpretación. La cláusula origen del conflicto es clara donde dice septiembre para efecto de ajuste de actas de obra no puede leerse mayo, a menos que se declare sin valor y al menos que pudiera validamente afirmarse que los pliegos de la licitación declarada desierta constituyen la ley del contrato directo celebrado entre las partes.

En esto se observa un equivoco grande. El contrato no se adjudicó luego de una licitación; él se convino para contratación directa. Esto es suficiente para afirmar que los pliegos de la licitación 421 no forman parte de ley contrato; así, por error, se haya dicho dentro del texto que hacían parte del mismo.

Las solas referencias que el ministerio hizo a esa licitación 421 cuando invita a la demandante a contratar directamente (ver oficio 46986 de 17 de septiembre de 1979 a folio 64) tenían un carácter meramente informativo tal como lo dice al término del aludido oficio:" Se adjunta como información el pliego de la licitación 421"; y tenían ese carácter porque por disposición legal (artículo 31 ordinal 3o del decreto 150) tenían que hacérsele saber al invitado a contratar que la oferta menor es esa licitación era desierta), de #138.658.897 y que este precio no se podía exceder en la contratación directa.

Pero aún aceptando, en gracia de discusión, que el debate fuera simple interpretación, también la acción estaba caducada cuando se presentó la demanda.

Aquí, como en la caducidad de la acción de nulidad, debió presentarse la demanda a más tardar el 1o de marzo de 1986.

Estima la sala que el tribunal se equivocó al contar la caducidad desde la presentación de la primera acta parcial de obra de 1980 (9 de mayo). En estos eventos de reajuste de actas, la jurisprudencia cuenta la caducidad desde la fecha de terminación del contrato, pues en ésta las partes pueden evaluar el alcance de sus derechos y obligaciones para proceder a la liquidación del mismo.

Tampoco le asiste la razón al demandante cuando afirma que el hecho causal del conflicto fue el acto administrativo contenido en el oficio MJ-737 de 13 de enero de 1986, mediante el cual se denegó la petición de corrección de la cláusula décima primera del contrato 596 de 1979 y el reajuste consiguiente, por la sencilla razón de que en materia contractual no existe, en principio, el agotamiento de la vía gubernativa, sino que la parte que se considere agraviada debe acudir directamente al juez del contrato. Además, si para la contratista este fue el hecho causal, porqué no impugnó dicha decisión?

También sabía la contratista que el contrato 596 y los adicionales ya habían sido liquidados. Prueba de ello está en la solicitud de pruebas, donde expresamente pide que se traiga al proceso el acto de liquidación final del contrato, con las salvedades que hizo en ese entonces relativas al ajuste de las cuentas.

Porqué tampoco demandó ese acto?

Por todo 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, aunque por razones diferentes, la sentencia de 28 de enero de 1992, dictada por el tribunal administrativo de Caldas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Expídanse las copias para su cumplimiento

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 1o. de julio de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Esterilización/DERECHO DE ELEGIR/PERJUICIOS FISIOLOGICOS

En casos como el presente, cuando es posible aplazar la intervención médica, sin consecuencias mortales para el paciente, se impone obtener el consentimiento expreso, tanto de la esposa como del esposo, si se quiere aprovechar la ocasión de la operación cesárea para practicar la "TUBECTOMIA TIPO POMEROY". La prueba de que tal declaración de voluntad se produjo, le corresponde a quien busca excusar su conducta, y ella puede darse, por todos los medios de ley (documento escrito, grabación testigos). Por lo demás, ese consentimiento debe darse en condiciones de libertad jurídica, tomando el concepto en todo su sentido. A la persona que está bajo los efectos de la anestesia, el dolor, la angustia, extendida en la mesa de cirugía, no se le puede pedir que decida sobre su suerte, pues hay situaciones dolorosas en que el hombre suele perder la razón. Ante una situación anormal, la reacción anormal se enseña, constituye una conducta normal. Y se predica que el esposo, en casos como el presente, también debe sar su asentimiento, porque la familia goza de la especial protección del estado y es célula fundamental de la sociedad. Ella, por lo demás, se edifica sobre las relaciones armoniosas de la pareja, y en frentes tan importantes y determinantes para la vida de los esposos, como es el relacionado con los hijos, tenerlos o no tenerlos, entran en juego aspectos religiosos, económicos, sociales, etc., etc., que necesariamente demandan el mutuo acuerdo. Por voluntad única de la madre no se puede privar al esposo de la oportunidad de robustecer su hogar, y viceversa.

Consejero de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -
Santafé de Bogotá, D.C., julio 9 de 1993.

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta*

Referencia: expediente N° 7795. Actor: Aracelly Valencia Salazar. Demandado: Hospital General de Medellin.

_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 de la parte actora, contra la sentencia calentada el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las prestaciones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor compresión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcriben a continuación lo pertinente del fallo impugnado, en el cual se razona jurídicamente dentro del siguiente universo.

> "Los señores ARACELLY VALENCIA SALAZAR y RUBEN DE JESUS VELASQUEZ DIAZ, personalmente y es representación del menor EDDISON VELASQUEZ VALENCIA, por medio de apoderado judicial , en ejercicio de la acción de reparación directa que contempla el art. 86 del C.C.A., instauran demanda en contra del HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN, en el cual solicitan que se declare a dicha entidad responsable de los "daños y perjuicios causados a los demandantes con la esterilización quirúrgica de ARACELLY VALENCIA SALAZAR llevado a cabo por el médico cirujano Dr. HERNAN OCAMPO, el 5 de octubre de 1986.
>
> "Como consecuencia de lo anterior, solicita que el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN le pague por concepto de perjuicios morales " el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro, para cada uno. Así mismo, y por perjuicios fisiológicos, pide " resultantes de la pérdida del órgano de la reproducción, pérdida que se le repondrá volviéndola al estado que tenía antes de la intervención quirúrgica, con cargo al HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN, por equivalencia en dinero, si fuere posible para la ciencia médica ponerla en el estado que tenía antes de la esterilización quirúrgica; y por "Daños a la vida de relación,"por el hecho de la pérdida del órgano de la reproducción de una mujer jóven y con sólo un solo hijo, en la cuantía que resulte de las bases probadas en el proceso "En subsidio, solicita el reconocimiento de cuatro mil gramos de oro de la fecha de ejecutoria de la sentencia, ello en caso de no haber bases que permitan hacer la "fijación matemática de los perjuicios patrimoniales, fisiológicos y a la vida de relación que se deben a la señora ARACELLY VALENCIA SALAZAR" (H. 14 a 16)
>
> "Como sustento de sus pretensiones, exponen en síntesis. los siguientes H E CH O S:

"1. Que el 5 de octubre de 1986 se practicaron en el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN, **cesárea segmento corporal** "por desproporción céfalo pélvica (DCP)" **y tubectomía... bilateral,** a la señora ARACELLY VALENCIA SALAZAR.

"Este último procedimiento quirúrgico, es decir, la tubectomía...bilateral, no fue consultada con la paciente ni con su esposo , y,

"2.1. Tampoco aparece justificado clínicamente en la Historia Clínica,

"3. No obstante que la dejo incapacitada para volver a concebir, en ésta de la ciencia natural, de por vida" (fl. 4, 5).....
.....
.....

:"CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

"1. El debate central de la litis gira en torno a la existencia o no, del consentimiento del paciente frente a los daños que se predican en la demanda, Daños que dicho sea de paso. caen dentro de la órbita de lo que modernamente se ha llamado "Criterios de Imputación Objetiva" aplicables a la activada médica, y que como es obvio, merecen de un serio análisis probatorio que permita dejar en claros la conducta del galeno estuvo rodeada de gran diligencia y cuidado, y que, el resultado dañoso en cambio se debió a factores externos, ajenos a su propia voluntad.

"1.1. Dentro del proceso obra entre otros, el testimonio de la doctora CARMEN AMPARO VASQUEZ CORTES (fl. 213 y ss), quien en su dicho es clara, precisa, coherente, pues fue ésta quien atendió el primer parto de la demandante. Anota la doctora Vásquez que " ....Ahora, es diferente si la paciente se infecta a través de un parto vaginal o después de una cesárea, teniendo en cuenta que ya queda una cicatriz en el músculo uterino, cicatriz que en un posterior trabajo de parto puede tener tendencias a romperse y por otro lado están las consecuencias del proceso infeccioso, como son adherencias a otros órganos pélvicos y abdominales. Cuando suceden infecciones hay una tendencia a que se formen tejidos fibrosos entre los órganos los cuales se conglutinan, este solo hecho tiende a dar dificultades en una posterior cirugía, porque la anatomía original ya esta distorsionada, luego, cada cirugía tiene mayores dificultades técnicas, para uno operar" (fl. 215)."

"1.2. También esta claro, que luego de su parto en el municipio de Caracoli, la paciente presentó una complicada infección y hubo necesidad de transladarla al Hospital San Vicente de Medellín, donde se logró ponerle fin al proceso infeccioso, y que este parto se produjo por el procedimiento quirúrgico de la cesárea. De ello da cuenta no sólo la prueba testimonial sino las historias clínicas y es admitido incluso por la misma demandante en el interrogatorio de parte (fl. 126, 127).

"1.3. A su turno declaró el médico HERNAN ALBERTO OCAMPO JIMÉNEZ, quien practicó la intervención que originó este debate. Expresa el doctor Ocampo: "... Los riesgos los podemos resumir, en la mala calidad de los tejidos al parecer porque hubo una infección anterior al embarazo, más el tipo de incisión que es necesario practicar hacen que la cicatrización de los tejidos sea de muy mala calidad, y la vitalidad del útero al tener una incisión vertical hace que se desvitalice más, entonces en un posterior embarazo se presenta una deficiencia de la cicatriz o ruptura uterina por la cicatriz que sería un hecho catastrófico para la madre" (subrayas de la sección) fl 196.

"1.4. Ahora bien, desde el plano eminentemente médico, teniendo en cuenta la conservación de la salud, y aun de la vida misma, la intervención desplegada por el galeno "tubectomía bilateral", fue desde el punto de vista médico acertada; afirmación que es corroborada por los peritos médicos, cuando en aparte de su dictamen expusieron lo siguiente:

"La operación de POMEROY (TUBECTOMIA BILATERAL), ***si* bien estuvo dirigida a la mejor calidad de vida de la madre, se convirtió en un hecho desafortunado para la sra. ARACELLY VALENCIA SALAZAR, dado su interés, en continuar su programa procreador, no obstante los riesgos que ello significaría para su vida** " (subrayas de la sección) (fl. 227-228).

"2. En dicho dictamen se afirma la culpabilidad de la institución, por no haberse cumplido el requisito de la autorización por escrito para realizar dicha intervención, sin embargo ello resulta irrelevante, toda vez que los peritos no están llamados a emitir juicios de responsabilidad. De otro lado, el consentimiento del paciente, no es un criterio absoluto, si bien es derecho estatutario del paciente y de otro, es un deber ontológico del médico, la misma Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario el 3380/81 en su art. 10o., exoneran al médico de hacer la advertencia de riesgo, en algunos eventos excepcionales. El consentimiento no es necesariamente expreso o individualizado, y puede incluso sin que haya falta, no ser requerido en caso de urgencia y de ausencia de alternativa terapéutica, o cuando el cirujano se encuentra en el curso de una operación, frente a dificultades imprevistas que hacen indispensable otras situaciones no previstas.

"En principio, aplicar un tratamiento sin haber informado al paciente constituye una falta, pero se repite, el criterio no es absoluto y de otro lado, correspondería a la demandante la demostración de la falta misma.

"3. Por otra parte, la regla de la experiencia indica a la Sala, tal como se ha acreditado en el proceso que la entidad demandada no tenía ni ha llevado a través de su omisión, la tarea de control de natalidad, ni ánimo específico alguno en el caso concreto, para practicar la tubectomía bilateral, máxime que cuando éste no se ha practicado por expresa solicitud de las pacientes, como se afirma, se exige el consentimiento autenticado ante notario.

"Todo revela que la situación a que se vio abocado el facultativo hacía aconsejable la intervención aquí cuestionada, sobre el criterio de conveniencia médico, igualmente se solicitó a la paciente autorización, consentimiento que en tales circunstancias podía ser verbal, pues la ley no lo contempla como acto solemne.

"4. A lo anterior debe anotarse que la simple violación estatutaria o de reglamento, no genera de por sí responsabilidad culposa, es necesario que exista relación entre la infracción al deber de cuidado contenida en el -consentimiento-, y el resultado producido, siendo además el primer aspecto, la comprobación de la violación estatutaria - falta de consentimiento-, es decir Onus probandi en este caso está a cargo del demandante, cosa que no fue probada en el proceso.

"Finalmente considera la Sala conveniente hacer una precisión conceptual en torno a los perjuicios que se piden como orden fisiológico y daños a la vida de relación, presentados autónomamente; hay que aclarar que se trata del mismo perjuicio, llamado en algún sector de la doctrina Italiana "Daño Personal Especial" en la vida de relación social, y en la doctrina nacional denominada fisiológico.

"En conclusión conforme a los análisis anteriores, en el evento sub judice, no se configura la pretendida falla en el servicio, y por lo tanto las pretensiones de la demanda deberán desecharse" (fl. 258-262, C.1).

-I I -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 265 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para los cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"1. El Tribunal en la decisión que impugno señala: " Todo revela que la situación a que se vio abocado el facultativo hacía aconsejable la intervención aquí cuestionada, sobre el criterio de conveniencia médico, igualmente se solicitó a la paciente autorización, consentimiento que en tales circunstancias podía ser verbal, pues la ley no lo contempla como acto solemne".

"4. A lo anterior debe anotarse que la simple violación estatutaria o de reglamento, no genera de por si responsabilidad culposa, es necesario que exista relación entre la infracción al deber de cuidado contenida, en el -consentimiento-, y el resultado producido, siendo además, el primer aspecto, la comprobación de la violación estatutaria -falta de consentimiento-, es decir el Onus probandi en este caso está a cargo del demandante, cosa que no fue probada en el proceso" (pags. 261-262).

"2. Pero resulta que la falta de consentimiento de Aracelly Valencia para que la hicieran la tubectomía bilateral es una negación indefinida que no se puede ni se tiene que probar, pues al tenor de artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este caso en virtud de la revisión que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, dice: "Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

"Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba". El testimonio del doctor HERNAN ALBERTO OCAMPO JIMÉNEZ no es una prueba apta para desvirtuar la presunción de la verdad que conlleva la negación indefinida.

"3. Probado el hecho generador del perjuicio, se debió haber aplicado la presunción de falla y por lo tanto era a la parte demandada a quien correspondía demostrar que la conducta de la administración fue de tal manera prudente y diligente que rompe el nexo causal entre el hecho y el perjuicio. Pero ello no se probó y más bien se reconoció que a pesar de que en el Hospital General de Medellín se requiere de autorización expresa y por escrito para hace la operación que le hicieron a la señora Aracelly Valencia, la operación se hizo mediando una autorización verbal -que la operada niega- y para aprovechar que la paciente tenía la pared abdominal expuesta (folio 197) declaración del doctor Hernán Alberto Ocampo Jiménez.

"4. En la sentencia que se impugna se dice (folio 260 ' numeral 2): "...De otro lado, el consentimiento del paciente, no es un criterio absoluto, si bien es derecho estatutario del paciente y de otro, es un deber ontológico del médico, la misma Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario el 3380/81, es su art. 10°, exonerarán al médico de hacer la advertencia de riesgo, en algunos eventos excepcionales. El consentimiento no es necesariamente expreso o individualizado, y puede incluso sin que haya falta, no ser requisito en caso de urgencias y de ausencia de alternativa terapéutica, o cuando el cirujano se encuentra en el curso de una operación frente a dificultades imprevistas que hacen indispensable otras actuaciones no previstas."

"5. Pero nada de lo antes anotado se presentó, pues las únicas presuntas urgencias que habían eran : a) que la vida de la paciente podría correr peligro en un futuro embarazo. Lo que el mismo doctor Ocampo Jiménez (folio 196):... En vista de eso el futuro obstétrico de la paciente era muy peligroso quiero decir un embarazo más se convertía en un riesgo para la vida de la paciente y para su futuro bebé....."; b) o que la operación se dificultaría en fecha posterior (folio 201), pero no porque estuviera en peligro de muerte (primera línea folio 201).

"5.1. En conclusión la tubectomía que se la practicó a la paciente, al practicarle la cesárea, se pudo haber realizado en posterior oportunidad, llenando los requisitos de ley, estatutos, reglamentos, etc.,.....

"6. En el otorgamiento del consentimiento por parte de Aracelly Valencia y su esposo para la práctica de la operación se encuentra probado a través de los varios indicios que aparecen en el expediente:

"6.1. El primero de ellos es que acudieron los esposos Velasquez Valencia al consultorio del doctor IVAN SALAS VERGARA para determinar la causa de su dificultad para concebir (declaraciones de folios 115 y ss., 191 y ss).

"6.2. Otro es la presentación de la demanda contra la entidad presuntamente responsable.

"6.3 La ausencia en la historia clínica de Aracelly Valencia de alguna explicación que justificara la intervención que le hicieron; o que indicara que la situación era excepcional por encontrarse la paciente en peligro de muerte, y que su vida sólo se podía salvar con al operación realizada.

"6.4. Un cuarto indicio de la ausencia de consentimiento de la paciente para la tubectomía practicada es la falta de fundamento del médico que operó al calificar como especial o excepcional una circunstancia que no era ni lo uno ni lo otro.

"6.5. La falta de sinceridad del médico interviniente al rendir su testimonio, queriendo en él señalar que obtuvo el consentimiento verbal para tal intervención, obviamente tratando de favorecerse y de favorecer a la entidad vinculadora, por ser tal afirmación imposible de creer por el sinnúmero de operaciones que él realizaba en ese entonces, el tiempo que había transcurrido desde ello, y el conocimiento que tuvo de la paciente a quien solamente atendió en la sala de partos.

"7. Y aun en el caso de que la paciente hubiese dado su consentimiento, el mismo estaría viciado porque habría sido logrado bajo los efectos de una anestesia parcial (fol. 127); con la pared abdominal expuesta (folio 197); sometida a una situación de extrema intranquilidad y sin que le advirtieran las consecuencias esterilizadoras de la tubectomía a practicar.

"8. Según lo declara el doctor IVAN SALAS (folios 116 y ss.; 191 a 194), en las historias clínicas de Aracelly Valencia no se encuentra ninguna justificación médica para la tubectomía, de manera que la misma se hizo como una medida de oportunidad de control de natalidad sopretexto de que la paciente "no debía ni debe tener más embarazos, así pudiera tenerlos" (folio 197, declaración del Doctor Ocampo Jiménez).

"9. No se ve, entonces, ningún caso de urgencias ni ningún evento excepcional que exonera al médico de obtener el consentimiento -por escrito como lo exige el Hospital General- de Aracelly Valencia para hacerle la tubectomía . Como el médico que operó no procedió con la diligencia y cuidado necesarios, hizo incurrir en responsabilidad a la entidad.

"10. Como la afirmación de la señora Aracelly Valencia de que no dio su consentimiento para que le practicaran el corte y ligadura de las trompas de falopio es una negación indefinida, de imposible prueba directa (no por ser negativa sino indefinida, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia) la carga de la prueba de la existencia de tal consentimiento correspondía a la entidad demandada.

"11. Como la entidad demandada tiene un reglamento para la práctica de tubectomías, requiriendo la autorización por escrito en el programa electivo; o una autorización verbal ante la existencia de condiciones especiales o excepcionales en la paciente y no de oportunidad, nada de lo cual se presentó o se probó en el caso que nos ocupa, hubo violación de los reglamentos y, consecuencialmente, falla del servicio de salud con la que se irrogaron perjuicios a los demandantes cuya indemnización corresponde al ente demandado.

"12. No se puede descartar de plano las conclusiones a que llegaron los dos peritos médicos, ya que son estos auxiliares de excepción en casos como éstos.

"13. La presunción de falla, en estos casos, ya ha sido admitida expresamente por el Honorable Consejo de Estado, en trascendental providencia, proferida el 30 de julio de 1992, con ponencia del doctor Daniel Suárez Hernández, expediente 0897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez y otro.

" 14. Por lo anterior y por lo demás que argumenté ante la Sección en su oportunidad, respetuosamente solicito a los Honorables Consejeros de la Sección Tercera del Consejo de Estado que revoquen totalmente la sentencia impugnada y que en su lugar accedan favorablemente a todas las peticiones de la demanda" (fl. 265 - 272, C. 1)

III

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

En escrito que obra a folios 280 del cuaderno N° 1, el procurador judicial del demandado, argumenta dentro de la siguiente óptica:

"I. PROBLEMA DEBATIDO

"Básicamente, se discute en el caso sub judice la existencia o inexistencia del consentimiento de la señora ARACELLY VALENCIA para que su médico le practicase una tubectomía, luego de una operación cesárea llevada a cabo en el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN. La paciente afirma que ese consentimiento nunca existió, mientras que el médico afirma lo contrario.

"Frente a esta dificultad probatoria ¿cuál será la solución jurisprudencial?

"II. A QUIEN CORRESPONDE LA PRUEBA SOBRE EL CONSENTIMIENTO.

"A primera vista, pareciera que tratándose de una negación indefinida, el paciente no tiene la obligación de establecer que el médico no le solicitó el consentimiento para practicarle una determinada intervención quirúrgica.

"Sin embargo, según veremos un poco mas adelante, doctrina y jurisprudencia se ha sostenido lo contrario.Al respecto, los señores MAZEUAD-TUNC-CHABAS, en su Tratado sobre la Responsabilidad Civil expresan lo siguiente:

"La Corte de Casación ha decidido que pertenece al enfermo establecer a ese respecto la culpa del médico, es decir, el hecho de que el tratamiento o la intervención hayan sido practicadas sin su consentimiento, o fuera de los límites de su consentimiento, o sin que su consentimiento haya sido suficientemente aclarado. La solución es probablemente jurídica" (MAZEAUD-TUNC-CHABAS Traité de la Responsabilidad Civile Ed. Montch- restien París, 1970 1.I, N° 511).

" En ese sentido, vale la pena citar, así sea a título de simple información, un folio de la Corte de Casación Civil Francesa, de 11 de enero de 1966, que el respecto dijo:

"Considerando que si el contrato que se forma entre el cirujano y su cliente comporta en principio para el médico la obligación de no proceder a una determinada operación, juzgada útil por el médico, sino después de haber obtenido previamente el asentimiento del enfermo, es a éste último a quien pertenece, cuando el se somete, en plena lucidez, a la intervención del cirujano, reporta la prueba de que el médico ha faltado a esta obligación contractual, no advirtiéndole de la verdadera naturaleza de la operación y de sus consecuencias posibles". (Citado por MEMETEAU, Gerard "Le droit medical" Ed, Litec París, 1985 pag. 368).

"Al referirse a este tema y a la sentencia citada, el profesor GERAR MEMETEAU , expresa: "La regla trasada por el fallo citado es sabida, en la medida en que ella es conforme al derecho común: al actor incumbe probar. La naturaleza confiable de la relación médica permite presumir que las partes han jugado francamente el juego, y que no se ha engañado mutuamente" (MEMETEAU, Gerard ob. cit. pag 543).

"Ahora, bien vale la pena detenernos un poco en la ya reiterada doctrina del Honorable Consejo de Estado, según la cual la falla del Estado se presume, en tratándose de la prestación de servicios médicos u hospitalarios.

"El suscrito está de acuerdo en que muchas veces los médicos tienen mayor facilidad que los pacientes para demostrar cuál fue la verdadera causa del daño sufrido durante una intervención quirúrgica médica. En tales circunstancias parece lógico y equitativo que la culpa del médico se presuma.

"Pero no siempre es así, y la doctrina vigente hoy en la jurisprudencia Contencioso Administrativa corre el riesgo de generar enormes injusticias, puesto que en muchas oportunidades al médico le es prácticamente imposible demostrar los hechos que puedan exonerarlo de responsabilidad.

"Y es justamente la situación sub judice la que presenta ese tipo de dificultades.

"En efecto, es fácil para un médico que previamente ha examinado al paciente, solicitar de éste la prueba escrita de su consentimiento para la práctica de una intervención quirúrgica. Se supone que hay radiografías, exámenes de laboratorio, discusión de un diagnóstico, etc.

"Pero ocurre la mayoría de las veces que el médico, en el curso de un operación, encuentra alteraciones en la salud del paciente que no habían sido detectadas antes de iniciar la intervención, y entonces, o no es posible pedir el consentimiento del paciente, o dicho consentimiento no puede darse por escrito por dificultades de hecho, que se explican por si solas.

" En efecto, basta imaginar al médico que en el curso de una operación quirúrgica detecta problemas de salud en el paciente, que obligan un acto médico no previsto. Imaginen Honorables Magistrados un quirófano repleto de personal médico y paramédico, con un cirujano con sus manos enguantadas y ensangrentadas, tratando de conseguir los instrumentos necesarios para redactar un documento donde el paciente brinde su consentimiento para la práctica de la intervención quirúrgica que sólo al momento de la operación se descubre como necesaria.

"Imaginemos adicionalmente al médico brindándole información al paciente, sobre las consecuencias del nuevo problema detectado puesto que se supone que el consentimiento debe ser producto de una adecuada descripción de la enfermedad, de sus consecuencias y de sus riesgos, así como de su tratamiento.

"El derecho es sentido común, Honorables Magistrados, y si el argumento que ha tenido el Honorable Consejo para presumir la culpa medica, es la dificultad que tiene el paciente para demostrar lo realmente sucedido, con ese mismo criterio se deberá buscar una solución en beneficio del médico cuando sea éste quien, por razones de hecho, no puede establecer lo realmente sucedido.

"Yo me pregunto Honorables Magistrados: ¿Qué sucederá el día en que un paciente fallezca porque el médico detuvo la intervención quirúrgica necesaria, todo por lograr el consentimiento escrito del paciente, o por lo menos una prueba de cualquier otra naturaleza, con la cual se acredita el otorgamiento del consentimiento por parte del paciente?.

"La situación es tan delicada en ese tipo de circunstancias, que toda la doctrina y la jurisprudencia han estado de acuerdo en que el consentimiento del paciente

ni siquiera es necesario cuando su estado de salud, es demasiado grave, y la intervención debe ser inmediata. Al respecto los señores MAZEAUD-TUNC-CHABAS expresan:

"De todas formas, en los casos en que la urgencia no permite a un médico o cirujano obtener el consentimiento del paciente o de su familia, el médico debe dar los cuidados que se imponen. El problema se presenta muy a menudo cuando un cirujano descubre, en el curso de una operación, una lesión mas grave que la que había sido diagnosticada, o incluso simplemente distinta, y que exige una intervención más extensa o diferente de la que había previsto". (MAZEAUD-TUNC-CHABAS ob. y No. cit).

"La situación sub-judice se acomoda perfectamente a todos estos planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia.

"En efecto, todos los testigos están se acuerdo en que la señora ARACELLY VALENCIA había tenido ya varias operaciones cesáreas y corría el grave riesgo de perder su vida en caso de un nuevo embarazo. De ello existen varias pruebas dentro del proceso.

"Inclusive, los médicos que rindieron el dictamen, pese a que culpabilizan al médico que hizo la intervención quirúrgica por no haber obtenido consentimiento escrito del paciente, de todas formas aceptan que si la paciente hubiera continuado son su programa procreador, su vida correría enormes riesgos (folio 227 y 228).

"D e otro lado, el médico es enfático al afirmar que él solicitó el consentimiento de la paciente, y que si no obtuvo por escrito era justamente por las circunstancias de hecho en que se encontraban tanto él como la paciente misma. En ese instante y en ese sitio no había posibilidades prácticas de explicarle a la paciente su estado de salud, los riesgos que corría y a continuación, elaborar un documento firmado por la paciente. El médico, con base en la costumbre y en la mutua confianza con el paciente, le advirtió a éste cuáles eran los riesgos que corría en caso de un nuevo embarazo.

"¿Por qué no creerle al médico, que no ha sido demandado, estas aseveraciones?.

"Si la jurisprudencia termina por exigir al médico la prueba del consentimiento del paciente en circunstancias tan particulares como las del caso sub-judice, la solución va a crear un problema de marca mayor, pues los médicos tendrán que dejar morir al paciente mientras éste brinda su consentimiento escrito, o simplemente, se limitarán a realizar la intervención previstas con anterioridad, haciéndola correr enormes riesgos al paciente, pues éste tendrá que someterse con posterioridad a nuevas y mas riesgosas intervenciones.

"A mi me parece personalmente, que la doctrina de la presunción que viene aplicada por el Consejo de Estado podría ser matizada en la siguiente forma:

"El juez deberá averiguar si el médico dispone de elementos probatorios, tales como testigos, exámenes de laboratorio, radiografías, documentos etc., que le permita demostrar bien sea que no cometió culpa, bien sea que el paciente le brindó el consentimiento. En caso afirmativo, es lógico que el médico debe probar diligencia y cuidado, así no logre demostrar cuál fue la verdadera causa de la ocurrencia del daño.

"Pero si por cuestiones de hecho, el médico estaba en igualdad de dificultades probatorias que el paciente mismo, nos parece que el médico deberá ser absuelto puesto que no es lógico que sea él quien corra con el riesgo de esa dificultad probatoria. Pensar lo contrario conducirá tarde o temprano a unas graves consecuencias para el ejercicio de la medicina.

"I I I . DEBER CONSTITUCIONAL DE CUIDAR LA SALUD.

"Finalmente, quiero llamar la atención de la Honorable Sala sobre lo dispuesto por el inciso final de art. 49 de la Constitución Nacional, según el cual:

"Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de sus salud y la de su comunidad."

"Sería interesante que el Consejo de Estado interpretara el alcance de este inciso, no sólo en relación con el asunto sub judice, sino, y muy especialmente, en relación con el problema de los testigos de Jehová, como bien se sabe, por grave que sea su estado de salud, exigen que no se les haga transfusiones de sangre.

"En la actualidad el cuerpo médico y hospitalario del país se encuentra enormemente confuso pues a menudo resultan pacientes con este tipo de exigencias" (fl. 268-286, C.1.).

-IV-

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 sentenciador de instancia, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho. Por los demás, no es una decisión justa.

En el caso **sub exámine** no hay espacio para la duda que impida concluir que se dio la falla de servicio. A lo largo del proceso resultó bien probado, como lo relata el Fiscal Primero ante el **a quo**, que a la Señora ARACELLY VALENCIA SALAZAR, "...se le practicó la tubectomía esterilizante "pomeroy", sin su consenti-

miento, aunque por razones médicas o según dice el médico tratante, de protección para la salud e inclusive la vida de la paciente. No obstante, confrontando este criterio con el de los otros deponentes, médicos también y que conocieron directamente el caso, no aparece a nuestra vista de una necesidad estricta la operación, la tubectomía tipo "pomeroy", con su característica de irreversibilidad".

"En la valoración de la realidad fáctica resultan determinantes, para la Sala, el testimonio del Dr. IVAN SALAS y el dictamen pericial presentado por los médicos Dres. ORLANDO ZULUAGA O. y ALEJANDRO GOMEZ A. (C 1, fol 227), cuyo universo probatorio se estudiará por separado.

TESTIMONIO DEL DR. IVAN SALAS VERGARA

De profesión medico, presta sus servicios en forma particular, quien trató a la Señora Aracelly Valencia Salazar cuando ésta lo consultó por la inquietud que tenía al no poder tener hijos, destaca a lo largo del extenso interrogatorio que se le hizo, en dos momentos distintos, lo siguiente:

1° Que solicitó la historia clínica de la paciente al Hospital General de Medellín, con el fin de formarse un concepto más claro de lo que estaba sucediendo.

2° Que encontró que " ...la paciente fue intervenida por cesárea debido a un trabajo de parto difícil y en la misma nota operatoria, de la descripción operativa aparece que la paciente **le fue practicada una tubectomía que es en una cirugía que consiste en cortar las trompas de falopio y ligarlas, por lo tanto eso constituía la causa evidente de su incapacidad para concebir...".**

3° Que la historia clínica ",.... no aparece autorización ninguna de parte de la paciente, de su esposo para ésta última intervención...".

4o° Que a él como médico le queda claro "... la indicación de la cesárea, que era necesaria, **PERO NO ENCUENTRA NINGUNA JUSTIFICACION MEDICA EN LA HISTORIA PARA LA TUBECTOMIA...".**

5° Que "....la causa más frecuente para practicar tubectomía, es a solicitud y el deseo de la paciente de someterse a un procedimiento que la esterilice con el propósito de no tener más familia. **Hay otras causas de tipo estrictamente médico, que serían procesos inflacionarios, tumores y otras patológías asociadas al sistema reproductor que pudieran implicar necesidad para salvar la vida de la paciente, hacer este tipo de intervención. REPITO EN LAS HISTORIA NO APARECE LA DESCRIPCION DE NINGUNA CAUSA MEDICA QUE IMPLICARA ESE TIPO DE CIRUGÍA...".**

6° Que hasta donde llegan sus conocimientos "... la tubectomía tipo pomeroy es prácticamente irreversible, precisamente por ello se requiere la autorización expresa de la paciente. Hay una técnica más moderna que no se usa rutinariamente en

los hospitales que puede ser reversible logrando buenos resultados hasta en un sesenta por ciento de los casos, **pero en la tubectomía tipo pomeroy es prácticamente irreversible...".**

7° Que para llevar a cabo la tubectomía tipo pomeroy el médico no debe proceder "... **sin previa autorización por escrito de la paciente y del esposo...".**

8o° Que ".... lo usual en las instituciones hospitalarias es a pesar de la solicitud expresa de muchas pacientes que están sometidas a intervenciones gineco-obstetras como cesárea, y que aprovechando la circunstancia de haber una tubectomía **no debe hacerse en el mismo acto quirúrgico y posteriormente algunos meses más tarde practicar la tubectomía, porque o para ello hay razones creo yo que valederas, porque una paciente en condiciones de estres, pudiera tomar decisiones apresuradas, creo que todo paciente tiene un derecho a que se le explique los riesgos y las consecuencias de la cirugía a la que se somete y a tener un tiempo para reflexionar al respecto, en circunstancias emocionales de tranquilidad.** Una expresión muy común de las mujeres en el momento del trabajo de parto, es la que quisieran ligarse y no volver a pasar por ese trance, por tanto, creo que el médico debe saber entender las circunstancias afectivas y emocionales de la paciente y **POSTERGAR UNA INTERVENCION TAN DEFINITIVA COMO ESTA PARA OTRA OPORTUNIDAD EN LA CUAL HAYA SIDO UNA DECISION MUCHA MAS MADURADA Y REFLEXIONADA POR PARTE DE LA PACIENTE...".**

9° Que cuando tuvo a la vista la historia clínica de la paciente le explicó a ésa que en ella " ...quedaba claramente explicado la causa de su esterilidad, puesto que le habían practicado la tubectomía..." Que ".. ella rompió en llanto, yo le pregunté si había dado algún tipo de autorización verbal o escrita, manifestándome que no, que ella estaba consciente durante la intervención quirúrgica y que ni siquiera le preguntaron que su esposo estaba en el mismo hospital y que tampoco a él le pidieron ningún consentimiento. Esta circunstancia, inclusive, generó en la paciente un estado depresivo que tuvo que ser tratado farmacológicamente...".

10. Que lo único que puede decir, como médico que atendió a la paciente demandante es "... que en la Historia Clínica de la descripción de los hallazgos prequirúrgicos, **NO HAY NINGUNA EXPLICACIÓN QUE JUSTIFIQUE EL TIPO DE INTERVENCION QUE SE LE HIZO SIN SU CONSENTIMIENTO.** No se describe allí las condiciones del útero, de los anexos, simplemente se explica la cesárea por un trabajo de parto prolongado con sufrimiento fetalasociado, los cual lógicamente indica la cesárea , **PERO NO HAY JUSTIFICACION, REPITO, MEDICA EN LA HISTORIA QUE IMPLIQUE LA NECESIDAD DE LA TUBECTOMIA...."**

11. Que es perfectamente posible y de hecho sucede que en momento del acto quirúrgico y debido a los hallazgos sea necesario proceder a hacer cierto tipo de intervenciones no planeadas previamente, "**PERO CREO QUE ESTAS NO ERAN LAS**

CONDICIONES DE LA PACIENTE ARACELLY VALENCIA, Y NO SE PUEDE CONCLUIR NADA DISTINTO DE LO DESCRITO EN LAS HISTORIA CLINICA....

"El anterior deponente, a solicitud del apoderado de la parte demandada, volvió a declarar el día veintiocho (28) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), habiéndosele interrogado con apoyo en la HISTORIA CLINICA del HOSPITAL SAN VICENTE. En esta oportunidad el citado galeno concretó su declaración técnica, dentro del siguiente temperamento:

A) "La historia clínica del Hospital San Vicente no me hace cambiar mi opinión al respecto..".

B) ".....no aparece en la historia ninguna recomendación específica de que la paciente **tuviera inconvenientes o riesgos para embarazos y partos posteriores diferentes a propios de cualquier embarazo....".**

C) "...que en la historia clínica del Hospital General de Medellín aparecen dos tipos de intervenciones simultáneas, es decir realizadas en el mismo acto quirúrgico y con propósitos diferentes .la primera en una cesárea que aparece indiscutiblemente en dicha historia y segundo término, una tubectomía, tipo pomeroy, **cuya única indicación clínica es la esterilización definitiva por tanto mi concepto, mi opinión médica es que habiendo como hay OTRO TIPO DE METODOS DE PLANIFICACION ESTE DEFINITIVO DEBE SER DECIDIDO ESPONTÁNEAMENTE POR EL PACIENTE, Y EN DICHA HISTORIA YO NO ENCUENTRO ESTE ASENTIMIENTO POR PARTE DE LA PACIENTE, QUE REPITO, ME CONSULTO POSTERIORMENTE** por su incapacidad para concebir y al comunicársele la causa de su imposibilidad de quedar embarazada me comunicó en el consultorio que desconocía que le hubieran practicado esta cirugía para impedir la concepción. **Pero un concepto que debe quedar claro es que la TUBECTOMIA NO ES UNA CIRUGÍA DE URGENCIA, NUNCA ES UNA CIRUGÍA QUE EL CIRUJANO DURANTE EL ACTO QUIRURGICO SE VEA OBLIGADO NECESARIAMENTE A HACER, PORQUE COMO DECIA ANTERIORMENTE EL UNICO PROPOSITO ES EL EVITAR LA CONCEPCION FUTURA,** ya que en caso de tumores pues hay otro tipo de cirugías, está la salpingectomía, o una anexohisterectomía...·

.D) " Que .....consecuencias físicas de partos anteriores no había ninguna, solamente la cicatriz de la cesárea, yo hice un examen físico completo y todas sus estructuras aparecían normales, un exámen completo y ginecoostétrico...."

"E) "Que la paciente tuvo dos embarazos "....anteriores normales en partos por cesárea y que la integridad de su órgano de la reproducción **FUE ALTERADO QUIRURGICAMENTE.** Por tanto es de suponer que si esto no se hubiese hecho muy probablemente la paciente estuviera en posibilidad de concebir familia...." (Subrayas todas de la Sala) (C1 , fol 191 y ss.ss).

DICTAMEN PERICIAL

Por lo que hace relación con el dictamen pericial (C1, fol 227), él tiene el siguiente universo científico:

"La Sra. ARACELLY VALENCIA SALAZAR fue sometida el día 15 de junio de 1987, cuando tenía 29 años, a una operación cesárea por DESPROPORCION CEFALO PELVICA (DCO) y TUBECTOMIA (técnica POMEROY) en el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN.

"La operación cesárea indudablemente era la técnica adecuada para conducir a feliz término el embarazo deseado de ésta madre.

"La operación de POMEROY (TUBECTOMIA BILATERAL), si bien estuvo dirigida a la mejor calidad de vida de la madre, se convirtió en un hecho desafortunado para la Sra. ARACELLY VALENCIA SALAZAR, dado su interés en continuar un programa procredor, no obstante los riesgos que ello significaría para su vida.

"Desafortunadamente para la institución, no se previó el requisito fundamental de exigir "POR ESCRITO" la autorización de la paciente y/o la de su cónyuge, para realizar la técnica de la TUBECTOMIA que la privaría definitivamente para un programa conceptivo voluntario.

"La literatura médica sobre REANASTOMOSIS TUBARICA no se muestra muy exitosa y apenas si aparecen cifras no más allá del 40 a 50% de éxito, (ver GOMEL, V "Profile of women Requesting riversal Sterilization" fertil and Steril 30/39 -1978).

"El pronóstico de "irreversibilidad" en este caso es absolutamente seguro según la descripción hecha por el cirujano en su testimonio ante el Tribunal Administrativo (folios 195 - 203).

"CONCLUSION:

"Nuestro peritazgo afirma la culpabilidad de la institución: HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN por no haberse cumplido el requisito de la autorización por escrito para realizar la TUBECTOMIA BILATERAL con técnica de POMEROY."

B) A la luz del anterior acervo probatorio la responsabilidad del centro de imputación jurídica demandado resulta incuestionable. La perspectiva jurídica que maneja su mandatario judicial no lo hace suya la Corporación, pues ella está montada, en todo momento, sobre una filosofía de futuro. Esta verdad explica que tanto en el alegato que presentó ante el **a quo,** como en el que hizo ante el **ad quem,** se registre literatura como el siguiente contenido:

"....es claro que la paciente corría un grave riesgo para su vida, **en caso de quedar nuevamente embarazada, y el riesgo era no solo para ella sino también para la criatura que Eventualmente llegare a ser engendrada...**" (C 1, pag. 234).

"...justamente lo que determinó la intervención quirúrgica reprochada el médico era el grave deterioro de los tejidos abdominales de la paciente, **lo que impedía futuras intervenciones quirúrgicas de esos mismos tejidos**. Así las cosas, si el médico no hubiese procedido como lo hizo, la paciente, **POSTERIORMENTE**, no habría podido soportar una nueva intervención quirúrgica para ligarle las trompas o para tener un nuevo parto por cesárea....".

"Podría argumentarse que cada quien es dueño de su cuerpo, y que **era libertad de la paciente quedar o no nuevamente en embarazo.** Sin embargo, ello **sería olvidar que un nuevo embarazo significaba no sólo la posibilidad de muerte de la madre, sino casi absoluta certeza de que la criatura iría a fallecer, pues el trabajo de parto en tales condiciones sería de tal manera complicado, que la criatura no habría resistido.**

"Así las cosas, la madre no estaría decidiendo por ella sola, sino también por una futura criatura que no tendría por qué soportar las decisiones de su madre. La mujer es dueña de su cuerpo, pero no de las criaturas por ella concebidas, al momento del alumbramiento.

"En consecuencia, el médico en cierta forma estaba también protegiendo a las aventuales criaturas producto de un nuevo embarazo...".

"En efecto, suponiendo que las trompas no hubieran sido ligadas, el estado de los tejidos abdominales de la paciente eran tan precarios, que de hecho, **ésta se encontraba imposibilitada para procrear nuevos hijos ....".**

"De dos cosas una: O pese al peligro de muerte la paciente hubiese decidido quedar nuevamente en embarazo, arriesgando así la vida de la criatura, y entonces el comportamiento del médico se justifica plenamente, o bien, la paciente dado su estado de salud, hubiese renunciado a su maternidad y entonces la ligadura se las trompas era el método anticonceptivo más adecuado.

"Como se ve, con ligadura de las trompas o sin ella, era el estado de deterioro del organismo de la paciente, **lo que en la práctica impedía la procreación de nuevos hijos".**

".....el daño no es imputable a la intervención quirúrgica, ya que de todas formas es estado de salud que tenía la paciente antes de la intervención, **hacían médicamente imposible un nuevo parto sin consecuencias nefastas.**

"Como se vivencia de la lectura de lo párrafos anteriores, el médico que operó a la Sra. ARACELLY VALENCIA SALAZAR, Dr. HERNAN ALBERTO

OCAMPO JIMÉNEZ, optó, en el curso de la cirugía programada, por hacer otra que no estaba programada, IMPONIENDO a la paciente un tratamiento no consentido por ella ni por su esposo, con olvido de que, por principio, el enfermo tiene el derecho de libre elección entre las opciones que le presenten el profesional de la medicina, salvo el evento en que de la no intervención surja un riesgo grave para la salud pública. Los enfermos no pueden ser colocados en situaciones de tal dependencia y sumisión, que su dignidad personal resulte, a la postre, a merced del personal encargado de su asistencia. Su desvalimiento exige, como lo recuerda bien el Profesor Jesús González Pérez, "... que se le rodee de unas garantías eficaces que le protejan frente a cualquier olvido de su condición de persona". Por ello agrega: "Sorprende que en las distintas normas reguladoras de la sanidad y, concretamente, de los hospitales, se haya olvidado aspecto tan esencial.

Se levantan voces exigiendo garantías de su dignidad como persona de la mujer, de los hijos, de los escolares, de los soldados, de los detenidos y presos....hasta del consumidor. Pero se olvida la situación de desamparo en que se encuentra el enfermo..."(La dignidad de la 'Persona. Editorial Civitas, pag. 152 y ss. ss.).

A la paciente Sra . Aracelly Valencia Salazar, y su esposo Sr. Ruben de Jesús Velasquez, los privó el médico ya citada de la POSIBILIDAD DE ELEGIR, con lo cual se les creó un vacío existencial. So pretexto de evitar que ella corriera en el futuro con el grave riesgo de quedar nuevamente embarazada, con el argumento de que la futura criatura "iría a fallecer", con la tesis de que el grave deterioro de los tejidos abdominales de la enferma, impedía futuras intervenciones quirúrgicas de esos mismos tejidos, etc. etc., se violó al derecho a DECIDIR, que el hombre debe conservar y defender, en todo momento, ora para bien , ora para mal, pues sólo así podrá edificar, como lo recordaba algún escritor, el "MONUMENTO DE SU EXISTENCIA". "Al hombre se le puede arrebatar todo, salvo una cosa: la última de las libertades humanas -la elección de la actitud personal ante un conjunto de circunstancias- para decidir su propio camino"(El hombre en busca de sentido. Víctor E. Frankl, pag. 69)

El pesimismo sobre la suerte futura de la Sra., Aracelly Valencia y de sus nuevas criaturas, produjo el entuerto de acabar con los ratones quemando la casa. Por qué causa, motivo o razón el médico tenía que ocuparse, en el caso sub exámine, de las decisiones futuras que tomara la paciente?. Ella podía decidir, a su sola voluntad, si corría el riesgo de tener un nuevo hijo o de no tenerlo. Podía también aceptar, con resignación cristiana, el futuro sufrimiento, aceptando inclusive la muerte. Con qué argumentos científicos serios se concluye que en el evento de un nuevo embarazo la criatura "NO HABRIA RESISTIDO"?. Todos estos planteamiento llevan al sentenciador a recordar al siquiatra y escritor ya citado, cuando al relatar sus experiencias en un campo de concentración destaca cómo hay personas que olvidan muchas veces que una situación externa, excepcionalmente difícil, puede ser que le da al hombre la oportunidad de crecer espiritualmente más allá de sí mismo. Son las que no toman la vida en serio y la desdeñan como algo inconsecuente. Esta realidad lo lleva a recordar las palabras de Bismark: " La vida es como visitar al dentista. Se

piensa siempre que lo peor esta por venir, cuando en realidad ya ha pasado". Parafraseando este pensamiento, podríamos decir -agrega- que muchos de los prisioneros del campo de concentración creyeron que la oportunidad de vivir les había pasado y sin embargo, la realidad es que representó una oportunidad y un desafío: que o bien se puede convertir la experiencia en victorias, la vida en un triunfo interno, o bien se puede ignorar el desafío y limitarse a vegetar como hicieron la mayoría de los prisioneros" (Obra ya citada, pag 75).

En el caso **sub exámine** se impone concluir que la actuación del médico acabó con esa OPORTUNIDAD y ese DESAFIO, para la madre, que bien podía volver a serlo, con todos los riesgos que ello comportaba, o abstenerse de manejar esa posibilidad, pensando en su salud, etc. El ejercicio de esa libertad sólo a ella y al esposo incumbían. A nadie más.

C) En el manejo de responsabilidad médica la Sala no descarta la posibilidad de que el curso de una operación se presenten complicaciones intempestivas que lleven al profesional de la medicina a decidir, a su sola voluntad , si abre o no otros frentes de acción para tratar de mantener y conservar la vida del enfermo. Para estos casos no necesita la autorización de nadie, pues el reto que en tales circunstancias se le presenta es de luchar por la conservación de la vida misma. Pero la "tubectomía tipo pomeroy", como bien los destaca el Doctor IVAN SALAS VERGARA, en su declaración, "no debe hacerse en el mismo acto quirúrgico" sino algunos meses después.

La Sala aprecia, en todo su universo, lo depuesto por el citado profesional de la medicina, porque sus explicaciones son claras, precisas, valerosas, sin solidaridad del gremio, por todo lo cual tienen fuerza de convicción, La administración de justicia sería menos difícil si las personas que declaran, bajo la gravedad del juramento, dijesen siempre la verdad, y no se dejaran llevar por prejuicios subliminales. Los profesiones liberales se deben sentir honradas con ejemplares humanos que corren todos los riesgos, inclusive el de no ser contratados laboralmente, o perder la vida, por rendirle culto a ella. El apoderado del centro de imputación jurídica demandado pregunta en el escrito en que se recoge su alegato ante el **ad quem** "POR QUE NO CREERLE AL MEDICO, que no ha sido demandado, estas aseveraciones?. Y la Sala responde: Porque las razones dadas por el Dr. HERNAN ALBERTO OCAMPO JIMÉNEZ, quien operó a la paciente, no convencen al sentenciador. Porque el futuro obstétrico de ella no tenía por que jugar en el caso en comento. Porque él no tenía por qué anticipar catástrofes para la madre, cuando todo indica que el manejo del problema admitía una tregua. Toda su argumentación en el sentido de que un embarazo posterior se presentaría "una deicencia de la cicatriz o ruptura uterina por la cicatriz que sería un hecho catastrófico para la madre", no deja de ser una ANSIEDAD ANTICIPATORIA. Su afirmación en el sentido de que " ....la señora no debía ni debe tener más embarazos así pudiera tenerlos...." obedece a un manejo de valores espirituales que no son los de la Sala. La maternidad da un sentido a la vida. Es verdad que éste difiere de un hombre a otro, de un día a otro, de una hora a otra.

Pero es igualmente cierto que ese sentido de la existencia no puede ser remplazado en su función, pues cada persona tiene un cometido concreto para llevar a cabo. En una palabra: A cada hombre se le pregunta por la vida y únicamente puede responder a la vida RESPONDIENDO POR SU PROPIA VIDA. Sólo siendo responsable puede contestar a la vida.

Finalmente, la prueba pericial viene en apoyo de los expuesto por el Dr. IVAN SALAS VERGARA. Los doctores Orlando Zuluaga y Alejandro Gómez tampoco vacilan en afirmar que " La operación de POMEROY (TUBECTOMIA BILATERAL), si bien estuvo dirigida a la mejor calidad de la vida de la madre, se convirtió en un hecho desafortunado para la Sra. ARACELLY VALENCIA SALAZAR, **dado su interés en continuar su programa procreador, no obstante los riesgos que ello significaría para su vida**" (C1, fol 228).

D) La oportunidad se muestra propicia para fijar pauta jurisprudencial en el sentido de que, en casos como el presente, cuando es posible aplazar la intervención médica, sin consecuencias mortales para el paciente, se impone obtener el consentimiento expreso, tanto de la esposa como del esposo, si se quiere aprovechar la ocasión de la operación cesárea para practicar la "TUBECTOMIA TIPO POMEROY". La prueba de que tal declaración de voluntad se produjo, le corresponde a quien busca excusar su conducta, y ella puede darse, por todos los medios de ley (documento escrito, grabación, testigos). Por lo demás, ese consentimiento debe darse en condiciones de libertad jurídica, tomando el concepto en todo sentido. A la persona que esta bajo los efectos de la anestesia, el dolor, la angustia, extendida en la mesa de cirugía, no se le puede pedir que decidan sobre su suerte, pues hay situaciones dolorosas en que el hombre suele perder la razón. Ante una situación anormal, la reacción anormal, se enseña - constituye una conducta normal.

Y se predica que el esposo, encasos como el presente, también debe dar su asentimiento, porque la familia goza de la especial protección del Estado y es célula fundamental de la sociedad. Ella, por lo demás, se edifica sobre las relaciones armoniosas de la pareja, y en frentes tan importantes y determinantes para la vida de los esposos, como es el relacionado con los hijos, tenerlos o no tenerlos, entran en juego aspectos religiosos, económicos, sociales, etc. etc., que necesariamente demandan el mutuo acuerdo. Por voluntad única de la madre no se puede privar al esposo de la oportunidad de robustecer su hogar, y viceversa.

E) La oportunidad se muestra propia para glosar dos planteamientos hechos por el distinguido profesional, apoderado de la parte demandada, cuando excusa la conducta del médico diciendo que "... en cierta forma estaba también protegiendo a la eventuales criaturas producto de un nuevo embarazo" y cuando afirma que : " ...si el médico no hubiese procedido como lo hizo, la paciente POSTERIORMENTE no habría podido soportar una nueva intervención quirúrgica para ligarle las trompas o para tener un nuevo parto por cesárea". Respecto a lo primero cabe concluir que es filosofía dañina, porque manejando esa forma de protección por la voluntad de terceros, en forma indiscriminada, puede ocurrir que seres sin Dios y sin ley pretendan

justificar los internamientos en centros psiquiátricos, o en campos de concentración, métodos muy utilizados en el pasado por gobiernos totalitarios. No se puede proteger a "Las eventuales criaturas" eliminando de entrada toda posibilidad para su existencia.

Por lo que hace relación con la filosofía de AHORRO DE SUFRIMIENTO a la paciente, de quien se afirma que el futuro no habría podido SOPORTAR una nueva intervención quirúrgica, o viene bien la anécdota que Víctor E. Frankl, en la obra ya citada, recoge en su obra, la cual tiene el siguiente universo:

"En una ocasión, un viejo doctor en medicina general me consultó sobre la fuerte depresión que padecía.
" No podía sobreponerse a la pérdida de su esposa, que había muerto hacia dos años, y a quien él había amado por encima de todas las cosas. De qué forma podía ayudarle? Qué decirle?. Pues bien, me abstuve de decirle nada y en vez de ello le espeté la siguiente pregunta "Qué hubiera sucedido, doctor, si usted hubiera muerto primero y su esposa le hubiera sobrevivido?" "Oh, dijo, "para ella hubiera sido terrible, habría sufrido muchísimo" A lo que le repliqué: " Lo ve, doctor, usted le ha ahorrado a ella todo ese sufrimiento; pero ahora tiene que pagar por ello sobreviviendo y llorando su muerte.

"No dijo nada, pero me tomo la mano y, quedamente, abandonó mi despacho. El sufrimiento deja de ser en cierto modo sufrimiento en el momento en que encuentra un sentido, como puede serlo EL SACRIFICIO" (Obra citada, pag 111) (Subrayas de Sala).

F) Por lo que hace relación con el DAÑO y la RELACION CAUSAL, la Sala lo encuentra debidamente probado. Para llegar a esta verdad jurídica basta apreciar el universo que tiene el dictamen pericial que obra en el cuaderno N° 1, fol 227, que se transcribió antes. También la declaración del Dr., IVAN SALAS VERGARA, quien es claro en concluir que la TUBECTOMIA TIPO POMEROY" es prácticamente irreversible" Es decir , que la señora ARACELLY VALENCIA SALAZAR no podrá en el futuro tener un nuevo hijo. Se le ha acusado, pues, un daño fisiológico que debe ser indemnizado, pues así se solicitó en la demanda. El monto por este concepto se fija para ella en dos mil gramos (2.000) de oro fino. Como también se le han causado perjuicios morales, la Sala los señala en un mil (1.000.) gramos, también de oro fino.

Los perjuicios morales causados al esposo, señor RUBEN DE JESUS VELASQUEZ, se fijan en un mil (1.000) gramos de oro, y los correspondientes al joven EDISON RAMON VELASQUEZ VALENCIA, en la cantidad de quinientos (500) gramos de oro fino.

El pago se deberá hacer en pesos colombianos teniendo en cuenta el precio del oro en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República:

En materia de perjuicios fisiológicos o la alegría de vivir, la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (.993), Expediente N° 7428 , Actor Jhon Jairo Meneses, Consejero Ponente, Dr. Julio César Uribe Acosta en el cual destaca:

"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 omisión de las autoridades públicas; con la filosofía que enseña que TODA INTERPRETACION QUE TIENDA A AMPLIAR EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD ES PREFERIBLE A LA QUE LO RESTRINJA (Arturo Alessandri Rodríguez , De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, Tomo 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 REPARACION 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, no dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluir 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 la segunda busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte".. no las angustias y depresiones producidas por el hecho lesibo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente..." (Javier Tamayo Jaramillo. De la Responsabilidad Civil, Tomo 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 tratradista nacional ya citado, cuando enseña:

"Podría argumentarse que en casos similares ya la víctima fué 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 una silla de ruedas por una incapacidad permanente total, no podemos decir que al habérsele indemnizado los perjuicios materiales y los perjuicios morales subjetivos, ya que 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 indemnización de los daños materiales y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en que 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 éstas 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 porque 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 que 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 deporte, debe procurársele en 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 paána 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".

"A logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección de 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), 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 estudiado, 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".

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

FALLA.

PRIMERO : REVOCASE la sentencia calendada el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía, y que en su lugar RESUELVE :

A) DECLARESE que el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN, es administrativamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes, dentro del marco de circunstancias de modo, tiempo y lugar, que se dejaron precisadas en los considerandos de este proveído;

B) Como consecuencia de la declaración anterior, se condena al HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN a pagar a la señora ARACELLY VALENCIA SALAZAR, por concepto de PERJUICIOS FISIOLOGICOS, la cantidad de DOS MIL GRAMOS (2.000) DE ORO FINO y por concepto de PERJUICIOS MORALES, la cantidad de MIL GRAMOS DE ORO FINO (1.000.).

CONDENASELE, igualmente, a pagar también por PERJUICIOS MORALES, las cantidades de oro que a continuación se indica y a las personas que se relacionan así:

A RUBEN DE JESUS VELASQUEZ DIAZ (esposo)., MIL GRAMOS (1.000) DE ORO FINO;

A EDISON RAMON VELASQUEZ VALENCIA (hijo), QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO FINO.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio del oro en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

C) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

D) A esta sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.. Para tal fin se deberán expedir las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

SEGUNDO: Ejecutoria esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de 6 de mayo de 1993, Exp. 7428, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Actor: JOHN JAIRO MENESES.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Venganza/FALLA DEL SERVICIO DEL FUNCIONARIO/CULPA PERSONAL DEL AGENTE

La conducta del agente no puede separarse del servicio mismo. Se puso evidencia que la acción criminal, si bien pudo tener también ese móvil personal de retaliación, fue motivada fundamentalmente por la denuncia que por "concusión" le hizo el señor Genaro Alvarez A. compañero de Luz Constanza a quien el citado agente le había exigido $ 10.000 para dejarlo en libertad en pasada oportunidad (26 de agosto de 1988) en el permanente de Buenos Aires. Delito de concusión por el cual Mendoza recibió medida de aseguramiento por el Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar. Puede coincidir la culpa personal del agente con la falla del servicio y por eso se habla en tales casos de falla del servicio del funcionario. Como también ha dicho que sólo por excepción esa culpa personal podrá desvincularse del servicio; porque en alguna forma éste puso en contacto a las partes o facilitó la comisión del ilícito. Tan cierta es la posibilidad de concurrencia que cuando ésta se produce la culpa personal se juzga desde la perspectiva penal o disciplinaria y la falla del servicio desde la perspectiva de la normatividad que regula su funcionamiento. Hasta el punto, como lo muestra la jurisprudencia que puede absolverse penal o disciplinariamente al funcionario y resultar comprometida la responsabilidad estatal o viceversa. El servidor público y menos un agente de policía no pierde el carácter luego de terminar su jornada de trabajo, cuando esté en franquicia o en vacaciones. Afirmar lo contrario sería reconocer la existencia de una especie de patente de corso para ser ejercida durante los últimos tiempos de vacancia. Un agente de policía no debe portar sino su arma de dotación; y que si lleva otra, esto, por sí sólo podría configurar una falla del servicio, a menos que justifique su posesión respaldada con salvoconducto oficial.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C., julio doce (12) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N° 7569. Indemnizaciones. Actor: Jose Ricared Trujillo Noreña y otros.

Procede la sala a conocer 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 declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que en la demanda de 30 de octubre de 1990 instaurada por Luz Mary Hernández de Trujillo y otros contra la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional se formularon de la siguiente manera:

"Declárase a la NACION COLOMBIANA EN SU MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL, administrativamente responsable de las lesiones físicas de que fuera sujeto pasivo LUZ CONSTANZA TRUJILLO HERNANDEZ, representada legalmente por sus padres ya que es menor de edad, y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios materiales y morales causados a LUZ CONSTANZA TRUJILLO HERNANDEZ (lesionada) y a sus padres LUZ MARY HERNANDEZ DE TRUJILLO Y JOSE RICARED TRUJILLO NOREÑA.

"Los hechos se registraron el 15 de febrero de 1989 en jurisdicción del Municipio de Pereira, concretamente en la calle 29 N° 8-64, a manos del agente FELIX MARIA MENDOZA PRADA perteneciente al Departamento de Policía Risaralda y disfrutando de vacaciones, utilizando para cometer el ilícito una pistola Colt 45.

"Como consecuencia de la anterior declaración háganse las siguientes o similares condenas:

"1° Condénase a la NACION COLOMBIANA en su MINISTERIO DEFENSA NACIONAL Y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL a pagar a LUZ CONSTANZA TRUJILLO HERNANDEZ, representada por sus legítimos padres, los daños y perjuicios materiales así:

"A) En la modalidad de DAÑO EMERGENTE, que son los gastos clínicos, médicos, quirúrgicos, etc. efectuados a la paciente Luz Constanza Trujillo H. con ocasión de las heridas sufridas.

"Concretamos la reclamación en las sumas que se demostraren en el curso del proceso.

"Subsidiariamente:

"A falta de bases suficientes y de acuerdo con lo establecido en el artículo 107 del Código Penal, estimamos estos perjuicios en el equivalente en pesos a dos mil gramos oro fino.

"B) En la modalidad de LUCRO CESANTE, que es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de la comisión del ilícito, se reclama igualmente lo que resultare demostrado dentro del proceso atendidos los ingresos dejados de percibir y la pérdida de la capacidad laboral.

"Subsidiariamente:

"A falta de bases suficientes reclamamos el equivalente en pesos a dos mil gramos oro, al precio que se encuentra cuando se ejecutoríe la sentencia.

"Las sumas que se ordenen para satisfacer el daño emergente, deberán ser liquidadas con los intereses comerciales conforme el art. 177 del C.C.A. en concordancia con la certificación que para el efecto expida la Superintendencia Bancaria.

"En lo relativo al LUCRO CESANTE, la indemnización se liquidará con el último salario legal vigente (mínimo).

"2° Condénase a la NACION COLOMBIANA en su MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL a pagar a LUZ CONSTANZA TRUJILLO HERNANDEZ (lesionada) y a sus legítimos padres LUZ MARY HERNANDEZ DE TRUJILLO Y JOSE RICARED TRUJILLO NOREÑA, al momento de fallo por concepto de daños y perjuicios morales el equivalente a un mil gramos oro (1.000) o su equivalente en pesos para cada uno de ellos, de acuerdo que con la certificación que acerca del precio del metal expida el Banco de la República.

"3° Condénase a la NACION COLOMBIANA en su MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL a pagar a LUZ CONSTANZA TRUJILLO HERNANDEZ (lesionada), y a sus padres LUZ MARY HERNANDEZ DE TRUJILLO Y JOSE RICARED TRUJILLO NOREÑA., al momento del fallo, los intereses comerciales sobre las sumas anteriores durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y los moratorios después de este término, conforme lo estipula el art. 177 del C.C.A., en concordancia con la certificación que para el efecto expida la Superintendencia Bancaria.

Atendiendo lo normado por el artículo 1.653 del Código Civil, todo pago se imputará primero a intereses.

"4° La Nación Colombiana dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de sus ejecutoria, conforme lo estipulan los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. enviándose copia al respectivo agente del Ministerio Público".

En esa misma demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que el día 15 de febrero de 1989 a eso de las 2 y 45 de la mañana en la ciudad de Pereira llegó a la casa de habitación de la señora Luz Constanza Trujillo Hernández el agente de policía Félix María Mendoza P. y cuando ésta le abrió le disparo por varias oportunidades causándole serias lesiones.

2. Que por la intervención del padre de la víctima, señor José Ricared Trujillo N. se salvó de la muerte.

3. Que por la lesionada fue conducida al Hospital Mendoza.

4. Que por dictamen del médico forense de 28 de febrero de 1989 se le diagnosticó una incapacidad provisional de 120 días, dada la gravedad de las lesiones.

5. Que durante la inspección judicial se constató la existencia de otros disparos en el frente de la casa y en su puerta de entrada.

6. Que el agente actuó como represalia por haber sido denunciado por el delito de concusión por el señor José Genaro Alvarez, compañero de la señora Trujillo Hernández, quien tuvo que pagar $ 10.000 para que lo dejaran en libertad cuando estuvo detenido en días anteriores.

7. Que el agente en descargos ante el juzgado 22 de instrucción alegó que el día se los hechos estaba en al finca "El Paraíso", vereda Morro Azul en Viterbo (Caldas); lugar al cual había viajado en compañía de su concubina Beatriz Elena Martínez H.; que no posee pistola 45 sino marca "Astra· y un revólver 38 Smith Weson, ambos con salvoconducto; y que no ha amenazado ni a Alvarez ni a ninguna otra persona.

8. Que el Juzgado Tercero Superior de Pereira en sentencia de mayo de 1990 condenó al agente Mendoza a 5 años y seis meses de prisión como autor de tentativa de homicidio en la persona de Luz Constanza Trujillo; y ordenó compulsar copias para investigar por posible falso testimonio a las siguientes personas que tratan de favorecer al agente; Beatriz Elena Martínez (la concubina del agente), Miguel Ramírez, Alberto Herrera y Pedro Luis Ramírez.

9. Que fuera de las lesiones sufridas por Luz Constanza, a su padre también herido en el incidente tuvieron que amputarle una pierna y hubo de ser pensionado por el Instituto de Seguros Sociales.

10. Que el agente implicado en los hechos pertenecía al a institución desde el 1° de febrero de 1969 y presenta una hoja de vida llena de sanciones.

11. Que las heridas sufridas le produjeron a Luz Constanza serias lesiones corporales y la dejaron incapacitada de por vida; causándole así perjuicios morales y materiales considerables.

El tribunal, luego del trámite correspondiente a la primera etapa procesal, decidió en la forma indica atrás. Inconforme la parte actora, apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 148 y siguientes. Allí rebate la tesis de la culpa personal del agente como causal de exoneración e insiste en que los hechos presentaron una clara vinculación con el servicio.

Tramitada la segunda instancia es oportuno decidir. En esta nueva oportunidad guardó silencio tanto la parte demandada como el Ministerio Público. Alegó de conclusión la apoderada especial de la Nación (a folios 162 y siguientes), la cual insiste en la confirmación del fallo.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la Sala la sentencia será, revocada porque no comparte la argumentación expuesta por el a quo para denegar las súplicas de la demanda, apoyado en una supuesta culpa personal del agente, desvinculada del servicio público.

De ese fallo se destacan lo siguientes apartes:

> La prueba testimonial es clara y uniforme en predicar que entre el Agente de la Policía Nacional y el Señor Genaro Alvarez Amaya existía una vieja enemistad, porque el Agente Mendoza le cobró diez mil pesos para dejarlo en libertad cuando se encontraba retenido en un uno de los permanentes de esta ciudad. Como Alvarez denunció tal conducta del uniformado, éste en varias ocasiones lo amenazó con desquitarse con él o con alguien de su familia.
>
> Efectivamente la amenaza se cumplió en la persona de la "compañera" de Genaro de nombre Luz Constanza Trujillo Hernández. La misma ofendida y su familia expresan que la única razón por la cual se efectuó el atentado, fue la venganza del policía contra Genaro y su familia. Esta afirmación la hace el señor apoderado en la demanda, numeral 4° en donde expresó: " como represalia por haber sido denunciado penalmente por el delito de Concusión....."
>
> ...
>
> "El primer elemento no se tipificó. No se demostró que el agente Mendoza Prada en labores propias del servicio o vinculadas con éste, hubiera causado las heridas a la señora Luz Constanza Trujillo. El agente se encontraba en vacaciones cuando cometió el delito y no cumplía ninguna función oficial, las

heridas las produjo con arma de su propiedad. No existe relación de casualidad entre el acto causado por el agente, imputable a la administración, y el daño, éste fue el resultado de una culpa personal del agente, que movido por sus pasiones, "la venganza" actuó en la forma ya conocida en este proceso.

La falta se realizó desprovista de todo vínculo con el servicio oficial.

"Las declaraciones atrás citadas merecen plena credibilidad para la Sala, no soólo porque dan razón de sus afirmaciones, sino porque provienen de la parte afectada con el delito de lesiones personales.

Atrás se dijo que la Sala no compartía las apreciaciones del tribunal, el cual, en forma un tanto simplista, llega a la conclusión que el agente Mendoza cometió su acción criminal movido sólo por un afán de venganza que no tenía nada que ver con sus funciones; que lo hizo durante sus vacaciones, con arma que no era de dotación oficial y transportándose para llegar al lugar de los hechos en una motocicleta de su propiedad.

Pues bien, en estos mismos supuestos, que se estiman bien probados, esta Sala llega a conclusión diferente; o sea que la conducta del agente no puede separarse del servicio mismo. Se puso evidencia que la acción criminal, si bien pudo tener también ese móvil personal de retaliación, fue motivada fundamentalmente por la denuncia que por "concusión" le hizo el señor Genaro Alvarez A., compañero de Luz Constanza a quien el citado agente le había exigido $ 10.000 para dejarlo en libertad en pasada oportunidad (26 de agosto de 1988) en el permanente de Buenos Aires. Delito de concusión por el cual Mendoza recibió medida de aseguramiento por el juzgado 71 de Instrucción Penal Militar.

Ha dicho la jurisprudencia que puede coincidir la culpa personal del agente con la falla de servicio y por eso se habia en tales casos de falla del servicio del funcionario. Como también ha dicho que sólo por excepción esa culpa personal podrá desvincularse del servicio, porque en alguna forma éste puso en contacto a las partes o facilitó la comisión del ilícito, Tan cierta es la posibilidad de concurrencia que cuando eéta se produce la culpa personal se juzga desde la perspectiva penal o disciplinaria y la falla del servicio desde la perspectiva de la normatividad que regula su funcionamiento. Hasta el punto, como lo muestra la jurisprudencia que puede absolverse penal o disciplinariamente al funcionario y resultar comprometida la responsabilidad estatal o viceversa.

El tribunal estimó que esa falta personal era separable de la función porque el accionar del agente mostró al hombre con sus debilidades y pasiones.

Esto ultimo que teóricamente es fácil de sostener, no puede analizarse aisladamente.. Una cosa es que el móvil de venganza provenga de un hecho anterior de carácter privado ajeno en un todo al rol de función que debe cumplir el agente público; y otro, como sucedió aquí, que ese móvil de vendeta tenga que ver con un hecho público antecedente, vinculado de manera evidente con las funciones de vigi-

lancia y control que le competía ejercer a ese agente, como fue la denuncia que por "concusión" el compañero de Luz Constanza le había puesto con anterioridad y del cual había jurado vengarse. Estas circunstancias también fueron aceptadas por la justicia penal que condenó a Mendoza (Ver sentencia 3 de mayo de 1990, juzgado Tercero Superior, a folios 42 y siguientes).

Que el crimen se cometió durante las vacaciones, con arma que no era de dotación oficial y transportándose para llegar al lugar de los hechos en moto de su propiedad, dice la Nación.

Aquí tampoco la conclusión puede sér tan simple. El servidor público y menos un agente de policía no pierde el carácter luego de terminar su jornada de trabajo, cuando esté en franquicia o en vacaciones. Afirmar lo contrario sería reconocer la existencia de una especie de patente de corso para ser ejercida durante los tiempos de vacancia.

Tampoco es aceptable para desvirtuar la falla del servicio que el hecho se cometió con arma que no era de dotación. Este punto ha sido tratado por la jurisprudencia como puede verse en el fallo de mayo 25 de 1990 (Ricardo A. López, proceso 5821 ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

Impresionar de verdad este aserto y esta absurdo que no requiere mayor comentario. Baste afirmar además que un agente de policía no debe portar sino su arma de dotación; y que si lleva otra, esto, por sí solo podría configurar una falla del servicio, a menos que justifique su posesión respaldada con salvoconducto oficial.

Que se transportó en motocicleta particular. Esta es una razón irrelevante o sin sentido pero que aquí gana entidad, porque para el caso permite destruir la coartada de que no estaba en Pereira ese día sino en Viterbo. No puede olvidarse que la distancia entre este municipio y Pereira puede fácilmente salvarse en un vehículo como el señalado y regresar al lugar donde pasaba sus vacaciones, en las misma noche del crimen. Se acepta esta consideración en lo posible aunque las misma justicia penal estimó que no había resultado probada la versión, dadas las contradicciones de los testigos que narraron la presencia de Mendoza en Viterbo.

Para la Sala, entonces, se dio la falla del servicio y se comprometió la responsabilidad del ente demandado por el hecho de uno de sus agentes.

Los perjuicios

Se pide en la demanda en forma principal que se condene a la Nación al pago de perjuicios a favor de Luz Constanza Trujillo Hernández, así: por daño emergente los gastos clínicos, médicos, quirúrgicos sufridos con ocasión de las heridas (en subsidio, con apoyo en artículo 107 del C. Penal 2.000. gramos de oro); y por lucro cesante, los ingresos dejados de percibir y la pérdida de la capacidad labora. Y por concepto de perjuicios morales se solicita el equivalente de 1.000 gramos oro tanto para la

señora Luz Constanza como para sus padres Luz Mary Hernández de Trujillo y José Ricared Trujillo N.. Como se observa, no se pidió condena a favor de este último por las lesiones que se dice sufrió durante el atentado a su hija.

Para la Sala la lesionada deberá ser indemnizada en una suma equivalente a los 900 gramos de oro por la angustia que sufrió con las lesiones recibidas y por el tratamiento de recuperación que tuvo que sufrir. En cuanto a sus padres esa condena será equivalente a 500 gramos oro para cada uno. Se aplica en esto el prudente arbitrio del fallador.

En cuanto a perjuicios materiales, annaa se podrá condenar por daño emergente porque ningún esfuerzo hizo la parte actora para probar su existencia. Por parte alguna aparecen los documentos sobre los gastos de recuperación que tuvo que efectuar.

En cuanto al lucro cesante (la pérdida de capacidad laboral), tampoco podrá hacerse reconocimiento alguno porque según el dictamen de medicina legal, "en términos generales Constanza no presente ninguna inhabilidad". Y aunque ese mismo dictamen (a folios 239 de c-2) afirma que a la "joven Luz Constanza Trujillo, le queda como consecuencia una perturbación píquica de carácter permanente ésta no se evaluó porcentualmente, en términos de capacidad laboral.

Observa la Sala que aunque en la sentencia penal se condenó al agente Mendoza al pago de perjuicios en favor de Luz Constanza, esto se produjo oficiosamente, sin constitución de parte civil por la ofendida. Así esa sentencia no constituye cosa juzgada frente a la decisión que aquí se toma. Se observa sí que si ya esa condena fue pagada, deberá deducirse su monto de la que aquí se impondrá.

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 14 de mayo de 1992, dictada por el tribunal administrativo de Risaralda.

Declárese responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - de los perjuicios causados a los demandantes por las lesiones causadas a la señora Luz Constanza Trujillo Hernández el día 15 de febrero de 1989 en la ciudad de Pereira por el agente de la Policía Felix María Mendoza P.

Como consecuencia, se le condena a pagar, por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas en gramos oro en su equivalente en pesos: a LUZ CONSTANZA

TRUJILLO HERNANDEZ 900 gramos oro; a LUZ MARY HERNANDEZ DE TRUJILLO Y JOSE RICARED TRUJILLO NOREÑA 500 gramos oro para cada uno. El precio del valor oro lo deberá certificar el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Deniéganse las demás súplicas.

Expídase las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 9 de julio de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DAÑO ANTIJURIDICO/IMPUTABILIDAD

El artículo 90 no convirtió en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado. La antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, la que puede ser legal o regular o ilícita. El daño causado debe imputársele a una persona pública determinada (autoridad en sentido lato), para que ésta responda patrimonialmente (imputabilidad patrimonial). No es indiferente que el sujeto activo obre correcta o incorrectamente, ya que si el obrar fué regular la antijuridicidad del daño, que puede calificarse de objetiva, surgirá de la existencia del mismo y no de la conducta administrativa. En cambio, cuando esa conducta sea irregular y produzca un perjuicio, éste seguirá siendo antijurídico y objetivo, pero su prueba se facilitará con la constatación de esa irregularidad. En dicho evento nada impide que se hable, frente a la conducta misma, de antijuridicidad subjetiva. Pero la calificación, cabe reconocerse, es más de tono académico que práctico. Una cosa es la antijuridicidad del daño y otro es el criterio para definir la imputación. El daño es el efecto de una conducta (regular o irregular). La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo en esa relación de la calificación de la ilegalidad de la conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado. La imputación patrimonial, aúu las causales de exoneración conocidas como fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero igualmente exclusivo y determinante; y no las impide, porque estas causales debidamente probadas destruyen la imputación que se le hace a la administración, para mostrar que ésta no tuvo nada que ver con el resultado daños; que no fue, en otras palabras, su causa. La antijuridicidad del daño es siempre objetiva (no tenía el sujeto lesionado porqué sufrirlo); pero no sucede igual con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del

ordenamiento. Esta es la razón para que se entienda porque, en ciertos eventos, la administración resulta responsable pese a que actuó regularmente.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma Oficial

Para la Sala la sentencia merece confirmación y para el efecto basta enfocar el asunto desde la perspectiva de la responsabilidad presunta, por haberse producido el daño por la manipulación de un arma de dotación oficial, instrumento de por sí peligroso, y por no haberse demostrado alguna de las causales de exoneración de esa responsabilidad dentro del proceso, o sea la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero. Y se aplica esta tesis, aunque el asunto habría podido manejarse, dado el acervo probatorio practicado, como un caso más de falla probada del servicio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C., julio doce (12) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente N° 7622. Actor: José Orlando Isaza Cifuentes

Procede la Sala a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de mayo 29 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, Sección II, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. Declárese responsable a la Nación (Ministerio de Defensa- Ejército Nacional) de las lesiones causadas al señor José Orlando Isaza Cifuentes el 30 de mayo de 1.988, en hechos ocurridos en el Municipio de Cisneros (Antioquia).

"SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, la Nación pagará al señor Isaza Cifuentes por concepto de perjuicio moral el equivalente a 350 gramos oro, de acuerdo con la cotización que registre a la fecha de ejecutoria del fallo.

"TERCERO:.Pagará igualmente por concepto de daño patrimonial o en la modalidad de lucro cesante, la suma que se determine en incidente posterior a la ejecutoria del fallo, de acuerdo con las pautas trazadas en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

"QUINTO. Si no fuere apelada por la entidad demandada, consúltese (art. 84 C.C.A.)".

En la demanda, presentada el día 8 de mayo de 1990 por José Orlando Isaza C. y otro contra la Nación -Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos.

Que el día 30 de mayo de 1988 a eso de la 1:00 a.m., cuando el señor José Orlando Isaza profesor del Liceo Departamental de Cisneros (Antioquia) les reclamaba a los soldados que estaban allí alojados el balón que les había prestado el día anterior, fue herido, con otras personas, por los disparos hechos por el señor Eduardo Iván Giraldo Arenas.

Que esas heridas en la espalda, cabeza, brazo izquierdo le produjeron una seria incapacidad para trabajar (33.5%) y le impiden practicar de por vida varios deportes; causándole así graves perjuicios de orden material, moral y fisiológico.

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás. Inconforme la parte actora, apeló y sustentó su recurso en escrito que obra a folios 173 y ss. Allí reclama para la persona lesionada la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos oro; insiste en que se debe reconocer el perjuicio fisiológico por la pérdida del pleno goce futuro de su vida y por la pérdida de su integridad física que le impedirá realizarse a cabalidad como persona sana. Solicitó, asímismo, el reconocimiento de perjuicios morales a favor de la cónyuge del señor Isaza C. y de sus hijos menores, quienes realmente sufrieron afectivamente por lo sucedido a éste y seguirán con su dolor. Analiza en ese mismo escrito, aunque no como objeto de apelación el punto de la antijuridicidad y aporta importantes reflexiones a ese respeto.

Durante la segunda instancia sólo intervino la Nación (ver escritos folios 200 y ss), pero para pedir la confirmación del fallo de a quo. Para el efecto cita apartes de la sentencia de esta misma Sala de 12 de septiembre de 1991 (Proceso 6572), de la cual fue ponente el Señor Consejero Uribe Acosta e insiste que con el acervo probatorio recaudado no es posible aumentar el monto de las condenas.

El Ministerio Público guardó silencio.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la Sala la sentencia merece confirmación y para el efecto basta enfocar el asunto desde la perspectiva de la responsabilidad presunta, por haberse producido el daño por la manipulación de un arma de dotación oficial, instrumento de por sí peligroso, y por no haberse demostrado alguna de las causales de exoneración de esa responsabilidad dentro del proceso, o sea la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero. Y se aplica esta tesis, aunque el asunto habría podido manejarse, dado el acervo probatorio practicado, como un caso más de falla probada del servicio.

Para el efecto, el oficio enviado por el comandante del sexto distrito de policía al alcalde del municipio de Cisneros, donde ocurrieron los hechos (N° 0484 de 30 de

mayo de 1988), es elocuente sobre la autoría material cabeza del soldado Eduardo Iván Giraldo Arenas, quien en acto propio del servicio permitió que por descuido se le disparara su arma e hiriera al señor José Orlando Isaza C. y a otras personas.

Dicho informe policial además fué corroborado con el testimonio de la enfermera Luz Estella Osorio Orduz y con el informe que también rindió el rector del Liceo Departamental, donde se desarrollaron los hechos.

El punto de la responsabilidad es bastante claro y el análisis probatorio del tribunal no deja que desear.

De ese fallo se destaca el siguiente aparte que el ilustrativo desde el punto de vista doctrinario, pero que para la Sala merece algunas observaciones. Dice el tribunal:

"Sin embargo, como quiera que la responsabilidad patrimonial del Estado no está condicionada a la culpa del agente causante del daño, dicha prueba no resultaba imprescindible para formular un juicio de condena en contra de la Administración.

"Aparece probado con los elementos de convicción reseñados, que al señor José Orlando Isaza Cifuentes se le causó un daño antijurídico (art. 90 de la Constitución Nacional), toda vez que no se encontraba en una situación legal que le obligara a soportar ese daño. De ahí que sea innecesario aludir al concepto de falla del servicio o de falla presunta para formular un juicio de responsabilidad al Estado.

"Debe aclararse sí que la antijuridicidad del daño se establece no en el sentido de que el autor haya obrado contra derecho (antijuridicidad subjetiva), sino en el sentido de que el sujeto que lo sufre no tiene la obligación de soportarlo (antijuridicidad objetiva).

"Es indiferente que el sujeto activo de la lesión obre con toda licitud: no es preciso que se haya producido una actuación ilícita de un agente concreto. La antijuridicidad se predica de la actuación administrativa, no de la actuación del agente.

"Por esta razón, la imputabilidad de que se trata no es una imputabilidad personal sino patrimonial. Así el asunto de reduce a un cotejo de patrimonios: uno que se ve disminuido a causa del daño producido por otro patrimonio.

"No interesa averiguar si en la actuación hubo culpa, negligencia o cualquier otro factor subjetivo. La única prueba evidente que se ofrece es el daño sufrido (dato objetivo), que el damnificado no está obligado a soportar".

Para la Sala el enfoque es interesante y estima que el asunto aún no se ha decantado bien en la jurisprudencia.

Con todo, y sin pretender que ésta sea la última palabra, en sentencia de marzo 2 de 1993 (Proceso 7429, ponente Carlos Betancur Jaramillo) se dijo a ese respecto:

"Comparte la Sala desde el punto de vista teórico la opinión del señor apoderado de la aseguradora llamada en garantía, cuando sostiene en su interesante alegato que la nueva Carta Constitucional en su artículo 90 no redujo la responsabilidad estatal a la simplemente objetiva.

"Y se comparte esta tesis porque la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivizándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación, por que así ésta puede darse no sólo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración (en sentido lato cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, y de daño antijurídico así lo dan a entender".

Lo precedente permite inferir:

a) El artículo 90 no convirtió en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado.

b) La antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, la que puede ser legal o regular o ilícita.

c) El daño causado debe imputársele a una persona pública determinada (autoridad en sentido lato), para que ésta responda patrimonialmente (imputabilidad patrimonial).

d) No es indiferente que el sujeto activo obre correcta o incorrectamente, ya que se el obrar fué regular la antijuridicidad del daño, que puede calificarse de objetiva, surgirá de la existencia del mismo y no de la conducta administrativa. En cambio, cuando esa conducta sea irregular y produzca un perjuicio, éste seguirá siendo antijurídico y objetivo, pero su prueba se facilitará con la constatación de esa irregularidad. En dicho evento nada impide que se hable, frente a la conducta misma, de antijuridicidad subjetiva. Pero la calificación, cabe reconocerse, es más de tono académico que práctico.

e) Un cosa es la antijuridicidad del daño y otro es el criterio para definir la imputación. El daño es el efecto de una conducta (regular o irregular). La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo es esa relación de la calificación de la ilegalidad de la conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado.

f) La imputación patrimonial, aun tratándose de la responsabilidad objetiva, no impide la operancia de las causales de exoneración conocidas como fuerza mayor,

culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero igualmente exclusivo y determinante; y no las impide, porque estas causales debidamente probadas quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo.

"No es del todo exacto que luego de la expedición de la carta de 1991, la responsabilidad estatal se volvió objetiva y que en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación.

"Enfocado racionalmente ese artículo 90 (importante avance en el derecho colombiano como que por primera vez, en forma expresa, se contempla en la constitución la responsabilidad del Estado), surgen estos extremos que vale la pena destacar para ir despejando equívocos: a) Que se cause un daño; b) Que ese daño sea imputable, por acción u omisión, a una autoridad pública (la administración, en sentido genérico); y c) Que ese daño sea antijurídico.

"Así, la norma respeta los extremos de toda relación de responsabilidad, como que señala los sujetos activo y pasivo de la misma (la administración y el tercero lesionado), el daño y la relación de causalidad.

"El daño, como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño tiene que ser antijurídico, o sea causado por el comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción u omisión) o por ciertas conductas que aunque puedan calificarse como regulares, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrirlo.

"En síntesis, la nueva constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio, ni por cualquier otra fuente de las aceptadas por el derecho administrativo. Las nociones de imputabilidad destruyen la imputación que se le hace a la administración, para mostrar que ésta no tuvo nada que ver con el resultado dañoso; que no fué, en otra palabras, su causa.

g) La antijuridicidad del daño es siempre objetiva (no tenía el sujeto lesionado porqué sufrirlo); pero no sucede igual con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del ordenamiento. Esta es la razón para que se entienda porqué, en ciertos eventos, la administración resulta responsable pese a que actuó regularmente.

LOS PERJUICIOS

Condenó el tribunal tanto al pago de los morales como de los materiales. Por los morales fijó el equivalente de 350 gramos de oro para víctima y denegó la condena para los demás. Por concepto de daño material la condena se hizo en abstracto para

su liquidación incidental, dentro de las pautas señaladas en el fallo. Se hizo así la condenla por no estar probado el ingreso del señor Isaza C. Estimó el tribunal que el ingreso debería adicionarse con un 25 % por concepto de prestaciones sociales.

Estima la sala que la sentencia deberá modificarse. En primer término porque la condena por perjuicios morales se estima baja e injustificada frente a la cónyuge, señora María Amparo Oquendo de M. y sus hijos Jennifer Catalina y Jeffry Isaza O.

Así, dadas las lesiones sufridas por José Orland y las secuelas que le quedaron de por vida que afectan seriamente su capacidad física, considera la Sala que la indemnización deberá ser equivalente a 900 gramos oro. Así mismo deberá reconocerse a su cónyuge e hijas un suma equivalente a 500 gramos oro para cada una. Es un hecho que las lesiones de un padre, sù incapacidad física permanente, inciden en la relación afectiva familiar y lesiona moralmente a los que rodean a la persona lesionada.

En cuanto a perjuicios materiales deberá modificarse el fallo para hacer su condena en concreto. Como no probó el ingreso de la víctima, la liquidación deberá hacerse con apoyo en el salario mínimo, pero sin incremento ordenado por el tribunal del 25 % por concepto de prestaciones sociales, ya que este extremo no fué pedido. Se toma el salario mínimo, no sin antes reconocer que fácilmente pudo demostrarse el ingreso real que José Orlando tenía como docente el Liceo Departamental de Cisneros.

Con base en ese salario debidamente actualizado se hará la liquidación de la indemnización por la pérdida de la capacidad física en un 33.5 % durante toda su vida probable. Para el efecto se actualizará ese salario y la indemnización por los períodos vencido y futuro se hará con base en ese porcentaje.

Así la liquidación será la siguiente:

Salario Mínimo: $ 25.637.40 (Decreto 2545/87)

Indices: Mayo/ 88 = 90.20; junio /93 = 302.66

$$Ra = \$\ 25.637.40 \times \frac{302.66}{90.20} = \$\ 86.024.56$$

Incapacidad = 33.5% de $ 86.024.56 = $ 28.818.23

a) Indemnización Debida:

Ra = 28.818.23; i = 0.004867

n = mayo 28 / 88 a julio 8 /93 = 5 años mes 10 días = 61.33

$$S = \frac{28.818.23\ (\ 1.004867\ )^{61.33} - 1}{0.004867}$$

$$S = \frac{28.818.\ 23 \times 0.3468507}{0.004867} = \$\ 2.053.754.52$$

b) Indemnización Futura:

José Orlando nació: Agosto 4/ 55 (a folio 4); Al accidente tenía 32 años 9 meses 24 días.

Vida Probable = 40.96 = 491.52 meses

n= 491.52 - 61.33 = 430.19; i = 0.004867

Ra = 28.818.23

$$S = \frac{28.818.23\ (\ 1.004867)^{430.19} - 1}{0.004867\ (1.004867\ )^{430.19}}$$

$$S = \frac{28.818.23 \times 7.0740571}{0.039296435} = \$\ 5.187.793.87$$

TOTAL PERJUICIOS MATERIALES $ 7.241.548.39

Así mismo la Sala hace el recocimiento por el perjuicio fisiológico, siguiendo en esto la orientación marcada por la sentencia de 6 de mayo del presente año (proceso 7428, John Jairo Meneses y otros), de la cual fue ponente el señor Consejero Uribe Acosta.

De ese fallo se destaca el siguiente aparte, a título de reiteración jurisprudencial y acogiendo la argumentación expuesta por la parte actora en el presente proceso:

> "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 omisión 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, Tomo I, pag. 211); con el manejo del PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO que predica que la indemniza-

ción debe dejar "INDEMNE" a la víctima de la daño injusto, esto es, debe procurar una REPARACION 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, no dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluir 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 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 sólo las angustias y depresiones producidas por 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, Tomo II 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 casos similares ya la víctima fué 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 DESCOMPOSICIÓN 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 una silla de ruedas por una incapacidad permanente total no podemos decir que al habérsele indemnizado los perjuicios materiales y los perjuicios morales 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 indemnización de los daños materiales y morales subjetivos, queda con dinero y tranquila. Sin embargo, seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en que 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 POR 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 éstas 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 porque perdieron sus ojos, sus piernas sus brazos, o la capacidad de procreación por la intolerancia de lo 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 que el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO (Mazeud 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 mi 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 tenia 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 los que toca con el monto de dicha indemnización, la Sala considera razonable la suma de $ 5.000.000 solicitada en la demanda. Se acepta esta suma dada la gravedad de las lesiones, la edad del lesionado y sus actividades docente y deportiva, las cuales no podrá ejercer con la misma energía y empuje como las venía cumpliendo.

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 29 de 1992, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, Sección II, en sus ordinales primero, cuarto y quinto;

Modifícase los ordinales segundo y tercero los que quedarán así:

Segundo. Como consecuencia de lo anterior la Nación pagará por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas en gramos oro, en su equivalencia en pesos: a José Orlando Isaza Cifutentes 900 gramos oro, a María Amparo Oquendo de Isaza (cónyuge), Jeniffer Catalina y Jeffry Isaza Oquendo de a 500 gramos de oro para cada una. El valor del gramo oro, precio interno, lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo. Así mismo pagará al señor José Orlando Isaza Cifuentes, la suma de CINCO MILLONES DE PESOS ($ 5.000.000) por concepto de perjuicio fisiológico.

Tercero. Pagará igualmente por concepto de perjuicios materiales al señor José Orlando Isaza Cifuentes, la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 7.241.538.39).

Expídase las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sentencia de fecha 12 de julio de 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.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 2 de marzo de 1993, Exp. 7429, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Arma oficial/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRACONTRACTUAL

La propia entidad pública, luego de hacer el análisis de las pruebas que ella misma practicó dentro de la investigación disciplinaria, llega a la conclusión de que el agente oficial, en ejercicio de funciones, actuó de manera imprudente, conducta que estructura, sin duda, una falla del servicio imputable a la administración, la cual, por esta razón y por las demás pruebas allegadas a este proceso, está suficientemente demostrada. La precisión anterior reviste importancia por cuanto la demostración de una acción u omisión constitutiva de la falla del servicio imputable a una entidad oficial, determina que el asunto se maneje por las reglas del sistema de falla del servicio probada, así los hechos puedan situarse dentro de un régimen de presunción de falla (presunción juris tamtum) o, incluso dentro de uno de presunción de responsabilidad objetiva. Esta observación reviste una especial importancia porque la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el art. 90 de la C.N., continúa siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva, como se verá más adelante.

DAÑO ANTIJURIDICO/IMPUTABILIDAD

Existe la tentación inicial de interpretar al art. 90 de la C.P./91 como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño

antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta característica la que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. Esa conclusión no corresponde a la realidad. La ilicitud o antijuricidad del daño están ínsitos en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o ilicitud de su causa; en otros términos el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esa doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva. Uno y otro régimen adquieren puntos de distinción en cuanto tiene que ver con la imputación del daño, que como se dijo, es el segundo elemento indispensable para que la responsabilidad de la administración sea declarada; dicho de modo diferente, no basta con que exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir, atribuido jurídicamente al Estado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D. C., julio trece de mil novecientos noventa y tres.

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

Referencia: Expediente N° 8163. Actor: José Elías Rivera Arenas y otros. Demandado: La Nación Ministerio de Justicia.

El tribunal de lo contencioso administrativo del Quindío consulta la sentencia que profirió el 15 de enero de 1993, por virtud de la cual adoptó estas decisiones:

"1. Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia) por las lesiones físicas de que fue objeto el señor Jose Elías Rivera Arenas, causadas en la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia, Quindío, el 29 de agosto de 1990, por el señor Sargento de Prisiones Jesús Antonio López Bedoya, y de la totalidad de daños y perjuicios causados a José Elías Rivera Arenas, William, José Arlex, Esaú y John Elías Rivera Orozco.

"2. Como consecuencia de lo anterior condénase a la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia) a pagar en las siguientes cantidades de gramos oro, por concepto de perjuicios morales, según cotización del Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia:

a) Para el señor JOSE ELÍAS RIVERA ARENAS : 1000 grs. oro
b) Para el señor WILLIAM RIVERA OROZCO: 200 grs. oro

c) Para el señor JOSE ARLEX RIVERA OROZCO: 200 grs. oro
d) Para el señor ESAÚ RIVERA OROZCO: 200 grs. oro
e) Para el señor JOHN ELÍAS RIVERA OROZCO: 200 grs. oro

"3. Las sumas de dinero antes reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término, intereses que deberán ajustarse de acuerdo con la variación del promedio mensual del índice de precios al consumidor que certifique el DANE.

"4. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"5. En firme esta providencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento.

"6. Si no fuere apelada, consúltese con el Superior.

"7. En firme, este fallo, archívese el expediente" (fls. 106 y 107 del C.1).

ANTECEDENTES

1. El 30 de agosto de 1991, por medio de apoderado judicial constituido de conformidad con la ley, JOSE ELÍAS RIVERA ARENAS, WILLIAM, JOSE ARLEX, ESAÚ y JOHN ELÍAS RIVERA OROZCO formularon demanda en contra de la Nación-Ministerio de Justicia, con el objeto de que se la declarase responsable de los perjuicios que les ocasionaron las lesiones físicas que sufrió el primero de los nombrados, el 29 de agosto de 1990 en la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia.

El lesionado pidió 1.000 gramos de oro por los perjuicios morales y 1.000 más por los materiales; cada uno de los otros demandantes solicitó indemnización por perjuicios morales en cuantía de 500 gramos de oro (fls. 1-3 del C.1).

2. En apoyo de sus pretensiones los actores dicen que el 29 de agosto de 1990, José Elías Rivera Arenas estaba prestando sus servicios en la Cárcel del Distrito de Judicial de Armenia donde se desempeñaba como suboficial del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria cuando fue herido, por varios proyectiles de una ráfaga que disparó el Sargento Jesús Antonio López Bedoya con una subametralladora mini-uzi, de dotación oficial; como consecuencia de dichas lesiones quedó incapacitado, de modo permanente, de sus extremidades inferiores "lo que le impide desplazarse libremente y desempeñarse en su profesión".

Los otros demandantes manifestaron, además, ser hijos del lesionado.

3. Fracasado el intento conciliatorio, la entidad demandada contestó la demanda y solicitó negar las peticiones en ella contenidas (fls. 53-55 del C.1). Agotado

el término probatorio, durante el término de los alegatos de conclusión, el apoderado de los actores presentó un escrito en la cual destacó que estaban procesalmente acreditados los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la administración; "la falla del servicio consistió en la imprevisión por parte de uno de los miembros del Estado... quien con las más absoluta imprevisión efectuó con una mini-uzi de dotación oficial, una ráfaga de disparos..."; el daño consistió en las lesiones y sus secuelas sufridas por José Elías Rivera Arenas, de las cuales se abren, en doble vertiente, los perjuicios morales y los materiales de que fueron víctimas los demandantes (fls. 75-79 del C.1).

El fiscal del Tribunal en concepto que el a quo, con toda razón, califica de contradictorio, encuentra realizados los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado y solicita, sin embargo, se denieguen las peticiones de la demanda.

4. El Tribunal estimó acreditada la legitimación en causa en los dos extremos de la relación procesal; con fundamento en la sentencia proferida por la Sala el 20 de agosto de 1993, situó la controversia dentro de la "teoría del riesgo", "en el cual debe demostrarse no la existencia de una falla sino la realización de una actividad peligrosa por parte de la administración, la ocurrencia de un daño y la relación de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa"; con esta premisa revisó el material probatorio y concluyó "que los hechos tuvieron ocurrencia el día 29 de agosto de 1990, aproximadamente a las 6:30 a.m. en la Cárcel de San Bernardo del Distrito de Judicial de Armenia, que hubo manejo de armas, para el caso en cuestión de una mini-uzi, lo que de por sí constituye una actividad peligrosa... que coloca a las personas, inclusive a las que hacen uso de ellas, a quedar expuestas a un riesgo de naturaleza excepcional, el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los particulares"; también encontró probados el daño y el nexo causal; respecto del primero, accedió a indemnizar los perjuicios morales y no los materiales que consideró de naturaleza eventual, y por lo tanto, no indemnizables.

5. Durante el término del traslado para alegar en el trámite de la consulta, la apoderada de la Nación manifestó:

a) Que la víctima conocía el riesgo que significaba el ejercicio del cargo que había aceptado de manera voluntaria.

b) Trató de distinguir los sistemas de responsabilidad condicionados por el riesgo o por la culpa, aunque sin conclusiones de trascendencia para el caso analizado.

LA SALA CONSIDERA

La decisión consultada merece confirmarse como algunas de las precisiones conceptuales en relación con el régimen de responsabilidad aplicable al caso.

La legitimación en causa de los demandantes fue correctamente apreciada por el a quo; José Elías Rivera Arenas fue lesionado en los hechos que narra la deman-

dada y los demás actores son sus hijos; el parentezco, dentro de los grados indicados y si no existe prueba en contrario, permite presumir, según lo ha dicho la Sala, la condición de damnificado que legitima, por activa, para pretender la indemnización del perjuicio.

Los numerales 1 y 2 del "acta de accidente de trabajo N° 1" elaborada en la subdirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia, permiten establecer la ocurrencia del accidente y la producción de las lesiones sufridas por José Elías Rivera Arenas; dice el mentado documento:

> "El señor JOSE ELIAS RIVERA ARENAS se encontraba prestando el servicio en la Comandancia de la Guardia Interna, de acuerdo con lo ordenado en la orden del día N° 098 correspondiente al anterior y presente día, motivo por el cual acudió a la Guardia Externa, para verificar la identidad de los internos, que se remitían a la Penitenciaría La Picaleña en la ciudad de Ibagué Tolima.
>
> "Al señor JESUS ANTONIO LOPEZ BEDOYA sargento y suboficial de servicio, le había sido ordenada la remisión de varios internos a la ciudad de Ibagué más concretamente a la Penitenciaría La Picaleña y se encontraba en la Guardia Externa, aprovisionándose de armamento y munición, cuando al sujetar una subametralladora mini-uzi, ésta se disparó accidentalmente, ocasionándole varias heridas al Cabo JOSE ELIAS RIVERA ARENAS en sus extremidades inferiores, quien fue remitido al Hospital de la Zona en el vehículo del establecimiento, motivo por el cual se postergó la remisión para más tarde" (fls. 15 C.1).

Lo anterior se completa con la copia de la historia clínica del lesionado (fls. 18-21 del C2) y con el concepto que emitió el Jefe de la División de Salud Ocupacional de la Caja Nacional de Previsión Social (fls. 80 del C.2), en el cual se lee:

> "Esta división revisó la documentación enviada por la seccional del Quindío y basado en ello conceptúa que por las lesiones sufridas en el accidente de trabajo el señor José Elías Rivera Arenas, amerita pensión de invalidez en forma permanente, sobre una valoración del 96% de pérdida de capacidad laboral, cuyo efectos rigen al fin de los 180 días de incapacidad continua.
>
> "Lo anterior por lesiones de los miembros inferiores en accidente de trabajo que dejó al afiliado imposibilitado para la marcha (con bastón) se otorga la pensión de invalidez".

No queda duda, pues, de las lesiones y de las secuelas de las mismas que sufrió José Elías Rivera Arenas el 29 de agosto de 1990; tampoco la hay en relación con la calidad de los empleados de la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia que ostentaba el ofendido y agresor, según se constata por los documentos visibles a folios 67 a 77 del C.2.

De otra parte, en el informe elaborado por el funcionario investigador dentro del proceso disciplinario que se adelantó en contra de JESUS ANTONIO LOPEZ BEDOYA por los hechos que narran en esta providencia, se lee lo siguiente:

"...este despacho sabe que un suboficial, que ha estado en curso para ascenso, ha recibido toda la instrucción necesaria para el manejo de armas, conocen los que asisten a la Escuela Penitencia (sic) el plan permanente de seguridad carcelaria y en el capítulo III en su numeral 5, que a letra dice "...Antes de cargar un arma cerciórese que esté libre de obstáculo", y en su punto 3° dice "Nunca practique puntería a tiros en sitios distintos a los destinados para tal fin y solamente después de haber verificado escrupulosamente el arma...".

"Así las cosas vemos que hubo imprevisión, que no tomó las debidas precauciones para accionar el arma, creyó poder manejar la situación y sobrevino el lamentable accidente donde precisamente su compañero JOSE ELIAS RIVERA ARENAS, llevó la peor parte ya que su incapacidad rebasa los 50 días según certificado N° 21136 expedido por la Caja Nacional de Previsión Social (Ver folio 28).

"Si él hubiera recibido el arma de manos del relevante antes debió firmar el libro donde responde por el arma, hecho éste que no ocurrió y afirma el inculpado que en ese momento de confusión y caos no podía pensar en firmar el libro, pero como ya vimos la declaración del Dgte. Cruz Parra a folio 10, 11 y 12, dice que primero firman el libro y después procede él a entregar el arma, y aparte, el proveedor.

"Resulta pues ilógico que el Sargento argumente ahora el desconocimiento del arma cargada, cuando ellos deben preguntar y cerciorarsen (sic) bien de este hecho.

"Para sustentar su argumento pide se llame a declaración al Capitán Daza, para que dé testimonio de que él le comentó que se le había entregado el arma cargada, en efecto el Capitán Daza expone a folio quien a folio 41 reafirma lo dicho por el Sargento en sus descargos.

"Pide que se llame a declarar al guardián Chiquiza quien a folio 45 expone sólo el estado de ánimo del Sargento en el momento del incidente, pero no aporta nada que aclare la duda existente.

"Pero el cuestionamiento serio que hace este despacho, es que el Sargento olvidando lo especificado en las normas de seguridad de armas de fuego accionó el arma en sitio cerrado, sin tener en cuenta que habían varios compañeros y que estuvo a punto de ocasionar una tragedia de mayores proporciones.

"Argumenta por último el inculpado que no tuvo ninguna responsabilidad en los hechos, que su conducta no refleja asomo de pecado, que ha sido amigo del

Cabo Rivera. Este despacho lo admite, hubo culpa más no intención dolosa de causar algún daño" (fls. 45-46 C.3)

El anterior concepto fué acogido por la Resolución N° 408 de 24 de septiembre de 1990 expedida por la Directora de la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia, por virtud de la cual se sancionó al implicado con multa equivalente a la doceava parte del sueldo básico mensual, "por haber sido hallado responsable de la falta...", "...pues este despacho encuentra que hubo por parte del Sargento López una imprevisión que pudo generar consecuencias de mayor gravedad para el compañero u otros..." (fls. 45 y ss. del C.3).

En otros términos, la propia entidad pública, luego de hacer el análisis de las pruebas que ella misma practicó dentro de la investigación disciplinaria, llega a la conclusión de que el agente oficial, en ejercicio de funciones, actuó de manera imprudente, conducta que estructura, sin duda, una falla del servicio imputable a la administración la cual, por esta razón y por las demás pruebas allegadas a este proceso, está suficientemente demostrada.

La precisión anterior reviste importancia por cuanto la demostración de una acción u omisión constitutiva de la falla del servicio imputable a una entidad oficial, determina que el asunto se maneje por las reglas del sistema de falla del servicio probada, así los hechos pueden situarse dentro de un régimen de presunción de falla (presunción juris tantum) o, incluso dentro de una presunción de responsabilidad o de responsabilidad objetiva.

Esta observación reviste una especial importancia porque la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el art. 90 de la C.N., continúa siendo, **por regla general,** de naturaleza subjetiva como se verá más adelante.

Existe la tentación inicial de interpretar la mencionada disposición como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad patrimonial contractual o de la extracontractual; y, por otra en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo Estado.

Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta característica la que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. Esa conclusión no corresponde a la realidad.

La ilicitud o antijuricidad del daño están ínsitos en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o ilicitud de su causa; en otros términos, el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esa doble causa corresponde, en principio a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.

Uno y otro régimen adquieren puntos de distinción en cuanto tiene que ver con la imputación del daño, que como se dijo, es el segundo elemento indispensable para que la responsabilidad de la administración sea declarada; dicho de modo diferente, no basta con que exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir, atribuido jurídicamente al Estado; "la imputación, según lo enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a (sic) la relación existente entre aquél y éste"; desarrollando este tema y en orden a, distinguirlo del nexo causal, exponen los citados autores:

> "El supuesto más simple que cabe imaginar es, naturalmente el de la causación material del daño por el sujeto responsable. En tal caso, la imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor de daño y el perjuicio producido. Las cosas no se producen siempre tan simplemente, sin embargo, y ello porque en materia de responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, el objetivo último que se persigue no es tanto el de identificar a una persona como autora del hecho lesivo, sino el de localizar un patrimonio con cargo al cual podrá hacerse efectiva la reparación del daño causado. Esta finalidad garantizadora, que está en la base de todo sistema de responsabilidad patrimonial, produce con frecuencia una disociación entre imputación y causalidad. Probar que existe un nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido será siempre necesario para que la imputación pueda tener lugar y con ella pueda nacer la responsabilidad, pero la mera relación de causalidad entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para justificar la atribución del deber de reparación al sujeto a quien la ley califica de responsable. Así ocurre, por lo pronto, cuando la responsabilidad se predica de personas jurídicas, en la medida en que éstas sólo pueden actuar a través de persona física. En tales casos -y en todos aquellos en que la responsabilidad se configura legalmente al margen de la idea de culpa- la imputación no puede realizarse con base a la mera causación material del daño, sino que tiene que apoyarse, previa justificación de su procedencia, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, ya sea la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el prejuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, o cualquier otra".
>
> En la búsqueda de tales "razones o títulos jurídicos", señalan "la organización administrativa como título de imputación básico", el funcionamiento anormal del servicio, el riesgo creado y el enriquecimiento sin causa (curso de Derecho

Administrativo. Vol. II. pág. 342 y ss); es fácil observar, sin embargo que dichos "títulos de imputación" no tienen siempre una operancia aislada sino que es necesario apreciarlos en concurrencia de algunos de ellos, y que el funcionamiento anormal de los servicios públicos corresponde esencialmente a la institución nuestra de la falla del servicio nacida en el derecho francés y adaptada a las particularidades del derecho nacional; si bien, no se puede superponer, con absoluta exactitud, la consagración española con la nuestra, tal fenómeno puede obedecer a la casi sorpresiva fórmula legislativa consagratoria de la responsabilidad estatal en España y a la lenta construcción jurisprudencial de la teoría general y de la específica de la falla del servicio, en Colombia.

Pese a ello, queda claro que, para imponer al Estado la obligación de reparar un daño, es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un "título jurídico" distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, "la imputatio juris", además de la "imputatio facti".

Concebida la imputación del daño en estos términos, surge una doble importancia del fenómeno en estudio; de un lado, porque la imputación al Estado de un daño antijurídico determina su responsabilidad patrimonial según lo estatuye el artículo 90 Constitucional; de otro, porque permite establecer el patrimonio responsable de reparar el perjuicio, teniendo en cuenta que si bien el "tesoro público" tiene un contenido genérico que comprende tanto "el de la Nación" como "el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas" (artículo 128, inc. 2° de la C.N.), no hay duda de que, nuestro régimen jurídico, a partir del capítulo 1 del título V de la Constitución y, sobre todo, del artículo 115, consagra la existencia de una diversidad de personas jurídicas de Derecho Público, con obligaciones, derechos, patrimonio y funciones autónomas unas de otras y de ellas con respecto al Estado.

Por consiguiente, "si la palabra imputación implica... la idea de que tal o cual hecho es atribuido o puesto en conexión con determinado individuo", según lo enseña Hans Kelsen ("Teoría General del Derecho y del Estado", pág 108), es evidente que el juzgador ha de establecer el título de imputación en relación con alguna o algunas de las tantas personas jurídicas de derecho público que estructuran el Estado, cuya existencia se justifica por la distribución de competencias.

Lo mismo se debe predicar en relación con los daños causados por los particulares que actúan investidos de función administrativa del Estado.

Con esta orientación, es lógico concluir que la falla del servicio ha sido, en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete -por principio- una labor de control de la acción adminisitrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

Sin perjuicio, claro está, de que, por razones jurídica o por motivos de equidad, existan otros títulos de imputación excepcionales que determinan las diversas clases de responsabilidad sin falla, tal por ejemplo el desequilibrio ante la igualdad frente a las cargas públicas.

En este panorama se puede observar, como ya se dijo, cierta tendencia objetivizante, en cuanto al tratamiento del daño indemnizable se refiere del artículo 90 de la Constitución Política, y el mantenimiento de la falla del servicio como principal título de la imputación del daño al Estado y, por lo tanto, la conservación de la regla general de la responsabilidad subjetiva.

Lo dicho no le resta importancia al precepto del artículo 90 Constitucional; por el contrario, su introducción dio asiento general a la responsabilidad patrimonial de la administración la que, por esfuerzo jurisdiccional, había buscado fundamento en varias disposiciones de la Constitución anterior, partiendo del artículo 16; hoy esa búsqueda criticada desde algunos sectores de la doctrina se torna innecesaria; hay obligación indiscutida del Estado de indemnizar los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Pero al mismo tiempo, la Constitución Política le impone el **deber** de repetir lo pagado contra el funcionario cuando quiera que el daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éste.

En el caso concreto -como se dejó dicho- la falla del servicio está plenamente probado, razón por la cual no se deben utilizar sistemas de responsabilidad objetiva para la declaración de la responsabilidad estatal.

Otra precisión que debe hacer la Sala se refiere al numeral 3 del fallo consultado en cuanto establece que los "...intereses deberán ajustarse de acuerdo con la variación del promedio mensual del índice de precios al consumidor que certifique el DANE", pues carece de todo fundamento jurídico y lógico y, por lo tanto, se debe revocar.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada con la modificación del numeral 3, el cual quedará así:

Las sumas de dinero antes reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria del esta sentencia y moratorios después de este término.

Expídanse copias a las partes para su cumplimiento (art. 115 del C. de P.C.)

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha nueve (9) de julio 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.

LICITACION PUBLICA/OBJETO-Identificación/PLIEGO DE CONDICIONES-Modificación/OFERTAS PARCIALES/ CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO

La modificación del pliego de condiciones genera, en el fondo, el cambio en la identificación del OBJETO LICITADO, situación que coloca, a los interesados en presentar propuestas, en la especial dificultad de saber qué es lo que necesita la administración, y que es lo que ellos pueden ofrecer en un momento determinado. Si en el citado acto administrativo, por ejemplo se indica, como ocurrió en el caso sub-exámine, que los proponentes deben presentar ofertas por LA TOTALIDAD DE LOS MATERIALES SOLICITADOS, muchas personas, naturales o jurídicas se pueden abstener de hacerlo porque no están en capacidad de atender el universo que tiene el pedido. Pero si desde un principio se anuncia y se pública que las ofertas se pueden presentar POR LA TOTALIDAD DE LOS MATERIALES SOLICITADOS, o que se pueden hacer OFERTAS PARCIALES POR GRUPOS COMPLETOS, muchos otros interesados, posiblemente se habrían hecho presentes en el proceso licitatorio. En tratándose de un contrato de tracto-sucesivo, cuyas obligaciones fueron cumplidas, en su totalidad, por las partes, no es posible volver las cosas al estado primitivo. Por lo demás, la declaratoria de nulidad de la Resolución 647 de 31 de juluio de 1989, sólo produce efectos hacia el futuro. Porque a la luz de lo preceptuado en el artículo 1525 del Código Civil, no se puede repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

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

Consejero Ponente: *Doctor. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: expediente N° 6681. Actor: Sociedad American Pipe and Construction International. Demandado: Empresas Públicas de Armenia

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 11 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, 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 impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

> "Obrando por medio de abogado inscrito y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad "American Pipe and Construction International" se dirige a este Tribunal en demanda presentada el día veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), contra las Empresas Públicas de Armenia, en la cual solicita la nulidad de la adjudicación de la licitación pública internacional N° 007-88, abierta por la entidad demandada en el año 1988, para el suministro de tuberías y accesorios para la conducción de agua tratada de la planta de tratamiento al tanque de Carbones. Asimismo, se declare nula la resolución No. 647 de 31 de julio/89, por lo cual se adjudica un contrato y que como consecuencia de la nulidad se disponga que la licitación aludida ha debido y debe adjudicársele total y parcialmente y que, por consiguiente, es nulo el contrato adjudicado y celebrado para el cumplimiento de la mentada licitación, con la sociedad "Industrias Carper Ltda". Pide igualmente, que se ordene a la demandada a celebrar el contrato comentado con la demandante y que, de no ser posible esta declaración, se condene a la Empresas Públicas de Armenia a pagarle los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y los morales que se le causaron por la no adjudicación de la licitación descrita.
>
> Los hechos del libelo dan cuenta de que en el año 1988 las Empresas Públicas de Armenia abrieron la licitación pública internacional No. 007-88, cuyo objeto fue solicitar propuestas para la contratación del "suministro de tuberías y accesorios para la conducción de agua tratada de la planta de tratamiento al tanque Carbones" cuyos pliegos contiene datos precisos acerca de lo siguiente: La licitación está financiada en parte por el Banco Interamericano de Desarrollo con el préstamo otorgado al Banco de la República y administrado por el BCH-FFDU; que existiera la posibilidad de que dichos pliegos tuvieran adendos que contuvieran modificaciones, aclaraciones o adiciones; que la adjudicación fuera aprobada por el BID y por la subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del BCH; que fuera posible que la Empresas adjudicaran "uno o más grupos a un mismo proponente o cada grupo a diferente proponente, cuando se considere que de este tipo de ejecución del suministro se pueden derivar beneficios de por sí"; que el origen de los bienes a suministrar tuvieron procedencia de cual-

quiera de los países miembros elegibles del BID, entre los que se encuentran Brasil. Para la mentada licitación adquirieron pliegos y 3 entidades: Eternit Colombiana, American Pipe and Construction International e Industrias Carper Ltda., y las Empresas Públicas de Armenia entre consultas que se les formuló, aclararon que los proponentes podrían presentar ofertas por la totalidad de los materiales solicitados o parcialmente por grupos completos.

"Como la licitación se dividía en 4 grupos y, según los adendos, era posible presentar ofertas para cada uno de los grupos, Eternit presentó oferta para el primer grupo; American Pipe and Construction International para los tres primeros y la sociedad Industrias Carper para los cuatro, habiendo resultado más baja la oferta de American Pipe and Construction International y, a la vez, más favorable para las Empresas pero, a pesar de ello, no adjudicaron la licitación al proponente que ofreció el precio más bajo, sino que resolvieron adjudicarle a Industrias Carper los 3 primeros grupos, haciendo exclusión del cuarto, con lo cual se demuestra que se podía ofertar y adjudicar por grupos. La adjudicación nunca fué aprobada por el BCH ni por el BID y, no obstante, American Pipe and Construction International como Eternit son productores nacionales, el suministro adjudicado a Industrias Carper Ltda. tiene origen brasileño y no se le dió cumplimiento al decreto 2248/72".

"Se citan como normas violadas con la conducta observada por la entidad demandada, los artículos 238, 241, 242 y 245 del Código Fiscal de Armenia (Decreto Extraordinario No. 65 de mayo 2/85, dictado por el Alcalde) y los artículos 268 y ss. del Decreto número 222/83. Sobre el concepto de la violación, la Sala se referirá en los considerandos de esta providencia".

"La entidad demandada, por medio de abogado inscrito, contestó la demanda aceptando algunos hechos, negando y no admitiendo otros y proponiendo las siguientes excepciones:

a) "La legalidad del acto de adjudicación de la licitación", fundada en que al culminar el proceso de la licitación pública internacional No. 007-88, las Empresas Públicas de Armenia adjudicaron el contrato al proponente Industrias Carper Ltda. mediante resolución de gerencia No. 0647 de julio 31/89 y con este contratista se celebró el Suministro de Bienes No. 010-89 de septiembre 4/89 y, además, en el trámite de la licitación se cumplieron todos los requisitos exigidos por el Pliego de Condiciones contenido en los volúmenes I y II y, en especial, el Reglamento de Crédito del Programa BCH FFDU-BID-II, que comprende dicho reglamento, convenido de compromiso, procedimiento de licitación acordado entre el BCH-FFDU y el BID, procedimiento de evaluación de las ofertas y el contrato de préstamo No. 152/IC-CO entre el BID y el Banco de la República, es decir, se siguió el procedimiento general de licitación para la contratación administrativa señalado por el Decreto 222/83 y el Código Fiscal de Armenia. También, por ser internacional la licitación, podían participar proponentes que ofrecieron bienes originarios de cualquiera de los países

miembros elegibles del BID, entre ellos, Brasil, país de donde proviene el suministro, por lo cual, el acto de adjudicación está revestido en su móvil, contenido y objetivo de toda su legalidad.

b) "La propuesta presentada por el demandante a la licitación no fue la mejor", fundada en que el Comité evaluador de las propuestas presentadas a la licitación conceptuó, previo análisis de los factores de evaluación, que la oferta más conveniente era la presentada por "Industrias Carper Ltda.". Además, las Empresas Públicas de Armenia solicitarón al BCH, entidad administrativa del Programa BCH-FFDU-BID II, si estaba de acuerdo con dicho proponente, obteniendo la confirmación de no encontrar objeción al acta de recomendación.

c) "Existe incompatibilidad entre la pretensión principal y las consecuenciales de la demanda", fundada en que el actor introduce como pretensión principal la primera, donde solicita la nulidad de la Resolución 647 de julio 31/89 y como consecuencia la segunda, tercera y cuarta; y, la quinta, la hace como derivada de la cuarta, no obedeciendo a un orden lógico para deducir efectos a su favor, pues no son posibles ni procedentes las pretensiones consecuenciales segunda y cuarta, por cuanto no se puede obligar a la administración a celebrar un contrato con quien no quiere, luego como la pretensión quinta se deduce de la cuarta, por sustracción de materia resulta inane, con la aclaración de que no hay lugar a reconocer ni pagar los perjuicios, en razón de que el demandante tan solo tuvo una simple expectativa de adjudicación que no lo hacía titular de derecho alguno. Además, la pretensión tercera como consecuencia de la primera tampoco es viable, pues la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación no entraña la nulidad del contrato. Asimismo, no se pueden acumular en una misma demanda pretensiones de nulidad del acto separable (adjudicación) y de la nulidad del contrato.

d) "Nulidad por falta de integración del litisconsorcio necesario por la parte pasiva", por no haberse dirigido también la demanda contra el BID y el BCH, según lo exige el art. 83 del C. de Pr. C., modificado por el art. 35 del Decreto 2282/89, en concordancia con el ordinal 3o. del art. 207 del C.C.A.

e) "La acusación del actor no está dirigida a otros actos administrativos de la licitación", fundada en que el demandante como pretensión principal persigue la nulidad de la resolución de gerencia No. 0647 de julio 31/89, siendo que durante el trámite o proceso de la licitación pública internacional N° 007-82 ocurrieron otros actos administrativos, como el acta de recomendación de adjudicación, el Acuerdo N° 042 de julio 27/89, entre otros y que la parte actora no acusa.

f) Finalmente propone como "excepción genérica" la que resulte de hechos que aparezcan probados en el proceso y que desestimen las pretensiones del demandante.

"Igualmente, la sociedad "Industrias Carper Ltda.", por medio de abogado inscrito, contestó la demanda aceptando unos hechos, no constándole otros y atendiéndose a lo probado respecto de los demás, afirmado que las normas legales no autorizaban a la justicia contencioso-administrativa imponer a la administración la obligación de contratar en determinada forma y con determinada persona; que el INCOMEX no tiene como función proteger a la industria nacional, pues esta atribución está reservada al legislador (art. 32 C.N.) y que si bien es cierto la ley establece que se adjudique al licitante que ofrezca el menor precio, esto está sujeto a otras condiciones y requisitos, tales como la calidad, la naturaleza específica de los bienes, la conservación de éstos y su duración, sin excluir asimismo las reglas de la experiencia que hubieren podido tener sobre determinados bienes otras empresas públicas municipales. Propone, además, las siguientes excepciones:

a) "Indebida representación de la actora", pues de acuerdo al certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, su representante legal el Sr. James Taylor Van Rensselaer y el poder fué conferido por el primer suplente, sin demostrarse la imposibilidad de hacerlo el principal.

b) "Falta de integración del contradictorio", pues a pesar de haber intervenido el BID y el BCH en diferentes etapas de la licitación y en la aprobación de la adjudicación, no se les citó al proceso, por cuanto la decisión que se tome puede afectarlos.

c) "No se agotó la vía gubernativa", a pesar de que el poder se confirió para demandar la nulidad de la resolución No. 647 de julio 31/89 y no obstante pretenderse en la demanda dicha nulidad, no se probó el debido agotamiento de la vía gubernativa.

d) Finalmente propone "excepción genérica, todo hecho en virtud del cual carecen de fundamento las pretensiones o se declaren extinguidas si hubieran tenido existencia".

"Durante los traslado para alegar de conclusión, hicieron uso de este derecho la entidad demandada y la sociedad "Industrias Carper Ltda." reafirmándose en sus argumentos expuestos en el libelo contestatorio de la demanda y aduciendo que la parte actora, en forma caprichosa, ha cambiado dos acciones totalmente diferentes, esto es, la de nulidad con restablecimiento del derecho y la relativa a contratos, acción ésta última que sólo puede instaurar quien sea parte contractual y no un tercero con una simple expectativa en el contrato".

"El sr. Fiscal Primero del Tribunal, al emitir su concepto No. 03 de febrero 7/91, solicita sean negadas las pretensiones de la demanda".

"Agotado el trámite del proceso, sin vicio que lo afecte de nulidad, se procede a dictar el fallo que corresponda, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

"De la documentación obrante en el proceso, se deduce que la sociedad demandante intervino en la licitación que es materia de estudio y, al no ser favorecida con la adjudicación de la misma, y considerarse lesionada con tal actuación, es por lo que está legitimada para ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución número 0647 de 31 de julio/89, emanada de la Gerencia de la Empresas Públicas de Armenia. Igualmente, dichas empresas públicas de Armenia están legitimadas por la parte pasiva para aparecer como demandada en este proceso.

"Las peticiones formuladas en la demanda, tienen su fundamento en que American Pipe and Construction International fue la proponente que ofertó el precio más bajo, estando por lo tanto obligada la entidad a adjudicarle la licitación.

"En vista de que la parte demandada, o sea, Empresas Públicas de Armenia, propuso varias excepciones, algunas de las cuales, en caso de prosperar, impedirían el estudio de lo sustancial del proceso, es por lo que pasaremos a estudiarlas en forma previa.

"Respecto a las señaladas en los literales a y b, que denomina "de la legalidad del acto de adjudicación de la licitación" y "la propuesta presentada por el demandante a la licitación no fué la mejor, fundadas en hechos que concuerden exactamente con la denominación, considera el Tribunal no son constitutivas, desde el punto de vista procesal, de verdaderas excepciones, por cuanto lo planteado en ellas es exactamente la cuestión de fondo que se debate en este proceso y, al no estar fundamentadas en hechos nuevos invocados por la parte demandada, no pude tener ese carácter.

Respecto a la del literal c), que denominó "existe incompatibilidad entre la pretensión principal y las consecuenciales de la demanda", considera el Tribunal que equivale a la denominada jurídicamente como indebida acumulación de pretensiones y está llamada a prosperar, por cuanto al ser la resolución No. 647 de julio 31/89, de adjudicación de la licitación un acto separable del contrato, de conformidad con la última orientación jurisprudencial del Consejo de Estado, al ser un acto anterior al contrato, su ataque corresponde realizarlo mediante la acción de nulidad y establecimiento del derecho, mientras que la petición relacionada con la nulidad del contrato adjudicado y celebrado con la sociedad "Industrias Carper Ltda.", para el cumplimiento de la licitación 007-88, por referirse concretamente al contrato, su ejercicio debe hacerse por medio de la acción relativa a contratos, lo que nos indica que se trata de peticiones incompatibles, es decir, que no se puede acumular. Lo anterior, es antecedente de que al estar bien formulada la petición sobre la nulidad de la adjudicación de la licitación, será procedente resolver sobre ella en este proceso, mientras que la relativa a la nulidad del contrato, el Tribunal deberá declararse inhibido para resolver sobre ella. La petición contenida en el ordinal segundo de la demanda,

formulada como consecuencial de la primera, considera el Tribunal sí corresponde formularla por medio de la acción ejercitada, pues si se llegare a concluir que la mentada licitación estuvo mal adjudicada a "Industrias Carper", dicha decisión deberá tener como fundamento el mejor derecho de otro de los licitantes a esa adjudicación.

"En cuanto a la otras peticiones, estima el Tribunal corresponde estudiarla al momento de analizar el fondo de la cuestión planteada.

"En relación a la del literal d), denominada "nulidad por falta de integración del litis consorcio necesario por la parte pasiva, fundada en que la demanda debió dirigirse contra el Banco Interamericano de Desarrollo -BID- y el Banco Central Hipotecario -BCH-, entidades que era necesario dieran la aprobación a la adjudicación de la licitación, estima el Tribunal no está llamada a prosperar, por cuanto si se observa el contrato número 010-89 para el suministro de bienes, vemos que en la celebración del mismo no intervinieron las 2 entidades bancarias citadas antes.

"Al examinar el expediente, se puede constatar que el BID y el BCH la intervención que tuvieron en la mencionada licitación y en la posterior celebración del contrato adjudicado, fue puramente de carácter financiero y crediticio, para facilitarle a las entidades públicas regionales el llevar a cabo obras de interés social, lo que nos indica que no figuraron como partes en los trámite adelantados y que son materia de estudio en este proceso, por lo cual no existe el litis consorcio necesario que se menciona.

"En lo referente a la del literal e), denominada "la acusación del actor no está dirigida a otros actos administrativos de la licitación", debe tenerse en cuenta que esos otros actos administrativos que en conjunto conforman el trámite para llegar hasta la adjudicación de la licitación, por ser meros actos de trámite no son susceptibles de ser demandados mediante las acciones administrativas, por lo cual, esta excepción no está llamada a prosperar.

"Industrias Carper Ltda. igualmente formuló varias excepciones, que pasaremos a estudiar al igual que las anteriores, en la siguiente forma:

"La que denominó "indebida representación de la actora", fundada en que según el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, el representante legal de la entidad demandante es el sr. James Taylor Van Rensselaer y, a pesar de ello, el poder fue conferido por el primer suplente, sin haber demostrado la imposibilidad de hacerlo el principal, considera el Tribunal no está llamada a prosperar, por cuanto de dicho certificado de la Cámara de Comercio se deduce que el Sr. Luis Carlos Forero aparece como primer suplente del representante legal, con facultades y poderes plenos para representar a la entidad en todas las operaciones comerciales, ante todas las autoridades de la República de Colombia, en toda clase de actuaciones, contratos, controversias jurídicas, y

reclamaciones que pudieran surgir en relación con la expansión comercial de la compañía, todo lo cual tiene respaldo en lo dispuesto en los art. 114 y 263 del Código de Comercio, por lo cual, dicho suplente sí estaba autorizado para representar a la entidad demandante en este proceso.

"Respecto a la denominada "No se agotó la vía gubernativa", fundada en que al demandarse la nulidad de la resolución No. 647 de julio 31/89, dictada por el gerente de las Empresas Públicas de Armenia, no se agotó en forma previa la vía gubernativa, como lo dispone el art. 135 del C.C.A., debemos anotar que tanto el art. 34 del Decreto 222/83 como el 246 del Código Fiscal de Armenia (D. 065 de mayo 2/85), señalan que contra la resolución por medio de la cual se adjudique un contrato no procede ningún recurso por la vía gubernativa, por lo cual no está llamada a prosperar.

Como la excepción de "falta de integración del contradictorio", por la no citación al proceso del BID y del BCH como demandados, ya se estudió dentro de las propuestas por las Empresas Públicas de Armenia, se hace innecesario volver a estudiarla ahora.

Para el estudio de lo sustancial del proceso, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

"El Consejo de Estado, en sentencia de diciembre 11/80, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 2031. Actor: Compañía Distribuidora de Lotería Ltda. Codilol. Contratos Administrativos, dijo:

"Se ha sostenido por la doctrina y por la jurisprudencia nacional que cuando una persona formula propuesta en una licitación (previo el lleno de los requisitos legales) adquiere, no el derecho a ser adjudicatario, "pero sí el de que la administración haga la adjudicación respetando y cumpliendo el pliego de condiciones y las demás normas que rigen este Instituto".

"También, en auto de abril 23/88, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango, Exp. 5262, actor: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca), la misma Corporación dijo:

"Por lo demás, aunque el acto de adjudicación es indudablemente una emisión de voluntad unilateral de la administración y sólo una vez comunicada configura un convenio, y una vez ejecutoriada constituye una situación jurídica y concreta, como que es irrevocable u obliga a ambas partes (art. 34 y 35 del D.L. 222 de 1983) lo cierto es que unilateral o bilateral es pasible de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, según queda visto e igualmente de la suspensión provisional contemplada en el art. 152 del C.C.A., que no distingue entre unas y otras y que no podía hacerlo ante el mandato del art. 193 de la Constitución Política.

"Establecido fehacientemente que todas las ofertas reunían los requisitos y se encontraban en igualdad de condiciones de plazo, calidad, cumplimiento, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia y organización se imponía la adjudicación a la propuesta que ofrecía mejor precio.

"Para el organismo adjudicador no es obligatorio el concepto del Comité Evaluador y bien puede separarse de sus recomendaciones pero con razones y argumentos que respalden jurídicamente su decisión".

"Acordemente con lo anterior y al examinar el expediente, se puede observar que en el cuaderno correspondiente al INFORME I, sobre la licitación pública internacional número 007-88, a fls, 6 y ss., aparece el análisis hecho por las Empresas Públicas de Armenia a las diferentes propuestas formuladas por los licitantes, análisis que comprende experiencia, plazo, análisis técnico de cada uno de los oferentes y de las propuestas, económica y financiera. En la página 17 del mismo cuaderno encontramos que con el título "Recomendaciones" el jefe de la división de acueducto y alcantarillado, dice lo siguiente:

"2.0 RECOMENDACIONES

2.1 Teniendo en cuenta el cumplimiento de las condiciones técnicas, la experiencia y el plazo de entrega son recomendadas para una adjudicación total, parcial o por Grupos las tres (3) firmas presentadas; sin embargo se recomienda que las tuberías y accesorios del Grupo I y II sean homogéneos en cuanto respecta al tipo de material y los extremos a acoplarse entre sí".

A fol. 35 del mismo cuaderno, se lee:

"RECOMENDACIONES

1. De acuerdo a la evaluación Económica y Financiera se recomienda adjudicar por Grupos.

2. Desde el punto de vista Económico - Financiero y teniendo en cuenta el valor de los precios favorables de las ofertas finales por Grupos, se recomienda adjudicar en el siguiente orden:

GRUPO	PROPONENTE	VALOR
GRUPO I	AMERICAN PIPE	$132.106.978.70
GRUPO II	INDUSTRIAS CARPER	$5.913.712.89
GRUPO III	INDUSTRIAS CARPER	$10.124.725.11
GRUPO IV	INDUSTRIAS CARPER	$2.875.512.48".

"Finalmente, a páginas 40, 41 y 42 del mismo cuaderno, se observa un análisis conjunto de los siguientes factores: capacidad financiera, experiencia, calidad

de bienes, y cumplimiento de contratos anteriores, respecto a cada una de las entidades licitantes, análisis que dio los siguientes resultado: para American Pipe and Construction International un total de 89.48 puntos; para Eternit de Colombia S.A. un total de 95.17 puntos y para Industrias Carper Ltda. un total de 96 puntos, de lo cual se deduce que esta última sociedad fue la que mayor puntaje obtuvo en el análisis concienzudo y detallado que las Empresas Públicas de Armenia llevó a cabo para adjudicar la licitación materia de estudio.

"Lo anterior, nos lleva a concluir que para adjudicar dicha licitación, las Empresas Públicas de Armenia tuvieron en cuenta todos los aspectos señalados por la ley (art. 245 del Decreto 064/85 -Código Fiscal de Armenia-), como son el precio, el plazo, la calidad, el cumplimiento de contratos anteriores, la solvencia económica, la capacidad técnica, la experiencia, la organización y el equipo de los oferentes, dando como consecuencia que resultó favorecida la sociedad a la cual se adjudicó el contrato, todo lo cual nos indica que dicho trámite y decisión estuvo ajustada a la ley.

"La anterior adjudicación está respaldada con las recomendaciones dadas por el Jefe de acueducto y alcantarillado que aparecen a fl. 42 del cuaderno titulado "INFORME II".

"Respecto a la afirmación hecha por la demandante en el hecho décimo de la demanda, sobre no haber obtenido Empresas Públicas de Armenia por parte del Banco Central Hipotecario, la aprobación de la adjudicación de la licitación, tenemos que a fl. 105 del cuaderno 4o. del expediente, aparece el télex por medio del cual el director de la división de crédito para desarrollo urbano del Banco Central Hipotecario, le dio la aprobación a la citada adjudicación.

"En el hecho 11o. de la demanda, la actora afirmó que a pesar de que tanto American Pipe and Construction International como Eternit son productores nacionales, el suministro adjudicado a Industrias Carper Ltda. tiene origen Brasileño y no se dio cumplimiento el decreto 2248/72. Dicha afirmación fué desvirtuada, con el oficio D.G.O.J./124 de febrero 28/90, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica del INCOMEX, obrante a fl. 13 a 15 del cuaderno 4o., donde se lee:

"1. Si bien es cierto que la afirmación de la licitación pública internacional 007/8 de la EPA de la cual surgieron la adjudicación a un licitante oferente de bienes brasileros por cerca de US$300.000.oo y las correspondientes 2 peticiones de licencia previa de importación se declara a ser efectuada con "Recursos del Programa Banco Central Hipotecario - Fondo Financiero de Desarrollo Urbano y recursos propios de la EMPRESAS PUBLICAS DE ARMENIA (Q)". (punto 2 financiación, Capítulo I información General del Pliego de Condiciones), esto es, sin que intervengan los propios recursos del Financiamiento que por US$50.000.000.oo otorgó el BID al Proyecto (Contrato de Préstamo 152/IC-CO de diciembre 18 de 1986), lo que se corrobora con el oficio FCO

2871 de septiembre 15 de 1989 dirigido por el Especialista Sectorial del BID en Bogotá al Gerente de Ventas de uno de los productores nacionales y que en fotocopia simple aparece entre los documentos por esa Secretaría enviados con la consulta, no lo es menos que conforme al punto 6.17 de las Estipulaciones Especiales del Préstamo BID (Subrogado del punto 6.02 (b) de las Normas Generales), para el Proyecto, toda adquisición de "maquinaria, equipo y otros bienes", cuyo valor exceda los US$200.000.oo sea pagadera contra los llamados recursos de contrapartidas o adicionales que por cuantía de US$61.000.000.oo se obligó Colombia a suministrar debe hacerse previa licitación pública y que conforme al punto 6.07 (b) de las Estipulaciones Especiales del Contrato de Préstamo (subrogador del punto 6.02 (b) de las normas Generales del mismo), el procedimiento de tales licitaciones es el reglamentado por el BID (anexo B del Contrato).

"2. En consecuencia toda licitación y adquisición de bienes afectos al Programa de apoyo al Fondo Financiero de Desarrollo Urbano para el equipamento municipal, se rige por los procedimientos BID y no por el decreto 222 de 1983 o por el decreto 2248 de 1972 (art. 286 y 5o. respectivamente).

"3. En consecuencia, las EPA no estaban obligadas a solicitar previa información al INCOMEX sobre producción nacional registrada. Estaban obligados eso sí, a publicar la apertura de la competencia internacional y a permitir el concurso de cualquier oferente colombiano, latinoamericano o domiciliario en cualquiera de los 19 países no latinoamericanos, miembros del BID".

"De conformidad con lo anterior, el Tribunal concluye que el demandante no acreditó se hubiera configurado algunas o todas las violaciones señaladas en la demanda, por lo cual, no podrán prosperar las pretensiones de la misma, sin que sea necesario, por economía procesal, entrar a estudiar la procedencia o no de las peticiones del demandante que se dejaron sin examinar al estudiar las excepciones, debiéndose condenar a la actora a pagarle a los demandados las costas causadas en esta instancia". (fl. 134-145, C.1).

II

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 166 y siguientes del cuaderno No. 1 obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"Como apoderado de la sociedad demandante en el negocio de la referencia, estando en tiempo para ello, por el presente sustento el recurso de apelación presentado contra la sentencia dictada por el Honorable Tribunal de lo Conten-

cioso Administrativo del Quindío el día 11 de marzo del año en curso.
Para el efecto, ante ustedes con el respeto debido, expongo los motivos que me sirven para la sustentación dicha:

"Primero: Aspecto sustantivo.

La sentencia apelada viola flagrantemente la ley sustantiva, dado que consideró, equivocadamente, que la licitación que dio origen a la adjudicación y al contrato cuestionados, podía ser adjudicada a la "propuesta más conveniente" y que ésta no necesariamente era la de mejor precio para las empresas.

Y digo equivocadamente por cuanto:

"A. El código Fiscal de Armenia, Artículo 238 dispone:

"Definición de la licitación.- La licitación es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades, la que proponga mejores condiciones para contratar".

"B. El mismo código, Artículo 245, establece los criterios para la adjudicación, en los siguientes términos:

"En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente...".

"Y, resulta, señores Magistrados, que en el pliego se dijo textualmente:

"El informe de evaluación y el cuadro comparativo mencionado en el numeral 2.20, junto con la opinión de las Empresas Públicas de Armenia, respecto de la propuesta que se propone favorecer, LA CUAL SERA LA DE MAS BAJO VALOR..."

Ver pliego, punto 2.24, página VI S2-18.

"Y esto es lógico, por cuanto para poder hacer propuesta se requiere (art. 238 citado CF) ser invitado, y sólo se invita a quien estando inscrito reúna los requisitos que el mismo pliego señale. Se trata, entonces, de una invitación a industriales de la misma categoría, que las Empresas consideran idóneas para presentar ofertas".

"C. El mismo artículo 245, dispone:

"Se tendrá en cuenta, así mismo, la protección al trabajo y a la industria nacionales en los términos de este Código".

"Esta norma también fue violada. No se consideró la calidad de productores nacionales que tiene mi cliente, AMERICAN PIPE, y el tercer oferente, ETERNIT y, en cambio, se hizo caso omiso de que los productos ofrecidos por Industrias Carper (licitante favorecido, que no ganador) tiene origen en el Brasil.

"Estos términos serán ampliados en la oportunidad que concede el inciso 5 del artículo 212 del C.C.A.

"SEGUNDO. Aspecto formal.

Al mencionar y citar el pliego (punto 2.24), lo que reitero, este aparte del pliego termina así:

"...respecto de la propuesta que se propone favorecer, la cual será la de más bajo valor, se enviará a la S.D.R.U. y al BID a fin de que estas entidades pueda emitir su opinión al respecto".

"Pues bien, este requisito también fue emitido por las Empresas Públicas de Armenia, aunque en la sentencia ello se disimule con un télex de BCH.

"También en la misma oportunidad, ampliaría lo anterior". (fl. 166-168, C.1).

III

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE INDUSTRIAS CARPER LTDA.

Dentro del término que brinda la ley para alegar, lo hizo para DESTACAR:

"a) El Señor Gerente de las Empresas Públicas de Armenia, previos los trámites legales y estatutarios, dictó la Resolución No. 647 del 31 de julio de 1988, por la cual adjudicó a mis mandantes los Grupos I, II, y III de la licitación pública internacional No. 007-88, sobre compraventa (o suministro de bienes como se calificó en los respectivos documentos) de tuberías y accesorios para conducción de agua de la planta de tratamiento al tanque Carbones.

Esta adjudicación fue notificada a Industrias Carper Ltda. y con ella se celebró el contrato No. 010-89 el 4 de septiembre de 1989. Efectuada y notificada la adjudicación y celebrado el correspondiente contrato, éste no puede ser modificado sino por mutuo consentimiento o por causas legales (art. 1602 C.C.).

b) American Pipe and Construction International, uno de los proponentes confirió poder para solicitar "la nulidad de la Resolución No. 647 dictada por la Gerencia de las Empresas Públicas de Armenia el 31 de julio de 1988, y notifi-

cada el 14 de agosto del año en curso, lo mismo que solicitar el restablecimiento del derecho de mi representada lesionada por la misma resolución".

"El señor apoderado de la demandada, en exceso de las facultades que se le atribuyeron, demandó no sólo la nulidad de la Resolución N° 647, sino también que se declare "nula la adjudicación, la nulidad del contrato adjudicado y celebrado ... con la sociedad Industrias Carper Ltda". Además, "que se ordene a las "Empresas Públicas de Armenia la celebración del contrato con la sociedad American Pipe and Construction International". Es decir, el señor apoderado modificó sustancialmente el objeto de las pretensiones para las cuales se le había conferido el poder (art. 2115, 2158, 2173 y 2144 C.C.).

"c) El contrato celebrado entre EE.PP.AA. e Industrias Carper Ltda. no es contrario a normas de derecho público ni a prohibición alguna constitucional o legal. El gerente de las empresas tenía competencia para celebrarlo. Este funcionario no obró con abuso o desviación de poder. En consecuencia, no se configura ninguna causal de nulidad absoluta.

"Aunque en las respectivas pretensiones no se determina cuál es la nulidad, no siendo la absoluta a que se refiere el artículo 78 del Decreto 222 de 1983, podría concluirse que se pretende la nulidad relativa. Sin embargo, tampoco esta nulidad puede predicarse del contrato.

"Por lo demás, no se probó ninguna de las supuestas causales de nulidad.

"d) Por otra parte, y además de lo señalado en la sentencia cuya confirmación solicito, la indebida acumulación de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., con una controversia contractual de las comprendidas en el artículo 87 ibídem en manera alguna es posible de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la H. Sección Tercera.

"En auto del 21 de agosto de 1986, se rechazó la demanda por haberse acumulado indebidamente controversias contractuales con las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho.

"Recurrido este auto, se confirmó por providencia del 9 de octubre de 1986, en el cual se dijo que la indebida acumulación de pretensiones determina que la decisión sea inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda.

"Esta doctrina no se ha modificado en forma sustancial como se deduce del auto del 20 de octubre de 1987, en el que se dijo: "Los actos contractuales propiamente dichos no están sometidos a las acciones de nulidad y restablecimiento reguladas en los artículos 84 y 85 para los actos administrativos en general, sino a las acciones relativas a contratos señaladas en el artículo 87 ibídem, para los cuales sólo están legitimadas las partes contratantes, el Ministerio Público o los terceros interesados".

"Pero así como la acción de simple nulidad dentro de los parámetros del artículo 84 del C.C.A., no es posible frente a los contratos, no sólo porque no son obra de la sola administración, sino porque nacen del acuerdo de ésta con los particulares y crean obligaciones y derechos para ambas partes, tampoco se da la acción de simple nulidad contra los actos contractuales diferentes a los separables, porque por expreso mandato legal aquellos poseen una acción propia que no es otra que la contemplada en el artículo 87, la que asímismo se sigue cuando la causa de la controversia sea un hecho de uno de los contratantes".

Estas acciones son "esencialmente diferentes en cuanto a su origen y alcance, pues la primera de ellas, como su nombre lo indica, busca la anulación de un acto administrativo autónomo e independiente de la administración junto con el restablecimiento correspondiente; mientras que la segunda lo que pretende es un pronunciamiento del juez sobre la existencia, validez y efectos de un contrato administrativo o de uno de derecho privado en que se haya pactado la cláusula de caducidad". (Sección Tercera, diciembre 6 de 1990. Dr. Carlos Gustavo Arrieta).

"e) Por lo demás, es necesario observar que los estudios previos a la adjudicación y la decisión de la junta directiva de las Empresas Públicas de Armenia, no fueron caprichosas ni el resultado del simple arbitrio, sino consecuencia ineludible de las diversas propuestas que fueron debidamente ponderadas. En efecto, el precio no es el único elemento que debe valorarse para una adjudicación pues es indispensable que se tenga en cuenta otros requisitos tales como la naturaleza de los bienes que se ofrezcan, su calidad y duración y, en este caso, su resistencia a la presión en la conducción de aguas, a la corrosión, su flexibilidad, la posibilidad de su instalación subterránea y además la experiencia que se haya tenido por el uso de determinados materiales por otras entidades que prestan el mismo servicio. Recuérdese lo acontecido en esta ciudad en cuanto a tuberías principales del acueducto en la autopista norte.

"Al estudiar las propuestas, se concluyó que el análisis conjunto de los factores de capacidad financiera, experiencia, calidad de los bienes y cumplimiento de contratos anteriores daba como resultado **noventa y seis (96) puntos para Industrias Carper Ltda** y sólo ochenta y nueve punto cuarenta y ocho (89.48) para la demandante.

"Es decir, la adjudicación se ajustó de modo estricto al artículo 245 del Decreto 065 de 1985 que contiene el Código Fiscal de la ciudad de Armenia.

"Por último: "la jurisdicción no puede imponerle a la administración la obligación (de hacer) de celebrar un contrato con quien no quiere". (fl. 173-177, C.1).

IV

CONDUCTA PROCESAL DE APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

El apoderado de la entidad demandada Empresas Públicas de Armenia, en escrito visible a folios 312 y siguientes del Cuaderno N°. 1, defiende el fallo impugnado y para ello discurre dentro del siguiente perfil:

"1. Tanto en el criterio de contestación a la demanda, como en el alegato de conclusión que obra en el expediente que reitero para esta instancia, expresé las razones de hecho y de derecho, que permiten inferir, que el proceso de la Licitación Pública Internacional No° 007/88 tramitada por Empresas Públicas de Armenia, para el suministro de tubería y accesorios para la construcción de la conducción de agua tratada desde la Planta de Tratamiento de Regivit al Tanque de Corbones de la ciudad de Armenia, se ajustó a la legalidad, y de acuerdo a los ordenamientos trazados por el programa BCH-FFDU-BID (Banco Central Hipotecario, Fondo Financiero de Desarrollo Urbano y Banco Interamericano de Desarrollo), en virtud del préstamo N° 152/IC-CO que el BID hizo a la Nación a través del Banco de la República.

"2. Se demostró a través del proceso, y tal como consta en el fallo impugnado, que Empresas Públicas de Armenia, adjudicó el contrato de la licitación a la Sociedad Industrias Carper Ltda., porque "fué la que mayor puntaje obtuvo en el análisis concienzudo y detallado que las Empresas Públicas de Armenia llevó a cabo para adjudicar la licitación materia de estudio...". (folio 143 frente cuaderno principal de sentencia).

"3. Con la Sociedad Industrias Carper Ltda., las Empresas Públicas de Armenia celebró el contrato N° 010/89 que tuvo por objeto el suministro de la tubería y accesorios para el acueducto de Armenia, previstas en los pliegos de condiciones que regularon la licitación, que a la fecha se encuentra ejecutado y debidamente terminado entre las partes contratantes, toda vez, la tubería y los accesorio obtenidos por la entidad pública fueron debidamente instalados para los fines buscados en la contratación, y de igual manera, al contratista se le pagó el valor total del suministro.

"4. La fiscalía del Honorable Tribunal Administrativo del Quindío conceptuó entre otros aspectos lo siguiente: "Por parte alguna aflora obligatoriedad de las Empresas Públicas de Armenia, de parcelar la adjudicación como lo insinúa el actor, ésta era apenas una posibilidad con que se contaba una vez agotada la evaluación y que necesariamente ha de ser contabilizada dentro del campo de discrecionalidad que se reserva la administración, tal como lo ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia, porque al fin y al cabo es el ente público el obligado a encontrar la dosis adecuada de conveniencia para los intereses generales que están en juego". (Página 32 frente Cuaderno Principal. Visita Fiscal N° 03 febrero 7/91).

"5. Comparadas las consideraciones contenidas en el fallo impugnado, con las pruebas allegadas al proceso no es otra la conclusión a que se puede llegar cuando el Honorable Tribunal Administrativo del Quindío expresa:

"El Tribunal concluye que el demandante no acreditó se hubiere configurado algunas o todas las violaciones señaladas en la demanda, por lo cual no podrán prosperar las pretensiones de la misma..." (folio 145 frente, cuaderno principal, sentencia).

"Por lo expuesto, solicito a la Honorable Sala, que al momento de resolver se sirva confirmar en todas sus partes la sentencia de marzo 11 de 1991 proferida por el Honorable Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso referido. Castas de instancia a cargo del actor" (fl. 178-179, C.1).

V

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 las razones que más adelante se precisarán.

En el caso **sub examine,** quedaron demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso.

PRIMERA. Que por Resolución N° 1033 de cinco de octubre de 1988, el Gerente de Empresas Públicas de Armenia, debidamente autorizado por la junta directiva de la misma, declaró "...abierta la Licitación Pública Internacional N° 007-88, para el suministro de tubería y accesorios para la conducción de agua tratada de la Planta de Tratamiento al Tanque Corbones..." (C 5, fol 18).

SEGUNDA. Que en el pliego de la licitación, bajo el rubro "PROPUESTAS", se consignó:

"Los proponentes deberán presentarse ofertas por la totalidad de los materiales solicitados" (C9, fol 4).

TERCERA. Que mediante los oficios Nos. S0-56642 de diciembre 13 de 1988 y S0-56644 de trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dirigidos a las firmas AMERICAN PIPE CONSTRUCTION Y ETERNIT COLOMBIANA S.A. se modificará el alcance del título PROPUESTAS, el cual quedó así:

"4 Volumen 11

4.1 Página 4, en el título PROPUESTA, quedará así:

"Los proponentes podrán presentar ofertas por la totalidad de los materiales solicitados y/o se podrán presentar ofertas parciales por grupos completos" (C 4, fol. 97) (C.10 fol, 105 y ss.ss).

CUARTA. Que según oficio AJ-`61117 de 12 de junio de 1987 enviado por la Asesoría Jurídica de las Empresas Públicas Municipales de Armenia al Gerente del Banco Central Hipotecario, "...INDUSTRIAS CARPER LTDA. y AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL, acusaron recibo de las declaraciones en la carta de presentación numeral 5 y la constancia respectiva (fol. 67 cuaderno de propuesta de la primera y la segunda a folio 42) (C. 4 fol 96).

QUINTA. Que durante los días 8, 15, 25, y 30 de octubre y también el 3 de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), se publicaron avisos de prensa con información sobre el objeto y características esenciales de la licitación (C, 10, fol 2), la cual se cerró el día 27 de diciembre de 1988, a las tres de la tarde, habiendo presentado propuestas la siguientes firmas:

1. AMERICAN PIPE CONSTRUCTION INTERNATIONAL
2. ETERNIT COLOMBIANA S.A.
3. INDUSTRIAS CARPER LTDA.

SEXTA. Que hecho el CUADRO COMPARATIVO DE PRECIOS CON MARGENES DE PREFERENCIA en dólares, se tuvo el siguiente resultado:

SEPTIMA. Que en el estudio que se hizo para hacer la evaluación Económica y Financiera de las distintas propuestas, se "...recomienda adjudicar por Grupos..." y en el siguiente orden:

GRUPO	PROPONENTE	VALOR
GRUPO I	AMERICAN PIPE	$ 132.106.978.70
GRUPO II	INDUSTRIAS CARPER	5.913.712.89
GRUPO III	INDUSTRIAS CARPER	10.124.725.11
GRUPO IV	INDUSTRIAS CARPER	2.873.512.48"

(fl. 36, C. 10).

OCTAVA. Que como el contrato estaba atado a la financiación dada en parte por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a través del Banco de la República, el cual era administrado por el Banco Central Hipotecario, se registró, en el PLIEGO DE CONDICIONES, la necesidad que la adjudicación fuera aprobada por el Banco Interamericano de Desarrollo y por la subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario (S.D.R.U).

NOVENA. Que en cumplimiento de la formalidad convencional anterior, las Empresas Públicas de Armenia elevaron la respectiva consulta al Banco Central Hipotecario, sometiendo a su consideración los distintos aspectos relacionados con las propuestas presentadas, habiendo obtenido de esta entidad la respuesta que se recogen en la nota calendada el día dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en la cual y en lo pertinente, se destaca:

"...hemos encontrado en todo el proceso de evaluación de la licitación **un aspecto que sí amerita un amplio estudio, como falla de tipo jurídico, cambiando todo el procedimiento. Se basa la observación en lo siguiente:**

"1° Se divide el pliego de la licitación en dos volúmenes, siendo el primero de "CONDICIONES GENERALES DE LA LICITACION Y DEL CONTRATO" y el segundo de "ESPECIFICACIONES TECNICAS Y FORMULARIO DE LA PROPUESTA".

"2° Establece al pliego en su numeral 2.2 "DOCUMENTOS DE LA LICITACION: Forman parte de esta licitación (...) Los pliegos de condiciones" (VI S2-1)

"3° En el mismo volumen, en su numeral 2.3 dispone, bajo el subtítulo: "ESTUDIO E INTERPRETACION DE LOS PLIEGOS", que los proponentes deberían estudiar cuidadosamente el pliego de condiciones, utilizando todos los medios disponibles para informarse a cabalidad de las cantidades de materiales y demás detalles del suministro" (VI S2-12).

"4o° En el numeral 2.5 sobre "PLIEGOS DE LA PROPUESTA" indica el pliego que "Los proponentes deberán incluir los precios unitarios (...) de todos los items..." (VI-S2-3).

"5° En el numeral 2.11 del mismo volumen del pliego y bajo el subtítulo "CONOCIMIENTO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES" manifiesta que la presentación de la propuesta es evidencia de que el licitante examinó completamente el pliego, obtuvo aclaraciones y aceptó que todos los documentos estaban completos (VI-S2-7).

"6° En el numeral 2.15 sobre "DOCUMENTOS DE LAS PROPUESTAS" solicita entre otros y como tales el original del recibo de pago de los pliegos y el resumen de la propuesta (VI-S2-9), con lo que ratifica la importancia de incluir el pliego como parte de la licitación y como un documento de ésta.

"7° En el mismo volumen anteriormente mencionado encontramos el numeral 2.20 sobre "ANALISIS Y COMPARACIONES DE PROPUESTAS" bajo cuyo título menciona que las bases principales para el análisis y comparación de las propuestas, entre otras, serán el cumplimiento de las especificaciones y estipulaciones de "estos pliegos" y que la entidad efectuaría la evaluación de las propuestas seleccionando aquellas que cumplieran a cabalidad las especificaciones previstas en el pliego.

"8° Bajo el numeral 2.22 sobre: "ACEPTACION, RECHAZO Y ELIMINACION DE PROPUESTAS" determina que la Empresas Públicas de Armenia podrán aceptar o no propuestas siempre y cuando no incurran en omisión de algunos de los requisitos esenciales de la licitación (2.22.1) y dentro de los factores de eliminación (2.22.3) establece como objeto de ser eliminadas aquellas que "Estén incompletas, en cuanto a que no acumulan lo especificado ...(VI-S2-17).

"9° Tenemos en el volumen II (pág. 4) el objeto de la licitación que inicialmente transcribimos.

"10. En la página 4 del mismo volumen II encontramos bajo el título de PROPUESTAS lo siguiente: **los proponentes deberán presentar ofertas por la totalidad de los materiales solicitados** (El subrayado es nuestro).

"11. En la página 16 del segundo volumen y bajo el numeral 3.2.1. incluye el modelo de carta de presentación dentro de la cual exigía al proponente la declaración siguiente: "(...) El suscrito declara: 1. Que conoce el pliego de condiciones, (...) y acepta todos los requisitos en ellos exigidos".

"Según los numerales anteriores vemos que se establece en todo el proceso que el pliego hace parte de la licitación y es el documento esencial de éste. Lo anterior no hace más que corroborar el principio de que el pliego es la ley de la licitación y una ley especial.

"Dentro de esa ley se establece la obligatoriedad a los proponente de estudiar cuidadosamente el pliego, inclusive solicitando aclaraciones e informaciones

dentro de los términos. Plasma el pliego una presunción, consistente en que la presentación de la propuesta es consecuencia del conocimiento del pliego de condiciones y evidencia de su examen.

"Luego trae el pliego las pautas para el análisis de las propuestas, cuyas bases son el cumplimiento de las especificaciones y estipulaciones de éste con el fin de seleccionar las propuestas que a cabalidad cumplieron. Esa selección faculta a la entidad para aceptar propuestas con omisiones siempre y cuando éstas no versen sobre requisitos esenciales. Finalmente, en los factores de eliminación indica que serán eliminadas las propuestas incompletas.

"En el volumen II, el cual es como la parte especial o específica del pliego, ordena una declaración por parte del proponente sobre el conocimiento del pliego, aceptando los requisitos exigidos por él; un requisito esencial establecido en el pliego es el **deber** de los proponentes de formular ofertas por la totalidad de lo solicitado.

"Según lo visto sólo un proponente se ajustó a las exigencias de pliego al ofrecer la totalidad de lo solicitado, esa exigencia fué absoluta y un deber. Las dos propuestas restantes fallaron en ese aspecto y la entidad, según los principios anteriormente relacionados, debió haberlas eliminado por incompletas.

"Con base en lo anteriormente expuesto, esta oficina conceptúa que deber ser objetada el "ACTA DE RECOMENDACION DE ADJUDICACION" de las Empresas Públicas de Armenia de fecha seis (6) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y recomendarle su revisión con el fin de establecer que el único proponente hábil para ser beneficiado con la adjudicación es aquel, ajustándose al pliego, ofreció la totalidad de los elementos solicitados como suministro. El elemento que constituyó el grupo único en el cual no existió, para su evaluación, pluralidad y relación de comparación debería no adjudicarse". (fl. 90-92, C 4).

"DECIMA. Que el Banco Central Hipotecario, en la comunicación N° 000596 de 16 de junio de 1989, amplió el anterior concepto dentro del siguiente marco:

"Es principio que el objeto de una licitación, como tal, no es modificable. Si se modificara, se trataría ya de un acto diferente y un concurso diferente. Mucho menos puede ser modificado por unas comunicaciones de carácter restringido y posteriores a la apertura. Por otra parte, no fueron comunicaciones que cumplieran con los requisitos del principio de publicidad, ni con los de igualdad para con posibles oferentes, quienes conocieron las condiciones del pliego y no contando con la capacidad para hacer ofertas completas exigidas en el pliego, renunciaron a concursar o participar.

"En consecuencia, comunicaciones del tipo mencionado no pueden modificar el objeto de la licitación y para el caso comentado el pliego exigió en su objeto, la

obligación expresa de presentar ofertas por la totalidad de los materiales solicitados.

Con base en lo anterior, esta oficina mantiene el concepto emitido sobre el asunto por comunicación N° 000520 de mayo 2 de 1968". (C.4, fol 99-100).

DECIMA PRIMERA: Que en comunicación N° G-62353 de 28 de julio de 1989, el Gerente de las Empresas Públicas de Armenia se dirigió al Gerente del Banco Central Hipotecario de la misma ciudad para manifestarle:

"Atentamente me permito informarle que Empresas Públicas de Armenia, para la adjudicación de la licitación de la Referencia está de acuerdo con la propuesta presentada por INDUSTRIAS CARPER LTDA.

"Para los efectos previstos en el numeral 2.24 volumen I de los pliegos de condiciones, solicito a usted se sirva confirmar su aceptación sobre dicha firma, para proceder a dictar la respectiva resolución de adjudicación.

"Esperamos su respuesta a la mayor brevedad posible". (fl. 102, C.4).

La anterior nota fue respondida con la N° 023179 (C.4 fol 103, en la cual la citada entidad crediticia expresa:

"...nos permitimos informarles que no encontramos objeción al procedimiento utilizado y a la adjudicación de la Licitación Pública Internacional N°007-88".

DECIMA SEGUNDA. Que la junta directiva de Empresas Públicas de Armenia, en sesión del 27 de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), resolvió:

"Autorízase al gerente de las Empresas Públicas de Armenia, para que adjudique el Contrato de la Licitación Pública Internacional N° 007-88, de suministro de tubería y accesorios, para la construcción de la conducción de agua tratada de la Planta de Tratamiento de Regivit al Tanque de Corbones de la ciudad, a Industrias Carper Ltda. en la suma de US$ 494.271.72 Valor Cif en Bodegas de Armenia".

En los considerados del anterior acto administrativo se destaca:

"Que mediante Acuerdo N° 43 de julio 29/88 la junta directiva de Empresas Públicas de Armenia, autorizó la apertura de la Licitación Pública Internacional N° 007-88; cuyo objeto es el suministro de tubería y accesorios, para la conducción de agua tratada de la Planta de Tratamiento de Regivit al Tanque de Corbones de la ciudad.

"Que a dicha licitación se presentaron las firmas: American Pipe and Construction International, Eternit Colombiana S.A. e Industrias Carper Ltda.

"Que para la adjudicación del pliego de condiciones exige acuerdo sobre el beneficiario de la licitación entre las Empresas Públicas, el BCH y el BID según el numeral 2.24 volumen 1.

"Que revisado todo el proceso de la Licitación y previo concepto del Comité evaluador de la Licitación se hace necesario, autorizar al gerente de Empresas Públicas de Armenia, para que adjudique el contrato de la Licitación Pública Internacional N° 007-88 a la empresa Industrias Carper Ltda, por ser más conveniente en todo su conjunto y dentro de las propuestas presentadas para los intereses de la entidad, en las siguientes cantidades:

GRUPO	**VALOR DOLARES**
I	450.652.42
II	15.906.oo
III	27.713.30
TOTAL US	$ 494.271.72

"Formulada la invitación a quienes tengan interés en concluir con la administración el contrato conforme a sus cláusulas, ya sea en forma general e impersonal por los diarios, ya en forma personal y directa, NO PUEDE SER ALTERADO O MODIFICADO, salvo en el caso de dejar sin efecto la invitación hecha al mismo tiempo.

Mucho menos puede modificarse después de la presentación de las propuestas. Tal proceder viciaría la nulidad el acto... Lo único que puede hacerse es dejar sin efecto la licitación en resolución fundada revocando el acto que la dispuso... Tampoco los proponentes pueden apartarse de las cláusulas del pliego, pues no serán consideradas las ofertas que contradigan la licitación... (Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª Edición, Depalma, pág. 330).

Dentro de la misma óptica discurre el Profesor Manuel María Diez, quien al destacar la importancia del PLIEGO DE CONDICIONES, recuerda:

"A los pliegos de condiciones se les ha llamado la ley del contrato. Los mismos deben ser claros porque si fueran oscuros o demasiado esquemáticos sería contraproducente y ello podría dar origen a daños irreparables para la propia administración. Constituyen, evidentemente, uno de los documentos más importantes del procedimiento de la licitación, por cuanto determina las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos y los efectos del contrato a celebrarse. Por eso se dice que las cláusulas del pliego son la **FUENTE PRINCIPAL DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA**

ADMINISTRACION Y DE LOS CONTRATANTES, DEBIENDO SUS REGLAS CUMPLIRSE ESTRICTAMENTE. DE ALLI DERIVA QUE NO PUEDE MODIFICARSE EL PLIEGO CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACION DE LAS PROPUESTAS NI LUEGO DE LA ADJUDICACION. (Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Plus Ultra, pág. 305) (Subrayado de la Sala).

La modificación del pliego de condiciones genera, en el fondo, el cambio de la identificación del OBJETO LICITADO, situación que coloca, a los interesados en presentar propuestas, en la especial dificultad de saber qué es lo que necesita la administración y qué es lo que ellos pueden ofrecer en un momento determinado. Si en el citado acto administrativo, por ejemplo se indica, como ocurrió en el caso **sub examine,** que los proponentes deben presentar ofertas por la TOTALIDAD DE LOS MATERIALES SOLICITADOS, muchas personas, naturales o jurídicas se pueden abstener de hacerlo porque no están en capacidad de atender el universo que tiene el pedido. Pero si desde un principio se anuncia y se publica que las ofertas se pueden presentar por la TOTALIDAD DE LOS MATERIALES SOLICITADOS, o que se pueden hacer OFERTAS PARCIALES POR GRUPOS COMPLETOS, muchos otros interesados, posiblemente se habrían hecho presentes en el proceso licitatorio.

La Sala encuentra que desde el mismo momento en que las Empresas Públicas de Armenia rompió la armonía y unidad del Pliego de Condiciones, para permitir la presentación de ofertas parciales, por grupos, hizo HETEROGENEO EL OBJETO DE LA LICITACION, realidad que produjo el resultado dañino de que sólo autorizara la adjudicación por los GRUPOS I, II y III, pues para el cuarto no fue posible hacer la comparación de propuestas, habida consideración de que sólo INDUSTRIAS CARPER cotizó completo. Desfaces en el manejo del objeto de la licitación permiten al Dr. Miguel González Rodríguez enseñar:

"La identificación del objeto licitado en forma clara y precisa es requisito fundamental e insuprimible en el llamado a licitación, pues sólo a partir del mismo son posibles ofertas que respondan a lo que la administración efectivamente pretende, y, porque, además, **sin él no les sería posible a los interesados determinar exactamente qué proponer o a la administración hacer el cotejo de las diferentes que se han formulado, con un mínimo de objetividad que pudiera garantizar un tratamiento igualitario a los licitantes.** La indicación confusa o imprecisa del objeto de la licitación tendría como consecuencia la presentación de ofertas muy heterogéneas orientadas en vista de objetos de distintas características y por consiguiente, inequiparables entre sí, lo que aumentaría el grado de subjetivismo en la evaluación... La falta de claridad en la identificación del objeto de la licitación, **hace el llamado a ella de prestación imposible y, por tanto, jurídicamente viciado de nulidad**" (La Contratación Administrativa en Colombia, Jurídicas Wilches, 1990, pág. 268).

C. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste más importancia que la de la propia ley, el sentenciador encuentra cuestionable la alteración del pliego de condiciones, en la forma ya indicada, pues fue por la vía que se abrió también para burlar a los demás proponentes, esto es, a las firmas ETERNIT COLOMBIANA S.A. y AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL. Estas al pedir aclaraciones respecto del alcance de las ofertas y al no presentar propuestas para los cuatro grupos, le allanaron el camino a INDUSTRIAS CARPER LTDA., que al ajustarse al pliego, no obstante su propuesta más onerosa, logró la adjudicación, con la argumentación de la Junta Directiva, contenida en la autorización dada el 27 de julio de 1989, de que era la "...MAS CONVENIENTE EN TODO SU CONJUNTO Y DENTRO DE LAS PROPUESTAS PRESENTADAS PARA LOS INTERESES DE LA ENTIDAD..." ¿Qué se quiso significar con la anterior literatura? ¿Por qué en CONJUNTO si se autorizó presentar ofertas por grupos? Si AMERICAN PIPE cotizó el número uno en US$ 393.726.28 e INDUSTRIAS CARPER en US$ 497.300.89, ¿por qué no se estudió cada uno de ellos por separado, para seleccionar a la firma demandante que, en este particular, presentaba la menor oferta? ¿Por qué no se le adjudicaron a INDUSTRIAS CARPER los grupos dos (2), tres (3) y cuatro (4) como lo sugirió el estudio de Evaluación Económica y Financiera? ¿Por qué causa, motivo o razón, los Miembros del Comité de Evaluación, que el día seis (6) de marzo de 1989, recomendaron que se adjudicara a AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION los GRUPOS I y II y a CARPER LTDA. los grupos III y IV, (C 5. fol 84), cambian de parecer el día 10 de julio del mismo año, para concluir que se adjudiquen los tres primeros grupos a CARPER LTDA. y se declare desierto el Grupo IV? Les bastaba decir, para ello que: "revisadas las propuestas, evaluadas y cotejadas con el pliego de condiciones, se llegó a la conclusión y acuerdo que por SU CONJUNTO y dentro de las propuestas presentadas, es la más conveniente para los intereses de Empresas Públicas de Armenia...", como se lee en el Acta que obra en el cuaderno N° 5, fol 38 y ss.ss.? ¿Por qué se desplomó la resistencia que el Banco Central Hipotecario hizo inicialmente al aspecto que a su juicio, sí ameritaba "UN MAS AMPLIO ESTUDIO, COMO FALLA DE TIPO JURIDICO, CAMBIANDO TODO EL PROCEDIMIENTO..." a que se hizo referencia en otro aparte de esta providencia? ¿Por qué le dio la asesora jurídica, Dra. NYDIA LOPEZ VELASQUEZ tanto universo convencional y jurídico a la respuesta que le dio el FONDO, que autorizaba para presentar "...OFERTAS PARCIALES por grupos completos..." con olvido de los dispuesto en la legislación colombiana sobre el alcance jurídico que tiene el Pliego de Condiciones (C 4, fol 97).

Por todos los anteriores interrogantes se quedan sin una respuesta explicativa por la conducta, pero lo que sí resulta cierto es que la administración, frente a propuestas iguales en calificación, resultó contratando con la firma que en total, presentó la oferta más onerosa.

Frente a manejos tan sutiles de la contratación administrativa, sobran los estatutos de contratación y las buenas intenciones legislativas, pues siempre aparecerá el funcionario interesado en rendirle culto a la FILOSOFIA DEL NO DERECHO.

La perspectiva jurídica que se deja expuesta lleva a la Sala a anular la Resolución N° 647 de 31 de julio de 1989, por medio de la cual se hizo la adjudicación del contrato. Se dispondrá, igualmente, que copia de este fallo se envíe a la Procuraduría General de la Nación, para todos los fines a que haya lugar.

B. No obstante la realidad anterior, no se dispondrá la nulidad del contrato N° 010-89, suscrito el día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) por las Empresas Públicas de Armenia con Industrias Carper Ltda., como se impetra en la demanda, por las siguientes razones:

PRIMERA. Porque en tratándose de un contrato de tracto-sucesivo, cuyas obligaciones fueron cumplidas, en su totalidad, por las partes, no es posible volver las cosas al estado primitivo. Por lo demás, la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 647 de 31 de julio de 1989, sólo produce efectos hacia el futuro.

SEGUNDA. Porque a la luz de lo preceptuado en el artículo 1525 del Código Civil, no se puede repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Sobre el universo jurídico y ético de la anterior disposición, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de enero de 1971 CXXXVIII, 50, recordó:

> "Esta disposición es de gran contenido ético, pues contiene por fuente el clásico principio in pari causa turpitudinem cessat repetitio.
>
> "Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud".

TERCERA. Porque en casos como el presente, la fuente de los perjuicios es la adjudicación irregular y la obligación de indemnizar surge de la declaratoria de nulidad de ese acto, no de la del contrato a que ella dio lugar.

CUARTA. Porque aun en el evento de que se ordenara la nulidad del contrato de tracto sucesivo, cuyas obligaciones todavía no se han agotado, no se le podría ordenar a la administración que contrate con el licitante vencido. En la materia que se estudia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de 20 de septiembre de 1976, expediente N° 1844, consejero ponente Dr. Carlos Portocarrero Mutis, actor Hernando Zuluaga, en la cual se lee:

> "En relación con el restablecimiento de derecho pedido por el demandante se tiene que como lo ha sostenido esta Corporación en varias providencias (basta citar los fallos de septiembre de 1974 y mayo de 1975), no puede la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordenar a los entes públicos la celebración de convenios que no han querido celebrar; además, como ello sería imposible por

el simple transcurso del tiempo entre la fecha de la licitación y la de la providencia, sólo puede entrar a analizarse la subsidiaria referencia al reconocimiento y pago de los perjuicios que le ocasionó al actor la no adjudicación del contrato, que, según sus palabras, consisten en "el valor de las utilidades propias de esta clase de negocios".

C. Tampoco tiene vocación de prosperidad la pretensión subsidiaria que se orienta a solicitar el pago de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y los morales que el actor afirma que se le causaron. Y se predica lo anterior, porque al estar viciado el proceso licitatorio, no es de recibo, a la luz de la ley y el derecho, que el licitante vencido, que afirma que presentó la mejor propuesta, exija que se contrate con él, pues lo que adolece de vicios para uno, adolece de vicios para todos. En este particular la Sala retiene la pauta jurisprudencial que se recoge en la sentencia de 9 de diciembre de 1988, expedientes acumulados Nos. 3529 y 3544, actor Francisco Eladio Gómez, consejero ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual y en lo pertinente se predica:

"Pero un licitante vencido puede pedir la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente o con pretermisión de las formalidades legales. **En este evento no puede pretender que, como consecuencia de esa nulidad, se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación; porque y esto es obvio, la nulidad del procedimiento afectaría a todos los particulares en la licitación por igual y no sólo a los favorecidos con ella**...". La demanda de Uniexp aunque no es inepta, no es legalmente lógica en la formulación de los distintos extremos del petitum. Nadie puede pretender -como se dijo atrás- que como consecuencia de la nulidad de un acto de adjudicación por vicios o irregularidades en el procedimiento previo a su expedición, se le adjudique el contrato y se le deje ejecutar luego de su celebración. En estos casos, de ser procedente la nulidad por expedición irregular del acto, la administración no podría sin más requisitos, proceder a una nueva adjudicación porque para esto existiría el impedimento de la nulidad declarada. **Como tampoco podría hacerlo la jurisdicción sin invadir la órbita de acción propia de la administración**..." (subrayas de la Sala).

A la filosofía anterior se agrega la especial circunstancia de que la sociedad demandante, lo mismo que Eternit Colombiana S.A., al solicitar ACLARACION sobre el alcance del PLIEGO DE CONDICIONES, en el rubro "PROPUESTAS" dieron lugar al nacimiento del adefesio jurídico, motivo por el cual no pueden alegar en su propio beneficio su propia torpeza. "NEMO PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGARE POTEST". Esta verdad jurídica lleva a concluir que, para situaciones como la estudiada, los proponentes no pueden ni siquiera demandar el pago de los gastos que debieron efectuar para participar en la licitación irregular.

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° Revócase la sentencia calendada el día once (11) de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso del rubro, y en su lugar

RESUELVE:

A. ANULASE la Resolución N° 647 de 31 de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por medio de la cual el Gerente de las Empresas Públicas de Armenia adjudicó a la firma INDUSTRIAS CARPER LTDA., el contrato para "...el suministro de la tubería y accesorios para la construcción de la conducción de aguas tratadas de la Planta de Tratamiento de Regivit al Tanque de Corbones...", por las razones dadas en los considerandose de este preveído;

B. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

C. Envíese copia de este fallo a la Procuraduría General de la Nación para los fines de la ley.

2° Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS/OCUPACION PERMANENTE DEL INMUEBLE/VIA PUBLICA-Construcción/BIEN DE USO PUBLICO/REIVINDICACION DEL BIEN-Improcedencia/INDEMNIZACION

Si se demostraron los supuestos de la responsabilidad por trabajos públicos, concretamente por ocupación permanente de parte de un inmueble de propiedad de la parte actora. La ocupación de la faja de terreno en el área indicada atrás, tiene el carácter de permanente, pues al construirse la vía el terreno quedó incorporado como bien de uso público y se hizo imposible, en principio, su recuperación "in natura"; razón ésta que no permite la reivindicación del inmueble sino sólo el pago de su valor como indemnización.

REAJUSTE MONETARIO-Reconocimiento Ex-oficio

Aunque la demandante no solicitó en forma expresa el reajuste de la condena (el valor del inmueble) la sala lo decretará no sólo porque dicho reajuste forma parte o encaja en la noción de daño emergente, el cual sí fué expresamente pedido en la demanda, sino porque el artículo 178 de C.C.A. autoriza en forma general ese reajuste "tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor". Se apoya también la Sala en el concepto "indemnización que excluye la idea de enriquecimiento para el acreedor, como que únicamente busca el restablecimiento de un equilibrio roto o un volver las cosas al estado anterior como si nada hubiera pasado, lo que para el evento aquí estudiado no puede hacerse en especie o "in natura", sino sólo en su equivalencia dineraria al momento del fallo; operación que muestra así el precio real del inmueble ocupado en dicha fecha; precio real que contiene o consagra la fluctuación del valor desde que se produjo la ocupación

hasta la fecha de la decisión. Con el reajuste que se ordenará no se está reconociendo más de pedido, sino exactamente lo mismo. De no hacerse así, la indemnización se recortaría en proporción a la pérdida del valor adquisitivo del peso.

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

Consejero Ponente: *Doctor. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: expediente No. 7452. Actor: Aldemar Arana Abadía

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1 de abril de 1992, dictada por el tribunal administrativo del Meta, mediante la cual se denegaron las peticiones de la demanda y se condenó en costas a la citada parte.

En la demanda de reparación directa instaurada el 5 de noviembre de 1985 por el señor Aldemar Arana Abadía contra el municipio de Puerto López, expresamente se pidió:

1o. Que el MUNICIPIO DE PUERTO LOPEZ, entidad administrativa descentralizada del Estado Colombiano, es responsable de reparación directa por los perjuicios causados e inferidos al patrimonio económico y personal del señor ALDEMAR ARANA ABADIA.

2o. Que en razón de la responsabilidad de dicha Entidad Municipal por daño ocasionado al bien inmueble de propiedad del afectado, por la apertura de una calle pública, de manera abusiva y arbitraria sin que mediara el procedimiento legal de la expropiación con indemnización en favor del afectado, se condena al municipio de Puerto López perteneciente al distrito político-administrativo del Departamento del Meta, a pagar en pesos colombianos la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE. ($30.000.000.oo) dinero por concepto de indemnización de los perjuicios que le fueron causados y establecidos a través del proceso al señor Aldemar Arana Abadía, abarcando el lucro cesante y el daño emergente.

3o. Que en razón de la condena, declarada antes, el señor Alcalde Especial de Puerto López como representante legal de ese municipio y en su calidad de presidente de la Junta de Hacienda dispondrá lo conveniente para el pago oportuno de lo ordenado de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 176 y 177 del C.C.A".

En ese mismo libelo se narran, en síntesis los siguientes hechos:

1) Que el 20 de enero de 1972 el Concejo de Puerto López dictó el acuerdo No. 14, por medio del cual reglamentó la adjudicación de lotes de propiedad del municipio.

2) Que con base en dicho acuerdo el señor Aldemar Arana Abadía fue adjudicatario de un lote deslindado como aparece en el ordinal 2o. de la demanda; y que la adjudicación se hizo mediante escritura No. 029 de 12 de marzo de 1977.

3) Que desde 1982 inició ante el Banco Central Hipotecario las gestiones para la ejecución de un plan de vivienda, el cual ofreció financiación hasta por $7.320.000.oo

4) Que luego el Concejo dictó el acuerdo 010 de 23 de abril de 1983, por el cual se facultó al alcalde para que expropiara los terrenos o mejoras que fueran obstáculo para la apertura de las vías del perímetro urbano.

5) Que en ese mismo año de 1983 el alcalde, mediante oficio No. 445 de 20 de octubre dirigido al señor Arana, mostró su interés por la apertura de la carretera 17, para desembotellar otras zonas aledañas.

6) Que el sábado 12 de mayo de 1984 algunas personas se tomaron de hecho el lote y con una motoniveladora oficial, operada por el señor Ricardo Velásquez, iniciaron la apertura de la vía, partiendo por la mitad el predio del señor Arana; y que según informes y declaraciones extraproceso, quien dio la orden fue el alcalde Omar Toro.

7) Que el 18 de enero de 1985 el Concejo expidió el acuerdo 001 declarando "de utilidad pública unos terrenos que se encuentran obstaculizando unas vías públicas" y allí se precisó: "igualmente declárase de utilidad pública el área de terreno que obstruye la carrera 17 entre la diagonal 6 A y la calle 6 en extensión de 73 metros lineales y 20 de ancho". Como se ve ese acuerdo fue dictado 8 meses después del daño físico causado al inmueble.

8) Que el mismo alcalde Toro Cardona, mediante oficio No. 293 de mayo 11 de 1984 dirigido a Valorización municipal, ordenó la mensura y la determinación del parámetro de la carrera 17.

El tribunal luego del trámite de la primera instancia denegó las súplicas de la demanda. Inconforme la parte actora, apeló y sustentó su recurso en escrito que obra a folios 260 y ss. Allí se hace un serio enjuiciamiento de la sentencia cuestionada y se analizan los distintos supuestos de la responsabilidad por trabajos públicos desde la perspectiva probatoria que muestra el proceso.

Durante el procedimiento de segunda instancia, alegó de nuevo la parte actora (a folios 295 y ss) y se decretaron la pruebas solicitadas por la misma. Guardó silencio la entidad demandada y el ministerio público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la sala la sentencia no merece acogida, porque sí se demostraron los supuestos de la responsabilidad por trabajos públicos, concretamente por ocupación permanente de parte de un Inmueble de propiedad de la parte actora.

Y se hace esta aseveración porque si bien el a-quo no contó cuando expidió su fallo, con las nuevas pruebas que se practicaron en esta segunda instancia, el análisis valorativo de las pruebas practicadas en primera instancia fue un tanto esquemático y formal. De ese fallo se destaca, a guisa de conclusión final:

> "Toda esa incertidumbre que presenta la prueba recaudada - llevó a la Sala, a que oficiosamente ordenara al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y a la respectiva oficina Catastral Municipal traer al proceso las cartas catastrales que se hubieren levantado desde 1984 hasta el momento de decretar la prueba, y es así como el Instituto arribó una copia heliográfica, correspondiente al sector del conflicto, de la carta catastral urbana de Puerto López de 1986 y actualizada para la vigencia del 1 de enero de 1987, pero con esta sola no puede el Tribunal entrar a determinar si efectivamente la carrera 17 existía o no para la época de los hechos, y como no se cuenta con otro documento similar al anterior, es imposible realizar confrontaciones que puedan aclarar la duda que se presenta.
>
> "Por lo demás, se nota la falta de interés de la parte actora para que la prueba decretada de oficio se allegara oportunamente, y así, habrá de fallarse, únicamente con la prueba obrante en el proceso.
>
> "De esa manera la sala considera no demostrado que el municipio de Puerto López hubiera ocupado parte del inmueble con el trazado de una vía pública y si se realizó algún perjuicio sobre el predio, no existe en el proceso la prueba de peso suficiente para concluir en la existencia de la vía pública y que sea el ente municipal demandado el causante de ese trabajo.

Para la sala resultaron adecuadamente probados los siguientes hechos fundamentales:

a) Que el señor Aldemar Arana Abadía es el propietario del predio mayor del cual se predica la ocupación parcial en área determinada. A este respecto puede verse el contrato de compraventa celebrado entre el municipio de Puerto López y el señor Arana Abadía, contenido en la escritura 029 de 12 de marzo de 1977, con las constancias de registro correspondientes (a folios 13 y ss). Sobre la identificación de la zona ocupada dan fe la inspección judicial que obra a folios 121 y ss. y el dictamen pericial (a folios 128 y ss).

b) Que la ocupación permanente y parcial del inmueble del señor Arana con una vía pública comprende un área de 1278 metros cuadrados. Area ocupada que se deduce igualmente de las dos pruebas aludidas.

c) Que la mencionada ocupación se produjo por la construcción de la vía pública por parte del municipio demandado (carrera 17 entre las calles 6A y 6a.). Aunque la entidad trató de ignorar o desconocer este hecho (los trabajos públicos y la construcción de la obra), lo cierto es que las pruebas de segunda instancia clarificaron cualquier duda que pudieran alegarse a ese respecto. La certificación de

Planeación Municipal que obra a folio 290 es bastante elocuente. Allí el jefe de dicha oficina certifica que en el año de la 1984 "se abrió una vía pública en la carrera 17 entre la diagonal 6a. y la calle 6A". Y agrega, además, que esa vía se encuentra en el perímetro urbano; que el municipio realizó los parámetros de la misma; y que dicha vía sirve para facilitar el tránsito a los barrios Julio Flórez, La Unión, Menegua, Villa Modelia y Vergel.

Asimismo el director de Obras Públicas de dicho municipio reconoce que éste lleva a cabo el mantenimiento de la vía y presta los servicios de acueducto y alcantarillado; y que la Electrificadora del Meta (Emsa) presta los servicios de energía y alumbrado correspondientes (a folios 291). Igualmente el jefe de Planeación certifica que en la carta catastral urbana perteneciente al mencionado municipio aparece localizada la carrera 17 desde la 6A a la calle 10 (ver certificado a folios 292).

Los hechos anteriores bien probados permiten afirmar que los presupuestos de la acción por ocupación permanente intentada se cumplieron a satisfacción. Así:

a) Se probó la calidad de propietario de quien ejercitó la acción. Quedó así demostrada la legitimación por activa. A este respecto puede verse la escritura 029 y el correspondiente certificado de libertad de tradición.

b) La ocupación de la faja de terreno en el área indicada atrás, tiene el carácter de permanente, pues al construirse la vía el terreno quedó incorporado como bien de uso público y se hizo imposible, en principio, su recuperación "in natura"; razón esta que no permite la reivindicación del inmueble sino sólo el pago de su valor como indemnización.

c) La causa de la ocupación fue el trabajo público, mediante el cual se construyó la obra pública del Municipio de Puerto López, quien resultó así legitimado por pasiva. A este respecto existe no sólo la prueba documental referida atrás, sino la prueba de que la obra se ejecutó directamente por el municipio, quien utilizó al señor Ricardo Velásquez, operador de la motoniveladora EF-0-48, prestada por el Distrito de Carreteras N° 13 de Villavicencio. A este respecto pueden verse los documentos que obran a folio 253, 254, 255.

d) La demanda se presentó oportunamente. La ocupación, según la misma demanda, se concretó a partir del 10 de mayo de 1984. Luego, el ejercicio de la acción del 5 de noviembre de 1985 fué oportuno, dado el plazo de dos años, señalado en el artículo 136 del C.C.A. (inciso 4), el que para el caso concreto fenecía el 10 de mayo de 1986.

LA INDEMNIZACION

Se probó la cabida de la zona ocupada. La prueba pericial a este respecto es clara. El área es igual a 1278 metros cuadrados, cuyo valor, a 20 de mayo de 1987, asciende a $2.556.000 (a folios 128 y 129). Aunque el acuerdo No. 1 de 1985 habla

de 1460 metros cuadrados (a folio 35), se entiende el total del área afectada por la vía declarada de utilidad pública.

Aunque la demandante no solicitó en forma expresa el reajuste de la condena (el valor del inmueble) la sala lo decretará no sólo porque dicho reajuste forma parte o encaja en la noción de daño emergente, el cual sí fue expresamente pedido en la demanda, sino porque el artículo 178 del C.C.A. autoriza en forma general ese reajuste, tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor".

Se apoya también la sala en el concepto "indemnización" que excluye la idea de enriquecimiento para el acreedor, como que únicamente busca el restablecimiento de un equilibrio roto o un volver las cosas al estado anterior como si nada hubiera pasado lo que para el evento aquí estudiado no puede hacerse en especie o "in natura", sino sólo en su equivalencia dineraria al momento del fallo; operación que muestra así el precio real del inmueble ocupado en dicha fecha; precio real que contiene o consagra la fluctuación del valor desde que se produjo la ocupación hasta la fecha de la decisión.

Baste pensar que esto no podrá cumplirse atendiendo sólo el concepto numérico o formal de la obligación, porque al no reajustarse, cubriendo el riesgo de la inflación galopante que golpea a la economía colombiana, se estaría pagando su valor disminuido en aquella parte correspondiente a la pérdida que el peso haya tenido en su poder de adquisición durante el lapso corrido entre la ocurrencia del hecho perjudicial y el reconocimiento judicial.

Estima la sala que con el reajuste que se ordenará no se está reconociendo más de pedido, sino exactamente lo mismo. De no hacerse así, la indemnización se recortaría en proporción a la pérdida del valor adquisitivo del peso.

Aunque la jurisprudencia de la corporación ha sido parca en el reconocimiento ex-officio del reajuste monetario de las condenas dinerarias, existen unos pocos antecedentes, entre los que puede citarse el auto de marzo 20 de 1980 (Proceso 1379 Sociedad Rascovsky y Roldán) que consagra una línea similar a la de esta providencia.

Allí, se lee:

"Finalmente; toda indemnización debe ser íntegra y completa, de modo que compense para su acreedor el daño que se le produce con el no pago oportuno de la obligación. Así, debe comprender no sólo el rendimiento que dejó de percibir, traducido en intereses, sino también la pérdida del valor adquisitivo de la moneda con la que se pretende pagar. En este orden de ideas el equilibrio o la justeza en la indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación.

"Los rubros de devaluación e intereses puros no se excluyen entre sí, puesto que tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufri-

do por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria, según Zannoni, se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario en signo monetario envilecido. Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. De allí que no sería equitativo revaluar y cobrar esta clase de intereses.

"Estima la sala que el extremo de la devaluación deberá reconocerse, porque el concepto "indemnización" que busca o pretende volver las cosas al estado anterior, ordinariamente por equivalencia, lo implica. No es justo que las obligaciones dinerarias sigan sometidas hay para efectos de solución al sistema nominalista, máxime cuando la inflación golpea desde hace varios años en forma alarmante a la economía colombiana y cuando los organismos estatales mismos aceptan índices de devaluación del 18% y aún mayores.

"La revaluación de obligaciones dinerarias o indexación no es nueva en nuestro continente. La jurisprudencia de los países australes (Chile, Argentina y Uruguay, entre éstos) desde hace cerca de dos lustros la contempla y la acepta cada vez con mayor amplitud, movida entre otras razones no sólo por la equidad sino por los serios fenómenos inflacionarios que padecen.

"El hecho de la inflación es notorio en Colombia, con tendencia a su agravación, como lo es, en forma aproximada, el índice acumulado desde 1969. Baste leer los informes periódicos del Dane y del Banco de la República a ese respecto.

"Dadas las fechas en que el Incora debió pagar las distintas sumas, el reconocimiento de intereses es perfectamente viable. Pero aquí debe hacerse una precisión, porque si al crédito reajustado en función de la depreciación sufrida durante el lapso transcurrido entre la fecha del acaecimiento del hecho perjudicial y el pago, se le suma el interés corriente bancario que incluye el plus destinado a recomponer el capital, se originaría, como dice el autor argentino atrás citado, un enriquecimiento sin causa.

"De allí que para este autor, en tesis que comparte la sala, "si se realizan reajustes del crédito como el explicado, el interés debe ser un interés puro exclusivamente retributivo del precio del uso del capital que es lo que ha dejado de ganar el acreedor por la falta de inversión que tiene, como se dijo atrás, otra función.

"En este orden de ideas puede decirse con Casiello, citado por Zannoni, en su obra "Revaluación de obligaciones dinerarias" (Astrea 1977) que "la actualización monetaria rescata el valor perdido por el capital, mientras que los intereses están llamados a indemnizar al acreedor por la privación del uso del capital durante todo el tiempo de la mora".

"En otros términos, la actualización monetaria hace referencia al daño emergente y los intereses al lucro cesante, en la idea anterior.

"Aunque no existe en Colombia norma que defina qué se entiende por interés puro o técnico, su tasa puede medirse en la legal señalada en el artículo 1617 del c.c. Esta tasa del 6% anual se estima despojada de toda corrección inflacionaria y corresponde a una época de estabilidad monetaria".

Aunque la Corte Suprema se ha mostrado un tanto vacilante sobre el punto e incluso ha llegado a sostener que "la revalorización monetaria necesita petición oportuna de parte", en la sentencia de 12 de agosto de 1988, con ponencia del señor Magistrado Héctor Marín Naranjo, se lee el siguiente aparte que viene a reforzar a la decisión que aquí se tomará:

"En los países que, por virtud de los altos y constantes índices de inflación, ven sometida su moneda a una permanente y notoria desvalorización, nadie discute hoy día que dicho fenómeno es, en sí mismo, un perjuicio cuya indemnización es jurídicamente de recibo, cuando a ello hubiere lugar. Dicho perjuicio, también ha sido expuesto, encaja dentro de la noción de daño emergente. Ello es lo que sucede en Colombia y en tal sentido se ha orientado la jurisprudencia de la Corte durante la última década cuando ha abordado problemas concernientes al resarcimiento de daños provenientes del incumplimiento, o del cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación contractual, o del quebrantamiento del deber general del neminem laedere.

"Ahora bien: no es dable desconocer que en el derecho colombiano, en materia civil, la facultad de proceder ex-officio, atribuible al fallador es excepcional y que, por lo consiguiente, la misma ha de estar sentada en una concreta disposición legal.

"Salvo más que todo algunas reglas de carácter procedimental (v.gr. el art, 72 del C.de P.C), esa disposición, en punto de indemnización de perjuicios, no existe. Menos todavía cuando estos conciernen a la desvalorización de la moneda.

"En consecuencia, como primera conclusión se impone anotar que, en la referida materia, al juez no le es posible ordenar motu proprio la revalorización de la suma adeudada. O sea que, a ese propósito, se debe contar con una petición de parte.

"No obstante, para una mayor delimitación conceptual, es pertinente añadir que por ser el dinero la medida común de todas las cosas patrimonial o económicamente consideradas, su función también se aprecia en otros ámbitos del derecho y, por consiguiente, en ellos sí puede ser -o es- de recibo la facultad del juez para disponer, de oficio, la revalorización de una suma de dinero, tal como sucede, v.gr. cuando, como consecuencia de la declaratoria de una nulidad de

un acto o contrato, decretada sea a instancia de parte o bien por la exclusiva iniciativa del fallador, se deben ordenar restituciones mutuas, las que como se sabe, son del resorte o de la incumbencia del juez. En casos como estos, también lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte, determinación atinente a la referida revalorización, halla un nítido e incontrovertible soporte en la equidad, encauzadora del régimen de las relaciones jurídicas, máxime cuando en éstas se advierta un contenido o significación patrimonial.

"Mas el anterior concepto merece, a su vez, una ulterior puntualización pues casos hay en los que el fallador, no obstante hallarse investido de la atribución para disponer ciertas restituciones como consecuencia de la prosperidad de la pretensión que le fuera planteada, carece, en cambio, de la facultad de ordenar la revalorización de la suma de dinero, cuya entrega disponga, lo que sucede cuando el texto mismo del precepto le señale a aquel de una manera específica -y, si se quiere reducida- el cauce por el que debe enrutar su determinación. Según definición jurisprudencial, ello ocurre, por ejemplo, en el caso de la lesión enorme".

En este orden de ideas, la suma de $2.556.000.oo será el valor histórico, para arribar al valor presente según la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Vp = 2.556.000 \frac{ind.f}{ind.i}$$

de donde índice final será el vigente a la fecha de esta sentencia y el inicial, el correspondiente a abril de 1987. Hecha la operación resulta la suma de $10'848.986.04, que será el valor de la indemnización que debe reconocerse.

Se accederá al lucro cesante (petición también expresa en la demanda), pero no por la frustración del plan de vivienda que el señor Arana pensaba desarrollar (que si bien tuvo sus inicios, ni siquiera se probó que hubiera pedido u obtenido la aprobación de la urbanización, ni las licencias de construcción para las casas comprendidas en dicho plan), sino por los intereses técnicos que dejó de percibir el valor histórico indicado atrás. Esta ha sido la orientación de la jurisprudencia, aplicable en aquéllas hipótesis en que se ordene el reajuste. Se impone ese interés y no el comercial porque en éstos va incluida la corrección monetaria.

En estas condiciones el lucro cesante del valor histórico ($2'556.000.oo) desde abril de 1987 a la tasa del 6% anual asciende a la suma de $945.720.oo.

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 1o. de abril de 1992, dictada por el tribunal administrativo del Meta. En su lugar:

Declárese responsable al municipio de Puerto López por la ocupación permanente de parte del inmueble de propiedad del señor Aldemar Arana Abadía, cuyos linderos generales figuran en la escritura 029 de 12 de marzo de 1977. La zona ocupada, en forma de trapecio, con lados no paralelos, aparece delimitada así: por el norte en 19.50 metros; por el sur en 15.00 metros; por en oriente, en 68.00 metros y por el occidente, en 64.00 metros, para una superficie de 1.278 metros cuadrados. Corresponde al área de la carrera 17 entre la diagonal 6A y la calle 6a.

Condénase al citado municipio a pagar el valor de la zona delimitada, el que asciende hoy a la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS SEIS PESOS M/CTE ($11.794.706.oo), al señor Aldemar Arana Abadía.

Esta sentencia constituye título de propiedad del lote indicado atrás. Para el efecto se remitirá copia al Registrador de Instrumentos Públicos de Puerto López (Meta) para que tome las notas correspondientes y haga las inscripciones de rigor. La transferencia se entenderá como cuerpo cierto, desmembrado del lote mayor deslindado en la escritura No. 029 de 12 de marzo de 1979 y referido a un área de 1278 metros cuadrados.

Este fallo deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en sesión celebrada el día 9 de julio de 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.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera el auto de 20 de marzo de 1980, Exp. 1379, Actor: SOCIEDAD RASCOVSKY Y ROLDAN.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA-Oportunidad

> **Lo que se exige para ordenar el llamamiento es al menos la existencia de la remota posibilidad de tales presupuestos. El acreditamiento de la razón esgrimida por el llamante sólo podrá deducirse después de surtidas todas las actuaciones propias del proceso de conocimiento. Pero, se repite, lo existente hasta ahora es suficiente para aceptar el llamamiento en garantía y por lo mismo confirmar el auto apelado.**

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D. C., julio 23 de 1993.

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: expediente No. 8469. Actor: Rosa Adelfa Garcés Garcés y otros. Demandado: Departamento de Antioquia. Politécnico Colombiano "Jaime Isaza Cadavid"

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 31 EN LO JUDICIAL contra la providencia calendada el día diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que en su parte resolutiva DISPUSO:

> "RECHAZAR por improcedente la denuncia del pleito, propuesta por el señor apoderado del Politécnico Colombiano "Jaime Isaza Cadavid", entidad demandada, folios 114 y 115".

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

"La parte demandada dentro de la oportunidad legal, dió contestación a la demanda incoada en su contra por Rosa Adelfa Garcés Garcés y otros, solicitó pruebas, presentó **denuncia de pleito** e hizo un llamamiento en garantía.

"**Con relación a la denuncia del pleito**, expresa:

"1) El señor Juan de Dios Alzate Garcés sufrió una enfermedad que inició en una primera consulta el 29 de septiembre de 1991 y culminó con su muerte el día 11 de octubre del mismo año.

"2) Durante el período comprendido entre la primera consulta y la fecha del deceso, (13) días, el señor Alzate Garcés fué atendido por parte de 7 profesionales de la medicina diferentes, incluyéndose la doctora Gloria Uribe, médica vinculada de medio tiempo al Politécnico Colombiano "Jaime Isaza Cadavid".

"3) Con base en los hechos que se tienen no se puede afirmar que el estudiante falleció por negligencia médica y menos radicar imprudentemente en uno de los galenos la supuesta responsabilidad por el hecho.

"4) En razón a que se desconoce si la muerte ocurrió por negligencia médica y debido a que todos los galenos conceptuaron e intervinieron con motivo de los síntomas y causas que produjeron el deceso, durante prácticamente el mismo período, considero apresurado que se señale a uno de ellos, y en consecuencia, DENUNCIANDO EL PLEITO A:

"1. Corporación para estudios en Salud, Clínica C.E.S., cuyo Director es el Dr. Mauricio Jaramillo. Dirección: carrera 50C No. 48-45, Medellín.

"2. Doctor Jorge Iván López, Bioenergista, cuya dirección deberán suministrar los demandantes.

"3. Hospital Local Manuel Uribe Angel de Envigado, cuyo Director es la doctora María del Carmen Coutin, dirección: carrera 29 A No. 36E-61, Envigado.

"4. Hospital Pablo Tobón Uribe, cuyo Director es el doctor Iván Dario Vélez A. Dirección: calle 78B No. 69-240, Medellín.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

"El Código de Procedimiento Civil en su artículo 54 prescribe: "DENUNCIA DEL PLEITO. Quien de acuerdo con la **Ley sustancial** tenta (sic) derecho a denunciar el pleito que promueve, deberá ejercitarlo en la demanda o dentro del término para contestarla, según fuera el caso. Al escrito de denuncia acompañará la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla y relativa la existencia y representación que fueren necesarias...".

"Tal como lo anota el Dr. Hernán Fabio López Blanco en su obra "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO", "la denuncia del pleito se instituyó para regular **específicamente** la forma de hacer efectiva la obligación de saneamiento por evicción de que trata el artículo 1893 del Código Civil..." (pág. 223. Tomo I, 5a. Edición, parte general). -Subraya el Tribunal-

No existiendo Ley sustancial que regule la denuncia del pleito para el presente caso, se rechazará la propuesta por el señor apoderado de la Entidad demandada, obrante a folios 114 y 115". (folios 119 y 120 del Cuaderno No. 1).

II

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folio 122 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el impugnante hace sus valoraciones de alcance jurídico y fáctico, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro de la siguiente óptica:

"A nuestro modo de ver lo que hizo la parte demandada fué un llamamiento en garantía y así lo expresó en el escrito respectivo con base en los artículos 90 de la C. Nacional; y 77 y 78 del C.C.A. en armonía con el art. 57 del C.C.P.

"Por lo tanto me parece equivocada la invocación del art. 54 del mismo estatuto procesal, pues esta disposición, como lo resalta el proveído que me induce a la apelación, busca el saneamiento por evicción (vicios ocultos) de la cosa vendida. En tanto que el llamamiento en garantía busca el reembolso total o parcial del pago que el demandado tuviere que hacer como resultado de la sentencia". (folios 122 y 123 del Cuaderno No. 1).

III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La providencia impugnada será revocada, pues el ad-quem no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el tribunal, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho.

Es verdad que el apoderado del demandado, en el escrito que obra el folio 114 y bajo el rubro "DENUNCIO DEL PLEITO A": impetra la vinculación al proceso de las personas y entidades que allí se enlistan, como es igualmente cierto que el sentenciador no se encuentra frente a una situación en la que se pretenda "...hacer efectiva la obligación de saneamiento...". No obstante esta realidad procesal, es deber del juez interpretar el alcance de petición, y al hacerlo, a la luz de la lógica de lo razonable, se impone concluír que lo que se busca es vincular al proceso a los siete

profesionales de la medicina que atendieron al señor Juan de Dios Alzate Garcés, entre el 29 de septiembre de 1991 y el 11 de octubre del mismo año, con el fin de debatir en juicio si en puridad de verdad todos ellos, o alguno, o ninguno, llevó a cabo conducta antijurídica. Así las cosas, que se denomine DENUNCIA DEL PLEITO a lo que en puridad de verdad es un LLAMAMIENTO DE GARANTIA, no tiene mucha trascendencia en el campo jurídico, pues las dos figuras, aunque con texto distinto en el Código de Procedimiento Civil, buscan una misma finalidad, esto es, que se logre la finalidad contemplada en el artículo 57 del C. de P. C. Sobre este particular la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en providencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), Expediente No. 8241, Actor RUTH PATRICIA RODRIGUEZ E., Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, en la cual, y en lo pertinente se precisa:

> "...Esta estipulación negocial justifica de suyo el llamamiento en garantía dado que a voces del artículo 57 del C. de P. C., se trata de una institución que opera a instancia de "quien tenga derecho legal o contractual de exigir de un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia...". **Es así como bien puede llegar a ocurrir que surtido el plenario, según los hechos, legaciones y pruebas, bien podría darse el caso de producirse sentencia condenatoria contra la parte demandada, a al vez que conforme a derecho ésta pudiera tener lugar el reembolso del pago que se viera precisado a hacer en virtud de dicho fallo condenatorio**". (Destacado de la Sala).

Lo anterior no significa que desde este mismo momento se vislumbre responsabilidad de la parte demandada y, mucho menos que se esté pensando en que el llamado en garantía tuviera que responder por la eventual condena. No. Lo que se exige para ordenar el llamamiento es al menos la existencia de la remota posibilidad de tales presupuestos. El acreditamiento de la razón esgrimida por el llamante sólo podrá deducirse después de surtidas todas las actuaciones propias del proceso de conocimiento. Pero, se repite, lo existente hasta ahora es suficiente para aceptar el llamamiento en garantía y por lo mismo confirmar el auto apelado".

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

RESUELVE

1o.) REVOCASE el auto calendado el día diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar RESUELVE:

A) Cítense al proceso las siguientes personas y entidades: Corporación para Estudios en Salud-Clínica C.E.S.; Doctor Jorge Iván López; Hospital Local Manuel Uribe Angel de Envigado; Hospital Pablo Tobón Uribe y a la Doctora Gloria Lucía Uribe. Se les señala un término de cinco días para que se hagan presentes en el proceso.

B) Háganseles las notificaciones en la misma forma establecida para el auto admisorio de la demanda.

C) Suspéndase el proceso hasta cuando se cite a los llamados en garantía y haya vencido el término para que todos ellos comparezcan. La suspensión no podrá exceder de noventa días.

D) Las anteriores previsiones serán cumplidas por el a-quo.

2o.) Ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ruth Stella Correa Palacio,* Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la providencia de fecha 6 de mayo de 1993, Exp. 8241, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

DEMANDA-Ineptitud/COMUNICACION/ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/ACTO FICTO NEGATIVO-Inexistencia

Se demanda la nulidad de la nota N° 001847 del 5 de junio de 1987 firmada por la Directora del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, como si se tratase de un acto administrativo. Al respecto estima la Sala que dicha nota no alcanza tal carácter, pues lo cierto es que en sí misma no contiene una expresión del querer o voluntad de la administración, sino que apenas se limita a reiterarle al solicitante que las obligaciones contraídas por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores se habían cancelado. Se demandó la nulidad del acto ficto negativo en cuanto decide negativamente el recurso de apelación interpuesto ante el Ministerio de Relaciones Exteriores contra la comunicación demandada. Al respecto debe entenderse, como lo hizo el Tribunal, que frente a la inexistencia del pretendido acto administrativo inicial, mal podría surgir el acto ficto negativo acusado en la demanda. Si el recurso se interpuso contra una comunicación que no alcanzaba a configurar un acto administrativo, la omisión en decidir sobre dicho recurso no puede constituir tampoco dicho tipo de acto, pues no sería el resultado de un recurso legalmente interpuesto.

RECURSO DE APELACION-Interposición

No se atendieron las voces de los artículos 50 y 51 del C.C.A., cuando disponen que los recursos se interpondrán "ante el funcionario u órgano que profirió la decisión", que, se repite, es quien decide sobre el otorgamiento o concesión del recurso, según que haya sido interpuesto oportunamente, por persona legitimada para hacerlo y que en el acto impugnado sea susceptible de recurrirse. Si tal recurso le fuera rechazado, podrá el interesado interponer el recurso de queja directamente ante el superior del funcionario que dictó el acto y le deniega el recur-

so. En las anteriores condiciones el Ministro de Relaciones Exteriores mal podía decidir respecto de un recurso que el funcionario competente no había concedido.

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES/DEMANDA-Ineptitud

La demanda en este caso es inepta por cuanto la parte actora acumuló acciones que no son acumulables: la de nulidad con restablecimiento del derecho (art. 85), la de controversias contractuales (art. 87) y la de reparación directa (art. 86), por enriquecimiento sin causa, respecto de la cual cabe recordar que dado su carácter subsidiario, la misma no puede ejercitarse si se dispone de otra, como acontece en el sub júdice. Tal pluralidad de acciones y pretensiones le impiden al juzgador decidir en forma precisa y concreta sobre los múltiples pedimentos formulados por la sociedad actora.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D. C., treinta de julio de 1993.

Consejero Ponente: *Doctor. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No.7884. Actor: Sociedad Embalajes Atlas Ltda. Demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de julio de 1992, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de jurisdicción.

"En consecuencia,

"DECLARASE INHIBIDA esta Corporación para fallar la pretensión primera, segunda, tercera, cuarta y quinta y la primera subsidiaria.

"SEGUNDO: DECLARESE la caducidad de la acción respecto a la pretensión de enriquecimiento sin causa y en consecuencia se deniega la pretensión.

"TERCERO: CONDENESE en costas a la demandante".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones

En escrito presentado el 2 de diciembre de 1987 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sociedad Embalajes Atlas Ltda., por conducto de apoderado y

en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., formuló demanda contra el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que es nulo el Acto Administrativo contenido en la nota No. 001847 de junio 5 de 1987 proferida por la señora directora del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores por medio de la cual declaró que las "...obligaciones contraídas por el Fondo Rotatorio con Embalajes Atlas Ltda., han sido canceladas con cargo al Contrato No. 19/84, por valor de QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE., ($15'000.000.00)...". En cuanto con ello desconoce las obligaciones contraídas por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores para con EMBALAJES ATLAS LTDA.

"SEGUNDA: Que es nulo el acto ficto negativo en cuanto decidió negativamente la apelación interpuesta contra la decisión del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

"TERCERA: Que como consecuencia de las nulidades impetradas se declare que el Fondo Rotatorio de Ministerio de Relaciones Exteriores adeuda a EMBALAJES ATLAS LTDA., la suma de ONCE MILLONES CIENTO DIEZ Y OCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE., ($11'118.635.oo), por servicios prestados a dicha entidad derivados del Contrato No. 19/84 y discriminados en la siguiente forma: DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON 50/100 MCTE. ($ 2'199.343.50) y TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN DOLARES CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS (US$34.841.45).

"CUARTA: Que se condene al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores a pagar la suma citada actualizada, en lo forma en que se solicita en la petición QUINTA, siguiente, más los intereses comerciales desde la fecha de presentación de las Facturas de Cobro hasta la fecha de la sentencia; es entendido que el valor de las factura en dólares deberá ser cancelado a la tasa vigente para dólares de los Estados Unidos de América en el momento del pago.

"QUINTA: Que la cantidad líquida a que se refiere el punto TERCERO sea actualizada conforme a los criterios que utiliza la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, para mantener vigente el valor constante del peso frente a la devaluación desde el momento en que fueron presentadas las facturas hasta el momento de la sentencia.

"En subsidio de las peticiones TERCERA, CUARTA y QUINTA:

I. Que se condene in género en dólares de los Estados Unidos de América y en pesos colombianos al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores,

condena que deberá ser liquidada conforme al Artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con los dictámenes periciales que se rindan al efecto;

"II. Que en subsidio de las peticiones principales, se declare que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se ha enriquecido sin justa causa en la medida en que se benefició de los servicios prestados por EMBALAJES ATLAS LTDA., sin que hasta la fecha haya cancelado el valor de los mencionados servicios en desmedro patrimonial de mi representado, y en consecuencia, debe ser condenado al pago de las sumas líquidas que resulten probadas por medio de peritazgo dentro del proceso y actualizadas en cuanto a su valor constante en pesos, frente a la devaluación desde el momento en que fueron presentadas las facturas hasta el momento de la sentencia, más los intereses legales correspondientes a la suma actualizada, desde la fecha de presentación de las Facturas de Cobro, hasta la de la sentencia.

"SEXTA: Que conforme al Artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, se condene al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores al pago de los intereses comerciales de la cantidad que resulte probada en el proceso durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de este término".

2o.) Los fundamentos de hecho

De acuerdo con lo relatado en la demanda, entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Embalajes Atlas Ltda., se celebró un contrato de prestación de servicios para empacar, transportar y entregar obras de carácter artístico comprendidas en las exposiciones o eventos contemplados dentro del Plan de Promoción de Colombia en el exterior. Según la actora, el Fondo desconoció unas facturas que le fueron cobradas durante la vigencia del contrato, vencida la cual, dicha entidad se negó a tramitar las facturas que por servicios le fueron presentadas a pesar de que la firma contratista insistentemente requirió el pago de las cuentas pendientes de cancelación.

El 26 de mayo de 1987 la sociedad actora solicitó por escrito el pago de las obligaciones, en su criterio el Fondo salía a deberle. Sin embargo, el ente público le comunicó mediante oficio No. 001847 de 5 de junio de 1987: "Me permito reiterarle que las obligaciones contraídas por el Fondo Rotatorio con Embalajes Atlas Ltda., han sido canceladas con cargo al contrato No. 19/84 por el valor de QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000.oo)".

Contra la anterior comunicación la firma actora interpuso recurso de apelación y como no obtuvo respuesta del representante legal del Fondo, que lo era el Ministro de Relaciones Exteriores, sostiene la demandante que se configuró el silencio administrativo negativo.

3o. Actuación procesal

La entidad oficial al contestar la demanda propuso la excepciones de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, al acumular pretensiones propias de la acción de restablecimiento del derecho con las de reparación directa. Igualmente, excepcionó por falta de agotamiento de la vía administrativa y por inexistencia de los actos acusados.

En la oportunidad para presentar los alegatos de conclusión, cada parte reiteró los planteamientos consignados en la demanda, por la actora, y en la contestación por la demandada. El Fiscal de Tribunal conceptuó desfavorablemente a las pretensiones de la demanda.

4o. La sentencia impugnada

Al estudiar las excepciones propuestas, el Tribunal consideró que la comunicación 0011847 acusada no constituye acto administrativo, pues no crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de carácter general o particular. Simplemente pretende recordar que las cuentas que se enuncian ya fueron canceladas.

Esta misma situación de inexistencia se presenta con relación al acto ficto negativo, pues la falta del acto administrativo inicial impide la creación del acto ficto, pues si aquélla no tiene carácter de actos administrativos, no puede entonces producir por el silencio de la administración, respecto de una petición referente a ella, un acto ficto. Esa inexistencia de los actos demandados implica falta de jurisdicción y por ello habría lugar a decretar la nulidad. Sin embargo, como una de las peticiones subsidiarias sí es de competencia del Tribunal, éste decidió inhibirse para fallar con respecto a las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y la primera subsidiaria.

Se pronunció, en cambio, en torno a la subsidiaria por enriquecimiento sin causa, formulada porque el Fondo se benefició de los servicios de la empresa actora y no pagó la contraprestación convenida. Al respecto el a-quo consideró probada la caducidad de la acción en razón a que la última factura se presentó en julio de 1985 y la demanda se formuló el 2 de diciembre de 1987, es decir, dos años y medio después generador del incumplimiento, cuando se hallaba vencido el término para ejercer la acción.

Anota el Tribunal que la actio in rem verso por ser de naturaleza residual no procedería en este caso, pues por tratarse de conflictos derivados de incumplimiento de un contrato "la acción prevalente ha debido ser la contractual. Que en todo caso también había caducado". Por último condenó en costas, dado que el ente oficial estuvo representado por un abogado externo.

5o. Razones de la apelación

La parte actora recurrió en apelación al considerar que el juzgador de primera instancia se equivocó al no darle a la comunicación demanda, la calidad de acto

administrativo acusable y anulable, "en la medida en que con él se pretende desconocer, embozar u olvidar o archivar el derecho de un administrado a la justa compensación económica por unos servicios efectivamente prestados a requerimiento de la administración".

"Sostiene además que el yerro del Tribunal se originó también "en una parcial apreciación del dictamen a despecho de su interpretación integra e indivisible y en la falta de apreciación de la prueba documental".

Con relación a la caducidad de la acción fundamentada en el enriquecimiento sin causa afirma el recurrente que el error del Tribunal al considerar que la acción adecuada era la relativa a contratos le permitió declarar tal caducidad. No obstante, como la acción correspondiente es la de reparación directa, estima el recurrente que "lejos de operar el fenómeno de la caducidad, la demanda se presentó en tiempo y con el lleno del total de los requisitos que la ley exige".

Afirma el apelante que si bien el contrato finalizó el 11 de mayo de 1985, el Fondo continuó solicitando sus servicios, que la actora prestó "impelida por los requerimientos de la administración y por la propia y evidente necesidad de ésta en recuperar y traer a territorio colombiano un valioso patrimonio artístico, bajo el convencimiento de la pronta celebración de un nuevo contrato, o de la renovación del anterior". Manifiesta además el recurrente que hay suficiente evidencia probatoria sobre los servicios prestados por la firma demandante con posterioridad al contrato, lo cual fue ignorado por el Tribunal.

De otra parte, aduce que la sociedad actora "concilió con razón la esperanza de la extensión del contrato, alentada por las actitudes descritas de la administración..." y sólo tuvo certeza jurídica de que no se le pagaría a partir del 5 de junio de 1987, fecha de la comunicación acusada, y desde la cual considera que empieza a contarse el término para el ejercicio de la acción de reparación directa. Con fundamento en decisión de la Sala contenida en sentencia de 10 de septiembre de 1992 de la cual fue ponente el señor Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta y considerando que en el caso examinado se estructura la figura de enriquecimiento sin causa, concluye con una solicitud para que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a lo pedido en la demanda.

En la oportunidad para elegar de conclusión, el apoderado del Fondo Rotatorio solicitó la confirmación del fallo censurado. Considera el ente oficial que si la actora encontraba un incumplimiento en las prestaciones que a él le correspondían ha debido promover directamente la acción de controversias contractuales; y si encontraba un enriquecimiento injusto debió acudir a la acción de reparación directa, sin necesidad de provocar la expedición de actos administrativos.

Con referencia al recurso de apelación contra la sentencia, afirma que no se han aportado elementos de juicio para controvertir los argumentos del fallo. Es así, como insiste en la existencia de actos administrativos, con olvido de que si éstos

existieron por su propia naturaleza contractual eran impugnables a través de controversias contractuales. Respecto de la justificación que da el apelante por la presentación extempóranea de la demanda, basado en que sólo hasta el 5 de junio de 1987 tuvo certeza jurídica de que no se le pagaría la suma reclamada, considera el apoderado del Fondo que de aceptarse tal argumentación, se echaría "por tierra el principio de la prelusión en punto de las acciones contencioso administrativas, pues bastaría que durante el término correspondiente... el particular formulara una improcedente solicitud de pago a la administración, para que su respuesta -obviamente negativa- tuviera la virtualidad de interrumpir dicho lapso".

La parte actora también alegó de conclusión con reiteración de los argumentos expresados al sustentar el recurso y respaldada además en los artículos 83 y 90 de la Carta Política,

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la demanda se refiere al desarrollo del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y la firma Embalajes Atlas Ltda., contrato administrativo en el cual, se consagró la cláusula de caducidad. Corresponde entonces en tales condiciones el conocimiento del caso bajo estudio a esta jurisdicción.

Para esta Sala el fallo recurrido deberá revocarse por cuanto en el caso examinado se presenta una inepta demanda que da lugar a una decisión inhibitoria. En efecto:

En primer término se demanda la nulidad de nota No. 001847 del 5 de junio de 1987 firmada por la Directora del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, como si se tratase de un acto administrativo. Al respecto estima la Sala que dicha nota no alcanza tal carácter, pues lo cierto es que en sí misma no contiene una expresión del querer o voluntad de la administración, sino que apenas se limita a reiterarle al solicitante que las obligaciones contraídas por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores se habían cancelado. En momento alguno tal comunicación dió lugar a la creación, modificación o extinción de alguna relación jurídica, la que, de otra parte, mal podía darse si se atiende a que la capacidad ordenadora de la Directora del Fondo referido estaba limitada a $500.000 de acuerdo con la Resolución 138 de 23 de febrero de 1983 expedida por la misma entidad. De otra parte, cabe recordar que le es inherente al acto administrativo el que el mismo constituya una decisión de carácter obligatorio para los administrados, circunstancia que tampoco se presenta frente a la comunicación acusada. Con razón el a-quo determinó en la providencia apelada que la nota demandada no constituía un acto administrativo y en tal sentido la Sala comparte su criterio.

En segundo lugar se demandó la nulidad del acto ficto negativo en cuanto decide negativamente el recurso de apelación interpuesto ante el Ministerio de Relaciones Exteriores contra la comunicación demandada. Al respecto debe entenderse, como

lo hizo el Tribunal, que frente a la inexistencia del pretendido acto administrativo inicial, mal podría surgir el acto ficto negativo acusado en la demanda. Si el recurso se interpuso contra una comunicación que no alcanzaba a configurar un acto administrativo, la omisión en decidir sobre dicho recurso no puede constituir tampoco dicho tipo de acto, pues no sería el resultado de un recurso legalmente interpuesto. Debe observarse cómo la sociedad demandante al impugnar en apelación la comunicación acusada, lo hizo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y no ante la funcionaria que había expedido la nota demandada, para que aquella decidiera previamente sobre la procedencia, oportunidad y legitimidad del recurso. No se atendieron las voces de los artículo 50 y 51 del C.C.A., cuando disponen que los recursos se interpondrán "ante el funcionario u órgano que profirió la decisión", que, se repite, es quien decide sobre el otorgamiento o concesión del recurso, según que haya sido interpuesto oportunamente, por persona legitimada para hacerlo y que en el acto impugnado sea susceptible de recurrirse. Si tal recurso le fuera rechazado, podrá el interesado interponer el recurso de queja directamente ante el superior del funcionario que dictó el acto y le deniega el recurso. En las anteriores condiciones el Ministro de Relaciones Exteriores mal podía decidir respecto de un recurso que el funcionario competente no había concedido.

En tercer lugar y en subsidio de las peticiones anteriores solicita la parte actora que se declare un enriquecimiento sin causa en favor del Fondo Rotatorio demandado y en perjuicio de la sociedad demandante, la cual no percibió contraprestación por los servicios posteriores a la terminación del contrato. Frente a esta solicitud del Tribunal consideró que a la fecha de presentación de la demanda, la acción ya se encontraba caducada, pues las facturas presentadas al Fondo por la accionante están fechadas la última en julio de 1985 y de esta época al 2 de diciembre de 1987, cuando se presentó la demanda, había transcurrido un lapso superior a los dos años previstos pra ejercitar la acción de reparación directa, por el artículo 136 del C.C.A. Tal apreciación igualmente la comparte la Sala.

No obstante, lo anterior, para la Sala resulta claro que la parte actora ejercitó simultánea e indebidamente acciones diferentes que no permiten manejarlas dentro del mismo proceso. En efecto, utilizó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A., y subsidiariamente de las principales, pretende que se declare un enriquecimiento sin causa, reclamable por la vía del artículo 86 del mismo código. Pero adicionalmente acude el demandante a la acción contractual consagrada en el artículo 87 del ordenamiento citado, cuando la tercera petición de la demanda solicita el reconocimiento de las sumas de dinero "por servicios prestados a dicha entidad derivados del Contrato No. 19/84...".

De lo anterior concluye la Sala que la demanda en este caso es inepta, por cuanto la parte actora acumuló acciones que no son acumulables: la de nulidad con restablecimiento del derecho (art. 85), la de controversias contractuales (art. 87) y la de reparación directa (art. 86), por enriquecimiento sin causa, respecto de la cual cabe recordar que dado su carácter subsidiario, la misma no puede ejercitarse si se dispone de otra, como acontece en el sub-júdice. Tal pluralidad de acciones y preten-

siones le impiden al juzgador decidir en forma precisa y concreta sobre los múltiples pedimentos formulados por la sociedad actora, circunstancia que impone una decisión inhibitoria, previa revocatoria de 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:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la de 30 de julio de 1992, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO. Declárase inhibido para dictar sentencia de mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintinueve (29) de julio 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.

REF: EXPEDIENTE No. 7884
ACTOR: SOCIEDAD EMBALAJES ATLAS LTDA.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO-Arma Oficial

No era necesario el uso del fusil contra la víctima, pues de parte de la misma ninguna actitud agresiva armada o desarmada debió de enfrentar el militar agresor, quien olvidó completamente las instrucciones sobre el manejo de las armas de dotación oficial y la oportunidad para utilizarlas, de acuerdo con las armas reglamentarias y legales que regulan la materia. Esa conducta precipitada, violenta, innecesaria e ilegítima del soldado agresor configura por sí sola la falla del servicio, pues contrariando la normatividad constitucional, antes que proteger la integridad personal de Taborda Alvarez, lo que el militar mencionado hizo fue atentar contra la misma, en una actuación en la que probado como se encuentra el daño causado y su relación con la falla eludida, no lleve a conclusión distinta de declarar la responsabilidad patrimonial a cargo del ente demandado, determinación asumida en el fallo apelado y que se confirmará en esta providencia.

PERJUICIOS MATERIALES/LUCRO CESANTE

Como de las constancias procesales se deduce que la víctima al momento de los hechos no era económicamente productivo, pues apenas se preparaba como estudiante de dibujo arquitectónico y decoración, considera la Sala que el reconocimiento por lucro cesante sólo deberá hacerse desde el 29 de mayo de 1991, esto es, cuando cumplió los 25 años de edad, época para la cual es de presumir que Edison Taborda Alvarez habría definido su actividad laboral y productiva.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: expediente No. 7921 Actor: *Edison Taborda Alvarez y otros.* Demandado: La Nación -Mindefensa- Ejército Nacional.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 18 de septiembre de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1. Declarar a la NACION -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional- Administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, ocasionados al joven EDISON TABORDA ALVAREZ en hechos ocurridos el día 17 de octubre de 1990.

"2. Como consecuencia, condénase a la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional- a pagar a las siguientes personas estos valores, por concepto de Perjuicios Morales subjetivos:

"a) A EDISON TABORDA ALVAREZ el equivalente a UN MIL (1.000) GRAMOS DE ORO FINO.

"b) A los señores PAULINO ANTONIO TABORDA RESTREPO Y CENEIDA MARIA ALVAREZ DE TABORDA, en su condición de Padres Legítimos del anterior, el equivalente a QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO FINO, para cada uno.

"c) A los señores CARLOS ALBERTO TABORDA ALVAREZ, LUIS EVELIO TABORDA ALVAREZ Y MARIA AMPARO TABORDA ALVAREZ en su carácter de hermanos el equivalente a DOSCIENTOS CINCUENTA (250) GRAMOS DE ORO para cada uno.

"Estos valores se tasarán al precio del oro que indique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3. CONDENASE A LA NACION -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a pagar al señor EDISON TABORDA ALVAREZ, la suma de DIEZ MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL OCHENTA Y TRES PESOS CON CINCO CENTAVOS M/CTE. ($10.096.083.05 M/CTE.) por concepto de LUCRO CESANTE.

"4. CONDENASE A LA NACION - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional- a pagar al señor EDISON TABORDA ALVAREZ, por concepto de DAÑO EMERGENTE la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS PESOS ($293.700) M/CTE.

"5.- CONDENASE A LA NACION -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, a pagar al señor PAULINO ANTONIO TABORDA RESTREPO. la suma de: DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE. ($256.000.oo).

'6.- Las condenas anteriores se hacen en concreto y deberán ser actualizadas conforme con las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

"7.- Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"8.- CONSULTESE CON EL SUPERIOR".

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. La demanda.

En escrito presentado el 2 de julio de 1991 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, los señores Edison Taborda Alvarez, Paulino Antonio Taborda Restrepo, Ceneida María Alvarez de Taborda, Carlos Alberto Taborda Alvarez, Luis Evelio Taborda Alvarez y María Amparo Taborda Alvarez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL- es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales ocasionados a EDISON TABORDA ALVAREZ, PAULINO ANTONIO TABORDA RESTREPO, CENEIDA MARIA ALVAREZ DE TABORDA, CARLOS ALBERTO TABORDA ALVAREZ, LUIS EVELIO TABORDA ALVAREZ y a MARIA AMPARO TABORDA ALVAREZ, con las graves "Lesiones Personales" de que fue víctima EDISON TABORDA ALVAREZ, hijo del segundo y tercer poderdantes y hermano de los demás, en hechos ocurridos dentro del perímetro urbano de la ciudad de Cali el día 17 de octubre de 1.990, los cuales fueron protagonizados por miembros del Ejército Nacional en una evidente y presunta falla en el servicio.

"SEGUNDA.- CONDENASE A LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL a pagar a EDISON TABORDA ALVAREZ (lesionado); PAULINO ANTONIO TABORDA RESTREPO (padre); CENEIDA MARIA ALVAREZ DE TABORDA (madre); CARLOS ALBERTO TABORDA ALVAREZ (hermano); LUIS EVELIO TABORDA ALVAREZ (hermano) y a MARIA AMPARO TABORDA ALVAREZ (hermana), por intermedio de su apoderado judicial, todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales que se les ocasionaron con las graves "Lesiones Personales" de que fue víctima EDISON TABORDA ALVAREZ, en hechos ocurridos dentro del perímetro urbano de la ciudad de Cali, el día 27 de octubre de 1.990, los cuales fueron protagonizados por miembros del Ejército Nacional en una evidente y presunta falla en el servicio, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrare dentro del proceso, teniendo en cuenta los lineamientos trazados por el H. Consejo de Estado:

"a) A la suma de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo) moneda legal, por concepto de perjuicios patrimoniales ya causados o daño emergente, represen-

tados por los gastos médicos y hospitalarios para el tratamiento del lesionado EDISON TABORDA ALVAREZ y los gastos que se están causando y se causarán buscando la posible rehabilitación del mismo.

"De esta suma se debe decretar a favor de PAULINO ANTONIO TABORDA RESTREPO, padre del lesionado, el valor de $256.000.oo, por concepto de servicios de fisioterapia prestados por el "Centro de Fisioterapia Capri", conforme a comprobante de pago de fecha abril 30 de 1.991.

"A favor del lesionado EDISON TABORDA A., la suma de $331.700.oo cancelados al Hospital Universitario del Valle, Clínica San Antonio, a Clini-Servi y a la Cruz Roja- Banco de Sangre-, conforme a los comprobantes de pago que se adjuntan a la presente.

"b) La suma de treinta millones de pesos ($30.000.000.oo) moneda corriente, por concepto de lucro cesante futuro, representada por la merma en los ingresos futuros que obtendría el lesionado como "Dibujante Profesional", carrera que se encontraba cursando en el momento del insuceso, en la Academia de Dibujo Profesional de esta ciudad, habida cuenta de la edad del lesionado al producirse el hecho (24 años), la edad futura útil laborable conforme a las tablas colombianas de mortalidad y a la incapacidad laboral definitiva evaluada médicamente en un 70 %.- En Subsidio, a la suma que se demostrare o fijare pericialmente, debiendo ser la condena a favor del lesionado.

"c) El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales subjetivos o "pretium-doloris", consistente en el profundo dolor y aflicción que ocasiona el hecho de haber estado al borde de la muerte y quedar con consecuencias permanentes que lo inhabilitan para su marcha locomotiva, además de la deformidad física por las cicatrices aberrantes sufridas por el lesionado.- En cuanto a los padres y hermanos el dolor y aflicción se presenta por la angustia, incertidumbre y preocupación que tuvieron durante el desarrollo y evolución de la lesión de EDISON, dolor que perdurará por toda la vida en razón de que nunca lo volverán a ver en su plena capacidad e integridad física que tenía antes de ser baleado injusta y arbitrariamente por un miembro del Ejército Nacional.

"d) El interés aumentado con la variación promedio del índice de precios al consumidor.

"TERCERA.- LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria".

2o. Los hechos

Se relata en la demanda que en la tarde del 17 de octubre de 1990, Edison Taborda Alvarez salió de su casa para hacer una llamada desde un teléfono público,

vestido con camiseta y una pantaloneta que había traído después de prestar su servicio militar. En esos momentos una patrulla militar le exigió sus documentos de identidad y como no los tenía, les ofreció traerlos de su casa, explicándoles que él era estudiante y no guerrillero. Los militares hicieron caso omiso de su manifestación y uno de ellos lo ofendió y lo amenazó con subirlo al vehículo militar para conducirlo al batallón, lo que llevó a Taborda Alvarez a correr del lugar. Posteriormente, cuando regresaba a su casa, apareció uno de los soldados y sin mediar palabra disparó su fusil Galil de dotación oficial contra la víctima, lesionándole el fémur derecho. La intervención de otras personas impidió que el soldado continuara en su agresión y cuando llegaron otros miembros de la patrulla militar abandonaron al herido sin prestarle ayuda.

El lesionado es hijo de Paulino Antonio Taborda Restrepo y Ceneida María Alvarez, quienes contrajeron matrimonio y procrearon además de la víctima, a María Amparo, Luis Evelio, y Carlos Alberto Taborda Alvarez.

3o. Actuación procesal

La entidad demandada sostuvo al contestar la demanda que no se podía responsabilizar a la Nación por el proceder imprudente del afectado, pues de haber atendido al llamado de la patrulla para que explicara el por qué utilizaba una prenda militar, el hecho no se hubiera presentado. Fue la víctima con su proceder imprudente y negligente la que propició el accidente. Estas mismas razones sirvieron de sustento a su alegato de conclusión.

La parte actora sostiene que hubo una falla en el servicio, la que considera presunta por haberse causado el daño con arma de dotación oficial por parte de un soldado del Batallón de Policía Militar de la Tercera Brigada con sede en Cali. Agrega que a pesar de la anterior circunstancia la falla del servicio también se encuentra probada "pues el soldado no tenía ninguna razón, necesidad ni derecho para disparar."

Considera además que se probó el daño material y moral causado a la víctima y los perjuicios morales inferidos a sus padres y hermanos. Por último encuentra suficientemente acreditada la relación causal entre la falla y las consecuencias dañosas, para concluir que se da la responsabilidad extracontractual de la administración.

4o. La sentencia apelada

Consideró el a-quo que se daba en el caso examinado una falla del servicio presunta por el carácter oficial del arma causante del daño. De otra parte no encontró que el disparo hecho por el soldado tuviera alguna justificación, pues la conducta imprudente atribuida por el ente demandado a la víctima no fue establecida, de donde concluyó "que la falla del servicio ha quedado debidamente probada".

Por concepto de perjuicios morales reconoció el Tribunal el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para el lesionado, 500 gramos del mismo metal para sus padres y 250 para cada uno de sus hermanos.

Los perjuicios materiales derivados de la incapacidad laboral permanente del 70% con que quedó el lesionado, los reconoció el a-quo con base en el salario mínimo legal, a pesar de que al resultar lesionado era económicamente improductivo. Siguiendo las orientaciones jurisprudenciales de la Sala calculó los períodos de indemnización debida y futura según el término de vida probable de la víctima, para un total de $ 10.096.083.05 por lucro cesante.

Como daño emergente reconoció el valor de la asistencia fisioterapéutica pagado por Paulino Antonio Taborda Restrepo, a pesar de que la autora del documento donde consta el pago no compareció a reconocerlo y la demandada no solicitó expresamente su satisfacción, según el numeral 3o del artículo 22 del Decreto 2651 de 1991. Así mismo ordenó el pago de las sumas canceladas por Taborda Alvarez a la Clínica San Antonio Ltda. ($48.000), al Hospital Universitario del Valle ($ 197.700) y a la Clíni-Servi ($ 48.000), valores actualizados desde la causación del perjuicio hasta la ejecutoria de la sentencia.

5o. Razones de la apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación para que se reconocieran 1.000 gramos de oro en favor de cada uno de los padres del ofendido y 500 gramos del mismo metal para cada uno de sus hermanos.

Igualmente radica su inconformidad en que la actualización de los perjuicios debe comprender hasta la ejecutoria del fallo de segunda instancia y no hasta la fecha de la sentencia recurrida.

6o. El concepto del Ministerio Público

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que hubo culpa de la víctima al huir de los uniformados y no asumir las consecuencias de encontrarse indocumentado, y de otra parte, se presentó "imprudencia y abuso de autoridad de parte de los uniformados por haber obrado con ligereza e imprudencia al dar un uso indebido al arma de dotación y faltar a su deber de auxiliar a un ciudadano herido, con el agravante de que las lesiones sufridas por éste, eran consecuencia de la propia actuación de uno de sus miembros...". Estima la señora Procuradora Delegada que "la responsabilidad deberá ser compartida en la proporción en que la falla o falta se reconozca como causa del daño ocasionado, limitándose en consecuencia su tasación conforme al grado de responsabilidad imputable a la víctima:" y en tal sentido solicita la modificación de la sentencia recurrida.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el proceso que ahora ocupa la atención de la Sala, se encuentra debidamente acreditado:

- Que Paulino Antonio Taborda Restrepo y Ceneida María Alvarez contrajeron matrimonio el 4 de junio de 1961 (fl. 3A).

- Que en dicho matrimonio procrearon a Edison Taborda Alvarez (fl. 6), María Amparo Taborda Alvarez (f. 4), Luis Evelio Taborda Alvarez y Carlos Alberto Taborda Alvarez (f. 7).

- Que el soldado Carlos Arcila Hurtado, prestaba su servicio militar obligatorio y para la fecha de los hechos portaba el fusil G-3 No. 63FS 05559 de dotación oficial. (fls. 33, 65 y 68 c.2).

- Que el joven Edison Taborda Alvarez como consecuencia de las lesiones ocasionadas por el soldado Arcila Hurtado con el arma de dotación oficial, quedó laboralmente incapacitado en un 70% y en forma permanente, conforme a los dictámenes médicos visibles a los folios 315 a 318 del cuaderno dos.

- Con base en las anteriores comprobaciones resulta clara la conclusión del Tribunal Administrativo del Valle al declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad pública demandada por las lesiones que un miembro del ejército le ocasionara al demandante Edison Taborda Alvarez. Tal suceso susceptible de manejarse según los lineamientos de la falla presunta del servicio derivada del nexo instrumental causante del daño, permite también que se examine como una falla probada del servicio, pues a ello conduce la conducta a todas luces cuestionable de los militares que integraban la patrulla que inicialmente pretendió detener a Taborda Alvarez.

Llamó la atención de los militares una vieja pantaloneta de tela correspondiente al uniforme camuflado de los miembros del Ejército que portaba Edison Taborda. Las explicaciones suministradas por el lesionado no fueron atendidas y ante la posibilidad de sentirse maltratado por no portar documentos de identidad emprendió carrera hacia su casa. Tal actitud sin duda reprochable ante la fuerza pública, si bien podía en determinado momento ocasionarle alguna represión policiva, no ameritaba, sin embargo, que fuera perseguido como lo hizo el soldado Carlos Arcila Hurtado y menos aún, que lo recibiera con su fusil de dotación oficial, dispuesto para accionarlo contra la persona de Taborda Alvarez, como en efecto lo hizo, y pretendía continuar haciéndolo, contra una persona sola, desarmada y que ni siquiera intentó agredir al militar. La reacción solidaria de las personas que observaron el incidente gráficamente explica lo abusivo, arbitrario e irregular del procedimiento seguido por el aludido militar, y agravado por los demás al dejar abandonado y mal herido a Taborda Alvarez.

No era necesario el uso del fusil contra la víctima, pues de parte de la misma ninguna actitud agresiva armada o desarmada debió de enfrentar el militar agresor, quien olvidó completamente las instrucciones sobre el manejo de las armas de dotación oficial y la oportunidad para utilizarlas, de acuerdo con las normas reglamentarias y legales que regulan la materia.

Esa conducta precipitada, violenta, innecesaria e ilegítima del soldado agresor configura por sí sola la falla del servicio, pues contrariando la normatividad constitucional, antes que proteger la integridad personal de Taborda Alvarez, lo que el militar

mencionado hizo fue atentar contra la misma, en una actuación en la que probado como se encuentra el daño causado y su relación con la falla aludida, no lleva a conclusión distinta de declarar la responsabilidad patrimonial a cargo del ente demandado, determinación asumida en el fallo apelado y que se confirmará en esta providencia.

Con relación a los perjuicios morales, reconocidos en cuantía equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para el lesionado, 500 gramos para sus padres, y 250 gramos del mismo metal para sus hermanos, la Sala respeta la razonable discrecionalidad del juzgador para tasar esa indemnización, pues considera que dada la naturaleza y consecuencia de la lesión recibida las sumas reconocidas cumplen la finalidad compensatoria de esa indemnización para la víctima y sus familiares.

Con respecto a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente derivado de los gastos médicos, y hospitalarios realizados por causa de la lesión recibida, la Sala hace las siguientes precisiones:

Con relación a la factura de la Clínica San Antonio por droga y honorarios médicos, la cual fue reconocida por quien la suscribió, en declaración de folios 141 y 141 v, se dispondrá su pago en favor del lesionado. Así mismo se le reconocerá la suma pagada al Hospital Universitario del Valle -Evaristo García - por valor de $197.700, cuya certificación fue también reconocida en este proceso (fl. 140 v). De igual manera, dado que también se reconoció la factura de Clínica-Servi por valor de $48.000 (f. 141), deberá cancelarse tal cantidad. Estos valores deberán actualizarse. Igual determinación cabe con respecto al pago de los servicios de fisioterapia para el lesionado y cancelados por su padre Paulino Taborda por valor de $258.000.

En cuanto al lucro cesante liquidado por el Tribunal, la Sala procederá a adecuar la cuantificación de los perjuicios atendiendo a la edad y ocupación de la víctima, así como a los índices de precios al consumidor que se encuentran vigentes, siendo estos los factores a modificar, en el fallo recurrido, por cuanto en lo demás el mismo se sujetó a las orientaciones y procedimientos matemáticos adoptados por esta Sección.

Como de las constancias procesales se deduce que la víctima al momento de los hechos no era económicamente productivo, pues apenas se preparaba como estudiante de dibujo arquitectónico y decoración (f. 34), considera la Sala que el reconocimiento por lucro cesante sólo deberá hacerse desde el 29 de mayo de 1991, esto es, cuando cumplió los 25 años de edad, época para la cual es de presumir que Edison Taborda Alvarez habría definido su actividad laboral y productiva.

El salario mínimo legal para mayo de 1991 era de $51.720, que actualizado mediante la fórmula $Vp = Vh \times \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$

corresponde a: $Vp = 51.720 \times \frac{302.66\ (\text{junio}/93)}{191.56\ (\text{mayo}/91)} = \$\ 81.716.30.$

Indemnización debida

Abarca desde el cumplimiento de 25 años de edad (29 de mayo de 1991), hasta la fecha de esta sentencia (22 de julio de 1993), es decir, 25.7 meses.

Se aplica la fórmula: $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$;

cuyos términos se explican en el fallo apelado.

$$S = 81.716.30 \times \frac{(1 + 0.004867)\ 25.7 - 1}{0.004867} = \$2.231.331.57.$$

Valor de la Indemnización debida: $ 2.231.331.57.

Indemnización futura

Comprende desde la fecha de la sentencia hasta el cumplimiento del término de vida probable de la víctima, que corresponde a 48.89 años, o 586.68 meses, de los cuales se descuentan 25.7 meses correspondientes a la indemnización debida. Queda entonces un período indemnizatorio futuro de 560.98 meses.

Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i\ (1 + i)^n};$$

cuyos términos fueron explicados en la sentencia de primera instancia.

$$S = 81.716.30 \times \frac{(1 + 0.004867)\ (560.98 - 1)}{0.004867\ (1 + 0.004867)\ 560.98} = \$\ 15.687.890.49$$

Valor de la indemnización futura: $ 15.687.890.49

Suma el lucro cesante: $ 17.919.222.06.

De la cantidad anterior en razón al porcentaje de incapacidad reconocido al lesionado, le corresponde a éste la suma de $12.543.455.44.

Por concepto de daño emergente en favor de Edison Taborda Alvarez, se reconocerá la suma de $293.700 correspondiente a los pagos anteriormente relacionados y acreditados. Tal valor se actualiza así:

$$Vp = 293.700 \frac{302.66}{177.82} = \$\ 499.894.51.$$

Para Paulino Taborda, quien pagó el tratamiento de fisioterapia de su hijo, como daño emergente, le corresponde la suma de $258.000 que actualizados equivalen a $373.994.34.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, parcialmente de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMANSE los numerales 1, 2, 6, 7 y 8 del fallo apelado, esto es, el proferido el 18 de septiembre de 1992, por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO. MODIFICANSE los numerales 3, 4 y 5 de la sentencia recurrida, los cuales quedan así:

3. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar a Edison Taborda Alvarez, por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante) la suma de doce millones quinientos cuarenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos con 44/100 ($12.543.455.44) moneda legal.

4. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a pagar a Edison Taborda Alvarez, por concepto de perjuicios materiales (daño emergente), la suma de cuatrocientos noventa y nueve mil ochocientos noventa y cuatro pesos con 51/100 ($499.894.51) moneda legal.

5. Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a pagar al señor Paulino Antonio Taborda Restrepo por daño emergente la suma de trescientos setenta y tres mil novecientos noventa y cuatro pesos con 34/100 ($373.994.34) moneda legal.

TERCERO; DENIEGANSE las demás pretensiones.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO-Parto/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA

Fué omisiva y descuidada la conducta médica asumida por el ente demandado, dado que no hay anotación alguna sobre los controles preventivos anteriormente señalados, facilitándose en esa forma el proceso infeccioso que posteriormente generó la histerectomía y por último la corrección de la fístula vesico-vaginal. A lo anterior puede agregarse el descuido postoperatorio frente a la demandante, a quien no obstante su avanzado estado infeccioso, se la envió a su casa con una formulación desconocida no sólo procesalmente, sino también clínicamente, pues ni siquiera en las anotaciones de medicación consta el tipo de droga ordenado, ni se le señaló para posterior control. Tal desidia y descuido por parte del servicio médico del I.S.S. no puede encasillarse sino en una falla del servicio presunta, en donde hay lugar a presunción que dicho servicio no funcionó adecuadamente sin de manera irregular, generando consecuencialmente los daños físicos y sicológicos en la señora demandante y los perjuicios morales para ella y su familia.

ACTIVIDAD PELIGROSA/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/CARGA DE LA PRUEBA

Cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de la falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se puede exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos

encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución. La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operación de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegara que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D. C., treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: expediente No. 8025 Actor: Marta Lilliana Pérez y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

Se procede a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la actora, contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 1992, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones

En escrito presentado el 1o. de septiembre de 1988 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, Marta Lilliana Pérez, David y Alvaro Gutiérrez Pérez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda contra el Instituto de Seguros Sociales para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1o. Que por falla en el servicio médico y quirúrgico, brindado con ocasión del embarazo y parto, que culminó con el nacimiento del niño Julio César Gutiérrez Pérez, el Instituto de Seguros Sociales es responsable de todos los perjuicios materiales y morales causado a los demandantes conforme a los supuestos fácticos que se indican en la presente demanda.

"2o. Que como consecuencia de la anterior declaración, está la entidad demandada en la obligación de reconocer y pagar a MARTA LILLIANA PEREZ DAVID, el lucro cesante que se establecerá en el proceso, por la pérdida de capacidad laboral permanente parcial, sufrida por los problemas físicos que le acarreó, la circunstancia anotada en la primera declaración.

"3o. Que el Instituto de Seguros Sociales deberá pagar a MARTA LILLIANA PEREZ DAVID, ALVARO GUTIERREZ y JULIO CESAR GUTIERREZ PEREZ, este último representado por los dos primeros, el equivalente para cada uno, al valor de mil gramos de oro, como perjuicios morales causados por los hechos que sirven de sustento a la presente acción reparatoria".

2o. Fundamento de hecho

En la sentencia recurrida se hizo el siguiente resumen:

"1o. Que la señora MARTA LILLIANA PEREZ DAVID se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales, como trabajadora al servicio de la empresa Inversiones Suprema Ltda.

"2o. Que entre los años 1986 y 1987 fué atendida por el embarazo que culminó con el nacimiento de su hijo Julio César Gutiérrez Pérez el día 15 de julio de 1987.

"3o. Que la atención médica y el control efectuado durante el embarazo en el Centro de Atención Básica (CAB) de Campo Valdés, fué normal y estuvo a cargo de los Dres. Carlos Mármol y Fernando Piedrahita.

"4o. Que el 12 de julio de 1987 el Dr. Fernando Piedrahita ordenó su hospitalización en la Clínica León XIII, ya que el embarazo estaba prolongado y requería una "constante atención y estar presto a conseguir las ayudas de rigor cuando de estos eventos se trata...".

"5o. Que durante los dos primeros días, se le aplicó pitosín, para provocar y acelerar el parto y no obstante ello, el día 14 no se lograba, entonces el médico de turno dispuso llevar a cabo una cesárea para evitar riesgos en el parto, pero fue devuelta la paciente del "quirófano por orden de una médica, que estimó que debía continuar aplicándose pitosín y así se hizo, sin que este procedimiento arrojara resultados positivos".

"6o. Que por fin se obtuvo el parto mediante cesárea que llevó a cabo la Dra. MARGARITA HURTADO, anotándose que había sido difícil; posteriormente la demandante en forma progresiva empezó a experimentar continencia urinaria, fiebre recurrente y supuración permanente de materia mal oliente que indicaba la existencia de una infección, ante lo cual recurrió de nuevo al I.S.S. porque los médicos estimaron que no existía razón alguna para alarmar.

"7o. Que ante tales circunstancias recurrió a los servicios particulares del médico LUIS ALFREDO VILLA quien de inmediato detectó que al practicarle la cesárea le habían dejado un cuerpo extraño, una porción de gasa y que debido a ello padecía severa infección que amenazaba seriamente su vida, y procedió a remitirla al Instituto de Seguros Sociales, en donde después de 8 días de estar

hospitalizada se le practicó una histerectomía o extracción de la matriz y parte de los ovarios para poder detener la infección.

"8o. Que cuando esperaba la recuperación de la demandante, ésta presentó incontinencia urinaria y en el Instituto le diagnosticaron una fístula vesicovaginal y le prescribieron unos ejercicios y la colocación de una sonda para su recuperación, tratamiento que resultó equivocado y trajo padecimientos indecibles a la actora, hasta que por fin un urólogo descubrió el rompimiento de la vagina ocasionado durante la histerectomía por imperdonable impericia del cirujano, motivo por el cual el 13 de noviembre el urólogo Rodrigo Muriel la sometió a una nueva cirugía que remedió el problema.

"9o. Que no obstante su recuperación, la señora Pérez David quedó prácticamente imposibilitada para desempeñar su labor habitual en la empresa Inversiones Suprema y por tal motivo se le reubicó en un cargo en donde su salario es inferior; a lo anterior se suma el golpe moral al no poder concebir nuevos hijos".

3o. Actuación procesal

El Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda, admitió como ciertos algunos hechos, negó aquellos que comprometían su responsabilidad y se opuso a todas las pretensiones, pues considera que "la infección de que aquí se trata no puede imputársele a negligencia o culpa de la entidad demandada... Todo lo que hicieron los médicos del Seguro es ceñido a las prácticas normales y más recomendables en medicina; lo que ocurre es que toda persona que por su condición de salud requiere atención médica, mucho más tratándose de una cirugía, está sometida a riesgos normales". Así mismo considera que la fístula vesíco-vaginal que afectó a la paciente "se presenta con mucha frecuencia", y afirma que el I.S.S. cubrió todos los gastos necesarios para que la demandante recobrara su salud y "la devolvió al mercado laboral con la misma capacidad de trabajo que tenía antes de la cesárea".

De otra parte propuso las excepciones de caducidad "de alguna o algunas de las acciones intentadas..." y de "Pago de lo que pudiera considerarse daño emergente".

Posteriormente, en la oportunidad para alegar de conclusión, sostuvo que "Era de cargo de los accionantes acreditar el descuido en la operación cesárea...". Y, además, que esa falla produjo un daño reparable económicamente". Así mismo, con fundamento en el dictamen parcial recaudado concluye que no se dio la falla en el servicio y que si algún daño se produjo, éste no le es imputable a la entidad estatal, ni siquiera la incapacidad para concebir más hijos permite tomarla como un perjuicio moral, pues éste no puede presumirse, sino que requiere ser probado.

La parte actora al alegar de conclusión, reitera la existencia de una falla en el servicio, con fundamento en que no se le proporcionó la atención inicial inmediata, ni la atención médica adecuada para evitar el proceso infeccioso; que durante ocho días de hospitalización no se determinó la causa de la infección, que se hubiera

despachado a la paciente para su casa sin establecer el foco infeccioso captado al practicarse la cesárea y que la cirugía para corregir la fístula vesico-vaginal se programó para cinco meses más tarde, sólo que por intervención de otro médico la intervención pudo anticiparse. Resalta también el largo tiempo del sufrimiento físico de la demandante y el dolor moral ente la imposibilidad de concebir".

El fiscal Tercero del Tribunal, concretó así su criterio sobre el particular:

"En tratándose de actividades médicas y hospitalarias que comprometen la puntualidad y exactitud del servicio, no baste el desconocimiento de la obligación general de prudencia y cuidado para que se genere la responsabilidad de la Administración, además se requiere que por la falta exceda ciertos límites, es decir, que sea grave, entendiendo por tal la omisión de las tareas que normalmente se pueden esperar del servicio en las condiciones en que usualmente se cumple".

"Con este presupuesto y de la prueba procedentemente reseñada, es imposible inferir responsabilidad alguna de la Administración. En efecto, demostrado que la atención prestada a la señora Marta Liliana Pérez fué la adecuada, y, de otra parte, no habiéndose podido establecer el origen del absceso pélvico ni tampoco el de la fístula vésico-vaginal, ninguna falla en el servicio puede imputarse al Instituto de los Seguros Sociales".

4o. La sentencia apelada

En los siguientes términos puede concretarse la posición jurídica del Tribunal:

"La jurisprudencia y la doctrina desde hace varias décadas en forma constante reiteran que para que se configure la responsabilidad extracontractual de la administración es indispensable que concurran tres elementos: una falta o falla en la prestación del servicio, un resultado dañoso y el nexo de causalidad entre los dos primeros elementos. Al aplicar esta regla fundamental al evento sub-lite resulta manifiesto conforme al acervo probatorio que por parte alguna del proceso se demostró la presunta falta o falla en la prestación del servicio médico, quirúrgico y hospitalario que la entidad de la seguridad social debía brindar a la codemandante a causa de su embarazo, durante el parto y en la época posterior.

"Al confrontar las afirmaciones que contienen los hechos narrados en la demanda con la respuesta y explicación que en la contestación dió el Instituto de Seguros Sociales, las versiones de los diversos galenos que por una u otra causa les correspondió tratar a la actora, y el claro y contundente experticio de los médicos que sirvieron como peritos en el debate, queda muy en claro que a la señora Pérez la institución le prestó el servicio requerido, en la forma adecuada, sin dilaciones u omisiones, y con resultados que se pueden considerar como satisfactorios para su salud y para el bienestar del grupo familiar.

"Las imputaciones sobre la ocurrencia de descuidos imperdonables durante la época anterior al parto, abstenerse de darle la atención para que no superara las semanas ordinarias de gestación y de ese modo evitar la cesárea o la omisión de los cuidados posteriores al parto mediante cesárea para evitar la ocurrencia de una infección no establecidos. La práctica de la anexohisterectomía como forma o medio de salvar la vida de la paciente en peligro de muerte a causa de la infección que la afectaba, se acreditó como el medio adecuado al que debían recurrir los médicos tratantes; la fístula vesico-vaginal que padeció luego, se acreditó que era una secuela frecuente en estos casos, no imputable a falta o falla de los cirujanos que verificaron la operación anterior, y además la fístula fué tratada y resuelta sin dilaciones imputables a la institución y en forma satisfactoria".

"Así las cosas, la Sección comparte el criterio de su colaborador Fiscal y desechará las pretensiones de la demanda".

De la sentencia recurrida salvaron el voto dos de los Magistrados integrantes de la Sección Primera del Tribunal, para quienes en el caso examinado hubo un mal tratamiento médico de la infección originada en el parto por cesárea, de donde derivó el proceso infeccioso. Así mismo considera que su salvamento acuden a conceptos de esta Corporación contenidos en las sentencias de 14 de febrero de 1992, en el proceso de Mariana Barazzutti Chiapolino y de 30 de julio de 1992, proceso de Gustavo Eduardo Ramírez, con ponencia del señor Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo y de quien proyecta esta providencia, respectivamente.

5o. Razones de la apelación

El apoderado de la parte actora recurrió del fallo proferido, y su inconformidad la respalda en las razones expuestas en el salvamento de voto, los planteamientos de la demanda y los razonamientos del alegato de conclusión, de los cuales extracta los argumentos que le permiten sustentar la impugnación, y que lo conducen a reiterar la falla del servicio de la entidad demandada, frente a una afiliada que como paciente se puso oportunamente en los manos de los médicos del I.S.S., en estado normal, para resultar finalmente afectada física y moralmente, tras de someterse a los irregulares y complicados procedimientos médico-quirúrgicos a que fué sometida en la institución mencionada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En este proceso se encuentra acreditado:

- Que la demandante Marta Liliana Pérez David, desde el inicio de su embarazo fue atendida por el servicio médico del Instituto de Seguros Sociales. (fl. 27).

- Que el 11 de julio de 1987 el médico tratante del CAB de Campo Valdés, determinó la remisión de la paciente a obstetricia, en la Clínica León XIII, "para evaluación, pues no inicia trabajo de parto y tiende a embarazo prolongado". (fl. 27).

- Que el 13 de julio se inició la inducción del parto. (fl. 25 v).

- Que según la historia clínica, el 15 de julio, "desde la mañana estuvo (sic) preparada para cesárea, en la tarde se la suspendieron y se ordenó inducción, está muy angustiada, lleva varios días aquí con inducciones fallidas, las contracciones son buenas y seguidas... le suspenden inducción y se le coloca dextrosa...". A las 8:10 p.m., se anota: "Llega pte. (sic) al quirófano No. 1 para cesárea por embarazo prolongado. (fl. 85 v).

- Que en la descripción operatoria se encontró: "L. A. (líquido amniótico) **meconiado fétido**, feto macrocónico difícil extracción, placenta normal..." (fl. 90) y en la historia clínica se advierte: "... nace hombre... nació muy deprimido apgas: 2-3, se llama al pediatra urgente, es **necesario** entubarlo logra recuperación..." (fl.85).

- Que "cuando se extrajo el bebé, el líquido estaba fétido y por eso se consideró una cesárea infectada y por eso se puso en tratamiento... esta paciente se considero infectada y por eso se le hizo el tratamiento para la infección...", según lo manifiesta la propia cirujana Dra. Margarita Cecilia Hurtado a folios 153 a 156.

- Que el 28 de julio de 1987, al puncionar el saco de Douglas le "salen fácilmente 5 c.c. de pus fétida. Se prepara para Cirugía DX: Absceso pélvico". (f. 58) y se efectúa una histerectomía para corrección del absceso pélvico. Fué dada de alta el 24 de agosto de 1987 y se estableció como conducta a seguir: "cierre fístula V-V en 5 meses, control Ginecología en 15 días, y cita en Urología para evitar complicaciones mientras tanto..." (fl. 44).

- Que el 12 de noviembre de 1987 ingresa la paciente para que se le practique cirugía de corrección de fístula vesico-vaginal, practicada la cual, fue dada de alta en buenas condiciones.

De las comprobaciones antes relacionadas la Sala deduce que en contra de la apreciación del Tribunal, en el presente caso sí se dio una falla en el servicio médico del I.S.S.

En efecto:

Dada la trascendencia y el riesgo que implica la inducción para la madre y para la criatura, como que puede conducir a una meconiada, la aplicación de la droga inductora y sus efectos deben ser cuidadosamente controlados y valorados, estableciéndose la cantidad adecuada de unidades de la droga usada y la dilución utilizada. Este riguroso control que impone el uso del medicamento inductor obedece a que al presentarse las contracciones uterinas, puede producirse una anoxia en el feto cuyas consecuencias obligan a evaluar su estado con frecuencia periódica.

Se reconoce en medicina que el meconio es la respuesta a la anoxia que sufre el feto, si este defeca intrauterinamente. En estos casos los riesgos quirúrgicos para la madre son muy elevados, ya que en una cavidad cerrada el crecimiento de la flora

bacteriana es estrictamente anaerobia, esto es, un crecimiento bacteriano en ausencia de oxígeno, por lo que al determinarse infección en cavidad uterina se impone efectuar un tratamiento inmediato con antibióticos combinados en dosis altas, ojalá por vía endovenosa antes de la intervención, pues se trata de un proceso séptico o infeccioso.

No se probó por parte del ente demandado el que frente a la demandante Marta Lilliana Pérez se hubieran realizado los más elementales controles en el procedimiento inductivo. Por el contrario, la historia clínica enseña que la paciente " desde X (sic) la mañana *estuvo (sic) preparada* para cesárea, en la tarde *se la suspendieron* y le *ordenaron inducción... lleva varios días aquí con inducciones fallidas...*". (fl. 85 v).

Desconcertante por lo menos resulta el comportamiento previsivo de la entidad médica al inducir en varias oportunidades a la paciente, sin que se establezca la clase de contracción, período de repetición, dirección de la misma, tipo de dolor, frecuencia cardíaca fetal o fetocardia, con miras a prevenir y manejar la anoxia, pues frente a ésta, la respuesta fetal no es otra que el meconio expulsado, dicho en otros términos, la defecación del feto intrauterinamente, con las secuelas infecciosas correspondientes.

Del examen de la desordenada e incompleta historia clínica, la Sala infiere que fué omisiva y descuidada la conducta médica asumida por el ente demandado, dado que no hay anotación alguna sobre los controles preventivos anteriormente señalados, facilitándose en esa forma el proceso infeccioso que posteriormente generó la histerectomía y por último la corrección de la fístula vesico-vaginal".

A lo anterior puede agregarse el descuido postoperatorio frente a la demandante, a quien no obstante su avanzado estado infeccioso, se la envió a su casa con una formulación desconocida no sólo procesalmente, sino también clínicamente, pues ni siquiera en las anotaciones de medicación consta el tipo de droga ordenado, ni se le señaló para posterior control. Tal desidia y descuido por parte del servicio médico del I.S.S. no puede encasillarse sino en una falla del servicio presunta, en donde hay lugar o presunción que dicho servicio no funcionó adecuadamente sino de manera irregular, generando consecuencialmente los daños físicos y sicológicos en la señora demandante y los perjuicios morales para ella y su familia.

A la anterior conclusión arriba la Sala con respaldo en anteriores pronunciamientos, entre ellos, los contenidos en las sentencias de 30 de julio de 1992; actor: Gustavo Eduardo Ramírez; expediente No. 6897, con ponencia de quien proyecta este fallo; y de 20 de agosto de 1992; actor: Henry Enrique Saltarín Monroy; expediente No. 6754, con ponencia del señor Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Se dijo en la primera de las providencias citadas: "Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le ha-

cen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juegos intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre las cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

"Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisfacieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

"Podrán así los médicos exonerados de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

"Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa".

Y en el segundo de los fallos nombrados se consignó: "Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N.) produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad.

"Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta, dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los canones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.

En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de la falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución.

La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales caso probar como mínimo los supuestos que permiten la operación de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

"En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operación de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demanda no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

"Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o cosas peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como un actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que pueden presentarse durante el proceso operatorio".

Establecida pues, la falla del servicio y acreditado que como consecuencia de la misma se produjeron los perjuicios de los demandantes, se impone declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado y la correspondiente indemnización.

No acertó el Tribunal en la valoración y apreciación de la prueba recaudada, y fue errada su conclusión, como lo fue también "el contundente experticio" que le sirvió de apoyo, al consignar en el fallo impugnado: "queda muy claro que a la señora Pérez la institución le prestó el servicio requerido, en la forma adecuada (?), sin dilaciones (?), u omisiones (?), y con resultados que se pueden considerar como satisfactorios (?) para su salud y para el bienestar (?) del grupo familiar".

Ahora bien, con respecto a la indemnización por lucro cesante, la parte actora no acreditó debidamente la pérdida de su capacidad laboral de la demandante, la cual, conforme al dictamen rendido por los peritos médicos: "Al corregírsele la fístula vesico-vaginal, la paciente no tiene limitación laboral". Por lo anterior no habrá lugar a indemnización por perjuicios materiales, a más de que los costos médicos y quirúrgicos fueron asumidos por la institución demandada.

Con relación a los perjuicios morales, los que se encuentran más que justificados ante el doloroso proceso iniciado con la inadecuada atención preoperatoria en la Clínica León XIII, y mantenido hasta cuando física y sicológicamente fué lastimada para siempre su condición de mujer y madre, estima la Sala que deberá indemnizársela con el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino. Para su esposo e hijo, se le reconocerá a cada uno el equivalente en pesos a 400 gramos del mismo metal.

No prosperarán las excepciones de caducidad y de pago, por cuanto de una parte, la demanda fué presentada oportunamente, y de otra, no se reclamó por los gastos que el hecho dañoso originó a la actora.

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

FALLA:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la de 18 de septiembre de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO. Declárase al Instituto de Seguros Sociales responsable por daños causados a la señora Marta Lilliana Pérez David, con ocasión del parto por cesárea atendido el 15 de julio de 1987.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar los siguientes valores, por concepto de indemnización de perjuicios morales:

a) Para Marta Lilliana Pérez David, la suma equivalente en pesos a ochocientos (800) gramos de oro fino.

b) Para Alvaro Gutiérrez y el menor Julio César Gutiérrez Pérez, el equivalente en pesos a cuatrocientos (400) gramos de oro fino, para cada uno.

El Banco de la República certificará sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

CUARTO. DENIEGANSE las demás pretensiones.

QUINTO. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A., para lo cual se expedirá copia auténtica de este fallo, con constancia de ejecutoria, para las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

REF: EXPEDIENTE No. 8O25. ACTOR: MARTA LILLIANA PEREZ Y OTRO.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reiteran las sentencias de 30 de julio de 1992, Exp. 6897, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, Actor: GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ y sentencia de 20 de agosto de 1992, Exp. 6754, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Actor: HENRY ENRIQUE SALTARIN

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO-Señalización

No resulta fácil de entender que la policía vial pase por alto la presencia de dos canecas grandes, pintadas de amarillo, rellenas de arena y piedra, y por lo mismo de difícil movilización. Tal omisión en el croquis no puede tener otra significación diferente a que la noche del accidente no estaban tales canecas y, por consiguiente, resultaba fácil, especialmente en horas nocturnas, caer dentro del hueco y consecuencialmente, dadas sus dimensiones, perder el control del automotor. Aparte de lo anterior, el conductor acreditó su licencia de conducción, de donde se deduce que tenía las aptitudes y facultades necesarias para manejar ese tipo de vehículos. Además, al parecer su comportamiento fue normal en cuanto a que no se hallaba bajo los efectos del licor, ni conducía a exceso de velocidad. En el caso bajo examen sí se presentó una falla del servicio por parte del ministerio demandado, acentuada por ser esta vía una carretera de tráfico numeroso y de tipo pesado, como que comunica a Bogotá con el oriente y la Costa Atlántica del país, lo cual exige una mejor atención y un más cuidadoso mantenimiento. Para la Sala la conducción de automotores por las carreteras de la Nación debe cumplirse, desde luego, al asumir el riesgo de conducir o de usar un vehículo motorizado, debe hacerlo con la confianza de que las vías son normalmente utilizables y que, si hay obstáculos o peligros en la carretera, la administración procurará eliminarlos a la mayor brevedad posible o, cuando menos, mediante las señales necesarias advertirá su presencia.

BIEN MATERIAL-Pérdida/PERJUICIOS MORALES

Sin desconocer el impacto emocional que ese tipo de hecho dañoso genera en una persona, en el presente caso no hay lugar a su reconocimiento. La afectación moral compensable pecuniariamente ha de ser

tan especialmente intensa y afectivamente tan apreciable, que no todo contratiempo o descalabro económico pueda ser moralmente compensado. La calidad de la persona, su vinculación personal o sentimental hacia el bien perdido, la procedencia del mismo, su originalidad, la imposibilidad física de reemplazarlo o sustituirlo, son entre otros, factores a tomar en consideración cuando en casos como el presente se pretende una indemnización de perjuicios morales de pérdida, desmejora, o destrucción de un bien material.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: expediente No. 8009 Actor: Marco Antonio Pérez Díaz. Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 1992, por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso:

"Primero. DECLARASE administrativamente responsable a la NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE de la totalidad de los perjuicios ocasionados al actor MARCO ANTONIO PEREZ DIAZ como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 6 de mayo de 1988, en el puente "La Libertad", Municipio de Barbosa (Santander).

"Segundo. CONDENASE en abstracto a la NACION -MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, al pago de perjuicios materiales (daño emergente) al demandante, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.108.543 de Duitama (Boyacá), conforme a las bases señaladas en la parte motiva de esta providencia.

La suma que resulte de la liquidación incidental de la condena, deberá actualizarse conforme a lo indicado en el artículo 168 del C.C.A.

"Tercero. CONDENASE A LA NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES, a pagar al demandante por concepto de perjuicios morales la suma de 600 gramos de oro puro, al precio que certifique al Banco de la República a la fecha ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto. LA NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES, dará cumplimiento de este fallo dentro de los términos previstos en los artículos 176 y s.s. del C.C.A.".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones

En escrito presentado el 23 de abril de 1990 ante el Tribunal Administrativo de Santander, el señor Marco Antonio Pérez Díaz, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra la Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para que hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: LA NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden causados al demandante como consecuencia de la destrucción sufrida por su vehículo de trabajo -camión marca Dodge, modelo 1974, placas SN7040, en percance de tránsito ocurrido el día 6 de mayo de 1988 en el puente "La Libertad", comprensión municipal de Barbosa (Santander).

"SEGUNDA: LA NACION, MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, pagará al señor MARCO ANTONIO PEREZ DIAZ la suma que en moneda nacional valgan mil gramos de oro puro en la fecha de ejecutoria del fallo, a título de compensación por el daño moral subjetivo derivado de la pérdida del que era su único elemento de trabajo y de subsistencia, obtenido con grandes esfuerzos y mantenido a costa de enormes sacrificios.

"TERCERA: LA NACION, MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, indemnizará al señor MARCO ANTONIO PEREZ DIAZ el daño emergente, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la aplicación del artículo 107 del Código Penal -por analogía-. o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica.

"CUARTA: LA NACION, MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, indemnizará al señor MARCO ANTONIO PEREZ DIAZ el lucro cesante (indemnización debida o consolidada e indemnización anticipada o futura), en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la aplicación del artículo 107 del C.P. -por analogia-, lo que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica.

"QUINTA: El monto se actualizará de acuerdo con las pautas y fórmulas matemáticas financieras adoptadas por el Juez Administrativo, tomando en consideración especialmente el índice de precios al consumidor y/o la corrección monetaria y/o los intereses de Ley.

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

2o. Los hechos

Se relata en la demanda que a eso de las 11:30 de la noche del 6 de mayo de 1988, cuando Mesías Pérez Ravelo conducía el camión marca Dodge, modelo 1974, placas SN7040, de propiedad del demandante, al llegar al puente "La Libertad", a la altura del kilómetro 1 de la vía que comunica a Barbosa con Moniquirá, el vehículo se volcó y se precipitó al lecho del río. El automotor quedó destruído.

La causa del accidente la atribuye el actor "al pésimo estado de mantenimiento del importante puente", en el cual había un enorme hueco, sin señal alguna que lo advirtiera, lo que hizo salir de la vía al vehículo, con los consecuenciales daños del mismo, para cuya reparación se vió en la necesidad de adquirir dinero prestado con intereses, situación que a la larga le significó trasladarse a vivir en compañía de unos parientes, con la repercusión que ese descalabro ocasionó en su vida y la de su familia.

3o. Actuación procesal

El Ministerio de Obras Públicas contestó la demanda y se opuso a las pretensiones del actor. Adujo que el hecho "se debió a la impericia del señor MESIAS PEREZ RAVELO, en el manejo de su vehículo, y a la velocidad en que conducía el mismo" y que existían como señales de previsión dos canecas de 55 galones, llenas de piedra y arena, y sobre ellas dos banderolas. Propuso además la excepción de culpa de la víctima. Posteriormente al alegar de conclusión, explica cómo la aparición de un hueco sobre la vía es inevitable y requiere por lo menos de algunas horas de trabajo en su reparación, lapso durante el cual se colocan las señales necesarias de aviso y prevención, las cuales estaban instaladas en el caso examinado, como fueron dos canecas grandes, pintadas, llenas de arena y piedras, con dos antorchas que se encendían en horas nocturnas. Reitera su concepto de que el accidente radicó en el manejo imprudente e imprevisivo por parte del conductor.

El agente del Ministerio Público conceptuó favorablemente a las súplicas de la demanda, en razón a que no se probó por el Ministerio de Obras Públicas que hubiera colocado las señales necesarias para evitar el accidente.

4. La sentencia impugnada

Encontró el Tribunal debidamente acreditado el hecho generador de la responsabilidad, con el croquis o informe del accidente, las fotografía del lugar y del camión accidentado, las informaciones gráficas de Vanguardia Liberal y las fotografías del puente La Libertad, donde se observa el hueco, las señales que indican la presencia del puente y la curva que hay antes de llegar a él. Con base en las declaraciones recaudadas, concluye el a-quo que para la fecha del accidente "no existía distintivo alguno que indicara la cercanía del hueco". Igualmente, considera que también se

acreditó la falla del servicio por omisión "consistente en la falta de vigilancia, conservación y señalización de la vía...". Con relación al daño, dispuso el Tribunal condenar en abstracto por concepto de daño emergente, mas nó por lucro cesante" porque el actor no acreditó que con el vehículo obtuviera ingresos mensuales". Por concepto de perjuicios morales, reconoció el equivalente en pesos a 600 gramos de oro "por la angustia, conmoción y tristeza que este tuvo que sufrir al ver casi destruído el bien que constituía la principal fuente de subsistencia de su familia...". Por último encontró que se daba el nexo causal entre la falla del servicio y el daño, para configurar la responsabilidad administrativa del ente demandado.

5o. Razones de la apelación

La parte demandada sustenta su desacuerdo con la decisión anterior, en razón a que considera que el Ministerio de Obras Públicas sí le dio mantenimiento a la vía donde sucedió el accidente. De otra parte, en torno a la señalización del hueco sobre la carretera, estima que el a-quo "se apoya caprichosamente en la declaración de testigos de la parte actora", y desestima las versiones "dadas por los declarantes de la parte demandante", quienes afirman la existencia de señales preventivas en el lugar del accidente. Reitera que el lamentable hecho "sólo puede imputársele al conductor del vehículo, pues ciertamente no existía justificación para transitar por encima de hueco, porque su existencia estaba visiblemente señalizada...". Así mismo cuestiona el reconocimiento de los perjuicios morales.

Para la parte actora, su descontento con lo decidido por el a-quo, radica en que no se reconoció indemnización por lucro cesante. Estima que el perjuicio sí se demostró, pero no su cuantía, en cuyo caso procede la condena en abstracto o inclusive basada en los ingresos correspondientes al salario mínimo legal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo recurrido debe confirmarse en cuanto a la declaración de responsabilidad del ente demandado. Se modificará, en cambio, en lo relacionado con la indemnización por perjuicios morales y por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Considera la Sala que en el caso examinado se encuentra acreditada fehacientemente la falla del servicio por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. A esta conclusión se llega con fundamento en las siguientes comprobaciones:

a) Croquis o informe del accidente No. 308365 practicado por la Policía Vial en el lugar del hecho. (fls. 2 y 3). En el mismo el agente Carlos Aguillón, gráficamente dibujó el puente, sus barandas, el hueco sobre la vía y el daño causado a la baran-

da. Además la anotación como causa probable: "Impercie (sic) en el manejo". No hay absolutamente ninguna referencia a existencia de señales, menos aún de dos canecas pintadas, con capacidad de 55 galones cada una y con sus respectivos mecheros.

b) A los folios 8, 9 y 10 se encuentran las fotografías del estado como quedó el automotor y la ubicación del hueco sobre la vía, apostadas por la parte actora, y al folio 56, las allegadas por la parte demandada, sobre el lugar del accidente y las señales que avisan la proximidad de la curva y el puente.

c) En su declaración, el conductor del camión Mesías Pérez Ravelo, presentó ante la Magistrada sustanciadora, "la Licencia de Conducción expedida por el INTRA, con categoría 10 para conducir "VEHICULOS CON CAPACIDAD MAYOR DE DIEZ (10) PASAJEROS...". (fl. 101).

d) El mismo conductor, los señores Parmenio Ravelo (f. 96), Elcías Coy Luengas (fl. 138 - 139), Pablo Emilio Carvajal Parra (fl. 180), en sus declaraciones sostienen que para la fecha del accidente no había señalización para avisar la presencia del hueco en la mitad de la vía.

e) Dagoberto Rafael Rocha, Ingeniero del Ministerio de Obras Públicas encargado de la Seccional Barbosa para la época de los hechos, sostuvo que en el sitio del accidente se utilizaron señales fácilmente removibles, razón por la cual y porque no estuvo presente "no puedo asegurar que en ese momento estuvieron". (fl. 118). El también Ingeniero al servicio del Ministerio demandado, Carlos Roberto Martínez, conoció del hecho al día siguiente y sostiene que había señalización del hueco con canecas pintadas de amarillo reflectivo, antes y después del obstáculo y que se habían prendido los mecheros.

Aprecia la Sala que las únicas pruebas que permiten afirmar la existencia de señalización en el puente "La Libertad", previniendo sobre el hueco que allí se encontraba, provienen de los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas en quienes, aparte de su vinculación laboral con el ente demandado, la Sala observa que no estuvieron presentes en al momento del hecho, y sólo se enteraron del mismo al día siguiente. Por tal razón, como bien lo explicara uno de ellos, no pueden asegurar que en el momento del accidente estuvieran. Es cierto que dentro de las normas de prevención y seguridad del aludido Ministerio, está la colocación de las señales necesarias. Pero de ahí, a que tales normas se cumplan estrictamente se presenta una gran diferencia.

De otra parte, en contra de estas versiones, obran en el proceso las de quienes por ser vecinos del sector o por encontrarse en el accidente sostiene la falta de señalización. Pero además, llama especialmente la atención de la Sala, el informe y croquis del accidente, en donde se consignan distintas informaciones sin que se haga la más mínima referencia a las señales que supuestamente se habían colocado. No

resulta fácil de entender que la Policía Vial pase por alto la presencia de dos canecas grandes, pintadas de amarillo, rellenas de arena y piedra, y por lo mismo de difícil movilización. Tal omisión en el croquis no puede tener otra significación diferente a que la noche del accidente no estaban tales canecas y, por consiguiente, resultaba fácil, especialmente en horas nocturnas, caer dentro del hueco y consecuencialmente, dadas sus dimensiones, perder el control del automotor.

Aparte de lo anterior, el conductor acreditó su licencia de conducción, de donde se deduce que tenía las aptitudes y facultades necesarias para manejar ese tipo de vehículos. Además, al parecer su comportamiento fue normal en cuanto a que no se hallaba bajo efectos del licor, ni conducía a exceso de velocidad. En tales sentidos ninguna prueba obra en el expediente.

No desconoce la Sala que en las fotografías aportadas por las partes, se observan unas señales de aviso y prevención de carácter general y con respecto a una curva y un puente. Pero en ningún caso con relación precisa al hueco. Las fotografías de prensa donde aparecen canecas de señalización, no corresponden cronológicamente con la fecha del accidente.

En las anteriores condiciones y recordando que en el mismo lugar y por la misma causa, ya se habían presentado otros accidentes, según lo relataron vecinos del sector, concluye la Sala que en el caso bajo examen sí se presentó una falla del servicio por parte del Ministerio demandado, acentuada por ser esta vía una carretera de tráfico numeroso y de tipo pesado, como que comunica a Bogotá con el oriente y la Costa Atlántica el país, lo cual exige una mejor atención y un más cuidadoso mantenimiento.

Con respecto a este tipo de accidentes generados en la falta de señalización adecuada de las vías, la Sala en distintas ocasiones se ha pronunciado en el sentido de reconocer por tales omisiones una falla del servicio generadora de responsabilidad para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en consideración a que es a dicho ente público a quien le corresponde velar por el funcionamiento normal de las carreteras y por su conservación y mantenimiento, de tal forma que los usuarios no vean comprometidos su vida, integridad y patrimonio por un deficiente e irregular servicio de la Administración. La frecuencia de los accidentes en el mismo lugar y por causa del mismo hueco a través de varios años, reafirman el criterio de la Sala de que la conducta administrativa del Ministerio de Obras Públicas en el puente de La Libertad ha sido deficiente al no procurar una solución definitiva de la avería del mismo en tan importantísima y concurrida vía nacional.

Sin duda, de haber cumplido el Ministerio con sus obligaciones de adecuado mantenimiento del puente y señalización del obstáculo que el hueco representaba para las personas y automotores que necesariamente tenían que transitar por dicho puente, el accidente no se hubiera presentado, pues el conducto hubiera podido acomodar su comportamiento a las dificultades que el hueco representaba para las personas y automotores que necesariamente tenían que transitar por dicho puente, el

accidente no se hubiera presentado, pues el conductor hubiera podido acomodar su comportamiento a las dificultades que el hueco representaba, ateniéndose a las señales preventivas correspondientes. Para la Sala la conducción de automotores por las carreteras de la Nación debe cumplirse, desde luego, con suficiente prudencia y cuidado, pero el usuario, a su vez, al asumir el riesgo de conducir o de usar un vehículo motorizado, debe hacerlo con la confianza de que las vías son normalmente utilizables y que, si hay obstáculos o peligro en la carretera, la administración procurará eliminarlos a la mayor brevedad posible o, cuando menos, mediante las señales necesarias advertirá su presencia.

Como consecuencia del accidente originado en la falla del servicio anotada, el demandante resultó patrimonialmente perjudicado, es decir, que además de la falla, se dio el daño y el nexo causal de ésta con aquella, para configurar así la responsabilidad de la administración y, consecuencialmente, el compromiso indemnizatorio en favor del demandante.

Con relación a los perjuicios morales reconocidos por el a-quo en equivalencia a 600 gramos de oro en favor del actor, considera la Sala que, sin desconocer el impacto emocional que ese tipo de hecho dañoso genera en una persona, en el presente caso no hay lugar a su reconocimiento. La afectación moral compensable pecuniariamente ha de ser tan especialmente intensa y afectivamente tan apreciable, que no todo contratiempo o descalabro económico pueda ser moralmente compensado. La calidad de la persona, su vinculación personal y sentimental hacia el bien perdido, la procedencia del mismo, su originalidad, la imposibilidad física de reemplazarlo o sustituírlo, son entre otros, factores a tomar en consideración cuando en casos como el presente se pretende una indemnización de perjuicios morales por pérdida, desmejora, o destrucción de un bien material.

Con respecto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, estima la Sala que procesalmente es deducible la afectación económica del actor ante la imposibilidad de explotar pecuniariamente el vehículo accidentado. En el proceso se afirma que el demandante lo utilizaba para transporte y comercio de "líchigo" y al accidentarse precisamente viajaba con un cargamento de piña. Así pues, es indudable que ante la imposibilidad de trabajar dicho vehículo, el actor dejó de percibir las ganancias que éste le generaba. Otra cosa es que durante el proceso no se comprobó el monto que periódicamente producía, por lo que se hace necesario cuantificar estos perjuicios mediante trámite incidental, el que se cumplirá además para complementar la liquidación del daño emergente, conforme a las siguientes pautas:

Daño emergente

Se practicará prueba pericial a efecto de que expertos tomen en cuenta las características del carro accidentado; los daños sufridos, el valor de su reparación, de acuerdo con los daños de la carrocería, chasis, defensa, motor; latonería y pintura, para lo cual se tomarán en cuenta la información que puedan suministrar los señores Luis Felipe Arias Rodríguez, Pablo Antonio Lozano Pimiento, Guillermo Gómez y Gilberto Garcés Maldonado, quienes participaron en la reparación y recuperación del automotor.

Lucro cesante

Se calculará su valor de acuerdo con el producido normal y ordinario que un camión de las características del accidentado podía generar en la región, de acuerdo con su capacidad de carga, estado de funcionamiento, valor de las tarifas de carga, para lo cual se sugiere informarse al respecto en las empresas de transporte de la región. Tal cuantificación se hará tomando en cuenta tales valores para la época del accidente y el período indemnizatorio estará limitado exclusivamente al tiempo que duró la reparación del automotor, o en todo caso y normalmente se gasta en los arreglos efectuados. Una vez obtenido el producido bruto, se deducirán los costos necesarios para la producción de aquel, tales como salarios y prestaciones sociales del conductor y ayudante, gasolina, aceites, llantas, peajes, etc.

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 Primero, Segundo y Cuarto de la providencia apelada, esto es, la de 9 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO. REVOCASE el ordinal Tercero del fallo apelado.

TERCERO. CONDENASE en abstracto a la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte, a pagar a Marco Antonio Pérez Díaz, por concepto de perjuicios materiales -lucro cesante-, el valor que resulte de la liquidación incidental que se adelante de acuerdo con los artículos 137 del C. de P. C. y 172 del C.C.A.

El interesado deberá intentar la tramitación del incidente, dentro de los 60 días siguientes al de la notificación del auto proferido por el Tribunal en que disponga dar cumplimiento a lo decidido en esta providencia.

CUARTO. DENIEGANSE las demás pretensiones.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, seis (6) de Agosto 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.

REF: EXPEDIENTE No. 8009. ACTOR: MARCO ANTONIO PEREZ DIAZ.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA/RETENCION DE PERSONAS-Muerte

En el caso sub examine el ad-quem encuentra que la falla del servicio quedó demostrada con los testimonios rendidos dentro del proceso por los señores CARLOS ANTONIO VALENCIA y ABELARDO FORONDA CAMPO, quienes dispusieron, como lo destaca muy bien el señor procurador Décimo Delegado, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en forma SERIA y CONCORDANTE, lo que permite concluir que el señor JESUS ADRIANO HENAO CIFUENTES apareció muerto, después de haber sido retenido por la fuerza policiva.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D. C., agosto 6 de 1993.

Consejero Ponente: *Doctor. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. 7709 Actor: Martha Oliva Isaza Mesa y otros. Demandado: La Nación Policía Nacional.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, 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;

"GERARDO ANTONIO HENAO Y ROSALBA CIFUENTES DE HENAO obrando en su propio nombre y en representación de su hijo menor EDUAR JOSUE CIFUENTES, MARIA DEL ROCIO, BERTA OLIVA, MARIA ROSALBA, SOR TERESA Y ANTONIO JOSE HENAO CIFUENTES Y MARIA OLIVA ISAZA MESA, igualmente en representación de sus hijos menores LINA NATALIA, PAULA CRISTINA y ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA, han solicitado y previas las ritualidades dispuestas por la ley se declare a la NACION Policía Nacional responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a ellos como padre, esposa, hijos y hermanos con ocasión de la muerte de JESUS ADRIANO HENAO CIFUENTES ocurrida el 12 de diciembre de 1989 a manos de agentes de la Policía Nacional.

"FUNDAMENTOS DE HECHO:

"Una síntesis de los hechos enunciados se intenta en el sentido de que el 12 de diciembre de 1989 en el Barrio Andalucía de la ciudad de Medellín fue retenido por agentes de la policía nacional que se movilizaban en el carro patrulla 407, Jesús Henao Cifuentes, actitud que fue precedida de palabras ofensivas y de exhibición de armas de fuego sin que existiera motivo justificante.

"El señor Carlos Antonio Valencia quien cumplía funciones de celador y que presenció lo acontecido informó a Luz Elvia Henao lo pasado con su hermano para que averiguara su suerte y efectivamente encontraron que había sido baleado, hallándo su cadáver en el anfiteatro, horas después.

"NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO:

"Encuentra el apoderado de los actores superados artículos de la Constitución Nacional, Pactos Internacionales aprobados por medio de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 y Reglamentos de Disciplina de la Policía Nacional.

"POSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

"La Nación acudió a la controversia contestando la demanda, aportando pruebas, contra-interrogando testigos y alegando finalmente que la falla en el servicio de la cual se busca deducir responsabilidades estatales no se configuró, haciendo además hincapié en el resultado de un disciplinario adelantado para analizar si existió participación de la policía y donde por falta de pruebas se solicitó la cesación de procedimiento.

"POSICION FISCAL:
"El Ministerio público, Fiscalía Segunda, no conceptuó.

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Se predica una falla en el servicio de la Policía que tradicionalmente se ha desarrollado y jurisprudencialmente dentro de los siguientes lineamientos:

"La responsabilidad de la administración conforme a la tesis de las "fallas del servicio", quedó, según la doctrina expresada, caracterizada en lo general, en los términos siguientes sin perjuicio de las precisiones que este fallo le introduce más adelante. (V. 32 y 35)".

"Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la "falla del servicio", o culpa de la administración, desaparece en consecuencia la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima".

"Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos".

"Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño".

"El descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima)".

"Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella".

"Los actos u omisiones dañosas del agente por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo. (En sentencia de octubre 28 de 1976. Ponente: doctor Jorge Valencia Arango)".

"Conforme es visible a folio 63 y ss., los funcionarios de Permanencia efectuaron el levantamiento del cadáver de una persona que había sido lesionada con un proyectil de arma de fuego y que le había ocasionado una de naturaleza esencialmente mortal por laceración encefálica quien posteriormente fue identificado como Jesús Adriano Henao Cifuentes y es precisamente sobre este hecho donde se basa la acción de reparación directa, por cuanto sus familiares, padres, esposa, hijos y hermanos hallan que todo fue por parte de la policía nacional quien horas antes lo habían detenido en el barrio Andalucía -Francia del Municipio de Medellín cuando un agente portando un revólver lo detuvo y lo introdujo a una patrulla de la policía distinguida con la No. 407".

"Y para demostrarle a la jurisdicción su responsabilidad se allegaron testimonios y se adujo un disciplinario que la Institución armada adelantó para el esclarecimiento de lo ya narrado y justo es dilucidar y exclusivamente en estas dos pruebas la verdad de lo ocurrido.

"Es necesario destacar antes que todo que el informativo que adelantó la policía y radicado con el No. 0765 sólo se inició en noviembre de 1990, casi un año

después de la muerte violenta que recibió Henao Cifuentes por denuncia o queja presentada por Rosalía Cifuentes (folio 92), madre de la víctima y accionante y quien alegando que por problemas de salud no había acudido con anterioridad a su pretensión, impulsó así el disciplinario que caso paralelamente con el presente juicio se siguió y que ya terminó solicitándose una cesación del procedimiento, porque las pruebas aportadas así lo ameritan.

"Y del análisis que obligadamente tiene que intentar el juez administrativo para dirimir la controversia es de sopesarse las declaraciones de Carlos Antonio Valencia Ospina (folio 72 y siguientes) y Abelardo Foronda Ocampo (folios 76), recepcionadas el 9 de julio de 1991 confrontándolas con las que estas mismas personas y tres días después rindieron ante la oficina de disciplina de la Cuarta Estación de Manrique (folio 118 y 120).

"Ambos eran celadores en el lugar o barrio donde fue aprehendido Jesús Adriano Henao y es de destacarse que sus dichos son rotundos y firmes para enseñar que efectivamente la víctima a la hora y día ya señalado fue abordado por una persona que vestido con el uniforme propio de la policía nacional con revólver en mano y luego de ultrajarlo de palabra lo condujo y atropelladamente a un vehículo que también tenía distintivos oficiales.

"Apuntó Carlos Antonio Valencia lo siguiente;

"... Preguntado: Diga si alguna vez habló con él y por qué razón. C/ Hablé con él porque él venía de trabajar y se paró a hablar conmigo, con mi compañero y al rato llegó él y nos pusimos a conversar al rato pasó un policía y paró una patrulla y le dijo usted que hace allí y el muchacho no le contestó nada a los policías y se quedó allí y se bajó un agente de la policía con el revólver en la mano y lo cogieron del pelo y lo hicieron gritar allí, al rato cuando le dijeron lo pararon y nos preguntaron si lo conocíamos y nosotros le dijimos yo lo conozco de vista que el muchacho vive en Andalucía y contestó el agente de la policía de malas, hijueputas y lo tiraron al carro y se lo llevaron al otro día por la noche llegué yo y me dijeron: hombre mataron a Adriano y me dijeron si se lo llevaron y no se qué hicieron con él. P/ Diga para quien celaba usted. C/ Yo celaba a Alonso Yepes, unos carros y unas bodegas en ese contorno, nada más. P/ ¿Con quiénes más estaba usted cuando fue detenido J. Adriano; C/ ahí no había sino un compañero que celaba en Andalucía, don Abelardo. P/ Diga si Ud. ha declarado sobre estos mismos hechos que se investigan y ante quién. C/ No, nada más aquí. P/ Quién más iba en la patrulla fuera de la policía. C/ El que se bajó un policía armado y uniformado y los demás en el carro, eso fue a la 1 ó 2 de la mañana. P/ Diga entonces si Ud. era la primera vez que hablaba con Adriano el día en que fue detenido. C/ El se paró con nosotros a hablar. Antes no había hablado con él. El pasaba y me saludaba pero cuando lo cogieron sí. P/ ¿Qué hacía Adriano a esa hora solo, de dónde venía? C/ Venía del trabajo, como el tiene que bajar abajo a coger carro, porque el servicio es muy malo. P/ Diga si distinguió el carro de la patrulla que donde fué montado Henao, cómo era. C/

La patrulla era de las ñatas, nosotros le cogimos el número del carro, 407. P/ ¿Por qué le tomó el número del carro de la patrulla. C/ Yo acostumbro mucho eso, proque cuando lo montan a uno, uno se fija en el número del carro. P/ Diga si Adriano estaba borracho o creando problemas que motivaran su detención, si le pidieron papeles o qué. C/ El no iba borracho, en este instante no le pidieron documentos a él. P/ Diga si él acostumbraba a pasar por ese lugar a esa hora. C/ El acostumbraba pasar siempre por ese lugar, pero primera vez que lo hacía a esa hora, normalmente pasaba a las 7 u 8 de la noche, para la casa. P/ Diga si conoció versiones posteriores de quién había dado muerte a J. Adriano Henao. C/ No, eso si no lo sabemos, porque a él se lo llevaron y no sé más nada, al otro día llegué y me dijeron que mataron a Adriano...".

"Por su parte Abelardo Foronda anotó:

"...P/ Diga si conoció la forma como murió J. Adriano H., o conoció detalles sobre su muerte. C/ No, señor, yo estaba en compañía de Carlos el que acabó de salir, el trabajaba en otro sector en ese momento nos encontramos él y yo, en ese momento llegó el muchacho, el muerto, luego llegó una patrulla se bajó un agente con el revólver en la mano, le dijo vos qué hacés aquí, maricón, el muchacho se corchó y dijo qué tenés en la boca, encuchíllate y trágate eso. Enseguida luego le dijo subíte aquí, cabrón. Se lo llevaron. Yo no se certificar más. El número de la patrulla 407. P/ ¿Por qué recuerda usted con tanta exactitud el número de la patrulla? C/ Porque como es un número tan grande, nosotros siempre miramos el número de la patrulla. P/ Diga si ha declarado sobre estos mismos hechos y ante quién. C/ No he declarado en ninguna parte. P/ Diga si Adriano Henao tenía algo en la boca como lo ordenó el policía que hace referencia. C/ Como el muchacho no podía casi hablar, entonces el agente le dijo: encunchilláte y tragate eso. P/ ¿Por qué el muchacho no podía hablar. C/ Seguramente porque tenía alguna cosa en la boca porque el agente le dijo trágate eso. P/ ¿Por qué Adriano fue a donde estaban ustedes? C/ El venía y nosotros estábamos parados conversando, Carlos y yo, cuando llegó el muchacho. P/ El muchacho no estaba hablando con Uds. cuando lo cogió la policía. C/ Sí, claro que si. P/ Diga por qué el muchacho se arrimó a donde uds. C/ Porque el venía del trabajo y se paró un momentico a donde estábamos nosotros. P/ Diga si la policía los hizo identificar a Uds. y al muchacho. C/ Ni a nosotros ni a él tampoco. P/ Diga si el muchacho, o sea Adriano se encontraba normal. C/ Si. P/ Diga si en la patrulla a que hace usted referencia había más gente detenida. C/ No alcanzamos a ver, porque la patrulla llegó apagada, sin luz. P/ Qué conversaron Uds. con Adriano?. C/ No simplemente conversamos como amigos, cuando el muchacho llegó, prontamente llegó la patrulla. P/ Cuándo se enteró Ud. de que había muerto Adriano. C/ Al otro día, porque la propia hermana de él me contó. P/ Diga si Ud. le informó a la familia de Adriano el número de la patrulla. C/ Claro, no de inmediato, le informé al abogado que me averiguó, hace más o menos 3 meses. P/ Diga si grabó o apuntó el número de la patrulla. C/ Yo la grabé. Preguntando por el apoderado de la parte demandante: ¿Qué otros distintivos reconoció Ud. en el vehículo patrulla en el cual se movilizaba la policía y en el cual se llevaron a Adriano? C/ Era

una patrulla de las nuevas, pequeñas que abren en la mitad, blanca y negra. P/ Sabe que son esos los vehículos que utiliza la policía. C/ Si, claro. P/ ¿Por qué supo Ud. que la persona que le puso el revólver a Adriano era policía? C/ Porque estaba uniformada y bajó de la patrulla, perdón, yo no puedo certificar cuántos iban en la patrulla, pero uno solo se bajó. P/ A qué horas y en qué mes y cuánto hace. C/ Eso hace más o menos año y medio larguito. P/ De qué mes. C/ No me acuerdo del mes, las 2 de la mañana. P/ Puede Ud. ratificar bajo gravedad de juramente, que prestó, que a J. Adriano Henao Cifuentes a la hora y el día de los hechos a que Ud. se refiere lo retuvo la policía y se lo llevó la patrulla que Ud. ha identificado. C/ Si. La patrulla 407, 2 de la mañana, se lo llevaron y desde eso no volví a saber de él...".

"y estas mismas afirmaciones que se destacan fueron las mismas que se pudieron detectar en las que rindieron dentro del disciplinario ya conocido y aunque en el análisis final que allí le hicieron donde se anotan algunas contradicciones, por cuanto a la verdad apareció un nuevo deponente William Hernán Isaza Mesa quien también alegaba haber visto y presenciado cuando detenían a Jesús Adriano Isaza Mesa falseando así en parte lo dicho por Valencia y Foronda enfáticos que por la hora y estar todos los establecimientos cerrados no había nadie más que pudiera conocer sobre lo ocurrido, lo cierto es que dentro de una sana crítica testimonial, obligadamente se llega a la conclusión que el cuadro descrito por los celadores que por razón de su oficio podían ser testigos áticos de la aprehensión si existió, esto es que un hombre uniformado con un arma introdujo en un vehículo como los que prestan servicio a la policía a Henao Cifuentes, horas antes de que apareciera muerto.

"Pero esta verdad que se acepta no obligará necesariamente al juez a concluir, como lo intenta el apoderado de los demandantes en su alegato final, cuando proclama lo siguiente:

"Es entonces evidente que agentes de la policía nacional no identificados por sus nombres que se movilizaban en vehículos que sólo utilizan las autoridades de policía por sus propias y especiales características, portando uniformes y armas que los identifican ante el más desapercibido de los ciudadanos, con vejación y amenazas retuvieron en las primeras horas de la mañana del 12 de diciembre de 1989 en el Barrio Andalucía de esta ciudad a Jesús Adriano Henao Cifuentes y se lo llevaron en el carro patrulla oficial identificado con en número 407 y su cadáver baleado, fue reconocido horas después en el Anfiteatro Municipal".

"Y se destaca lo anterior porque es que en la búsqueda para hallar con exactitud los responsables del homicidio, aparecen circunstancias que no pueden ignorarse por el juzgador a menos que quererse formar un criterio más basado en la convicción moral que en una clara precisión de que en verdad nadie más que la policía nacional pudo haber asesinado a Jesús Adriano.

"Se afirma con tozudez por parte de los deponentes Valencia y Foronda que como ya se dijo son esencialmente las personas que responsabilizan a la policía como autores del posible ilícito, que la víctima fue llevada en la radiopatrulla No. 407, aunque el último de los nombrados ya en el disciplinario habla de la 047 (folios 118 vuelto), pero es que ese automotor como plenamente quedó constatado en las diligencias adelantadas por la policía estaba ese día asignado a la Estación La Alpujarra y no a la de Manrique, jurisdicción donde ocurrieron los hechos y destinada al Comandante de una Estación que como también quedó visto no la requería en las horas de la noche y sólo en el día.

"Y esto es fácil de precisarse en las declaraciones rendidas a partir de folios 128, donde también se plasma como un vehículo con la misma sigla fue utilizado por personas ajenas a la Institución policial para cometer un hurto en la carrera 65 con número 48-136 y de propiedad del señor Antonio Correa, algo refrendado por oficiales de la policía y de cuya seriedad en su dicho no es de rebatirse simplemente porque no existen argumentos para hacerlo.

"Y así el suceso de esa madrugada del día 12 de octubre de 1989 no es tan sencillo y simple para formar un criterio rotundo de que fueron policías los autores del homicio porque como bien pudo haber sido, la suplantación también pudo suceder, máxime que de la misma versión de Valencia y Foronda se tiene que aceptar que "iban por él", esto es por Henao Cifuentes pues no hubo requisa ni exigencia de papeles o sea todo alejado de un procedimiento normal, con un afán simplemente de cogerlo.

"Y estas "eliminaciones" de personas, hecho público y notorio en Medellín, se hacen con sutileza y muchas veces ingeniosamente y el programa de limpieza de la cual se sindica a la autoridad como también a bandas paramilitares o milicias populares, obligadamente hacen que esta clase de procesos exija una prueba fehaciente, indiscutible e irreparable como presupuesto básico para concretar una responsabilidad administrativa estatal, lo que no se pudo lograr probatoriamente en este juicio que por ende impulsa a que no prosperen las pretensiones.

Se diría que la hipótesis y la posibilidad de una suplantación que hubiera podido pasar, es tesis para nunca responsabilizar al Estado, pero esta apreciación sería necia porque es que en numerosos casos el hecho punible deja rastros y huellas que finalmente comprometen, bien porque existió un disciplinario que así lo detectó o una investigación penal o una prueba documental o una testimonial precisa que en verdad son todos ajenos al presente juicio a menos que los dichos de Valencia y Foronda que se repiten son los únicos comprometedores admitan que, sin discusión alguna, fueron miembros activos de la policía nacional los que capturaron y ejecutaron a la víctima ya conocida". (fl. 165-173, C.1).

II

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 176 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"Como premisa del fallo absolutorio se toman los testimonios de CARLOS ANTONIO VALENCIA y de ABELARDO FORONDA OCAMPO y se califican en los siguientes términos:

"Ambos eran celadores en el lugar o barrio donde fue aprehendido JESUS ADRIANO HENAO y es de destacarse que sus dichos son **rotundos y firmes** para señalar que efectivamente la víctima a la hora y día señalado fue abordado por una persona que vestido con el uniforme propio de la policía nacional, con revólver en mano y luego de ultrajarlo de palabra lo condujo atropelladamente a un vehículo que también tenía distintivos oficiales...". Las subrayas no son del texto.

"No obstante lo anterior y a pesar de la convicción moral que estos testimonios le producen, exige "...una precisión de que en verdad nadie más que la policía nacional pudo haber asesinado a JESUS ADRIANO", para cuya conclusión requiere "una prueba fehaciente, indiscutible e irrebatible como presupuesto básico para concretar una responsabilidad administrativa estatal, lo que no pudo lograrse probatoriamente en este juicio que por ende impulsa a que no prosperen las pretensiones".

"El Tribunal exigió demasiado; pretendió que el expediente mostrara una verdad matemática y no es eso lo que busca la ley, que procura la certeza que constituye el convencimiento que tiene el fallador de una realidad dada. Y esa certeza se da; diferente es que el Honorable Tribunal no haya podido verla.

"Las dudas que inclinaron la decisión recurrida, no lo son, si se analiza el diario acontecer en lo que respecta a la violación de los derechos humanos, especialmente la vida, por parte de los miembros de la Policía Nacional. Constituye un despropósito exigir que los vehículos oficiales adscritos al servicio de policía, en los cuales se movilizaban para perpetrar los atropellos estuvieran asignados a la vigilancia del sector y en el horario que corresponde a la ocurrencia de los hechos. Esta apreciación resulta ingenua ante la realidad que vivimos. Se utilizan los vehículos asignados al servicio para facilitar sus "operativos", esté o no en servicio, estén o no destinados al sector, prefiriendo los que no dejen registros comprometedores. Es reciente el asesinato del industrial japonés, registrado con honda preocupación por la prensa y la sociedad, donde los sub-oficiales comprometidos utilizaron una patrulla de la institución no adscrita al sector ni al

servicio el día en que por robarlo, lo asesinaron en Santafé de Bogotá. La lenidad como los mandos medios de la Policía Nacional tratan a los autores de los desafueros, procurándoles impunidad, cuando ejecutan operativos "de limpieza", sus informes y testimonio deben ser mirados con reserva. Distinta sería la situación de credibilidad probatoria si la patrulla 407 no figurara en el inventario de los vehículos asignados a la Policía el día de los hechos.

"El error en el orden de los números que identifican la patrulla (fls. 118 vto) es intrascendente y en él pudo incurrir el testigo o el escribiente que recepcionó la declaración.

"Considerar que el vehículo, sus distintivos, el personal uniformado que en él se movilizaba "pudo haber sido una suplantación", para eliminar a un humilde cotero de la Central Mayorista constituye una hipótesis extraña, insólita, sin respaldo en los autos, inaceptable para desviar o desconocer lo que es evidente.

"El razonamiento hipotético no es procedente cuando existe claridad en los hechos y conocimientos de las circunstancias que los preceden o acompañan. Mediante hipótesis y elucubraciones alejadas de una realidad demostrada en un proceso, no puede dispensarse justicia justa. Los hechos son tozudos y a lo que demuestran debemos atenernos.

"La frecuencia de estas atroces conductas, por las mismas huellas de violencia que presenta la víctima, detecta, al menos, la falla funcional anómica, que permita a los familiares obtener la correspondiente indemnización de perjuicios por falla del servicio. Las huellas de tortura -heridas musculares- y laceración encefálica con proyectil de arma de fuego, son características.

"Los testimonios de CARLOS ANTONIO VALENCIA y de ABELARDO FORONDA OCAMPO, quienes presenciaron la retención de JESUS ADRIANO por agentes de la Policía Nacional y su conducción en la patrulla 407, están corroborados por el testimonio de WILLIAM HERNAN ISAZA, cuya presencia no fue detectada por los celadores, pero desde otro ángulo observó lo mismo. Concurrir de cerca a esta clase de procedimientos resulta altamente riesgoso, y se deben tomar precauciones para no ser visto, ello explica por qué no fue observado por los celadores, ni por los agentes porque otra hubiera sido su suerte". (fl. 176-179, C.1).

III
VISTA FISCAL

El Procurador Décimo Delegado, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo OBSERVA:

"Respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurriero los hechos que culminaron con la muerte del señor HENAO CIFUENTES, obra en el proceso prueba testimonial, a la cual este despacho se refiere, a saber:

"Declaración del señor CARLOS ANTONIO VALENCIA OSPINA, quien manifiesta:

"...PREGUNTANDO: Diga si alguna vez habló con él y por qué razón. C/ Hablé con él porque él venía de trabajar y se paró a hablar conmigo, con mi compañero y al rato llegó él y nos pusimos a conversar al rato pasó un policía y paró una patrulla y le dijo usted que hace allí y el muchacho no le contestó nada a los policías y se quedó allí y se bajó un agente de la policía con el revólver en la mano y lo cogieron del pelo y lo hicieron gritar allí, al rato cuando le dijeron lo pararon y nos preguntaron si lo conocíamos y nosotros le dijimos yo lo conozco de vista que el muchacho vive en Andalucía y contestó el agente de la policía de malas, hijueputas y lo tiraron al carro y se lo llevaron al otro día por la noche llegué yo y me dijeron; hombre mataron a Adriano y me dijeron si se lo llevaron y no se qué hicieron con él. P/ Diga para quien celaba usted. C/ Yo celaba a Alonso Yepes, unos carros y unas bodegas en ese contorno, nada más. P/ ¿Con quiénes más estaba usted cuando fue detenido J. Adriano; C/ ahí no había sino un compañero que celaba en Adalucía, don Abelardo. P/ Diga si Ud. ha declarado sobre estos mismos hechos que se investigan y ante quién. C/ No, nada más aquí. P/ Quién más iba en la patrulla fuera de la policía. C/ El que se bajó un policía a armado y uniformado y los demás en el carro, eso fue a la 1 ó 2 de la mañana. P/ Diga entonces si Ud. era la primera vez que hablaba con Adriano el día en que fue detenido. C/ El se paró con nosotros a hablar. Antes no había hablado con él. El pasaba y me saludaba pero cuando lo cogieron sí. P/ ¿Qué hacía Adriano a esa hora solo, de dónde venía? C/ Venía del trabajo, como el tiene que bajar abajo a coger carro, porque el servicio es muy malo. P/ Diga si distinguió el carro de la patrulla donde fue montado Henao, cómo era. C/ La patrulla era de las ñatas, nosotros le cogimos el número del carro, 407..." (folio 73 y 74).

"Declaración del señor ABELARDO FORONDA OCAMPO, quien en relación con los hechos, afirma:

"...PREGUNTANDO: Diga si conoció la forma como murió J. Adriano H., o conoció detalles sobre su muerte. RESPONDE: No, señor, yo estaba en compañía de Carlos el que acabó de salir, el trabajaba en otro sector en ese momento nos encontramos él y yo, en ese momento llegó el muchacho, el muerto, luego llegó una patrulla se bajó un agente con el revólver en la mano, le dijo vos qué hacés aquí, maricón, el muchacho se corchó; y dijo qué tenés en la boca, encuchíllate y trágate eso. Enseguida luego le dijo subíte aquí, cabrón. Se lo llevaron. Yo no se certificar más. El número de la patrulla 407. P/ ¿Por qué recuerda usted con tanta exactitud el número de la patrulla? C/ Porque como es un número tan grande, nosotros siempre miramos el número de la patrulla. P/ Diga si ha declarado sobre estos mismos hechos y ante quién. C/ No he declarado en ninguna parte. P/ Diga si Adriano Henao tenía algo en la boca como lo ordenó el policía que hace referencia. C/ Como el muchacho no podía casi hablar, entonces el agente le dijo: encunchilláte y tragate eso. P/ ¿Por qué

el muchacho no podía hablar. C/ Seguramente porque tenía alguna cosa en la boca porque el agente le dijo trágate eso. PREGUNTADO: ¿Por qué Adriano fue a donde estaban ustedes? RESPONDE: El venía y nosotros estábamos parados conversando, Carlos y yo, cuando llegó el muchacho. PREGUNTADO: El muchacho no estaba hablando con Uds. cuando lo cogió la policía. RESPONDE: Sí, claro que si. PREGUNTADO: Diga por qué el muchacho se arrimó a donde uds. RESPONDE: Porque el venía del trabajo y se paró un momentico a donde estábamos nosotros. PREGUNTADO: Diga si la policía los hizo identificar a Uds. y al muchacho. RESPONDE: Ni a nosotros ni a él tampoco. PREGUNTADO: Diga si el muchacho, o sea Adriano se encontraba normal. RESPONDE: Si. PREGUNTADO: Diga si en la patrulla a que hace usted referencia había más gente detenida. RESPONDE: No alcanzamos a ver, porque la patrulla llegó apagada, sin luz. PREGUNTADO: Qué conversaron Uds. con Adriano?. RESPONDE: No simplemente conversamos como amigos, cuando el muchacho llegó, llegó la patrulla. PREGUNTADO: Cuándo se enteró Ud. de que había muerto Adriano. RESPONDE: Al otro día, porque la propia hermana de él me contó. PREGUNTADO: Diga si Ud. le informó a la familia de Adriano el número de la patrulla. RESPONDE: Claro, no de inmediato, le informé al abogado que me averiguó, hace más o menos 3 meses. PREGUNTADO: Diga si grabó o apuntó el número de la patrulla. RESPONDE: Yo la grabé. Preguntando por el apoderado de la parte demandante: ¿Qué otros distintivos reconoció Ud. en el vehículo patrulla en el cual se movilizaba la policía y en el cual se llevaron a Adriano? RESPONDE: Era una patrulla de las nuevas, pequeñas que abren en la mitad, blanca y negra. PREGUNTADO: Sabe que son esos los vehículos que utiliza la policía. RESPONDE: Si, claro. PREGUNTADO: ¿Por qué supo Ud. que la persona que le puso el revólver a Adriano era policía? RESPONDE: Porque estaba uniformada y bajó de la patrulla, perdón, yo no puedo certificar cuántos iban en la patrulla, pero uno solo se bajó. PREGUNTADO: A qué horas y en qué mes y cuánto hace. RESPONDE: Eso hace más o menos año y medio larguito. PREGUNTADO: De qué mes. RESPONDE: No me acuerdo del mes, las 2 de la mañana. PREGUNTADO: Puede Ud. ratificar bajo gravedad de juramento, que prestó, que a J. Adriano Henao Cifuentes a la hora y el día de los hechos a que Ud. se refiere lo retuvo la policía y se lo llevó la patrulla que Ud. ha identificado. RESPONDE: Si. La patrulla 407, 2 de la mañana, se lo llevaron y desde eso no volví a saber de él...". (fl. 76 y 77).

"A juicio de esta delegada, las anteriores declaraciones resultan ser serias, concordantes, no dan lugar a dudas, respecto a la forma en que ocurrieron los hechos, coinciden en la descripción que hacen de la patrulla así como del número indicativo de la misma, sus versiones igualmente son unánimes en manifestar que la víctima fue agredida de palabra y de obra por un agente antes de ser obligado a entrar en la patrulla y que el agente de policía estaba uniformado.

"De igual manera se comparten los planteamientos expuestos por el magistrado Dr. JOAQUIN J. JARAVA DEL CASTILLO en su salvamento de voto, y que aparecen consignados a folio 174 y 175.

"Por las anteriores consideraciones, esta delegada solicita respetuosamente a la Honorable Sala la revocatoria del fallo apelado y en su lugar declarar la responsabilidad administrativa de la Nación Policía Nacional- con el consiguiente resarcimiento de los perjuicios ocasionados". (189-194, C.I).

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impuganda será revocada, pues el ad-quem no hace suya la valoración probatoria que hizo el sentenciador de instancia, por no encontrarla a la realidad fáctica.

En el caso sub-examine el ad-quem encuentra que la falla del servicio quedó debidamente demostrada con los testimonios rendidos dentro del proceso por los señores CARLOS ANTONIO VALENCIA y ABELARDO FORONDA CAMPO, quienes depusieron, como lo destaca muy bien el señor Procurador Décimo Delegado, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en forma SERIA Y CONCORDANTE, lo que permite concluir que el señor JESUS ADRIANO HENAO CIFUENTES apareció muerto, después de haber sido retenido por la fuerza policiva.

Por lo expuesto, la Sala hace suya la apreciación probatoria que el magistrado Dr. JOAQUIN J. JARAVA DEL CASTILLO recoge en su salvamento de voto, cuando destaca:

"De las pruebas recogidas en este proceso y el disciplinario, surge con certeza absoluta que Henao Cifuentes fue subido a una patrulla policial y que lo único que se supo fue que su cuerpo apareció sin vida cegada por la acción de un arma de fuego.

El que la víctima hubiera sido plagiada por sicarios y no por agentes de la policía es como lo sostiene la sentencia "una hipótesis" una conjetura sin respaldo en el juicio" (C.1, fol.175).

Fuera de la anterior prueba testimonial, que la Sala valora en todo su universo, porque tiene fuerza de convicción, el sentenciador se encuentra con INDICIOS que vienen en apoyo de lo expuesto por los citados deponentes. En primer lugar, resulta cierto que la policía tenía a su servicio, en el momento en que ocurrieron los hechos, la patrulla No. 407. A esta verdad se llega después de leer el alcance de la nota No. 1755 de 11 de julio de 1991, dirigida por el Comandante de la Policía Estación Manrique al Secretario del Tribunal Administrativo, en la cual y en lo pertinente se lee:

"...me permito informar que no se ha podido establecer qué personal se moviliza en la patrulla 407 entre el 11 y el 12 de diciembre de 1989 del 89... Es de anotar que para la fecha citada no se encontraba de servicio en esta Unidad la Patrulla 407".

También el oficio No. 407 que el Comandante de la Estación Móvil de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, dirigió al Oficial Investigador, se lee:

"En atención al oficio de la referencia calendado 11-06-91, me permito comunicarle que revisada la hoja de vida del vehículo en mención, se encontró que para la fecha indicada en el referenciado, éste se encontraba al servicio de la Quinta Estación La Alpujarra, conducido por el AG. VILLA OSCAR MARINO con C.C. 6.112.582 de Alcalá, Valle, reintegrada a esta estación el día 13-12-89, por el señor Mayor LUIS ALEJANDRO GOMEZ VILLALOBOS, Comandante en la Estación Alpujarra". (fl. 109, c.l)

Para la Corporación resulta muy comprometido el testimonio del Mayor LUIS ALEJANDRO GOMEZ VILLALOBOS, rendido dentro de la investigación disciplinaria (C.l fol. 124), pues, no obstante, estarle asignado el vehículo, afirma que no recuerda su número. Igualmente, su afirmación, hecha año y medio después de ocurridos los hechos, en el sentido de que "...hace aproximadamente un mes o mes y medio escuché por el radio de comunicaciones de la Policía Nacional, que una patrulla panel URBAN con las mismas siglas 407 y que usted me está preguntado, realizó un hurto a una residencia inmediatamente se ordenó la ubicación del mencionado vehículo y se reportó a todas las Estaciones a fin de saber dónde estaba asignada y no fue posible su ubicación, puesto que ningún panel URBAN tenía esas siglas para que usted aclare más esta situación le agrego que eso fue en el sector de Laureles y allí debe reposar antecedentes de este hecho que relacionó igualmente en la estación Cien, recuerdo que para ese caso se solicitó que todos los cuarteles tomarán las medidas de seguridad en razón a que posiblemente la delincuencia organizada tenía un carro con la pintura y emblema de la Institución y era posible que fuera utilizado para un ataque en un cuartel de la Policía Nacional". (C.l, fol. 124 vto).

No deja de ser curioso que la investigación disciplinaria por la muerte del señor Jesús Adriano Henao Cifuentes, sólo se iniciaría después del seis (6) de noviembre de 1990. (C.l, fol.91), y que precisamente, por ese mismo tiempo se empezara a hablar de la patrulla 407 en planes de hurto a una residencia. Aquí cabe preguntar: ¿Montaje para excusar la conducta? ¿Coincidencia? Todos estos interrogantes, naturalmente, se quedan en el plano de los indicios, pero unidos a las declaraciones rendidas por los señores CARLOS ANTONIO VALENCIA y ABELARDO FORONDA CAMPO, generan en el sentenciador la convicción de que el occiso fue sacrificado por la fuerza pública.

La Sala desea reivindicar, en esta oportunidad, la importancia de la prueba indiciaria, que los tribunales, en muchas ocasiones, no la aprecian. Sobre la materia

resulta de interés traer a colocación la presentación que el Dr. Antonio Rocha hace del indicio policiaco que descubrió a Russi como criminal, el cual se relata dentro del siguiente marco:

"El descubrimiento de cuadrilla del abogado José Raimundo Russi, cuadrilla para todos los crímenes, propiedad y sangre, que aterrorizó, incógnita, a la sociedad bogotana durante los años de 1850 y 1851, se debió a un mero indicio de dos palabras de Russi, punto inicial tras del que el proceso se llenó fácilmente de pruebas, mucho también indiciales, que llevaron al patíbulo en la Plaza de Bolívar, a 5 de sus miembros. Sucedió que Manuel Ferro, herrero de profesión y auxiliar de la cuadrilla, fue mortalmente herido da puñaladas frente a la casa de habitación de Russi, al principio de una noche oscura. Media hora después Russi se empeñaba en demostrar 6 cuadras distantes de su casa, que el reloj de la botica a que acababan de llegar y el de un comprador allí presente, estaban atrasados precisamente media hora (las 7 1/2 y no las 8 p.m.).

Y cuenta CORDOVES MOURE que entonces:

"... llegó a la misma botica una mujer, jadeante, en solicitud de auxilios médicos para el niño Manuelito Ferro, a quien, decía, habían herido.

Y quién ha podido herir a mi amigo Manuelito Ferro?, la interpeló Russi, sin esperar a que la mujer terminara su relato.

El dice que los ladrones del Molino del Cubo, contestó aquélla.

Luego habló? dijo Russi inconscientemente. Fatales palabras que se fijaron Roel y Ortiz (Roel médico farmacéuta de su propia botica; Ortiz comprador ocasional).

(De la Prueba en Derecho, Editorial Lerner, pág. 609 y ss.).

B) Por lo que hace relación con la legitimación por activa, ella quedó bien demostrada. También el DAÑO y los PERJUICIOS causados a los demandantes.

Por todo lo anterior, la Sala condenará el pago de PERJUICIOS MORALES por los montos que a continuación se indican y a las personas que se relacionan, así:

En favor de MARTA OLIVA ISAZA MESA (cónyuge sobreviviente), un mil gramos (1000) de oro fino;

En favor de LINA NATALIA, PAULA CRISTINA, Y ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA (hijos), un mil gramos (1000) de oro fino para cada uno.

Para GERARDO ANTONIO HENAO y ROSA LIA CIFUENTES (padres), mil gramos de oro (1000) para cada uno;

Para Berta Oliva, María Rosalba, Sor Teresa, Antonio José y Eduard Josué Henao Cifuentes (hermanos), doscientos gramos de oro (200), para cada uno.

Ningún reconocimiento se hace en favor de MARIA DEL ROCIO HENAO CIFUENTES, pues del certificado de nacimiento se desprende que nació el día nueve (9) de enero de 1951, esto es, mucho antes del matrimonio de quienes afirman son sus padres, el cual tuvo lugar el día cuatro (4) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954). Por lo demás, no fue legitimada ni reconocida como hija extramatrimonial, o al menos no se probó tal estado civil. Tampoco hay elementos de juicio que permitan darle el carácter de TERCERO DAMNIFICADO.

Se condenará, igualmente, a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar los PERJUICIOS MATERIALES causados a MARTA OLIVA ISAZA MESA (cónyuge) y a LINA NATALIA, PAULA CRISTINA y ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA (hijos). Para hacer la condena en concreto, se han seguido las siguientes pautas:

PRIMERA. Se ha tomado en consideración el salario mínimo vigente para el año de mil novecientos ochenta y nueve (1989), pues dentro del proceso no se demostró el ingreso salarial pretendido en la demanda, esto es, el de setenta mil pesos ($70.000.oo) mensuales;

SEGUNDA. Del citado salario mínimo se ha descontado un veinticinco por ciento (25%), que es la suma que se considera que el occiso destinaba para atender a su congrua subsistencia;

TERCERA. El setenta y cinco por ciento restante (75%), se ha dividido en dos partes iguales: la mitad para la cónyuge sobreviviente y se ha liquidado hasta el momento en que Jesús Adriano Henao Cifuentes, por tener más edad que ella, se considera que moriría primero, siguiendo para ello las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria. La otra mitad se ha distribuido por partes iguales entre los tres hijos, y se liquida, para cada uno de ellos, hasta el momento en que cumplan los dieciocho (18) años.

CUARTA. No se actualiza la condena por cuanto no se solicitó en la demanda, y tampoco se desprende de las fórmulas de actualización dadas por el demandante. La condena no deberá exceder de VEINTE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DOS PESOS ($20.049.702.oo) que es lo impetrado en la demanda.

Dentro del marco anterior, la condena por perjuicios materiales se concreta dentro del siguiente marco:

1o. Salario mínimo año 1989: $32.559.60
2o. -75% $24.419.70
3o. Se calculan dos períodos:

A. Vencido, causado o consolidado: transcurre desde el día de los hechos, diciembre 12-89 hasta el 30 de junio/93. Se calcula con base en la fórmula:

$$S = \frac{R\,(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \frac{\$24.419.70\ (1 + 0.004867)^{41.63} - 1}{0.004867}$$

S= $1.123.883.27

Para Marta Oliva Isaza Mesa: $561.941.63
Para cada una de las tres hijas: $187.313.oo

B. FUTURO O ANTICIPADO:

Para Marta Oliva Isaza Mesa: Se aplica la fórmula para obtener la indemnización correspondiente a este período propuesta por el demandante.

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

$$S = \frac{\$12.209.85\ (1+0.004867)^{516.57} - 1}{0.004867\ (1+0004867)^{516.57}}$$

$$S = \frac{\$12.209.85\ 11.28093174}{0.059771294}$$

S= $2.304.425.33

Para LINA NATALIA

$$S = \frac{\$4.069.95\ (1+0.004867)^{106.86} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{106.86}}$$

$$S = \frac{\$4.069.95\ 0.68005424}{0.008176823}$$

S= $338.491.70

Para PAULA CRISTINA

$$S = \frac{\$4.069.95\ (1 + 0.004867)^{131} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{131}}$$

$$S = \frac{\$4.069.95\ 0.8889676688}{0.009193605}$$

S= $393.540.28

Para ADRIAN CAMILO

$$S = \frac{\$4.609.95\ (1 + 0.004867)^{150.76} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{150.76}}$$

S= $4.069.95 1.079170705

0.010119323

S= $434.038.oo

De conformidad con la liquidación anterior, la condena por perjuicios materiales se concreta dentro del siguiente marco:

Para MARTA OLIVA ISAZA MESA: $2.866.366.93 SON DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE.

Para LINA NATALIA HENAO ISAZA: $525.804.70 SON QUINIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS M/CTE.

Para PAULA CRISTINA HENAO ISAZA: $580.853.28 SON QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS M/CTE.

Para ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA: $621.351.oo SON SEISCIENTOS VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE.

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). REVOCASE la sentencia calendada el día veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro, y en su lugar

RESUELVE:

A) Declárase que la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional, es administrativamente responsable de la muerte del señor JESUS ADRIANO HENAO CIFUENTES, ocurrida el día doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del marco de circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron relacionadas en los considerandos de este fallo.

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA 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 MARTA OLIVA ISAZA MESA (cónyuge sobreviviente), mil gramos (1.000) de oro fino.

A LINA NATALIA, PAULA CRISTINA y ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA (hijos) mil gramos (1.000) de oro fino para cada uno.

A GERARDO ANTONIO HENAO y ROSA LIA CIFUENTES (padres) mil gramos (1.000) de oro fino para cada uno.

A BERTA OLIVA, MARIA ROSALBA, SOR TERESA, ANTONIO JOSE Y EDUARD JOSUE HENAO CIFUENTES (hermanos), doscientos (200) gramos de oro fino para cada uno.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio nacional del oro en el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación expedida por el Banco de la República.

C) Condénase, igualmente, a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, las siguientes sumas de dinero:

Para MARTA OLIVA ISAZA MESA LA SUMA DE: DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE. ($2.866.366.93);

Para LINA NATALIA HENAO ISAZA LA SUMA DE: QUINIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS M/CTE. ($525.804.70);

Para PAULA CRISTINA HENAO ISAZA LA SUMA DE: QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS M/CTE. ($580.853.28);

Para ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA LA SUMA DE: SEISCIENTOS VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE. ($621.351.00).

D) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

E) Al presente fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. Para tal fin, expídanse las copias correspondientes de la sentencia, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

2o) Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE.

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ruth Stella Correa Palacio,* Secretaria.

S= $4.069.95 1.079170705

0.010119323

S= $434.038.oo

De conformidad con la liquidación anterior, la condena por perjuicios materiales se concreta dentro del siguiente marco:

Para MARTA OLIVA ISAZA MESA: $2.866.366.93 SON DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE.

Para LINA NATALIA HENAO ISAZA: $525.804.70 SON QUINIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS M/CTE.

Para PAULA CRISTINA HENAO ISAZA: $580.853.28 SON QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS M/CTE.

Para ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA: $621.351.oo SON SEISCIENTOS VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE.

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). REVOCASE la sentencia calendada el día veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro, y en su lugar

RESUELVE:

A) Declárase que la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional, es administrativamente responsable de la muerte del señor JESUS ADRIANO HENAO CIFUENTES, ocurrida el día doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del marco de circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron relacionadas en los considerandos de este fallo.

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA 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 MARTA OLIVA ISAZA MESA (cónyuge sobreviviente), mil gramos (1.000) de oro fino.

A LINA NATALIA, PAULA CRISTINA y ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA (hijos) mil gramos (1.000) de oro fino para cada uno.

A GERARDO ANTONIO HENAO y ROSA LIA CIFUENTES (padres) mil gramos (1.000) de oro fino para cada uno.

A BERTA OLIVA, MARIA ROSALBA, SOR TERESA, ANTONIO JOSE Y EDUARD JOSUE HENAO CIFUENTES (hermanos), doscientos (200) gramos de oro fino para cada uno.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio nacional del oro en el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación expedida por el Banco de la República.

C) Condénase, igualmente, a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, las siguientes sumas de dinero:

Para MARTA OLIVA ISAZA MESA LA SUMA DE: DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE. ($2.866.366.93);

Para LINA NATALIA HENAO ISAZA LA SUMA DE: QUINIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS M/CTE. ($525.804.70);

Para PAULA CRISTINA HENAO ISAZA LA SUMA DE: QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS M/CTE. ($580.853.28);

Para ADRIAN CAMILO HENAO ISAZA LA SUMA DE: SEISCIENTOS VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE. ($621.351.00).

D) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

E) Al presente fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. Para tal fin, expídanse las copias correspondientes de la sentencia, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

2o) Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE.

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 - Derrumbe/FALLA DEL SERVICIO - Mantenimiento de carreteras/CONCURRENCIA DE CULPAS/CULPA DE LA VICTIMA

Al Ministerio de Obras Públicas y Transporte le genera responsabilidad el hecho de tener a su cargo el mantenimiento y conservación de la carretera nacional que cruza por la parte alta del inmueble. En criterio de los técnicos y expertos, los drenajes existentes eran suficientes; se reducían a algunas cunetas y alcantarillas, cuando las condiciones hidrológicas de suelos requerían de la construcción de un alcantarillado colector de aguas, para prevenir el deterioro y destrucción de los taludes; por falta de esas medidas estructurales, se produjo una saturación de aguas, que ocasionó el desprendimiento de un amplio sector de banca que, a su vez, generó la ruptura de las tuberías del acueducto y alcantarillado que cruzan en ese sector. Pese al conocimiento de esa situación y de sus riesgos nada se hizo para remover la masa desplomada. Solamente una vez producida la avalancha el Ministerio procedió a la construcción de una variante en la que tomaron en cuenta las especificaciones técnicas exigibles para esos casos, razón por la cual, no ha presentado ningún problema. La responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín se compromete porque el deslizamiento y el daño estuvieron directamente asociados con su falta de diligencia en la reparación de tuberías averiadas. El desplome de la carretera trajo consigo la fractura de las tuberías de abasto de agua potable así como de las aguas servidas y pese a la solicitud que en ese sentido hicieran los habitantes de la zona el problema sólo vino a ser atendido días después cuando ya los escapes habían hecho un aporte extraordinario de aguas que infiltrada sobresaturó la ladera y, excedidos los límites de resistencia de los materiales componentes del suelo, se desencadenó y materializó el siniestro. La realidad que se ha dejado expuesta muestra a las claras la existencia de una falla o falta del servicio público que en relación directa y necesaria de causalidad generó un daño, cuyo resarcimiento correrá a cargo de las entidades demanda-

das, reducida a un 30% en que se estima concurrió a su causación la culpa de la parte actora.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santafé de Bogotá, D.C. , agosto nueve de mil novecientos noventa y tres.

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

Referencia: Expediente N° 7343 Actor: Jairo Villegas Herrera y otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Obras Públicas - empresas públicas de Medellín.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, el 11 de diciembre de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1. SE DECLARA NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE INDICACIÓN DE LA ACCIÓN, propuesta por la Nación.

"2. Declárase administrativamente responsables a las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN y a LA NACIÓN —Ministerio de Obras Públicas— de los perjuicios materiales causados al señor JAIRO VILLEGAS HERRERA, en razón del deslizamiento de tierra que se precipitó sobre su residencia destruyéndola, como se indicó en la parte motiva, en la proporción allí indicada.

"3. Como consecuencia, LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN Y LA NACIÓN —Ministerio de Obras Públicas— pagarán al señor JAIRO VILLEGAS HERRERA las sumas de doce millones, ochocientos cuatro mil doscientos ochenta y cuatro pesos m.l. ($ 12.804.284) y nueve millones seiscientos tres mil doscientos trece pesos ml. ($ 9.603.213), respectivamente.

"4. Deniéganse las otras peticiones de la demanda.

"5. Las Empresas Públicas de Medellín y la Nación - Ministerio de Obras Públicas darán cumplimiento a este fallo dentro del término señalado en el artículo 176 del D. 01 de 1984" (fls. 646-647 del C. 1).

La demanda que fue presentada, oportunamente, el 29 de febrero de 1984, en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., se dirigió en contra de las Empresas Públicas de Medellín y de la Nación, Ministerio de Obras Públicas, para que dichas entidades públicas fueran declaradas patrimonialmente responsables de la totalidad de los daños materiales producidos en un lote y casa de habitación propiedad de JAIRO VILLEGAS HERRERA, y de los perjuicios morales que su desalojo implicó para la totalidad de los demandantes.

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes hechos:

1. Mediante la Escritura Pública N° 171 de 11 de febrero de 1975 de la Notaría Única del círculo de Itaguí, Departamento de Antioquia, JAIRO VILLEGAS HERRERA adquirió el inmueble localizado en la calle 15B N° 35A-20, Barrio Castropol, en el municipio de Medellín, cuyos linderos, construcciones e instalaciones aparecen descritos en el texto de la demanda. El inmueble se destinó para vivienda de los demandantes.

2. Dicha casa lote, linda en 62,50 metros con la margen occidental de la carretera que de La Dorada conduce a Medellín; el terreno presenta declive de modo que la vía pública queda situada en la parte alta y el predio en la parte baja.

"Entre el margen occidental de la vía y el lindero oriental del terreno de la casa, y aledaña a la alcantarilla mencionada en el hecho quinto, para la época, de octubre de 1981 existía una tubería de acueducto de ocho pulgadas, hecha de asbesto-cemento, encargada de conducir el agua para el consumo humano y animal del sector, cuya instalación, funcionamiento, mantenimiento reparación oportunos y eficaces, corresponden a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN.

"En el mes de octubre de 1981, la tubería mencionada se rompió y permaneció así entre diez y doce días sin ser reparada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, pese a los reiterados lados que en forma telefónica, verbal, y escrita, hicieron mis poderdantes y los vecinos del barrio, generando un flujo permanente de agua durante el mismo lapso, esparciéndose e infiltrándose en el terreno comprendido entre el margen occidental de la carretera y el costado oriental de la residencia.

"En el mismo mes, octubre de 1981, y en el mismo lugar, o sea en el margen occidental de la carretera, vía construida por el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y cuyo mantenimiento y reparación oportunos y eficaces también le corresponden, a una distancia aproximada de ochenta metros del Estadero "Monserrat", se produjo un desbancamiento de la vía, el cual, luego de permanecer en tal estado durante dicho mes, sin ser corregido, fue rellenado por el MINISTERIO con una cantidad aproximada de diez volquetadas, medida no indicada para estos casos.

"El caudal continuo de las aguas lluvias sin control, el flujo constante y prolongado del agua proveniente de la tubería rota, sumados a la presión ejercida por el peso del material vertido en el desbancamiento de la vía, generaron la inestabilidad del terreno comprendido entre el lugar donde están localizados la alcantarilla, la tubería y el desbancamiento, y el costado oriental de la casa.

"Como consecuencia de lo anterior, el día sábado 24 de octubre de 1981, a eso de las cuatro de la madrugada, estando los demandantes reposando en su resi-

dencia, se produjo un deslizamiento del terreno tantas veces aludido, de tal magnitud, que arrastró consigo un muro de contención que protegía la casa y un filtro colector de aguas, los cuales quedaron sepultados por el alud, para finalmente precipitarse la tierra sobre la edificación, causando su destrucción.

"Lo anterior, forzó a los demandantes a la evacuación inmediata de su residencia, con la ayuda de sus vecinos, teniendo que trasladarse de emergencia a casas ajenas, hasta el día 15 de marzo de 1982, fecha en la cual pasaron a ocupar un apartamento que tuvieron que adquirir, ubicado en la carrera 64A, Centro Suramericano, Bloque número 7, apartamento 804, de esta ciudad de Medellín.

"Lo relativo al nuevo apartamento lo pruebo con la certificación y copia de la escritura pública que enviará la Corporación de Ahorro y Vivienda "CONAVI", de Medellín, solicitadas por oficio.

"Debido a la falla en la prestación del servicio en forma oportuna y eficaz, por parte de las entidades demandadas, mis poderdantes perdieron lo que constituía todo su patrimonio, además de tener que pagar intereses de financiación por la compra de una nueva habitación, y primas de seguros de vida e incendio exigidos por la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda S.A., "CONAVI", entidad que otorgó el préstamo.

"Los daños materiales de la residencia, fueron avaluados por los peritos a la época de la inspección judicial que como prueba anticipada se anexa a esta demanda, en la suma de seis millones trescientos treinta y seis mil pesos ($ 6.336.000)" (fls. 119 a 121).

Surtida la primera instancia e historiados los antecedentes del proceso, el a quo, luego de un serio y pormenorizado estudio de cada uno de los aspectos de la controversia, no encontró probadas las excepciones propuestas por la administración y, despachó favorablemente la mayoría de las súplicas de la demanda, según se transcribió al inicio de este proveído. Probadas las fallas atribuidas a las entidades demandadas, en un 40% para las Empresas Públicas de Medellín, y en un 30% para la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, imputa el 30% restante a la culpa de la parte actora; en lo que toca con la administración, aborda el tema bajo la siguiente óptica:

"Días antes del deslizamiento (octubre 16 de 1981) falló el tubo del acueducto a cargo de empresas públicas —de asbesto cemento o "eternit", cuya descomposición con el tiempo puede producir fugas—; como lo acepta Jairo Echavarría A., jefe del departamento de distribución de acueducto, como las informantes del daño dijeron que estaba saliendo poca agua, se le dio el trámite "normal", lo que permite entender que pudo durar varios días, como lo expresan los testigos.

"La alta cantidad de fallas presentadas en el mismo lugar, que se relaciona en el documento que obra a folios 185 y 186, permite concluir que las reparaciones no fueron efectuadas con el cuidado requerido. Especialmente debe tenerse en cuenta:

"El ingeniero Uriel Mesa Tobón relata que el arreglo al daño inicial se hizo con tubería de diámetro inferior a la original, por lo que la presión debía aumentar; se presentó de nuevo la fisura y comenzó a salir bastante cantidad de agua; con la presión haciendo el oficio de un monitor empezó a taladrar la tierra en el lado derecho de la carretera.

"El ingeniero Jorge Enrique López Sanín, empleado de las empresas públicas, acepta que la tubería rota, de **6 a 8 pulgadas,** fue remplazada por tubería de **tres pulgadas**, para poder dar agua a estaderos y casas de habitación del sector. Que al moverse el terreno, debió fallar la tubería y al fallar ésta el agua debió lubricar la falla, facilitando el movimiento; que la presión era de unas 30 libras, lo que da una buena cantidad de agua, relativamente grande, aunque no toda iba por la falla sino parte por la falla y parte por encima.

"Los peritos consideran que el elemento desencadenante fue la fuga del acueducto:

"La responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín será señalada en el 40%.

"Varios declarantes se refieren a la obstrucción de las alcantarillas (Jorge Escobar Goez, f. 149 y 150; Oscar Alberto Castaño Escobar, f. 361 y ss), para indicar que el agua se represó y se fue infiltrando por las laderas hasta llegar a la casa del señor Jairo Villegas H." (fls. 639-640).

Como lo expresan los peritos (f. 533) la destrucción de la vivienda no tenía porque ser una consecuencia del deslizamiento, **si el Distrito de Obras Públicas Nacionales hubiere adelantado las necesarias medidas de estabilización y remoción de la masa que amenazaba su integridad**; manifiestan que el deslizamiento no fue sometido (hasta la fecha del dictamen) a tratamiento especial y que las obras que se observan son apenas convencionales y sin relación directa con el daño que pretenden controlar (f. 536).

"Contrario a lo que dice el director del distrito de obras públicas y las declaraciones de prensa recogidas por la apoderada de la Nación, la sección considera que es deber de tales dependencias realizar las gestiones encaminadas a que los materiales desprendidos de las carreteras a cargo de la Nación no ocasionen o perjuicios, como en el caso en estudio:

"La responsabilidad será señalada en un 30%".

Inconformes con la solución, dentro del término legal, las partes lo apelaron y sustentaron el recurso. La parte actora solicita modificar la providencia en cuestión y acceder a las súplicas tal y como están planteadas en la demanda; tres razones expone para ello: que no hay lugar a deducir una culpa concurrente de los demandantes derivada de supuestos defectos en la construcción erigida en el inmueble, pues como lo afirma el ingeniero que la levantó, las fundaciones estaban amarradas con hierro, y no presentaron problema alguno en los 10 años anteriores; que no se tuvo en cuenta que el área construida suma 325,55 M2, la que solicita tener en cuenta para liquidar los perjuicios materiales; finalmente que la evacuación abrupta, injusta, angustiosa de su casa de habitación conllevó a la dispersión de la familia y es fuente obvia de los perjuicios cuyo reconocimiento solicita (fls. 650 y 651).

El apoderado de las Empresas Públicas de Medellín pide revocar el fallo y denegar las súplicas de la demanda; subsidiariamente, solicita exonerar de responsabilidad a su representada o equilibrar en su favor la condena al pago de los perjuicios materiales; para lo primero, sostiene que el derrumbe de la casa fue ocasionado por su inadecuada construcción, principalmente en lo atinente a seguridades, a la inestabilidad del terreno, al fuerte invierten y a los nacimientos de aguas cercanos, hechos ajenos a la intervención estatal. Para lo segundo, pide reducir la indemnización al 30% o máximo al 33.33% y en esa dirección consigna estas reflexiones:

> "Pero si el Consejo de Estado considerare que es aceptable la tesis de que los daños de la casa del demandante, se produjeron por una interrelación de hechos, tales como la inestabilidad del terreno por las causas ampliamente debatidas en el proceso, el período de fuerte invierno que se presentó, la falta de mantenimiento de una alcantarilla por parte del Ministerio de Obras Públicas, la falta de previsión de éste al no utilizar los correctivos adecuados cuando inició el derrumbe en la carretera y la inyección de agua adicional que proporcionó la tubería de propiedad de las empresas al romperse, creo que la proporción establecida por el tribunal es arbitraria o inadecuada" (fls.653 a 657).

En el término de los alegatos de conclusión en esta instancia, la parte actora y el ministerio público guardaron silencio; las entidades demandadas, presentaron los escritos visibles a los folios 680 y 685 a 687.

LA SALA CONSIDERA

Para la Sala el fallo apelado deberá ser confirmado en su integridad; no hay duda que el a quo razonó correctamente desde los puntos de vista sustantivo y probatorio, razón por la cual se comparten los planteamientos y las conclusiones que tuvo en cuenta para declarar parcialmente responsables a las entidades demandadas por la destrucción de la casa de habitación propiedad del actor JAIRO VILLEGAS HERRERA, tampoco hay observación que hacer a la cuantificación de los perjuicios materiales, los cuales, por haberlo solicitado así en la demanda, únicamente serán objeto de actualización.

Como se dijo, los diversos medios de prueba agregados a los autos fueron correctamente apreciados y valorados por el fallador de primer grado; la realidad fáctica que de ellos emerge no deja duda de la existencia de la falla o falta de servicio que se endilga a la administración, la cual, por ese conducto, evidentemente concurrió, con la culpa del propietario, a producir el siniestro; la concurrencia alcanza al tercero constructor, aspecto este último que avala la determinación del tribunal de reducir el alcance de la indemnización; no resultan atendibles, por tanto las razones esgrimidas ni las peticiones formuladas por los recurrentes.

El examen detenido del material probatorio, en particular de las declaraciones rendidas por los técnicos RODRIGO YEPES CORREA, URIEL MESA TASCÓN, DIEGO CALLE, JULIO EDUARDO ZULUAGA, JAIRO ESCOBAR GÓMEZ, GUILLERMO LATORRE RESTREPO, JOSE HILARIO LÓPEZ, además de OSCAR ALBERTO CASTAÑO, sumados al dictamen pericial de los ingenieros FABIÁN HOYOS P. y LUIS HERNANDO OCHOA, corroboran las apreciaciones del a quo y revelan las causas que concurrieron a la producción del siniestro.

En lo concerniente al propietario, está demostrado que construyó su vivienda bajo la existencia de grave riesgo, pues el lugar presenta condiciones geológicas potencialmente inestables y de seguridad inferior al 1,5; los suelos están desprovistos de la necesaria solidez y consistencia para el uso habitacional (se componen de arcillas y limos altamente comprensibles), presentan fuerte desnivel y, por estar situados en la parte baja de una ladera, están sometidos a recibir las escorrentías tanto de aguas lluvias -el período invernal en esa ocasión fue excepcionalmente crudo- como de los nacimientos existentes en la parte alta de esa masa inestable.

Tan precarias condiciones exigían que al levantar la edificación se adoptaron especiales medidas estructurales para prevenir y evitar que un movimiento del terreno pudiera derrumbar la casa; sin embargo no se tomó ninguna de las medidas de seguridad aconsejables para esos eventos; los muros exteriores de contención y los de la vivivenda carecían de los materiales de resistencia apropiados y ninguna utilidad prestaron para impedir que la avalancha los destruyera, constituyendo más bien un factor adicional de riesgo para quienes ocupaban la morada.

Al Ministerio de Obras Públicas y Transporte le genera responsabilidad el hecho de tener a su cargo el mantenimiento y conservación de la carretera nacional que cruza por la parte alta del inmueble. En criterio de los técnicos y expertos, los drenajes existentes eran insuficientes; se reducían a algunas cunetas y alcantarillas, cuando las condiciones hidrológicas de suelos requerían de la construcción de un alcantarillado colector de aguas, para prevenir el deterioro y destrucción de los taludes; por la falta de esas medidas estructurales, se produjo una saturación de aguas, que ocasionó el desprendimiento de un amplio sector de la banca la que, a su vez, generó la ruptura de las tuberías del acueducto y alcantarillado que cruzan en ese ese sector. Pese al conocimiento de esa situación y de sus riesgos nada se hizo para remover la masa desplomada.

Solamente una vez producida la avalanca el Ministerio procedió a la construcción de una variante en la que se tomaron en cuenta las especificaciones técnicas exigibles para esos casos, razón por la cual, no ha presentado ningún problema.

La responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín se compromete porque el deslizamiento y el daño estuvieron directamente asociados con su falta de diligencia en la reparación de las tuberías averiadas. El desplome de la carretera trajo consigo la fractura de las tuberías de abasto de agua potable así como de las aguas servidas y pese a la solicitud que en ese sentido hicieran los habitantes de la zona el problema sólo vino a ser atendido días después cuando ya los escapes habían hecho un aporte extraordinario de aguas que infiltradas sobresaturó la ladera y excedidos los límites de resistencia de los materiales componentes del suelo, se desencadenó y materializó el siniestro.

La realidad que se ha dejado expuesta muestra a las claras la existencia de una falla o falta del servicio público que en relación directa y necesaria de causalidad generó un daño, cuyo resarcimiento correrá a cargo de las entidades demandadas, reducida a un 30% en que se estima concurrió a su causación la culpa de la parte actora.

Ninguna observación hay que hacer a la evaluación de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante. De una parte, resulta obvio y jurídico que se haya descartado el área pretendida en la demanda de 352,55 metros cuadrados para adoptar la que sirve de base del cálculo para la liquidación de impuestos legalizada y contemplada en la licencia de construcción, que arrojó un total de 252,55 metros cuadrados (fl. 466), también es correcto desechar por infundado el avalúo señalado por los peritos en el dictamen rendido en el curso de estas diligencias, de $ 160.000 pesos por metro cuadrado, para adoptar el que fue establecido en el experticio correspondiente a la inspección judicial anticipada obtenido y acompañado al proceso por la parte actora, en el que está fijado en $ 15.000 metro cuadrado por la fecha de los hechos.

Para la actualización de la condena, labor que el a quo practicó hasta el mes de septiembre de 1991, se tendrá en cuenta la siguiente fórmula aplicada por la corporación a procesos de esta naturaleza

$$V.P. = V.h. \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$, en donde:

V.P. = Es el valor actualizado que se busca

V.h. = Corresponde a la suma obtenida en cada caso por el tribunal.

Indices = Los de precios al consumidor certificados por el DANE, en el cual el inicial será el del mes siguiente al que tuvo en cuenta el fallador de primer

grado, o sea, el de octubre de 1991, de 205,59 e índice final, el de la fecha de esta providencia de 302,66.

V.P. a) Empresas Públicas de Medellín:

$$12.804.282.00 \times \frac{302.66}{205,59}$$

V.P.= $ 18.849.866.00

b) La Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte

$$9.603.213.00 \times \frac{302.66}{205.59}$$

V.P. = $ 14.137.402.00

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. CONFÍRMASE los ordinales 1°, 2°, 4° y 5° de la sentencia apelada, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, Sección Primera, el 11 de diciembre 1991.

SEGUNDO. MODIFÍCASE el ordinal 3° el cual quedará así:

3° Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal 2° CONDENASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE y a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a pagar por concepto de perjucios materiales en la modalidad de lucro cesante a JAIRO VILLEGAS HERRERA CATORCE MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS DOS PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 14.137.402.oo) Y DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 18.849.866.oo), respectivamente, sumas equivalentes al 30% y 40% del valor total del daño.

TERCERO. A partir de la ejecutoria de este fallo, las sumas liquidadas por perjuicios materiales devengarán los intereses comerciales y de mora previstos en el artículo 177 del C.C.A.

CUARTO. EXPÍDANSE copias a la partes para su cumplimiento (art. 115 del C. de P.C).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha agosto seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONCILIACION/FISCAL-Traslado/NULIDAD PROCESAL-Causales/ TRAMITE DIFERENTE

El numeral 4° del artículo 140 del C. de P.C. reza que "el proceso es nulo en todo o en parte, cuando la demanda se tramita por procedimiento diferente al que corresponde"; pero el hecho de haberse dado traslado en su oportunidad procesal (según la norma imperante) al fiscal a efecto de que conciliara las pretensiones de la demanda entre las partes, no encaja en dicha causal (la invocada), pues el procedimiento imperante en ese entonces era el indicado por el artículo 65 de la Ley 23 de 1991.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C. , agosto diez (10) de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N° 7945. Apelación auto. Actor: Jaime Enrique Martínez Collante y otros

Decide la Sala la apelación interpuesta por el procurador del Tribunal Administrativo del Atlántico, contra el auto de 9 de septiembre de 1992, mediante el cual se negó la nulidad propuesta por el aludido procurador.

La nulidad está fundada en el artículo 140 N° 4 del C. de P.C., causal según la cual incurrió el tribunal al ordenar en el auto admisorio de la demanda traslado al fiscal para que realice audiencia de conciliación, sin mediar sentencia previa, según el recurrente.

Los fundamentos de la apelación están expuestos de la siguiente manera:

"La conciliación de los asuntos Contencioso Administrativos fué restringida a partir del 10 de enero de 1992 por virtud de la vigencia del Decreto N° 2651 de 1991 que reforma en su totalidad lo dispuesto por la Ley 23 de 1991. En efecto, dentro del campo contencioso administrativo únicamente quedaron como conciliables los negocios de Responsabilidad Contractual o Extracontractual del Estado, y esto, únicamente si tales negocios son de mayor cuantía. Además la conciliación únicamente podrán efectuarse si lo solicita el particular demandante luego de haber obtenido fallo favorable de primera instancia. Así lo dispone el parágrafo del artículo 6° del Decreto 2651 de 1991.

Este parágrafo que restringe la oportunidad de conciliación, obviamente reforma y prima sobre el inciso 1° y el 2° del artículo 6° al cual pertenece, ya que dichos incisos son genéricos y el parágrafo es específico, e igualmente porque el parágrafo es posterior a dichos incisos. No hay manera pues de igualar la obligatoriedad de las dos partes del artículo 6° del decreto, y dado que prima el contenido del parágrafo no es viable disponer de audiencia de conciliación de oficio, ni tampoco es viable disponer tal audiencia de conciliación antes de una sentencia favorable al particular en primera instancia.

Es evidente que el legislador en este caso quiso restringir la conciliación en el campo de lo contencioso administrativo. Donde el texto de la ley es claro no cabe interpretación ninguna.

La restricción de la conciliación en el campo contencioso administrativo no se limita a la oportunidad para celebrar la audiencia respectiva, sino que, y es lo principal, el artículo 2° del Decreto 2651 de 1991 dispone que los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o de única instancia y de los cuales no sean contencioso administrativos (ni penales ni laborales) serán los únicos conciliables. A su vez el parágrafo del artículo 6° en concordancia con los incisos 1° y 2° del mismo, hace una excepción y permite que en los casos de Responsabilidad Contractual y Extracontractual se concilien luego de la sentencia de primera instancia.

Las anteriores disposiciones restringen, pues, durante un lapso de 42 meses la conciliación a los negocios de responsabilidad Contractual o Extracontractual, y deja tales casos como tramitables únicamente por los Jueces Contencioso Administrativos. No es entonces aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, referente a que los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, ya que la nueva norma afecta la vigencia misma de la institución de la conciliación y la suspende en su mayor parte. No se trata entonces de que subsistan términos ya iniciados o de que queden pendientes actuaciones y diligencias ya dispuestas, sino de que la mayor parte de los casos previstos de conciliación han desaparecido y los subsistentes casos han sido restringidos en su materia y oportunidad de trámite así como atribuídos a funcionarios diferentes a los Fiscales del Tribunal.

Este cambio del funcionario tramitador —ahora lo es el juez— se da desde el momento de la vigencia del nuevo decreto, ya que se trata de una norma procesal, de orden público e inmediato y general cumplimiento. El juez debe asumir el trámite de la conciliación dentro de un proceso en cualquier estado en que tal conciliación se encuentre. En efecto, si así no fuera podría darse el caso de que posteriormente a la vigencia de la nueva norma se tramitara conciliación dentro de un proceso, tal conciliación fracasara, el proceso siguiera su trámite ante el Tribunal, el Tribunal fallara favorablemente al particular, la Administración estuviese dispuesta a apelar o apelan el fallo y el particular no pudiera solicitar la conciliación prevista en el parágrafo dado que ya tal etapa se habría agotado improcedentemente por la Fiscalía. Esto significaría que una ley procesal, de orden público, habría dejado de aplicarse con perjuicio de una de las partes litigantes".

Para la Sala el auto apelado debe ser confirmado porque él se acomoda, legal y jurisprudencialmente, al criterio expuesto por la Corporación.

En efecto, el numeral 4 del artículo 140 del C. de P.C. reza que "el proceso es nulo en todo o en parte, cuando la demanda se tramita por procedimiento diferente al que corresponde"; pero el hecho de haberse dado traslado en su oportunidad procesal (según la norma imperante) al fiscal a efecto de que conciliara las pretensiones de la demanda entre las partes, no encaja en dicha causal (la invocada), pues el procedimiento imperante en ese entonces era el indicado por el artículo 65 de la Ley 23 de 1991 que a la letra expresa.

"Cuando no se haya intentado conciliación prejudicial, el Consejero o Magistrado ponente de la Corporación que conozca de la demanda Contencioso Administrativa, en el mismo auto en que la admita y una vez notificado, ordenará el traslado de la misma al Fiscal correspondiente para que adelante la conciliación sujetándose a lo dispuesto en los artículos anteriores. Durante el trámite de la conciliación el proceso se suspenderá.

Concluído el procedimiento de conciliación, el Fiscal remitirá al Consejo o Magistrado del conocimiento, un día después de terminado aquel, el Acta de conciliación total o parcial, o el informe de que no fué posible acuerdo alguno entre los interesados, acompañado de los medios de prueba en su poder y de la enumeración de los mismos según el caso.

Si la conciliación fué total el Consejo de Estado o el Tribunal Contencioso Administrativo competente declarará terminado el proceso. Si no hubo conciliación o la Corporación competente encuentra que la lograda resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, o puede hallarse viciada de nulidad absoluta, así lo declarará la Sala en providencia motivada y ordenará la continuación del proceso en cuanto fuere necesario.

Contra las providencias a que se refiere este artículo no habrá recurso alguno". (subrayas fuera de texto).

Ahora bien, el auto que ordenó el traslado al fiscal "para que adelante la conciliación, con sucesión a lo dispuesto en los artículos 59 a 65 de la Ley 23 de 21 de marzo de 1991", data de noviembre 7 del mismo año, y el Decreto 2651 de 1991, tiene fecha de noviembre 25, publicado por el D.O. Nº 40177 de la misma fecha, y su vigencia fué a partir del 10 de enero de 1992 según lo dispuesto en el artículo 62 del decreto. Cuando el fiscal se notificó del proveído que ordenó el traslado a él (nov. 15/91-fl.25) aún el decreto invocado no había sido expedido, ni publicado y mucho menos entrado en vigencia.

No obstante, cuando el fiscal interpuso el recurso contra el auto que ordenó el traslado para conciliación (feb. 3/92, fls. 29-30), entre otras cosas de un modo inusual dentro del proceso -por medio de un auto y no de un escrito como debe ser-, ya estaba en vigencia el aludido Decreto 2651/91 y en aplicación el artículo 62 del mismo que ordena: "salvo disposición en contrario, en los procedimientos iniciados antes, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación....."

En consecuencia, no le asiste razón al señor Procurador ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, ni en su recurso, ni en la nulidad planteada ni en la apelación interpuesta últimamente, y por lo mismo, no se revocará el proveído apelado y él deberá cumplir la audiencia para conciliación ordenada en el traslado contenido en el auto admisorio de la demanda, conciliación que se surtirá conforme a lo dispuesto en la Ley 23 de 1991.

Por lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 9 de septiembre de 1992 proferido por el tribunal administrativo del Atlántico.

COPIESE, NOTÍFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Esta providencia fue aprobada en sesión de 6 de agosto de 1993.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA/ACTO DE ADJUDICACION/COMITE ASESOR

Los INFORMES o CONCEPTOS de los Comités Asesores son de interés para definir, en forma soberana, cuál es la mejor propuesta, pero ellos no pueden ser valorados con la filosofía que lleva a predicar que son INTOCABLES, INCUESTIONABLES, INAPELABLES. Son sí, elementos de juicio de especial importancia, pero con ellos no se puede pretender que el órgano competente, para hacer la adjudicación, quede con el camino sembrado de "garantías hostiles". Darles el universo que se deja cuestionado, sería quitarle al órgano encargado de hacer la adjudicación, la posibilidad de ejercer la competencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 12 de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 6867 Apelación. Actor: Beatriz Suárez Quintero. Demandado: Departamento del Caquetá

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 (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, que en su parte resolutiva, **DISPUSO**:

"1. Declarar la nulidad de la Resolución Número 238 de octubre 25 de 1989, que adjudicó el contrato de obra pública para la Construcción de los Despachos Judiciales de Florencia, Caquetá, a la firma R.B. de Colombia Ltda.

"2. Negar las demás pretensiones de la demanda.

"3. Declarar no probadas las excepciones propuestas" (fl. 155 Cdno N° 1).

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 doctora BEATRIZ SUAREZ QUINTERO de profeción Arquitecta, por intermedio de apoderado, mediante Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ha demandado ante esta Corporación al Departamento del Caquetá, para que se acceda al siguiente petitum:

"Primera Petición: Solicito del Tribunal Contencioso Administrivo del Caquetá, que, previos los trámites de un proceso ordinario, con audiencia del Ministerio Público, decrete la Nulidad de la Resolución N° 238 del 25 de octubre de 1989, expedida por el Gobernador del Departamento del Caquetá y firmada también por el Secretario de Obras Públicas del Departamento del Caquetá, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública Número SOP-001 de 1989, abierta por el citado Departamento del Caquetá, a la firma R.B. de Colombia Ltda.

"Segunda petición. Como consecuencia de la Nulidad impetrada en el acápite anterior, a título de Restablecimiento del Derecho, sírvanse declarar desierta la Licitación Pública Número SOP-001 de 1989 de la Gobernación del Caquetá, que tuvo como objeto la construcción de los Despachos Judiciales del Municipio de Florencia, Caquetá.

"Tercera petición. Sírvanse condenar al Departamento del Caquetá, Gobernación del Departamento del Caquetá, al pago de los perjuicios sufridos por la actora y causados en desarrollo de la Licitación Pública llevada a cabo por la Gobernación del Caquetá, para otorgar el contrato de Construcción de los Despachos Judiciales del Municipio de Florencia, Caquetá".

"Señala como Hechos y Omisiones en el libelo, las siguientes:
"1. Entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y el departamento del Caquetá se suscribió el contrato administrativo de Obra Públicad N° 033 de 1984 y sus adicionales números 001 de 1987, 002 de 1987 y 003 de 1988 para la construcción de los Despachos Judiciales del Municipio de Florencia, Caquetá.

"2. Que en la cláusula novena del citado contrato se autoriza al Departamento para subcontratar con el lleno de los requisitos establecidos por el Decreto 222 de 1983.

"3. Mediante Resolución N° 190 del 23 de agosto de 1989, se ordenó la apertura de la Licitacón Pública (obra pública) número SOP-001 de 1989, para la construcción de los despachos judiciales del Municipio de Florencia, Caquetá.

"4. Tanto en el contrato administrativo celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y el Departamento del Caquetá, como en el numeral 2 (régimen legal) del Capítulo I del pliego de condiciones, se afirma que el régimen legal aplicable es el Decreto 222 de 1983.

"5. En el Capítulo II, numeral 15.3 del pliego de condiciones, se dice: "El gobernador hará la adjudicación mediante resolución motivada, teniendo en cuenta los estudios del caso y hechos los análisis comparativos, al proponente cuya oferta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones, y teniendo en cuenta los criterios enunciados en el Artículo 33 del Decreto 222 de 1983, previo concepto favorable del Comité Técnico.

"6. La Licitación fue abierta según el pliego de condiciones (Capítulo II, numeral 7), el día 6 de septiembre a las 3:00 p.m. de 1989 y cerrada el día 20 de septiembre a las 3:00 del mismo año (numeral 10 Capítulo II del pliego de Condiciones).

"7. Según el Capítulo IV, numeral primero del pliego de condiciones, se determina que las propuestas presentadas serán analizadas en primera instancia por el abogado designado por el FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, perteneciente a su oficina jurídica, quien revisará y evaluará cada una de las propuestas y emitirá concepto jurídico sobre cuáles cumplen con los requisitos legales exigidos por este pliego de condiciones y las normas de contratación vigentes, eliminando aquellas que legalmente no cumplen con el lleno de los mismos: por tanto, solamente serán tenidas en cuenta para el estudio técnico, las que jurídicamente sean aceptadas.

"8. Según el numeral segundo del Capítulo IV del pliego de condiciones se afirma que con base en los estudios realizados por el abogado de la oficina jurídica del FONDO, el comité técnico efectuará el procedimiento para determinar el orden de ilegalidad.

"9. El doctor JAIRO SANCHEZ GUZMAN, jefe de la oficina jurídica del FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, mediante oficio fecha (sic) en Florencia el 27 de septiembre de 1989, dirigido al COMITE TECNICO ENCARGADO DEL ESTUDIO Y RECOMENDACIONES DE LAS PROPUESTAS, rinde el concepto jurídico de cada una de las propuestas, y en la nota final, manifiesta que las propuestas número 4 y 6, la 6 corresponde a la propuesta presentada por R.B. de Colombia Ltda., incumple parcialmente el pliego de condiciones en lo relacionado con el numeral 7 del Capítulo V, afirmando que no se eliminan en el concepto porque dicho numeral no está incluído dentro de los motivos de eliminación por análisis jurídico, pero recomienda al Comité se estudie la situación y se resuelva al respecto.

"10. El oficio fechado en Florencia el 28 de septiembre de 1989, dirigido al señor Brigadier General Eddie Alberto Pallares Cotes, Gobernador del Caquetá, EL COMITE TECNICO DE EVALUACION DE PROPUESTAS, hizo la

evaluación de las mismas y teniendo en cuenta el concepto jurídico resolvió no considerar entre otras propuestas, la presentada por R.B. de Colombia Ltda., por no cumplir parcialmente condiciones estipuladas en el pliego de condiciones de la Licitación, o se eliminó la propuesta presentada por R.B. de Colombia Ltda.

"En la evaluación realizada por el COMITE TECNICO DE EVALUACION DE PROPUESTAS, la oferta N° 5 que fue la que presentó mi poderdante BEATRIZ SUAREZ QUINTERO, fue clasificada como primer elegible, con un total de 94 puntos, segunda de la oferta N° 2, con 76 puntos.

"11. En el Capítulo V páginas 29 a 33 del pliego de condiciones señala el procedimiento para calificar las propuestas y dice al final la página 33 del pliego de condiciones, que la propuesta calificada con mayor puntaje, será la que tiene la primera opción de adjudicación del subcontrato.

"12. Pese a todo lo anterior la Gobernación del Departamento del Caquetá, adjudicó la Licitación Pública (Obras Públicas) número SOP-001 de 1989 para la construcción de los Despachos Judiciales del Municipio de Florencia Caquetá, a la firma R.B. de Colombia Ltda., por medio de la Resolución Número 238 del 25 de octubre de 1989, cuya nulidad ha impetrado.

"13. La adjudicación del subcontrato se hizo desconociendo el concepto dado por el Jefe de la Oficina Jurídica del FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA y la evaluación de las ofertas realizadas por el COMITE TECNICO DE EVALUACION DE PROPUESTAS, a una firma que el Comité Técnico, ni siquiera consideró por no cumplir parcialmente con el pliego de condiciones, en perjuicio de la oferta de mi poderdante, que fue la que obtuvo el puntaje más alto y queda como primer elegible, obteniendo el puntaje más alto en cuanto a precio, programa de obra, plazo, flujo de inversión, clasificación de registro de proponentes, etc.

"14. Como si fuera poco la Resolución Número 238 de Octubre de 1989, por medio de la cual se adjudicó el subcontrato señaló un plazo de 15 días hábiles para la firma del contrato, violando también el numeral 17 del Capítulo II del pliego de condiciones, que dice que cuando el adjudicatorio no firme el subcontrato dentro de los diez (10) días aquí previstos, la Gobernación podrá adjudicar dentro de los diez (10) días siguientes al proponente clasificado en segundo lugar.

"15. Contra la Resolución de adjudicación, cuyo número y fecha precisé en el hecho 12, no procede ningún recurso según lo previsto en el Art. quinto de dicha Resolución y en el inciso segundo del Art. 34 del Decreto 222 de 1983.

"16. La circunstancia que he descrito en el punto anterior, releva a la parte que represento del deber de agotar la vía gubernativa para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso".....

"CONSIDERACIONES:

"En esta parte de la providencia nos referiremos en primer lugar a las excepciones propuestas y luego a lo que es materia de la presente litis.

"I. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

"1. La parte litisconsorcial por pasiva, R.B. de Colombia Ltda., por medio de apoderado en el contexto de su escrito de oposición a la pretensión demandada propone la caducidad de la acción como excepción, sustentándola con el argumento, que el día 14 de marzo de 1990, fecha en la cual corrigió la demanda el actor en cumplimiento del auto que así lo ordenó, habían transcurrido sobradamente los términos de caducidad puesto que su presentación sin el lleno de los requisitos y formalidades no interrumpe dicho término según el mandato del Artículo 26 del Decreto 2304 de 1989 que modificó al 143 del Decreto 01 de 1984.

"Sobre el particular cabe señalar que la reforma del año de 1984 previó un régimen distinto al actual respecto a la interrupción de la caducidad cuando la demanda se presenta sin el lleno de los requisitos y formalidades establecidas en tales normas.

"Si bien es cierto el Decreto 01 de 1984 y el Decreto 2304 de 1989, establecen el principio de la no interrupción de la demanda que no satisfaga los requisitos, modificó el actual Decreto 2304 la limitación que establecía el Decreto 01 de 1984, según la cual solamente se podía corregir los requisitos omitidos de la demanda dentro del término de cinco (5) días siempre y cuando éste estuviera comprendido en el de caducidad.

"Para el Decreto 2304 de 1989, cuando se trata de la omisión de requisitos simplemente formales se puede corregir la demanda dentro del término de cinco (5) días, esté o no comprendido dicho lapso de tiempo en el término de caducidad. Con este criterio se puso el Código Contencioso Administrativo a la par con las normas de procedimiento Civil en las cuales no existe ninguna limitante para efectos de corrección de requisitos formales.

"Se concluye entonces, que cuando la demanda Contencioso Administrativa omite acompañar el Acto Demandado; no se invocan las normas violadas y su concepto de violación; no se designan las partes del proceso; no se señala en forma razonada la cuantía; se presenta el poder en forma irregular: Se puede sanear o corregir dentro del término de los referidos cinco (5) días y la presentación de la demanda con estas formalidades sí interrumpe el término de caducidad.

"Cuando se trata de requisitos no formales, esto es, esenciales como la caducidad, la prescripción del derecho y la falta de jurisdicción entre otras, la demanda que carezca de estos requisitos no interrumpe el término de caducidad y por

lo tanto no es susceptible de ser corregida y el camino expedito por parte del Magistrado Ponente es el de adoptar la inadmisión o rechazo de la demanda.

"Lo anterior nos lleva a considerar que la excepción propuesta no tiene ninguna operancia en el presente asunto, por cuanto los requisitos omitidos y que fueron corregidos por el Actor son de aquellos que son susceptibles de ser anexados dentro del término de cinco (5) días, sin importar que dicho término no quede comprendido en el de caducidad; siendo por lo tanto forzoso declarar no probada la excepción propuesta y así habrá de decirse en esta providencia.

"Por otro lado el Departamento del Caquetá, a través de su apoderado propone como excepción de fondo la Inexistencia de las pretensiones incoadas por la parte actora, por cuanto no le asisten a ésta razones de orden jurídico ni de hecho.

"Por su parte R.B. de Colombia Ltda. propone la misma excepción remitiéndose a las razones expuestas en su libelo en el acápite "Razones de la Demanda".

"Por considerar que lo alegado no constituye una excepción de fondo, en razón a que los fundamentos se refieren específicamente a las normas violadas y a su concepto de violación, más que ser un impeditivo para decidir de fondo la pretensión es la razón para que el pronunciamiento sea de mérito o de fondo, pues si no hay razón jurídica valedera que lleve a la prosperidad la respectiva acción, la decisión final sería la de denegar las pretensiones reclamadas.

"Por lo anterior no está llamada a prosperar la presunta excepción y sí ha de decirse en esta Sentencia.

"II. DEL CASO CONTROVERTIDO

"La parte actora, esto es, quien no saliera favorecido con la adjudicación de la licitación ha solicitado la nulidad de la Resolución N° 238 de octubre 25 de 1989, por medio de la cual se adjudicó la Licitación a la Firma R.B. de Colombia Ltda.

"Como consecuencia de la Nulidad solicitada pide se hagan dos declaraciones:

"a) Declarar desierta la licitación pública N° SOP-001 de 1989.

"b) Condenar al pago de los perjuicios sufridos por la actora y causados en desarrollo de la Licitación Pública llevada a cabo por el Departamento del Caquetá, para otorgar el contrato de construcción de los despachos judiciales de Florencia.

"Estas declaraciones o condenas peticionadas en la demanda, tienen su fundamento en las siguientes irregularidades en el proceso de selección de los concursantes o licitantes, las que precisaremos en los siguientes puntos:

"1. El jefe de la oficina jurídica del FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, rinde concepto jurídico de cada una de las propuestas, aceptando jurídicamente todas las propuestas, excepto la número uno (1), pero haciendo la observación que las números 4 y 6 incumplen parcialmente el pliego de condiciones en lo que respecta al numeral 7 del Capítulo V, afirmando que no se eliminan porque dicho numeral no está dentro de los motivos de eliminación por análisis jurídico, pero recomienda al Comité Técnico estudie y resuelva al respecto:

"2. El Comité Técnico de Evaluación de Propuestas, atendiendo la recomendación dada en el concepto jurídico, resolvió no considerar a R.B. de Colombia Ltda, por no cumplir parcialmente las condiciones estipuladas en el pliego de condiciones.

"3. En la evaluación hecha por el comité técnico, la propuesta N° 5 (BEATRIZ SUAREZ QUINTERO) fue clasificada como primera elegible con un total de 94 puntos, seguida de la oferta Nro. 2 con 76 puntos.

"4. Según el Capítulo IV del pliego (páginas 29 a 33), señala que la propuesta calificada con el mayor puntaje, será la que tiene la primera opción para la adjudicación.

"5. Pese a lo anterior el Departamento del Caquetá adjudicó la Licitación SOP-001 de 1989 a la firma R.B. de Colombia Ltda., la cual había sido excluida por el Comité Técnico.

"6. Para la firma del contrato, la Resolución de adjudicación señaló como término quince (15) días, violándose el numeral 17 del Capítulo II del pliego de condiciones que señala solamente diez (10) días;

"7. La Resolución de adjudicación, además de adolecer de la anomalía anotada antes, fué motivada falsamente por cuanto afirma que tuvo en cuenta para la adjudicación, la evaluación presentada por la Oficina Jurídica y el Comité Técnico de las propuestas presentadas en la licitación, determinando por unanimidad que la oferta más favorable corresponde a la presentada por la Firma R.B. de Colombia Ltda.

"III. DEL PLIEGO DE CONDICIONES.

"Hechas las precisiones anteriores, consideramos que para resolver la controversia es necesario determinar el sentido y alcance del pliego de condiciones en sus diversas etapas de selección, al igual que el de las normas invocadas como infringidas por el Acto Demandado; para el fin propuesto analizaremos el pliego en los siguientes aspectos:

"1. LEY DEL CONTRATO.

"En la Licitación hecha por el Departamento del Caquetá para la celebración del subcontrato de Obra Pública para la construcción de los Despachos Judiciales de Florencia Caquetá, se determinó como régimen legal las normas del Decreto 222 de 1983.

"Siguiendo este Estatuto Contractual, su artículo 33 acerca de los criterios que se deben seguir para la adjudicación señala expresamente: "La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso.

"En las evaluaciones de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente, con fundamento, entre otros, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los Oferentes.

".....".

"La norma transcrita nos señala y así ha de deducirse de ella, que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato conforme a la cual debe ajustarse todo proceso de Licitación ya que en ellas se recogen las condiciones técnicas, jurídicas, económicas, a las cuales debe sujetarse el respectivo contrato administrativo. Es tan importante el pliego que la Jurisprudencia ha determinado que "La administración que los desconoce vicia de nulidad no sólo el acto de adjudicación sino el contrato que se celebre con base en él" (Contratación administrativa, autor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, página 328).

"2. TRAMITE PARA LA ADJUDICACION.

"Hecha y publicada la convocatoria para que los interesados presenten sus propuestas, éstas deben satisfacer ciertos requisitos para que sean admitidas, los cuales se hallan expresamente contenidos en el Pliego el que debe ser adquirido y estudiado por el Participante.

"Presentadas las propuestas y fenecido el término para allegarlas se cierra la licitación para que seguidamente entren los organismos competentes para el estudio de cada una en sus diversos aspectos formales y esenciales especificados en el pliego de condiciones.

"Para la licitación que es objeto de análisis, se estatuyeron dos organismos encargados de estudiar y analizar la veracidad, integridad y autenticidad de los

documentos acompañados con las ofertas, y los aspectos técnicos y económicos de cada una de las ofertas presentadas; esos organismos fueron: El abogado designado por el FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, perteneciente a esa misma Oficina; y el COMITE TECNICO DE EVALUACION DE PROPUESTAS, que estuvo integrado por seis (6) personas. Efectuado el análisis Jurídico y Técnico, le correspondía a la Gobernación adjudicar la licitación mediante resolución motivada, teniendo en cuenta los estudios del caso y hechos los análisis comparativos, al proponente cuya oferta estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones y teniendo en cuenta los criterios del Artículo 33 del Decreto 222 de 1983, previo concepto favorable del Comité Técnico.

"a) ANALISIS JURIDICO.

"Le correspondía al abogado designado por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, analizar en primera instancia las propuestas presentadas y emitir concepto jurídico, eliminando aquellas que no cumplan con el lleno de los requisitos del pliego y las normas sobre contratación vigentes.

"Dentro de las causales de eliminación de proponentes señaló, la falta de alguno o algunos de los documentos exigidos y señalados expresamente en el Capítulo III "LA PROPUESTA" del pliego en la forma y dentro de los términos establecidos.

"Debe entenderse como documentos de la propuesta no sólo aquellos que por su naturaleza lo son tales como, declaraciones de renta, certificado de la Cámara de Comercio, Póliza de seriedad de la propuesta, etc., sino además los que señalan en el numeral 1° del Capítulo III que los considera como tales la lista de jornales básicos, análisis de precios unitarios, presupuesto, análisis de los gastos de administración, etc.

"Refiriéndonos al A.I.U. como documento de la propuesta, ésta debía aparecer en ella en forma discriminada indicando la manera como se obtuvo, por así disponerlo el pliego en el numeral 2.18 del Capítulo III.

"Considerando el A.I.U. como documento, su presentación en deficiencias en cuanto a la vigencia e integridad no constituye causal de eliminación, pero se tendrá en cuenta para el puntaje en la ponderación dentro del proceso de preselección. Esta excepción no impide, es nuestro criterio que si el A.I.U. no está ajustado a la exigencia del pliego en el sentido que su liquidación será del 20%, puede eliminarse la propuesta porque no se ajusta al pliego en la cuantía porcentual fijada en el numeral 7, Capítulo V, De la ejecución de las obras.

"b) ANALISIS TECNICO.

"Para el análisis técnico que efectuara el Comité, se establecieron dos pautas a seguir:

"a) Solamente serán tenidas en cuenta para el análisis técnico, las propuestas jurídicamente aceptadas en el concepto jurídico emitido por el abogado del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

"b) Con base en los estudios realizados por el abogado del Fondo, el comité técnico efectuará la evaluación y selección de las propuestas.

""Entendemos que si el abogado designado por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia acepta jurídicamente las propuestas es porque ellas cumplen a cabalidad los requisitos legales y del Pliego y solamente las que aprueben dicha evaluación son las que se pueden someter al procedimiento de selección y calificación final. En otras palabras al abogado le es permisible que acepte o rechace las propuestas en cuanto a lo jurídico; ya en lo referente al Comité Técnico le corresponde la evaluación en sus factores técnicos, económicos, experiencia y contable: esto excluye la evaluación jurídica, pues como se ha dicho le compete al abogado del FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

"c) ADJUDICACION DE LA LICITACION.

"El análisis Técnico que hará el respectivo Comité, debe efectuarse conforme al procedimiento señalado en los numerales 2.1. y 2.2. Capítulo V del Pliego, esto, es la selección por fórmula Matemática y Calificación final.

"Terminado el proceso de selección final se determinará la propuesta calificada con mayor puntaje, siendo ésta la que tiene la primera opción de adjudicación del subcontrato; no quiere decir lo anterior, que necesariamente la entidad adjudicante debe adjudicar el contrato a la propuesta que ocupe el primer lugar, por cuanto jurisprudencialmente se ha sentado el criterio que a quien le compete hacer la adjudicación puede apartarse de la Evaluación del Comité Técnico, porque considera que otra propuesta es más favorable motivándose en razones serias.

"Para la adjudicación el Gobernador del Caquetá debe según el pliego, hacerlo por medio de Resolución motivada, previo concepto favorable del Comité Técnico (numeral 15 Capítulo II del Pliego).

"IV. LA LICITACION NUMERO SOP-001 de 1989 FRENTE AL PLIEGO DE CONDICIONES.

"Expuesto en el acápite anterior la interpretación y sentido del pliego de condiciones en lo referente al procedimiento establecido para la adjudicación de la

Licitación y la ulterior firma del contrato de obra para la construcción de los Despachos Judiciales de esta Cciudad, procederemos a hacer el estudio comparativo del proceso seguido por el Asesor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, el Comité Técnico de Evaluación de las Propuestas y la adjudicación por parte de la Gobernación de este Departamento, y el pliego de condiciones; veamos:

"1. Análisis jurídico de las Propuestas. Le competía al abogado designado por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia hacer el análisis y conceptuar si las propuestas se ajustaban al pliego y a las normas legales sobre contratación administrativa vigentes.

"a) CONCEPTO JURIDICO.

"Se presentaron seis (6) propuestas las que una vez estudiadas por el abogado del Fondo, conceptuó no aceptando jurídicamente la propuesta número uno (1) correspondiente a Leonel Velandia Poveda por incumplimiento parcial del pliego de condiciones en el Capítulo III numerales 2.2.8 y 2.2.10.

"Respecto a las demás ofertas aparecen aceptadas jurídicamente, inclusive la de la firma R.B. de Colombia Ltda.

"No obstante haberse aceptado jurídicamente la propuesta de la sociedad mencionada antes, aparece una nota a manera de observación, según la cual las propuestas de PABLO ALFONSO SANCHEZ Y CIA. LTDA. y R.B. de COLOMBIA LTDA., incumplen parcialmente el Pliego en lo relacionado con el numeral 7 del Capítulo V. No se eliminaron en este concepto porque dicho numeral no está incluído dentro de los motivos de eliminación por análisis jurídico, y recomienda al Comité Técnico estudie tal situación y se resuelva al respecto.

"Frente al Pliego de Condiciones observa el Tribunal que el Concepto Jurídico del Abogado del Fondo Rotatorio no se ajustó a sus previsiones, por cuanto no sólo constituía causal de eliminación las enumeradas en el numeral 13 del Capítulo II referente a falta u omisión de requisitos de los documentos enunciados en el numeral antes citado y los relacionados en el Capítulo III "La propuesta" numerales 1 y 2, sino también las que no cumplían las exigencias del Pliego como es el caso de R.B. de Colombia Ltda., quien no cumplía con el requisito del A.I.U. (Administración, inversiones y utilidades), pues excedía el porcentaje del 20% fijado en el numeral 7, Capítulo V del pliego de condiciones: Según oferta de esta Sociedad Limitada el A.I.U. lo fijó en un porcentaje equivalente al 22% (ver, folios 171 y 176 de su oferta).

"Por lo expuesto tenemos que el Abogado del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, ha debido emitir concepto no aceptando jurídicamente la oferta de R.B. de Colombia Ltda., porque incumplía parcialmente el Pliego por la razón

que él mismo corrobora en su oficio de septiembre 27 de 1989 y no haber asumido una posición incierta (folios 36 a 38) cuaderno N° 3.

"b) ANALISIS TECNICO.

"Correspondía al comité técnico de evaluación de ofertas efectuar este trabajo sobre las propuestas jurídicamente aceptadas por el Abogado del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia (numerales 1 y 2 Capítulo IV del pliego).

"El Comité designado para tal fin, en su evaluación del 28 de septiembre de 1989, obrante a folios 45 a 48 del expediente, evaluó las seis (6) ofertas, empezando por revisar los aspectos jurídicos de las propuestas, de cuya revisión resultó no considerar las ofertas números uno, cuatro y seis, porque no cumplían parcialmente las condiciones estipuladas en el pliego, procediendo enseguida a efectuar las correcciones aritméticas y a eliminar las ofertas de acuerdo con el proceso de selección por fórmula matemática contemplado en el pliego Capítulo IV, factores de selección y Ponderación de tales Factores.

"Como bien se observa el Comité optó por rechazar a R.B. de Colombia Ltda. por considerar que no cumplía los requisitos del Pliego, detectados en el análisis jurídico que hiciera el abogado del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y atendiendo el estudio y preselección de propuestas autorizado por el Capítulo II, numeral 11 del pliego, que en su parte correspondiente señala: "El Comité Técnico Selecciona las ofertas más favorables y ajustadas al pliego de condiciones dentro de los factores de selección y ponderación de dichos factores que se incluyen en el Capítulo IV del presente Pliego de condiciones".

"Visto lo anterior, se concluye que el Comité Técnico no consideró la oferta porque no cumplía en su integridad el Pliego, precisamente en el factor antes señalado, el 20% del A.I.U. o gastos de Administración, Imprevistos y utilidades.

"Concluyó entonces el Comité Técnico, después del análisis señalado en el pliego, en seleccionar finalmente las ofertas número 2 correspondiente a CASTRO RAMIREZ, Ingenieros Contratistas en Segundo Lugar y a BEATRIZ SUAREZ QUINTERO como primera elegible opcionada para la adjudicación del subcontrato.

"c) LA ADJUDICACION DE LA LICITACION Y DEL SUB-CONTRATO.

"De acuerdo con el análisis técnico de las ofertas que cumplían las condiciones del pliego, la autoridad competente para adjudicar la licitación y por consiguiente el sub-contrato, ha debido escoger la más favorable y ajustada al pliego de entre las que resultaron clasificadas o seleccionadas, previo concepto favorable del Comité Técnico y teniéndose en cuenta los criterios enumerados en el Artículo 33 del Decreto 222 de 1983 (numeral 15.2 Capítulo II del pliego).

"Ha de entenderse que las propuestas que debía analizar comparativamente el señor Gobernador para adjudicar el sub-contrato no son otras que las ofertas que estuvieron sometidas al análisis jurídico y técnico, es decir las de BEATRIZ QUINTERO Y CASTRO RAMIREZ, Ingenieros contratistas, en razón a que el Pliego de Condiciones por ser ley del contrato sus reglas han de acogerse en su integridad, y mal puede el Ente o persona adjudicadora apartarse de las mismas normas que ha creado.

"En el caso sub exámine el señor Gobernador del Departamento no se acogió al criterio técnico jurídico emitido, apartándose de su reglamentación al no escoger al adjudicatario dentro de los proponentes aceptados por el Comité Técnico.

"Como la irregularidad precisada afecta el acto de adjudicación, nos referimos en concreto el acto Administrativo Demandado y a las censuras señadas (sic) por la parte actora.

"V. DEL ACTO DEMANDADO.

"Como ya lo hemos señalado la Gobernación se apartó del Pliego de Condiciones en lo que respecta al trámite establecido para el estudio, eliminación y clasificación de las propuestas, pues como lo afirma el Demandante escogió como propuesta favorable aquélla que había sido eliminada y descartada por el Comité Técnico.

"La circunstancia de considerar la propuesta que no fue tenida en cuenta por el Comité Técnico, es suficiente para que la adjudicación sea anulada porque no le es facultativo al adjudicante escoger la proponente de su simpatía sacrificando a otros que cumplieron a cabalidad los requisitos legales y del pliego y se sometieron al proceso de evaluación que prevee éste.

"La escogencia que hiciera el Gobernador del Departamento, como bien lo afirma el actor vulnera el principio de igualdad y equidad que debe imperar en esta clase de actos Administrativos.

"Si una adjudicación se pudiera hacer sin sujeción al Pliego de Condiciones sobraría éste y las demás normas del proceso de selección establecidas.

"Ciertamente el organismo adjudicador se puede apartar del Concepto del Comité Técnico con fundamento en que la oferta que elige es la más conveniente para la administración, pero esa elección debe hacerse dentro de las propuestas que se han sometido al proceso de eliminación, selección y calificación, pero motivando su determinación en razones de pronto distintas a las consideradas por el Comité Técnico, tales como la experiencia profesional, la seriedad, su capacidad operativa, sus antecedentes en la ejecución de contratos similares, el hecho de no haber sufrido sanciones (caducidad etc.).

"Sin embargo, aplicó el ente adjudicador un poder discrecional absoluto hasta el punto de motivar el Acto falsamente y sin especificar con claridad cuáles factores determinaron la conveniencia, pues simplemente se dijo que "Reunido el Consejo de Gobierno Departamental, teniendo en cuenta la evaluación presentada por la Oficina Jurídica del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y el Comité Técnico, de las propuestas presentadas en la Licitación, determinó por unanimidad que la oferta más favorable corresponde a la presentada por la firma R.B. de Colombia Limitada" (lo subrayado es del tribunal).

"No es suficiente la motivación para justificar la determinación adoptada, lo cual hace irregular el Acto Administrativo y más aún cuando el Comité Técnico no dio concepto favorable para tal adjudicación como lo exigía el pliego en su numeral 15.2 Capítulo II.

"Todas las anteriores consideraciones sobre cualesquiera otras, son suficientes para que se adopte la Nulidad del Acto Administrativo Demandado y así ha de pronunciarse esta Corporación.

"Como la decisión que ha de tomar el Tribunal es la declaratoria de Nulidad del Acto de adjudicación Demandado y de ella se derivará el Restablecimiento del derecho que cree vulnerado el Demandante, nos referiremos enseguida al respecto:

"VI. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SOLICITADO POR EL ACCIONANTE.

"Como consecuencia de la Nulidad del Acto pide el Actor dos cosas:

"1. Declarar desierta la Licitación Número SOP-001 de 1989.

"2. Condenar al pago de los perjuicios sufridos y causados en desarrollo de la Licitación Pública.

"Respecto a la primera declaración afirma el Demandante que se declare desierta la licitación, no para obligar a la Administración para que contrate con él sino para liberarla de las que hipotéticamente pudiesen surgir de la Resolución de adjudicación viciadamente proferida y en razón a que el contato no ha sido suscrito por la firma R.B. DE COLOMBIA LTDA.

"Creemos que corresponde al Jefe del Organismo declarar desierta la Licitación o concurso y no al Tribunal con ocasión de la declaratoria de Nulidad del Acto Administrativo de adjudicación de la misma. Además el artículo 35 del Decreto 222 de 1983 impide hacer tal declaración por cuanto la Resolución de adjudicación es irrevocable y obliga por lo mismo a la Entidad contratante y al ajdudicatario; hay por lo tanto razones parea no acceder a tal pedimento.

"En cuanto al perjuicio reclamado el cual estima en la utilidad promedio en esta clase de contratos, cual es el veinte por ciento (20%), es necesario hacer algunas precisiones:

"De acuerdo a los términos de la demanda, el supuesto daño causado, el que proviene de la adjudicación a proponente desclasificado por el Comité Técnico, lo sustentó en el hecho de haber sido calificada su propuesta con el mayor puntaje y en el primer puesto respecto de la segunda clasificada o sea la que correspondía a CASTRO RAMIREZ Ingenieros Contratistas. Con base en la mejor calificación consideró que ha debido adjudicársele el subcontrato y no a R.B. de Colombia Ltda., quien fuera eliminada por el comité técnico.

"Considera el Tribunal que de la obtención del mayor puntaje de calificación no nace la obligación para la Entidad adjudicante, sino una expectativa u opción para que se le adjudique un contrato, por que la administración se puede apartar razonablemente del primer posible contratista, por que considera que hay otra u otras más favorables o beneficiosas.

"El Pliego de Condiciones en parte alguna señala la obligación de adjudicar el sub contrato al mayor puntaje, al contrario, dice expresamente: "Con base en el procedimiento anteriormente expuesto se determinará la propuesta calificada con mayor puntaje y que será quien tiene la primera opción de adjudicación del subcontrato" (parte final del Capítulo IV del pliego).

"Siendo una mera expectativa la calificación mejor, de ella no puede derivarse ningún derecho a exigir la adjudicación, ni la obligación de adjudicar el subcontrato al primer opcionado.

"Sobre lo indicado antes, ha señalado el Consejo de Estado: "El proceso de adjudicación es delicado de por sí. Por esa razón el organismo encargado de hacerla ordinariamente recibe la asesoría de un cuerpo o comité, el que hace una evaluación técnica preliminar.

"El informe de ese Comité o Cuerpo Técnico es de una importancia excepcional, pero no es obligatorio para el funcionario u organisnmo que adjudica, a menos que el ordenamiento así lo imponga.

"Si fuera obligatorio, por principio, la adjudicación estaría a su cargo y sobraría la decisión final del organo adjudicante". (Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado. Junio 20/83; Consejero Ponente Dr.CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

"Ahora bien; siendo una expectativa la que adquirió la primera Proponente calificada con el mayor puntaje, de ella no se derivaría indemnización alguna y

menos aún la que pide en el libelo en cuantía de $ 32.000.000.oo equivalente a la utilidad promedio de esta clase de contratos.

"Para la viabilidad de la indemnización reclamada, la actora ha debido demostrar en este proceso que su propuesta era la más favorable para la administración frente a las demás propuestas admitidas en el proceso de selección y no basar su pretensión en el hecho de haber obtenido la primera opción.

"Ciertamente la adjudicación se otorgó a quien no estuvo sometido al proceso de evaluación y selección final, pero también es cierto que la favorabilidad de una oferta debe probarse y determinarse los factores que la hacen más conveniente respecto de las demás; esa conveniencia o favorabilidad debe ser el resultado de la comparación de los diversos aspectos que la distinguen tales como el económico, personal o el técnico, etc.

"Todo lo expuesto lleva al Tribunal a declarar la Nulidad del Acto Administrativo de adjudicación del sub-contrato, mas no a acceder al pago de la indemnización por las razones expresadas en esta providencia" (fls. 130-155 Cdno. N° 1).

II
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 158 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"Sustento el recurso interpuesto en los siguientes razonamientos, los cuales explican a su vez los motivos de inconformidad.

"1. EN CUANTO HACE RELACION: LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD DEL ACTO IMPUGNADO.

"Comparto plenamente los argumentos que tuvo el Honorable Tribunal para declarar la Nulidad de la resolución N° 238 del 25 de octubre de 1989, que ajudicó el contrato de obras públicas para la Construcción de los Despachos Judiciales de Florencia Caquetá, a la firma R.B. de Colombia Ltda. Efectivamente encontró el Tribunal que la Gobernación se apartó del Pliego de Condiciones en lo que respecta al trámite establecido para el estudio, eliminación y clasificación de las propuestas, pues escogió como propuesta favorable aquella que había sido eliminada y descartada por el comité técnico.

"Considera el Tribunal, que la circunstancia de considerar la propuesta que no fué tenida en cuenta por el comité técnico, es suficiente para que la adjudicación sea anulada porque no le es facultativo al adjudicante escoger al proponente de su simpatía sacrificando a otros que cumplieron a cabalidad los requisitos legales y del Pliego de Condiciones y se sometieron al procedimiento de evaluación previsto.

"Encontró el Honorable Tribunal, que el ente adjudicador, aplicó un poder discrecional absoluto hasta el punto de motivar el acto falsamente y sin especificar con claridad, cuales factores determinaron la conveniencia, pues simplemente se dijo que "Reunido el Consejo de Gobierno Departamental, teniendo en cuenta la evaluación presentada por la Oficina Jurídica del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y el comité técnico, de las propuestas presentadas en la Licitación, determinó por unanimidad que la oferta más favorable correspondía a la presentada por la firma R.B. de Colombia Ltda., no siendo suficiente la motivación para justificar la determinación adoptada, la cual hizo irregular el Acto Administrativo y más aún cuando el comité técnico no dió concepto favorable para tal adjudicación como lo exigía el pliego en su numeral 15.2 Capítulo II.

"2. EN CUANTO A LA SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES, las cuales fueron negadas por el Honorable Tribunal.

"a) En cuanto a declarar desierta la licitación N° SOP-001 de 1989, cuando se presentó la demanda era procedente, puesto que para esa fecha aún no se había firmado el contrato entre la Gobernación y el adjudicatario y ya había precluido el plazo, que según el Pliego de Condiciones era de 10 días, lo que le daba a la administración la oportunidad de abrir una nueva licitación, o adjudicar dentro de los 30 días siguientes al proponente calificado en segundo lugar. Pero como en el caso presente, la adjudicación se había hecho a una firma descalificada no era posible este procedimiento, por lo tanto quedaba la oportunidad para declarar desierta la licitación, y fué, por este motivo que se pidió la suspensión provisional, para que la administración pudiera corregir su error. Suspensión que en su oportunidad negó el Tribunal.

"b) En lo relacionado a condenar al Departamento del Caquetá al pago de los perjuicios sufridos y causados en desarrollo de la licitación pública, el Tribunal entra en graves contradicciones, pues dentro de los argumentos para declarar la Nulidad del acto impugnado, estima que la sola circunstancia de considerar la propuesta que no fué tenida en cuenta por el comité técnico, es suficiente para que la adjudicación sea anulada, pero cuando entra a estudiar la condena al pago de perjuicios, se contradice al argumentar que la obtención del mayor puntaje de calificación no nace la obligación para la entidad adjudicante,sino una expectativa u opción para que se le adjudique un contrato, porque la administración se puede apartar razonablemente del primer posible contratista, porque considere que hay otra u otras más favorables o beneficiosas.

"El art. 33 del Decreto 222 de 1983 "DE LOS CRITERIOS PARA LA ADJUDICACION" dice "La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuando el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso.

"En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones correspondientes, con fundamento, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes".

"La propuesta presentada por la firma R.B. de Colombia Ltda., no fué sometida al estudio establecido en el art. 33 del Decreto 222 de 1983, porque esta propuesta ni siquiera fué tenida en cuenta por el COMITE TECNICO DE EVALUACION DE PROPUESTAS, por no cumplir parcialmente condiciones estipuladas en el Pliego de Condiciones de la licitación, o sea, eliminó la propuesta presentada por la firma R.B. de Colombia Ltda.

"Al respecto dijo el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en fallo del 22 de agosto de 1981, siendo ponente el Magistrado: Dr. GREGORIO ALVAREZ BUSTAMANTE. Siendo como se dijo que el objeto principal de la licitación viene a ser la escogencia de una determinada persona jurídica o natural, celebrar un contrato con la administración, sea para obtener un menor costo, sea para obtener una mejor calidad o una mejor prestación o ejecución de la obra determinada. Así, la persona o entidad pública que abre una licitación, mediante los pliegos de cargos, igualmente llamados pliegos de condiciones, viene a imponer las condiciones que quiera a los proponentes, siempre que no sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres ni desvirtúe lógicamente el objeto de la licitación. Esas condiciones señalan o deben señalar la naturaleza del contrato y sus modalidades, como las maneras o requisitos para la adjudicación de las propuestas por lo que, "el Pliego de Condiciones en el concurso Público tiene como función jurídica la de señalar las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado. El contrato que se celebre como resultado de la licitación encuentra su fuente en el Pliego de Condiciones y no puede ser sino su desarrollo, estas condiciones son elementos integrantes del contrato".

"Sobre este procedimiento de la licitación nos dice el Honorable Consejo de Estado mediante la sentencia de septiembre 20 de 1976 de su sección Tercera y con ponencia del doctor CARLOS PORTOCARRERO MUTIZ en el expediente 1844:

"...Reiteradamente ha expresado el Consejo de Estado, ya por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, (entre otros puede verse el concepto del 16

de mayo de 1967) ora en varias decisiones de la Sección Tercera de Contencioso Administrativo; en esos casos los Entes Públicos deben seguir el procedimiento señalado en la ley, en sus estatutos o en el Pliego de Condiciones y deberán adjudicar la licitación a quien de acuerdo con las pautas señaladas en esos estatutos resulte ser el mejor postor. Si se dejare discrecionalidad por parte del ente público, lógicamente se desvertebraría todo el sistema y además no podrían cumplirse los objetivos que justifican su existencia. De ahí que bien puede decirse que la discrecionalidad y licitación sean conceptos que se excluyen. En el procedimiento público de escogencia de un futuro contratista de la administración todo es reglado, los factores de escogencia son objetivos, nada queda ad-libitus de la entidad Pública.

"Ahora bien: en el presente caso, dice el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá, que para la viabilidad de la indemnización reclamada, la actora ha debido demostrar en el proceso que su propuesta era la más favorable para la administración frente a las demás propuestas admitidas en el proceso de elección y no basar su pretensión en el hecho de haber tenido la primera opción.

"Como se ha dicho antes, la firma a quien se le adjudicó el contrato, no culminó el proceso de licitación, pues al ser excluída por el COMITE DE EVALUACION, no fué sometida al estudio comparativo. En cambio la propuesta de mi poderdante culminó todo el proceso licitatorio, y del estudio comparativo resultó como la primer elegible, de donde se concluye que era la propuesta más favorable para la Administración. Y este hecho está demostrado en el proceso, porque dentro de las pruebas solicitadas y arrimadas al proceso, se encuentran las distintas propuestas, el cuadro comparativo del COMITE DE EVALUACION, y por ser la propuesta más favorable para la Administración fué que resultó clasificada como la primer elegible.

"La argumentación de la providencia del Tribunal se contradice abiertamente, pues por un lado reconoce y así lo declara al decretar la Nulidad del acto impugnado, reconociendo que la propuesta de R.B. de Colombia Ltda., había sido excluida por el COMITE DE EVALUACION DE PROPUESTAS, y por el otro lado no quiere reconocer que la propuesta de mí poderdante resultó clasificada en primer lugar, lo que nos lleva a concluír que era la más favorable para la administración, de conformidad con el cuadro comparativo elaborado por el comité Técnico, resultó ser la mejor propuesta. Al decretar la Nulidad de la resolución que adjudicó el contrato a la firma R.B. de Colombia Ltda., es apenas lógico que hay que tener la propuesta de mi poderdante como la más favorable, y esto está demostrado en el proceso con el estudio realizado por el comité técnico, propuesta presentada por mi poderdante, cuadro de calificación de propuestas y control de documentos de la licitación pública N° SOP-001 de 1989, todos estos documentos reposan en el expediente.

"El resarcimiento de los perjuicios ocasionados a mi poderdante, no pueden ser otros, sino el pago de las utilidades que dejó de percibir, al no adjudicarle un

contrato después de haber sido el triunfante en una licitación y que se le privó de obtener dicha utilidad, por la expedición de una acto amañado y con falsa motivación.

"Por tal motivo la Gobernación del Caquetá debe ser condenada a pagarle a mi poderdante como indemnización, lo correspondiente a la utilidad que arrojan esta clase de contratos, que en la práctica dan una utilidad del 20% del total del valor de la propuesta presentada por ella, o la que determinaron los peritos.

"La propuesta presentada por mi poderdante fué por un valor básico más A.I.U. igual a $ 160.003.338.95 pesos X 20% + $ 32.000.667.79 de Utilidad.

"Los peritos designados por el Honorable Tribunal, determinaron en $ 13.333.611.56, la utilidad que hubiera obtenido mi poderdante, si se le hubiera adjudicado, a la propuesta que ella presentó y fué clasificada como primer elegible.

"Como en la demanda está determinada la cuantía de la utilidad, que hubiera obtenido mi poderdante, calculada en el 20% del valor de la propuesta, además de existir un peritazgo, la condena debe ser en concreto, pero también se puede condenar al Departamento del Caquetá In-genere.

"El Honorable Tribunal de Neiva, en auto del 21 de abril de 1987, ponente Dr. GREGORIO ALVAREZ BUSTAMENTE, actor MARIO GUZMAN PERDOMO, en obedecimiento al inciso tercero del art. 308 del Código de Procedimiento Civil, acogió la liquidación referente a la evaluación de los perjuicios en cuanto a la utilidad dejada de obtener, teniendo en cuenta el 18% del valor de la obra ejecutada.

"Este porcentaje fué acogido por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

"Auto de septiembre 25 de 1987. Expediente N° 5132, Actor MARIO GUZMAN PERDOMO.

"El caso fallado por el Tribunal Administrativo del Huila y que fué acogido por el Consejo de Estado, se trata de un caso similar, donde se adjudicó una licitación, desconociendo el procedimiento y por lo tanto vulnerando los derechos del actor".

III
VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"De las pruebas que aparecen en el expediente, este despacho considera que las apreciaciones y el análisis que hizo el Tribunal fueron acertados. Realmente el proceso de selección resultó ser ilegal, pues el Comité Técnico se abstuvo de analizar dos de las propuestas y de emitir el concepto técnico de las mismas, reduciendo así el número de propuestas seleccionadas.

"Si miramos el cuaderno N° 3 de pruebas (fl.37) podemos apreciar, que las propuestas N° presentada por PABLO ALFONSO SANCHEZ Y CIA. LTDA. y la N° 6 presentada por R.B. DE COLOMBIA LTDA., no obstante haber quedado dentro de las aceptadas jurídicamente, fueron desestimadas por el comité técnico aduciendo erróneamente que no fueron aceptadas por la Oficina Jurídica. Hubo pues una equivocación que afectó no sólo a la sociedad R.B. DE COLOMBIA LTDA., sino a otro más de los oferentes. De haberse incluido estos dos oferentes en el estudio técnico, el resultado final del Comité necesariamente hubiera tenido que ser diferente.

"El puntaje obtenido por la Demandante, en el cual basa sus pretensiones, no se realizó en relación con estas dos propuestas, que injustificadamente desestimó el Comité Técnico. Lo anterior indica que el resultado final y clasificación realizado por dicho Comité quedó afectado.

"En estricto rigor, el Gobernador ha debido hacer las observaciones del caso y señalar al comité el error en que incurrió al descalificar las dos propuestas, de tal suerte que se realizara el estudio técnico sobre ellas. No lo hizo así el Gobernador, sino que procedio a realizar la adjudicación a una sociedad que no fué calificada por el comité técnico.

"El art.34 del Decreto 222 de 1983 y las reglas de adjudicación establecidas en el Pliego de Condiciones, hacían indispensable el concepto previo del Comité Técnico. Lo que indica que la adjudicación sólo podía hacerse entre aquellas propuestas que fueron seleccionadas por el mencionado Comité.

"El procedimiento utilizado y la omisión en que se incurrió al realizarse el estudio técnico, nos indican que el puntaje recibido por la Sociedad Actora no fué el real, pues se desconoce el puntaje que hubieran obtenido las propuestas 4ª y 6ª descartadas como ya se vió, por el Comité Técnico. Lo anterior impide aceptar la afirmación de la Demandante en relación con su mejor derecho a ser la beneficiada con la adjudicación.

"Por lo expuesto esta Agencia del Ministerio Pùblico solicita se confirme la sentencia apelada"(fls.179-180 C.1).

IV
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada y, en su lugar, se denegarán las súplicas de la demanda, por las razones que más adelante se precisarán.

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

PRIMERA: Que por Resolución N° 190 del veintitres (23) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), originaria de la Gobernación del Departamento del Caquetá, se ordenó ".....la apertura de la Licitación Pública número SOP-001 de 1989, la cual tiene por objeto la construcción de los Despachos Judiciales de Florencia...." cuyas cantidades de obra se relacionan en la misma;

SEGUNDA: Que en el PLIEGO DE CONDICIONES se fijaron, entre otras, las siguientes reglas generales:

"COMITE TECNICO. Es el encargado del estudio y recomendación de las propuestas para la subcontratación del contrato adminsitrativo de obra pública N° 033 de1.984 y de sus adicionales 001 de 1987..."

"ESTUDIO Y PRESELECCION DE LAS PROPUESTAS.

"El Comité Técnico y la Oficina Jurídica del Fondo Rotatorio del Ministerio de justicia, estudiarán y analizarán la veracidad, integridad y autenticidad de los documentos y los aspectos Técnicos y Económicos de cada una de las ofertas presentadas. El Comité Técnico selecciona las ofertas más favorables y ajustadas al Pliego de Condiciones, dentro de los factores de selección y ponderación de dichos factores que se incluyen en el Capítulo IV, presente Pliego de Condiciones."

"CAUSALES DE ELIMINACION DE PROPONENTES.

"Son causales de eliminación de proponentes, la falta de alguno o algunos de los documentos exigidos y señalados expresamente en el CAPITULO III "LA PROPUESTA" de este pliego en la forma y dentro de los términos establecidos, así como:

"a) Proponer un término de ejecución de la obra, superior al máximo establecido en los Pliegos.

"b) Si el proponente es una persona jurídica, tener menos de seis (6) meses de constitución en el momento de presentar la oferta o no garantizar una duración como mínima de dos (2) años a partir de la misma fecha de presentación de la propuesta.

"c) Error aritmético del tres (3) por mil o superior del valor de su propia oferta.

"d) Causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar.

"e) No haber efectuado la visita a la obra conforme a lo estipulado en el Pliego de Condiciones.

"f) No estar inscrito en el Registro de Proponentes de la Gobernación del Caquetá y del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia en las categorías y los subgrupos exigidos en el Pliego antes de la apertura de la Licitación.

"g) No garantizar en la póliza de seriedad de la oferta como mínimo el valor y el tiempo fijado por el pliego.

"La presentación de documentos pero con deficiencias en cuanto a vigencia e integridad, con excepción de los relacionados en los literales anteriores, no es determinante para eliminar el proponente, pero se tendrá en cuenta para el puntaje en la ponderación dentro del proceso de preselección" (fls.15-16 Cdno N° 4).

"LIQUIDACION DE A.I.U.

"En toda acta de avance de obra se liquidará el veinte por ciento (20%) de A.I.U. (Administración, Imprevistos, Utilidades), sobre el valor que se haya acreditado por concepto de avance únicamente.

"Debe entenderse que dentro de este porcentaje se encuentran incluídos todos los costos, tales como gastos que demande el perfeccionamiento del sub-contrato (constitución de pólizas de garantía, impuestos de timbre, publicación en el Diario oficial), Gastos Generales (impuestos, retención en la fuente, contribuciones legales, I.C.B.F., Sena, Etc., Ley 33/85) honorarios y otros similares.

"EN CASO DE OMISION, CUALQUIERA QUE SEA SU CUANTIA, POSTERIORMENTE O POR CUENTA ESPECIAL, LA GOBERNACION NO RECONOCERA SUMA ALGUNA POR ESTOS CONCEPTOS" (fl. 37 ib.).

TERCERA: Que en cumplimiento de lo ordenado en el Capítulo IV, numeral Primero del Pliego "Análisis Jurídico"., el Jefe de la Oficina Jurídica del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, rindió, el día 27 de septiembre de 1989, el siguiente concepto jurídico:

"1. PROPUESTA NUMERO UNO

"LEONEL VELANDIA POVEDA

"Incumple parcialmente el Pliego de Condiciones en el capítulo III, numeral 2.2.8. la póliza de garantía de seriedad de la oferta se constituyó en forma indebida. Capítulo III 2.2.10 no presentó declaración bajo la gravedad del jura-

mento de no estar incurso en causal de inhabilidad para participar en la licitación e igualmente de encontrarse a paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto del impuesto de renta y complementarios.

"NO SE ACEPTA JURIDICAMENTE.

"2. PROPUESTA NUMERO DOS

"CASTRO RAMIREZ LTDA.

"Valor de la propuesta: $ 165.014.70

"Cumple con el Pliego de Condiciones.

"ACEPTADA JURIDICAMENTE.

"3. PROPUESTA NUMERO TRES

"WILLIAM DUQUE ALVAREZ

"Valor de la propuesta: $178.387.481.46

"Incumple parcialmente el Capítulo III numeral 2.2.8, no presentó la cotización y las tasas para las garantías que se deben presentar para la minuta del contrato si llegare a resultar favorecido; se sugiere tener en cuenta tal situación en el momento de la calificación.

"ACEPTADA JURIDICAMENTE.

"4. PROPUESTA NUMERO CUATRO

"PABLO ALFONSO SANCHEZ Y CIA. LTDA.

"Valor de la propuesta: $174.100.904.66.

"Cumple con el Pliego de Condiciones.

"ACEPTADA JURIDICAMENTE.

"5. PROPUESTA NUMERO CINCO

"BEATRIZ SUAREZ QUINTERO.

"Valor de la propuesta: $ 160.003.338.95

"Cumple con el Pliego de Condiciones.

"ACEPTADA JURIDICAMENTE

"6. PROPUESTA NUMERO SEIS

"R.B. DE COLOMBIA LTDA.

"Valor de la propuesta: $ 146.534.760.40.

"Cumple con el Pliego de Condiciones.

"ACEPTADA JURIDICAMENTE

"NOTA: Las propuestas números 4 y 6 (Pablo Alfonso Sánchez y Cía Ltda. y R.B. de Colombia Ltda.) incumplen parcialmente el pliego en lo relacionado con el numeral 7 del Capítulo V no se eliminan en este concepto porque dicho numeral no está incluído dentro de los motivos de eliminación por Análisis Jurídico, se recomienda al Comité se estudie tal situación y se resuelva al respecto". (fls.33-35 Cdno N° 3).

CUARTA: Que el día 28 de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Comité Técnico, presentó la siguiente evaluación de las ofertas presentadas:

"En cumplimiento de lo establecido en el Pliego de Condiciones de la licitación SOP-001/89, numeral 6 del capítulo 1, se reunió el Comité Técnico para evaluar las seis ofertas presentadas.

"El primer paso, fué la revisión de los aspectos jurídicos de las propuestas, concepto que adjuntamos.

"De acuerdo con el concepto jurídico, se resolvió no considerar las siguientes ofertas, por no cumplir parcialmente condiciones estipuladas en el Pliego de Condiciones de la licitación a saber:

"1. PROPUESTA NUMERO UNO: LEONEL VELANDIA POVEDA

"2. PROPUESTA NUMERO CUATRO: PABLO ALFONSO SANCHEZ Y CIA. LTDA

"3.- . PROPUESTA NUMERO SEIS : R.B. DE COLOMBIA LTDA.

"Revisadas las ofertas restantes, se corrigieron los errores aritméticos de las mismas, resultados que anexamos en cuadros comparativos.

"Se procedió entonces a aplicar el primer paso del proceso de calificación, consistente en comparar los valores de las ofertas con el Presupuesto Oficial:

"Presupuesto Oficial: $ 150.665.067.95

"Oferta N° 2 $ 165.169.859.80

"Oferta N° 3 $ 178.387.481.47

"Oferta No.° 5 $ 160.003.338.95

"Se computó el diez por ciento del presupuesto oficial, para establecer los límites superior e inferior para eliminación de ofertas.

"Diez por Ciento : $ 15.066.506.80

"Límite Inferior : $ 135.598.561.10

"Límite Superior : $ 165.731.574.70

"Al comparar con los límites, se elimina la oferta N° 3.

"Al no quedar sino dos (2) ofertas, se procede al paso de la calificación estipulada en el Pliego de Condiciones, calificación que resumimos en cuadro anexo:

"DOCUMENTACION: Por presentar ambos proponentes la documentación completa, se le asignó a cada una de las empresas un puntaje de 10, o sea, el máximo.

"PRECIO: Comparados los precios de las dos ofertas, se encontró una diferencia de 3.25%, osea 4 unidades por dos, resultando una calificación de:

"Oferta N° 2 : 42 puntos (8 menos)

"Oferta N° 5 : 50 puntos

"PROGRAMA DE OBRA:

"PLAZO : De acuerdo con el pliego, se calificó este item así:

"Oferta N° 2 :10 puntos (2 menos)

"Oferta N° 5 :12 puntos

"FLUJO DE INVERSION: Al revisar los programas de trabajo, la opinión de algunos miembros del Comité es que la elaboración de los programas de trabajo de ambas ofertas es deficiente. En razón a esto, el Comité acordó calificar sólamente con dos puntos cada una de las ofertas.

"EVALUACION OFERTAS:

"CALIFICACION REGISTRO DE PROPONENTES: Para este procedimiento, se compararon las calificaciones obtenidas en el registro del Fondo, los cuales resuminos así:

"Oferta N° 2: 375 Puntos, arroja una calificación de 7 puntos.

"Oferta N° 5: 549.50 Puntos, arroja una calificación de 15 puntos.

"BALANCE Y DECLARACION DE RENTA: Para esta calificación se determinó asignar a cada uno de los proponentes 5 puntos.

"Con base en el anterior proceso de calificación, podemos establecer el siguiente puntaje total, y por consiguiente el orden de elegibilidad:

"Primer elegible: Oferta N° 5, Beatriz Suárez Quintero, con 94 puntos.

"Segundo elegible: Oferta N° 2, Castro Ramírez, Ing.Contratistas, con 76 puntos" (fls 45-47 Cdno N° 1).

QUINTA: Que el día 25 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Sr. Gobernador del Departamento del Caquetá, por medio de la Resolución N° 238, adjudicó a la firma R.B. de Colombia la Licitación Pública N° SOP-001 de 1989, previas las siguientes consideraciones:

"Que entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y el Departamento del Caquetá, se suscribió el Contrato Administrativo de Obra Pública número 033 de 1984 y sus adicionales números 001 de 1987, 002 de 1987 y 003 de 1988 para la Construcción de los Despachos Judiciales del Municipio de Florencia Caquetá.

"Que en la Cláusula Novena del citado Contrato se autoriza al departamento para subcontratar con el lleno de los requisitos establecidos por el Decreto 222 de 1983.

"Que mediante Resolución número 190 del 23 de agosto de 1989, se ordenó la apertura de la Licitación Pública (obra pública) número SOP-001 de 1989 para la Construcción de los Despachos Judiciales del Municipio de Florencia Caquetá.

"Que dentro del plazo señalado para ello se depositaron en la urna respectiva las ofertas correspondientes.

"Que el día 26 del mes de septiembre de 1989 en Acto Público se dió apertura a la Urna contentiva de los sobres de propuestas, elaborando el Acta respectiva.

"Que de conformidad a lo establecido en los Pliegos de Condiciones, Capítulo IV, numeral primero se presentó concepto jurídico una vez revisadas las ofertas.

"Que rendido el informe jurídico, el Comité Técnico hizo la evaluación de las Propuestas de conformidad a lo establecido en los Pliegos de Condiciones.

"Que reunido el Consejo de Gobierno Departamental, teniendo en cuenta la evaluación presentada por la oficinajurídica del Fondo Rotatorio del Ministerio de justicia y el comité técnico, de las propuestas presentadas en la licitación, determinó por unanimidad que la oferta más favorable corresponde a la presentada por la firma R.B. de Colombia Limitada" (fl.19 Cdno No.1).

B) A la luz del acervo probatorio anterior, y del que sea menester apreciar y valorar a lo largo de este proveído, la Sala entra a definir el presente conflicto de intereses, para lo cual toma apoyo en los ataques que el Demandante le hace a la Resolución No° 238 de 25 de octubre de 1.989, los cuales se recogen en el libelo bajo el rubro: "CONCEPTO DE LA VIOLACION".

Se afirma que el artículo 33 del Decreto 222 de 1983 fué violado "....por omisión, al adjudicar la licitación sin tener en cuenta los estudios del caso, adjudicando el contrato desconociendo el estudio hecho por el Comité Técnico que había decidido no tener en cuenta la propuesta presentada por la firma R.B. de Colombia, por no reunir los requisitos del Pliego de Condiciones..."

El cargo así formulado no tiene vocación de prosperidad, pues el sentenciador encuentra que en el CONCEPTO TECNICO se incurrió en el error de "NO CONSIDERAR" la oferta de la firma R.B. de Colombia Ltda., con el argumento de que no cumplía parcialmente con las condiciones estipuladas en el Pliego de Condiciones, "DE ACUERDO CON EL CONCEPTO JURIDICO", con olvido de que en éste no se hizo eliminación alguna. Para llegar a esta conclusión basta retener el siguiente aparte consignado en el mismo:

"NOTA: Las propuestas Nos. 4 y 6 (Pablo Alfonso Sánchez y Cía. Ltda. y R.B. de Colombia Ltda.) incumplen parcialmente el pliego en lo relacionado con el numeral 7 del Capítulo V *no se eliminan en este concepto porque dicho numeral no está incluído dentro de los motivos de eliminación....SE RECOMIENDA AL COMITE QUE ESTUDIE TAL SITUACION Y SE RESUELVA AL RESPECTO".*

Lo que ha debido hacer el Comité Técnico era, ni más ni menos, que determinar qué incidencia, en la valoración de la propuesta presentada por la firma R.B. de Colombia Ltda., tenía la circunstancia de que ésta registrara un A.I.U. del 22%, en contravía de lo dicho en el PLIEGO DE CONDICIONES, que en forma expresa definió que:

"EN TODA ACTA DE AVANCE DE OBRA SE LIQUIDARA EL VEINTE POR CIENTO (20%) de A.I.U. (Administración, Imprevistos, Utilidades) sobre el valor que se haya acreditado por concepto de avance únicamente".

A la luz de la filosofía contractual, que se recoge en el Pliego de Condiciones, el anterior desfase en el rubro "A.I.U.", no era causal de eliminación de la propuesta, pues la administración había definido, de entrada, que reconocería un veinte por ciento por tal concepto. Por ello, también es válido concluír que todos los proponentes habrian podido dejar en blanco este aspecto, porque ya estaba definido por el licitante, con perjuicio inclusive de sus intereses, pues no se podía descartar la posibilidad de que un proponente registrara un A.I.U. por debajo del veinte por ciento.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra que hizo muy bien el Señor Gobernador del Departamento del Caquetá, cuando frente a un CONCEPTO TECNICO desfasado, en el rubro que se deja analizado optó por considerar también la propuesta presentada por la firma R.B. de Colombia Ltda., que, entre otras cosas, fué la que presentó la mejor propuesta en cuanto al precio.

La ocasión se muestra propicia para reiterar pautas jurisprudenciales en el sentido de que los INFORMES o CONCEPTOS de los comités asesores son de interés para definir, en forma soberana, cuál es la mejor propuesta, pero ellos no pueden ser valorados con la filosofía que lleva a predicar que son INTOCABLES, INCUESTIONABLES, INAPELABLES. Son sí, elementos de juicio de especial importancia, pero con ellos no se puede pretender que el órgano competente, para hacer la adjudicación, quede con el camino sembrado de "garantías hostiles". Darles el universo que se deja cuestionado, sería quitarle al órgano encargado de hacer la adjudicación, la posibilidad de ejercer la competencia. Esta verdad jurídica llevó a la Corporación a predicar, en sentencia de 20 de junio de 1.983, Proceso 3355, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, lo siguiente:

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

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

"Si fuera obligatorio, por principio, la adjudicación estaría a su cargo y sobraría la decisión final del órgano adjudicante..." (Subrayas de la Sala).

También en sentencia de marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y tres (1993), Expediente N° 6740, Actor Henry Téllez Toro, Consejero Ponente, Dr. Julio César Uribe Acosta, la Corporación recordó:

"NINGUN ORGANO ASESOR del encargado de hacer la adjudicación puede dar conceptos que tengan ese universo, ni que puedan calificarse de INAPELABLES, pues transitando por esa vía, se sustituye al COMPETENTE, para que decida el que no lo es. Los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos...La elección de la oferta más ventajosa debe ser hecha por el órgano competente, sin que con ello se quiera manifestar que éste no pueda también incurrir en error. Pero en esta eventualidad al menos puede predicarse que el que tenía la responsabilidad la asumió".

Es verdad que el Comité Técnico, eliminando proponentes, con una simplicidad conceptual digna de mejor causa, llegó a la conclusión de que el primer proponente elegible era el N° 5, esto es, la Señora Beatriz Suárez Quintero con 94 puntos y el segundo el N° 2, de Castro Ramírez Ing. Contratistas con 76 puntos. Pero aun en el caso de que se llegara a la conclusión de que tal resultado fué el fruto de una metodología de valoración correcta, tampoco se puede pretender que el Concepto emitido por el citado órgano asesor se tornará obligatorio. Y el caso sub exámine sirve para explicar el por que nó. Si en el manejo de la realidad fáctica, del concepto jurídico, o en las proyecciones, etc., etc., el órgano asesor incurre en error, o lleva a cabo tareas que no le corresponden, su estudio se torna vulnerable, y, por lo mismo, debe dejarse de lado. El responsable de hacer la adjudicación no tiene por qué apoyar su determinación sobre el error, la ignorancia o los prejuicios sublimales de los integrantes del comité asesor. En la materia que se estudia la doctrina se muestra particularmente clara. Así el Profesor José Roberto Dromi, en su obra LA LICITACION PUBLICA, enseña:

"Forma Jurídica. La adjudicación provisional no vincula al órgano competente ni es parte de un acto complejo, es una actividad previa, preparatoria de la decisión final. Es, en suma, un acto de trámite o simple acto de la Administración, que necesita de la aprobación para producir efectos jurídicos directos.....SITUACION JURIDICA DEL PREADJUDICATARIO. Dada la forma jurídica que reviste, la preadjudicación no crea derecho alguno a favor del preadjudicatario. Este no tiene un derecho incontrovertible a ser adjudicatario. El ente público no está obligado a contratar con el adjudicatario provisional y, correlativamente, éste no puede intimidar a la autoridad a que contrate con él..." (Obra citada, pags. 386 y 387) (Subrayas de la Sala).

Sobre el mismo particular Héctor Jorge Escola, recuerda:

"La determinación de cuál es la oferta más ventajosa para la adminsitración pública es, a veces, un proceso delicado que exige la intervención de órganos de asesoramiento técnico e incluso legal, y si esa determinación se hace más simple cuando los oferentes sólo deben cotizar un precio, las cosas se complican cuando la oferta debe incluír otros aspectos o incluír alternativas, dejadas a la libre propuesta del licitante.

"Por ello, es frecuente que esos organismos realicen lo que se conoce como "PREADJUDICACION", que no es sino un proyecto de adjudicación, una propuesta o asesoramiento al órgano administrativo que debe adjudicar, y que como tal si es obligatoria para éste ni puede generar efectos jurídicos en favor de ningún oferente, que aún cuando la conozca no puede prevalerse de su resultado". (Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I. Parte General, Depalma, pags. 352 y 353) (Subrayas de la Sala).

C) Se ataca también el universo de la Resolución N° 238 de 25 de octubre de 1.989, con el argumento de que se hizo la adjudicación a una propuesta que no era la mejor. Este aspecto, en puridad de verdad, no resultó probado en el juicio. Con los elementos probatorios que el ad-quem tiene para su valoración necesariamente llega a la conclusión de que R.B. DE COLOMBIA LTDA., sí hizo la mejor propuesta. Y se afirma lo anterior, con apoyo en las siguientes realidades fácticas:

Desde el punto de vista PRECIO, se tiene que las distintas propuestas tienen el siguiente universo económico:

1° LEONEL VELANDIA POVEDA.....$ 161.969.971.oo

2° CASTRO RAMIREZ LTDA.....$ 165.014.819.70

3° WILLIAM DUQUE ALVAREZ.....$ 178.387.481.46

4° PABLO ALFONSO SANCHEZ Y CIA.....$ 174.100.904.66

5° BEATRIZ SUAREZ QUINTERO.....$ 160.003.338.95

6° R.B. DE COLOMBIA LTDA.....$ 146.534.670.40

Lo anterior significa que si la administración contrata con la Demandante, en lugar de hacerlo con quien lo hizo, habría incurrido en un mayor costo de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 13.468.668.55).

Desde el punto de vista BALANCE GENERAL, a Diciembre 31 de 1.988, se tiene que el TOTAL DE ACTIVOS DE R.B. DE COLOMBIA LTDA. es de TREINTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL VEINTICINCO PESOS ($ 39.235.025), mientras que el de la Demandante era de sólo VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS ($ 24.892.640).

Desde el punto de vista MAQUINARIA, la Demandante presenta una constancia suscrita por el gerente de la firma MAC LTDA. (C 2, fol 40), en la cual se

indica que el equipo que allí se relaciona "SE ENCUENTRA DISPONIBLE EN LA MODALIDAD DE ALQUILER...", mientras la firma favorecida con la adjudicación relaciona el siguiente equipo como de su propiedad:

"DESCRIPCION	MARCA	MODELO	CAPACIDAD	COSTO-HORA
Camioneta	Mazda	2.000	1 Ton	1.000
Pluma grúa (2)	Equiprec		250 kg	350
Volqueta (4)	Dodge		4 M3	650
Andamio (40)	Tubular 1.50 x 1.50			
Vibrocompactador (2)	Sheid Werken		1.8 Ton	3.000
Mezcladora (3)	I.H.M.	88	9 pies 3	700
Formaleta entrepiso (500M2)	Metálica			500
Vibrador (2)	Vibracol		1.5 HP	
Taladro martillo (1)	Pionjar	120" (Cdno No.8)		

Desde el punto de vista EXPERIENCIA, resulta en mucho mejor la de la firma favorecida con la adjudicación, tanto por el monto como por el número de obras ejecutadas. Para llegar a esta conclusión basta confrontar la información que obra en las propuestas cuya comparación se está haciendo. R.B. de Colombia relaciona más de sesenta obras vinculadas con la construcción de bodegas, salones comunales, edificios, despachos judiciales para el Fondo Rotatorio, obras de acueducto, alcantarillado, carreteras, pavimentación, tanques de acueducto, revestimiento en placas de concreto, etc.

Dentro del marco anterior resulta muy difícil, por no decir imposible, aceptar que la propuesta de la Demandante fuera la mejor. Pero aún aceptando, en gracia de discusión, que lo fuera en todos los rubros susceptibles de comparación, se tiene que no lo era en el precio, que excedía, en más de trece millones de pesos ($ 13.000.000.oo) a la de R.B. de Colombia Ltda. Así las cosas, se imponía dar aplicación al artículo 33 del Decreto 222 de 1983, que al fijar los criterios para llevarla a cabo, dispone:

> "La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al Pliego de Condiciones o términos de referencia, según el caso.
>
> "En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones correspondiente, con fundamento, entre otros, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica,

experiencia, organización y equipo de los oferentes..... En igualdad de condiciones, deberá preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio...".

D) Se ataca también la Resolución N° 238 de 25 de octubre de 1989, por FALSA MOTIVACION, argumentando nuevamente que la propuesta de la firma R.B. de Colombia Ltda. no fué la más favorable y reforzando la tesis con la afirmación de que "...ni siquiera fué tenida en cuenta por el COMITE TECNICO DE EVALUACION DE PROPUESTAS...".

El cargo así formulado tampoco tiene vocación de prosperidad, pues la realidad fáctica en que se apoya quedó desvirtuada a través de las consideraciones que se hicieron en los apartes anteriores de este fallo. Por lo demás, y aunque el acto atacado no es un modelo, en lo que hace relación con su motivación, no puede desconocerse que en él se relatan las distintas circunstancias de hecho y de derecho que le dan origen. Por ello no puede afirmarse que su universo sea caprichoso, torcido o desviado. Tampoco hay en él una motivación que pueda calificarse de ilógico, o una falacia formal, que como lo enseña Manuel María Diez, es aquella que se surge de un razonamiento silogístico inválido, "...independientemente de su contenido o de la verdad de las premisas de que se parte, lo que ocurre cuando el razonamiento llega en la conclusión más allá de lo que dicen las premisas" (Manual de Derecho Administrativo. Tomo 1, Editorial Plus Ultra, pag. 233).

E) Se cuestiona también la Resolución N° 238 de 25 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), porque en su artículo tercero se estableció que la firma beneficiada con la adjudicación gozaba de un término de quince (15) dìas hábiles, contados a partir de la fecha de notificación del citado acto adminsitrativo para firmar el contrato, contraviniendo así el PLIEGO DE CONDICIONES que bajo el rubro "SUSCRIPCION Y PERFECCIONAMIENTO DEL SUBCONTRATO" establece:

"Cuando el adjudicatario no firme el subcontrato dentro de los diez (10) días aquí previstos, la GOBERNACION podrá adjudicar dentro de los diez (10) días siguientes al Proponente calificado en segundo lugar; si éste tampoco firma el subcontrato, podrá adjudicarse dentro de los diez (10) dìas siguientes al Proponente calificado en tercer lugar, artículo 34 del Decreto Ley 222 de 1983" (C. N° 4, fols.18 y 19).

Para la Sala el ataque así formulado tampoco tiene vocación de prosperidad, pues no tiene el universo jurídico suficiente para concluír que la citada irregularidad, de haberse concretado en la realidad, genera la Nulidad de la adjudicación. El adquem observa que al proceso no se aportó el contrato, que en su momento debió suscribir la Gobernación del Caquetá con la firma R.B. DE COLOMBIA LTDA., verdad probatoria que hizo posible definir en qué momento se firmó el referido acto jurídico. Por lo demás, la cláusula del PLIEGO DE CONDICIONES, en antes citada, no confiere ningún derecho al proponente que ocupe el segundo o el tercer

lugar en la licitación. En ella sólo se FACULTA al Gobernador para que, si lo tiene a bien, haga uso de esa alternativa que bien puede no ejercitar.

F) Por las razones de orden jurídico y de alcance fáctico que se dejan analizadas, el ad quem no hace suya la perspectiva que manejó el a quo, y que lo llevó a concluir que en el caso en comento el Ssñor Gobernador del Departamento del Caquetá no "...se acogió al criterio técnico jurídico emitido, apartándose de su reglamentación al no escoger al adjudicatario dentro de los proponentes aceptados por el comité técnico..." ya se dijo en antes cómo esa conducta resultó sana y ajustada no sólo a la ley sino al derecho, pues el alto funcionario no se dejó enredar en el temperamento desfasado que tiene el INFORME TECNICO. Por todo lo anterior se revocará el fallo de instancia y se denegarán las pretensiones 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:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar

RESUELVE:

DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, por las razones dadas en los considerandos de este fallo;.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la providencia de 20 de junio de 1983, Exp. 3355, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y de la providencia de fecha 25 de marzo de 1993, Exp. 6740, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

ERROR JUDICIAL - Inexistencia/RETENCION DE VEHICULO/LUCRO CESANTE- Improcedencia

Normalmente el ciudadano debe asumir las cargas inherentes a un proceso judicial para definir la situación legal de un vehículo retenido. Cargas que implican someterse a la duración del término investigativo y la calificación de la instrucción, incluido cuando haya lugar, el trámite de la segunda instancia, al no encontrarse irregularidad de ninguna naturaleza en lo actuado ante la justicia penal aduanera, así tal actuación se haya prolongado en el tiempo, tal circunstancia no puede encuadrarse, según lo pretende la parte actora, como si se tratara de un error judicial. Por las anteriores consideraciones no pueden prosperar los cargos contra el Ministerio de Justicia. Con referencia al lucro cesante que ocasionó la paralización del camión referenciado, observa la Sala que no le sería atribuible al fondo dicho perjuicio por cuanto se limitó a cumplir una orden judicial y el tiempo de permanencia no obedeció a su culpa, sino al lapso durante el cual se adelantó la investigación por parte del Juzgado de Instrucción Penal Aduanera, cuya duración, como ya se advirtió, en nada incide en el presente caso para imputarle responsabilidad el Ministerio de Justicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C., agosto 13 de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N° 7869. Actor: Transportes "La Nubia Ltda.". Demandado: La Nación - Ministerio de Justicia y el Fondo Rotatorio de Aduanas

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 1992, por el Tribunal

Administrativo de Risaralda, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

En escrito presentado el 20 de mayo de 1991, y la corrección del libelo demandatorio recibida el 2 de julio del mismo año, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, la Sociedad Transportes La Nubia Limitada, por conducto de apoderada y en ejecicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra el Fondo Rotatorio de Aduanas y la Nación - Ministerio de Justicia, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"DECLARACIONES: 1. La Nación, Ministerio de Justicia y el Fondo Rotatorio de Aduanas son solidariamente responsables por los perjuicios-daños materiales, consistentes en:

"a) Lucro cesante que es el dinero que la sociedad propietaria del camión dejó de percibir durante 49 meses que estuvo injustamente retenido el camión tantas veces mencionado en esta demanda.

"b) Daño emergente que sufrió el camión, desde el 17 de mayo de 1985 hasta el 23 de junio de 1989, automotor identificado así: camión marca internacional, modelo 1970, color rojo, tipo estacas, serie 3 H643261, Chasis H64326, motor V34E-8037 placas WA 07-68, debido al descuido en el cumplimiento de sus deberes por parte de las entidades señaladas en la demanda.

"En consecuencia, en la misma sentencia se deberán proferir las siguientes.

"CONDENAS:

"1. La Nación -Ministerio de Justicia- y El Fondo Rotatorio de Aduanas pagarán solidariamente a:

"LA ACTORA. TRANSPORTES LA NUBIA LIMITADA, Sociedad limitada domiciliada en Manizales, representada por su gerente señor SAMUEL JOSE CARDONA ARIAS, mayor de edad, y vecino de Maniles

"a) Los daños y perjuicios materiales, incluyendo:

"1. El lucro cesante, (consistente en el dinero que la sociedad dejó de percibir), mientras se deterioraba el camión en los patios del almacén del Fondo Rotatorio de la Aduana de Pereira.

"1ª. Más los intereses que estas sumas producen, y;

"1b) Las rentas que estas sumas hubiesen producido de haber llegado a manos de la sociedad demandante, en su oportunidad, invertidas con una mediana inteligencia, y;

"2. El daño emergente, (que es el dinero que la actora tuvo que invertir para dejar medianamente bueno el automotor, cuando le fué devuelto), más los intereses compensatorios liquidados desde el día en que se retuvo el automotor hasta la fecha en que se pague la liquidación.

"3. Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder adquisitivo de los de la fecha de la causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del indice nacional de precios al consumidor, desde el 17 de mayo de 1985, fecha de la retornación del vehículo, y hasta la sentencia concreta.

"NOTA: Si en los autos no hubiere bases suficientes para hacer la taxación del daño emergente y del lucro cesante, el homorable Tribunal fijará los perjuicios materiales que se le deben a la actora, en 4.000 gramos de oro fino de la fecha del fallo, según el artículo 107 del C. Penal.

"4. Los gastos del proceso.

"5. Intereses aumentados con la variación promedio mensual de indice nacional de precios al consumidor, desde la fecha de la setencia y hasta su pago efectivo.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"La Nación dará cumplimiento a la Sentencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de su existencia ya ejecutoriada".

2. Los hechos

Se refiere en la demanda que la firma Transportes La Nubia Limitada, es propietaria del camión marca Internacional, modelo 1970, color rojo, de placas WA-07-68, en el cual el 16 de mayo de 1985 se transportaban 161 bultos de lenteja turca, de Cali a Pereira, fué retenido por las autoridades aduaneras por presunción de contrabando. Una vez que se estableció la legalidad de la lenteja, el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Cali dispuso que le fuera devuelta a su propietario. En cambio, el camión siguió retenido para investigar su procedencia, a través del Juzgado 2° de Instrucción Penal Aduanera de Cali, el cual por auto de 31 de enero de 1989 dispuso la cesación de procedimiento, declaró que el vehículo no era de contrabando y dispuso su entrega. El Tribunal Superior de Aduanas confirmó la anterior decisión mediante providencia de 11 de abril de 1989.

Se dice en la demanda que el camión, ante la "parsimonia enervante" de la investigación, "se deterioraba rápidamente, debido a que se le mantuvo en un parqueadero durante más de 49 meses, a sol y agua, sin ningún cuidado". Por oficio 148 de 2 de abril de 1989 el Juzgado 2° de Instrucción Penal Aduanera de Cali, ordenó al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas-Pereira, la entrega definitiva del camión a su propietario, a quien previo el pago del servicio de parqueadero, lo recibió el 23 de junio de 1989.

3. Actuación procesal

Al contestar la demanda el Fondo Rotatorio de Aduanas se opuso a las súplicas de la misma por considerarlas carentes de respaldo legal. Propuso las excepciones de caducidad de la acción e inexistencia de solidaridad entre el Fondo Rotatorio de Aduanas y la Nación - Ministerio de Justicia, entidad ésta que dió respuesta extemporánea a la demanda.

Al conceptuar el agente del Ministerio Público se manifestó de acuerdo con las pretensiones de la parte actora, pues halló probados los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual de la amdinistración por falla del servicio.

En su alegato de conclusión el Fondo Rotatorio de Aduanas insiste en la caducidad de la acción, pues considera la devolución del vehículo se produjo el 23 de junio de 1981, y de esta fecha a la corrección de la demanda (2 de julio de 1991), transcurrió un término superior a los dos años establecidos en el artículo 136 del C.C.A, para efectos de declarar la caducidad de la acción de reparación directa. De otra parte, sostiene el apoderado del Fondo que no se acreditaron fehacientemente los elementos estructurales de la responsabilidad, pues en cuanto a la existencia del hecho dañoso encuentra su presentación "vaga e imprecisa", sobre los perjuicios afirma que no fueron demostrados, pues según el acta de recibo y entrega del automotor, el estado del mismo en uno y otro momento era regular. Concluye que no hay lugar a declarar la responsabilidad del ente demandado.

4. La sentencia apelada

Se refiere el Tribunal en primer término, a la falla del servicio derivada de la actuación cumplida por el Juzgado Segundo de Instrucción Aduanera de Cali, "debido a la lentitud pasmosa como adelantó el proceso...". Al respecto se considera incompetente para decidir por cuanto el Juzgado referido se encuentra ubicado en la ciudad de Cali. "Frente a la Nación, entonces, estaría inhibido para fallar este Tribunal...", se dice en el fallo recurrido.

Con referencia al Fondo Rotatorio, estima el a quo que no debe prosperar la excepción de caducidad de la acción, pues la fecha que debe tomarse en cuenta

para calcular el término respectivo es el de la presentación de la demanda (20 de mayo de 1991) y no el de su corrección (2 de julio de 1991).

Con referencia a la excepción de inexistencia de solidaridad entre el Fondo Rotatorio de Aduanas y la Nación, manifiesta el Tribunal que "tiene cabida", y que efectivamente no hay norma o convención que le dé nacimiento a ella.

De otra parte, como la actividad del Fondo se limitaba a guardar como depositario el vehículo, por cuenta de las autoridades jurisdiccionales aduaneras, sólo cuando éstas lo dispusieran podía entregarlo, de tal forma que la demora de los juecese no le es atribuíble al Fondo para así achacarle responsabilidad.

Se refiere también al acta de inventario del vehículo al momento de su ingreso al Fondo y al momento de su recibo por el Gerente de la firma demandante, quien no hace manifestación alguna "de inconformidad sobre el estado del vehículo, tanto en su aspecto morfológico como fisiológico". Además considera que no se probaron los presuntos daños del vehículo, pues el dictamen del perito resulta contradictorio, dado que no comprobó su estado de funcionamiento y sí consideró que con "reparaciones mínimas" el automotor quedaría en condiciones de seguir trabajando. Consecuente con lo anterior se desestimó la indemnización por daño emergente.

5. Razones de la apelación

En el escrito de sustentación del recurso y posteriormente al alegar en la segunda instancia, la parte actora sostuvo que el Tribunal sí tenía competencia para decidir sobre la falla del servicio a cargo de la Nación por hallarse el Juzgado en la ciudad de Cali. Considera que conforme el artículo 131, numeral 10 del C.C.A., en cuyo caso "si comprende a varios departamentos será tribunal competente, a prevención, el escogido por el demandante", y como en dicho ordenamiento no se regula el caso de que sean varios los demandados, sostiene que con apoyo en el artículo 23 del C. de P.C., el Juez competente será el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

Con relación a la falta de competencia del Tribunal fundamentada en que la falla del servicio judicial no puede ser estudiada por esta jurisdicción, la impugnante hace expresa referencia a algunos pronunciamientos de esta Sección sobre la declaración de responsabilidad del Estado por causa de actuaciones judiciales.

Por último, con referencia a la falla del servicio del Fondo Rotatorio, sostiene que esta entidad no cuidó con esmero el camión retenido, pues fué bajo su cuidado que el automotor se deterioró.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada debe confirmarse. Así lo entiende la Sala en razón a que no encuentra que en el caso examinado se presentara una falla en el servicio a cargo de los entes demandados.

Si bien la demanda se dirige contra el Ministerio de Justicia y el Fondo Rotatorio de Aduanas, para que respondan solidariamiente por los perjuicios ocasionados a la actora, estima la Sala que sus pretensiones no pueden prosperar frente al Ministerio aludido, de una parte, porque en momento alguno la pretendida solidaridad fué establecida o convenida contractual o extracontractualmente, y, de otra, porque la actuación judicial a cargo del Juzgado Segundo Penal Aduanero en la investigación sobre la procedencia del automotor, no puede calificarse como un error judicial, suficiente para configurar una falla del servicio.

La parte actora se queja del prolongado término que duró la investigación para tomar la decisión de cesar la actuación penal y disponer la entrega del camión retenido y entregado al Fondo Rotatorio. Sin embargo estima la Sala que en el subjúdice no se probó la equivocación, el error ostensible, protuberante, grosero en virtud del cual resultó afectada la demandante. Con absoluta claridad en anteriores pronunciamientos sobre este particular se ha precisado que el error judicial sólo puede predicarse en casos excepcionales, en aquellos donde la decisión del Juzgador resulta absolutamente contraria a los más elementales principios lógicos, legales y jurídicos, de tal forma que no es cualquier equivocación o demora en la decisión la que permite tipificar el error judicial, como en el presente caso lo pretende la firma demandante.

No puede pasar inadvertida para la Sala la obligación que tiene el propietario de un vehículo de mantener actualizada y legalizada la documentación del mismo, de tal forma que si por descuido o negligencia el automotor resulta penalmente comprometido, a su dueño le corresponde asumir las dificultades y realizar las diligencias judiciales y extrajudiciales que sean necesarias para definir la legalidad de su título sobre el automotor correspondiente.

En tales condiciones, normalmente el ciudadano debe asumir las cargas inherentes a un proceso judicial para definir la situación legal de un vehículo retenido. Cargas que implican someterse a la duración del término investigativo y la calificación de la instrucción, incluído cuando haya lugar, el trámite de la segunda instancia. Al no encontrarse irregularidad de ninguna naturaleza en lo actuado ante la justicia penal aduanera, así tal actuación se haya prolongado en el tiempo, tal circunstancia no puede encuadrarse, según lo pretende la parte actora, como si se tratara de un error judicial. Por las anteriores consideraciones no pueden prosperar los cargos contra el Ministerio de Justicia.

Ahora bien, el Fondo Rotatorio de Aduana en esta actuación se limitó a recibir el vehículo retenido por órdenes del Juzgado Segundo de Instrucción Penal Aduanera y posteriormente, cuando esa jurisdicción dispuso la entrega a su propietario, así lo hizo el fondo. Del acta de ingreso por parte de la entidad (f. 44) y del acta de devolución (fl. 47), en cuanto al "inventario del vehículo" ninguna diferencia se presenta y en ambas ocasiones se anotó como "regular" el estado de entrada y salida del camión. En la inspección extraproceso practicada sobre el camión referido, el perito manifestó que "con las mínimas reparaciones anotadas AUN PUEDE PRESTAR SERVICIO PUBLICO" (fl. 42). A su vez, el Gerente de la firma demandante al

suscribir el acta de recibo del vehículo, ninguna manifestación de desacuerdo o inconformidad consignó sobre el estado del camión. Aparte de lo anterior, la sociedad actora guardó silencio desde la entrega del vehículo realizada el 23 de junio de 1989 hasta la presentación de la demanda, en relación con los daños cuya indemnización ahora reclama.

Agréguese a lo anterior la ausencia de pruebas sobre los daños del automotor derivados por la permanencia en un parqueadero por cuenta del Fondo Rotatorio de Aduanas. En tal sentido, la parte actora se limitó a enunciar los daños, pero sin acreditarlos. Las facturas aportadas por los peritos no son suficientes para acreditar los perjuicios, pues de una parte, como se dijo, los daños materiales no se determinaron y por consiguiente se ignora si los elementos adquiridos se usaron para reparar tales daños y, de otra, dichas facturas aparecen fechadas durante casi dis años después de la entrega, impidiendo así establecer si realmente corresponden a desperfectos causados por el tiempo de parálisis del automotor, o por si el contrario, fueron resultantes del uso ordinario que después de la entrega se le dio al vehículo.

Con referencia al lucro cesante que ocasionó la paralización del camión referenciado, observa la Sala que no le sería atribuible al fondo dicho perjuicio por cuanto se limitó a **cumplir una orden judicial y el tiempo de permanencia no obedeció** a su culpa, sino al lapso durante el cual se adelantó la investigación por parte del Juzgado de Instrucción Penal Aduanera, cuya duración, como ya se advirtió, en nada incide en el presente caso para imputarle responsabilidad al Ministerio de Justicia.

De las anteriores consideraciones concluye la Sala que en el subjúdice no se estructura la responsabilidad administrativa de los entes demandados y, por consiguiente, habrá de confirmarse el fallo recurrido denegatorio de 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:

CONFIRMASE el fallo apelado, esto es, el proferido el 18 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, Agosto trece (13) 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 LA POLICIA/CULPA DE LA VICTIMA/ CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

Punto fundamental en la presente controversia es el relacionado con la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad extracontractual de la administración, entendida ésta como la conducta imprudente o negligente de la víctima que por sí sola resulta suficiente para causar o dar lugar al hecho dañoso en cuya ocurrencia, por falta de uno de sus elementos estructurales como es la falla del servicio, no hay lugar a declarar la responsabilidad. Sobre la eximente mencionada considera la Sala que su manejo y reconocimiento deben ajustarse a un criterio mesurado dentro del cual pueda definirse si la conducta de la víctima permite concluir que fué causa exclusiva del daño o si fué parcial esa participación, pues uno y otro caso originan distintas consecuencias: en el primero se exime de responsabilidad a la administración; en el segundo, ante una ocurrencia de culpas, la responsabilidad extracontractual de aquélla resulta atenuada. Para la Sala el comportamiento de la víctima a través del episodio conocido en este proceso resulta desde todo punto de vista cuestionable. Desde cuando inició la ingestión de bebidas embriagantes para luego conducir en tal estado el automotor; luego al no pagar el consumo de gasolina y más adelante de licor, y a continuación no atender las señales del agente para que se detuviera, y en cambio, casi atropellarlo y enseguida arrollar a otra persona, hasta culminar su irresponsable actuación disparándole al agente mencionado, el hoy occiso procedió contra los más elementales principios de normalidad, conveniencia y respeto a la ley. Simultáneamente con la falla del servicio se presentó también la culpa de la víctima, de la cual se deriva, si no la exculpación total de la entidad oficial demandada, por lo menos su responsabilidad parcialmente se atenúa, pues el comportamiento del occiso contribuyó decisivamente al resultado final

y en concausa con la actuación del agente homicida, lo cual genera una concurrencia de culpas, en cuyo caso a la luz del artículo 2357 del Código Civil, "la apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - - Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 13 de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7980. Actor: Angel Custodio Salazar y otros. Demandado: La Nación - Mindefensa - Policía Nacional

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 1992, por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegaron las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

Mediante escrito presentado el 12 de abril de 1991 ante el Tribunal Administrativo del Cauca, los señores Angel Custodio Salazar, Dora María Muñoz de Salazar, quienes actúan en nombre propio y representación de la menor Yamileth Salazar Muñoz; Diana Patricia, Germán Alexis y Carlos Alberto Salazar Muñoz; Jacqueline López Sanabria quien obra en su propio nombre y en representación del menor William Alexander Salazar López, 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- POLICIA NACIONAL- es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales ocasionados a ANGEL CUSTODIO SALAZAR, DORA MARIA MUÑOZ DE SALAZAR, YAMILETH SALAZAR MUÑOZ, DIANA PATRICIA SALAZAR MUÑOZ, GERMAN ALEXIS SALAZAR MUÑOZ, CARLOS ALBERTO SALAZAR MUÑOZ, JACQUELINE LOPEZ SANABRIA y a WILLIAM ALEXANDER SALAZAR LOPEZ, con la muerte violenta de que fué objeto WILLIAM SALAZAR MUÑOZ, hijo de los dos primeros, hermano de los demás, compañero permanente de JACQUELINE LOPEZ SANABRIA y padre de WILLIAM ALEXANDER SALAZAR LOPEZ, en hechos ocurridos dentro del perímetro urbano de la ciudad de Puerto Tejada -Cauca- el día 5 de agosto de 1990, los cuales fueron protagonizados por un miembro de la Policía Nacio-

nal, con arma de dotación oficial e incurriendo en una evidente y presunta falla en el servicio.

"SEGUNDA. CONDENASE A LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL-, a pagar a ANGEL CUSTODIO SALAZAR, DORA MARIA MUÑOZ DE SALAZAR, YAMILETH SALAZAR MUÑOZ, DIANA PATRICIA SALAZAR MUÑOZ, GERMAN ALEXIS SALAZAR MUÑOZ, CARLOS ALBERTO SALAZAR MUÑOZ, JACQUELINE LOPEZ SANABRIA y a WILLIAM ALEXANDER SALAZAR LOPEZ, por intermedio de su apoderado judicial, todos los perjuicios tanto morales como materiales que se les ocasionaron con la muerte violenta de que fué objeto WILLIAM SALAZAR MUÑOZ, hijo de los dos primeros, hermano de los subsiguientes, compañero permanente de JACQUELINE LOPEZ SANABRIA y padre de WILLIAM ALEXANDER SALAZAR LOPEZ, en hechos ocurridos dentro del perímetro urbano de la ciudad de Puerto Tejada - Cauca el día 5 de agosto de 1990, los cuales fueron protagonizados por un miembro de la Policía Nacional, con arma de dotación oficial e incurriendo en una evidente y presunta falla en el servicio, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrare siguiendo las orientaciones trazadas por el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera:

"a) A la suma de SETENTA MILLONES DE PESOS ($ 70'000.000) mcte., por concepto de lucro cesante, correspondiente a la suma dejada de producir por WILLIAM SALAZAR MUÑOZ (occiso) en razón de su muerte violenta, arbitraria, innecesaria e injusta, y por todo el resto posible de vida que le quedaba en la actividad a que se dedicaba (electricista y mecánico), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (25 años 4 meses) y a la esperanza de vida calculada conforme a las tablas colombianas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"b) El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales subjetivos o "pretium doloris", consistente en el profundo dolor y aflicción que produce el hecho de sentirse víctima de un acto arbitrario e injusto nacido de la falta de responsabilidad y mesura de la administración, en aplicación del artículo 106 del C.P., máxime cuando el hecho ha sido cometido por autoridades armadas del Estado, extinguiendo la vida de un ser querido como lo es el hijo, hermano, compañero permanente y padre.

"c) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

"TERCERA. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria".

2. Fundamentos de hecho

Se refiere en la demanda que Angel Custodio Salazar y Dora María Muñoz Rivera contrajeron matrimonio y procrearon a William, Diana Patricia, Germán Alexis, Carlos Alberto y Yamileth Salazar Muñoz. Así mismo, que William Salazar Muñoz formalizó una unión de hecho con Jacqueline López Sanabria, con quien procrearon a William Alexander Salazar López.

William Salazar Muñoz se desempeñaba como electricista y mecánico en la ciudad de Cali. En la tarde del 5 de agosto de 1990, viajaba como conductor de un automotor de propiedad de uno de sus acompañantes con destino hacia una finca de Puerto Tejada, en donde por causa de una queja formulada por Luis Fernando Agudelo a quien no le habían cancelado el valor de la gasolina vendida para dicho vehículo, en la estación Lilí de Cali, el agente de la Policía Nacional Walter Mosquera Rivas trató de interceptar el automotor, sin hacer señales para que se detuviera, innecesariamente disparó por dos ocasiones un arma de dotación oficial causándole la muerte en forma inmediata.

El agente se encontraba en servicio activo, uniformado y con arma de dotación oficial, de donde infiere la existencia de una falla en el servicio.

3. Actuación procesal

Fracasado el intento conciliatorio adelantado por el Fiscal Primero del Tribunal Administrativo del Cauca, la apoderada del ente oficial contestó la demanda en términos tales que ni siquiera afirma o niega los hechos, menos aún su oposición a las pretensiones de la parte actora, hasta el punto de que el a quo debió advertir que "El escrito de contestación aunque no satisface estrictamente las exigencias del artículo 144 del C.C. Administrativo, sus deficiencias no ameritan su no aceptación". Posteriormente, en la oportunidad para alegar de conclusión, planteó como defensa la culpa de la víctima, pues su actitud "incentivó al Agente en su conducta cual fué la de repelar el ataque y evitar que siguiera ocasionando daños y perjuicios en bienes y personas, razón por la cual se debe declarar a la Policía Nacional excenta (sic) de toda culpa, en razón a que si William Salazar no hubiera enfrentado al uniformado su muerte no se hubiera producido", conclusión a la que arriba luego de referirse a las pruebas recaudadas.

A su vez, el apoderado de la parte actora, en su alegato de bien probado al reiterar lo expresado en la demanda sostuvo que en el caso bajo estudio se daban los requisitos para dictar sentencia condenatoria, a saber: la falla en el servicio, el daño y el nexo causal entre éstos. Por haberse causado el daño con arma de dotación oficial, afirmó que se trataba de una falla presunta. Establecida la existencia de la falla presunta y los perjuicios, igualmente considera demostrado el nexo causal, con lo que da por comprobada la responsabilidad administrativa del ente demandado.

4. La sentencia apelada

Analizó el a-quo cuidadosamente la prueba recaudada en el proceso disciplinario que se adelantó contra el Agente Mosquera Rivas, y con fundamento en la misma concluyó que la muerte de Salazar Muñoz se produjo por su propia culpa y no por una falla del servicio, y así lo concretó el Tribunal en los siguientes párrafos del fallo recurrido:

> "En aparte anterior de esta providencia, se expresó que para el Tribunal se ha probado que Wilson Salazar Muñoz sí disparó contra el Agente de Policía Walter Mosquera Rivas, una vez había atropellado a José Antonio Gómez. Igualmente está debidamente acreditado que el Policía Mosquera Rivas pretendió con señales de pito que el conductor del vehículo, o sea Salazar Muñoz, lo detuviera sobre todo cuando atropelló al ciudadano José Antonio Gómez, no habiendo obtenido ninguna reacción de sometimiento a las órdenes que visualmente se le repetían.
>
> "Tenemos entonces que partiendo de la actitud asumida por Wilson Salazar Muñoz en la Gasolinera del Valle de Lilí cuando se "voló" sin pagar el consumo solicitado, el caso omiso que hizo de las señales de pito que el Agente Mosquera Rivas le hizo para que detuviera el vehículo que conducía, el exceso de velocidad con que manejaba, el haber atropellado a un ciudadano y después de haberlo hecho pretender colocar nuevamente el carro en movimiento y así hacerlo a bastante velocidad, disparar contra el agente de policía que pretendía que detuviera el vehículo, no sin antes haber pretendido "tirarle" el carro, son conductas que han de tipificarse como "culpa de la víctima".

En cuanto al comportamiento del agente Walter Mosquera Rivas, en el fallo apelado se hicieron estas apreciaciones con miras a justificarlo:

> "En el caso de autos, tenemos al Agente Walter Mosquera Rivas, prestando su turno de seguridad solo; en estas circunstancias enfrenta la situación y con señales normales pretende detener el vehículo tantas veces mencionado que es conducido a bastante velocidad; el vehículo atropella a un ciudadano, pretende envestir al policía y el conductor del vehículo le dispara.
>
> "Físicamente el Agente Mosquera no podía detener el vehículo y al ser objeto de un disparo, responde con su arma dirigiéndose sin lugar a dudas al conductor del vehículo que era quien estaba armado. El agente Mosquera debió sentir en peligro su vida, amén de la de los ciudadanos que estaban cerca, y debía esperar nuevos disparos, pues no podía exigírsele que supiera que quien pretendía agredirle portaba un arma de un solo tiro, razón por la cual estima el Tribunal que en el caso de autos en el uso del arma de dotación oficial existió ausencia de falla del servicio, considerando que también está desvirtuada la falla presunta del servicio".

De la sentencia salvó voto uno de los Magistrados, quien manifestó que "sin hallarse establecidos estos aspectos y los que dicen relación con la ubicación y manera como los propios testigos percibieron lo que relatan... no puede tenerse por desvirtuada la presunción de responsabilidad que la misma decisión establece y concluir que la instintiva reacción del agente fué justificada".

5. Razones de la apelación

Considera la parte recurrente que las conclusiones del Tribunal "pecan de debilidad jurídica porque se basaron en una valoración inadecuada y parcial de la prueba", al reconocer pleno valor probatorio al contenido del proceso disciplinario, sin tomar en consideración que la parte actora no tuvo ninguna participación en el mismo, menos aún en la práctica de las pruebas, de donde resulta que para hacer valer los testimonios de la actuación disciplinaria en su contra, se requería que fueran ratificados en este proceso.

Aduce, de otra parte, que no se probó la agresión armada de la víctima contra el agente Mosquera Rivas, que pusiera en peligro su existencia y lo obligara a disparar, pues tal demostración que correspondía a la demandada, por existir la presunción de falla del servicio en su contra, no se dio en este proceso. Así mismo, el recurrente examina críticamente la prueba aportada, para concluir que existe claridad sobre la ocurrencia de los hechos en que falleció William Salazar Muñoz a manos del agente Mosquera Rivas "al dispararle por la espalda con arma oficial de gran calibre, sin que hubiese una apremiante necesidad de ello", ante lo cual se impone aceptar la falla presunta y probada del servicio, por lo cual solicita la revocatoria del fallo recurrido y una decisión favorable para las peticiones de la demanda.

6. El concepto del Ministerio Público

Para la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, la sentencia impugnada debe confirmarse. Considera que al apelante le asiste razón en su crítica a la valoración probatoria que se hizo en la sentencia respecto de las declaraciones recaudadas en el proceso disciplinario, pero, anota que tales pruebas "sí pueden tomarse como indicios", para ser apreciados en conjunto, de acuerdo con su gravedad, concordancia y convergencia, a más de su relación con las otras pruebas del proceso.

Encuentra la señora Procuradora Delegada que la víctima "cometió en el breve lapso de aproximadamente una hora, o quizás menos, una serie de conductas ilícitas que propiciaron los hechos ocurridos, ya que fueron determinantes en la causación de los mismos", sin que ello signifique "que se acepte como justo y acertado el comportamiento del Agente de la Policía, quien ha debido disparar a las llantas del vehículo en fuga, preservando de esta forma la vida e integridad física de sus ocupantes...". Sin embargo, fueron "tantas, tan graves e inesperadas las circunstancias que

momentáneamente se produjeron", que el Ministerio Público concluye "que no es factible por ello endilgársele al agente de la Policía, por ende a la administración, responsabilidad por la muerte de Salazar Muñoz".

La parte demandada alegó de conclusión para cuestionar la tesis del apoderado de la actora con relación al valor probatorio del proceso disciplinario y para reiterar el planteamiento defensivo basado en la culpa exclusiva de la víctima.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia apelada será revocada para en su remplazo declarar la responsabilidad de la entidad pública demandada, atenuada eso sí por la participación de la víctima en el resultado dañoso que originó este proceso.

Los antecedentes fácticos del fallecimiento de William Salazar Muñoz, se concretan en su inicial actitud, ya bajo los efectos del licor, de proveer de gasolina el vehículo que conducía y abstenerse de cancelar el servicio recibido en la estación de servicio de Lilí. Posteriormente, hizo caso omiso de las señales que el agente de la Policía Nacional Walter Mosquera Rivas le hiciera para que detuviera el carro y así requerirlo para que pagara el consumo de gasolina que anteriormente había dejado de cancelar, obligando al bombero a seguirlo y con ayuda de la Policía obtener el pago de su servicio.

Tampoco en este caso obró correctamente Salazar Muñoz y, por el contrario, el exceso de velocidad lo llevó a atropellar a un ciudadano, circunstancia ésta que no lo conmovió y sí en cambio lo motivó para continuar su carrera y disparar contra el agente de policía, a quien pretendió echarle el vehículo.

Las anteriores circunstancias sirvieron de fundamento al fallador de primera instancia para considerar que el hecho se había producido por culpa de la víctima y consecuencialmente denegar las peticiones de la demanda.

Punto fundamental en la presente controversia es el relacionado con la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad extracontractual de la administración, entendida ésta como la conducta imprudente o negligente de la víctima que por sí sola resulta suficiente para causar o dar lugar al hecho dañoso en cuya ocurrencia, por falta de uno de sus elementos estructurales como es la falla del servicio, no hay lugar a declarar la responsabilidad.

Sobre la eximente mencionada considera la Sala que su manejo y reconocimiento deben ajustarse a un criterio mesurado dentro del cual puede definirse si la conducta de la víctima permite concluir que fué causa exclusiva del daño o si fué parcial esa participación, pues uno y otro caso originan distintas consecuencias: en el primero se exime de responsabilidad a la administración; en el segundo, ante una concurrencia de culpas, la responsabilidad extracontractual de aquella resulta atenuada.

Para la Sala el comportamiento de la víctima a través del episodio conocido en este proceso resulta desde todo punto de vista cuestionable. Desde cuando inició la ingestión de bebidas embriagantes para luego conducir en tal estado el automotor; luego al no pagar el consumo de gasolina y más adelante de licor, y a continuación no atender las señales del agente Mosquera para que se detuviera, y en cambio, casi atropellarlo y enseguida arrollar a otra persona, hasta culminar su irresponsable actuación disparándole al agente mencionado, el hoy occiso procedió contra los más elementales principios de normalidad, conveniencia y respeto a la ley.

No obstante, tan reprochable e ilegítima conducta piensa la Sala que no alcanza a constituirse como la causa exclusiva del hecho dañoso. La forma como este sucedió no aparece plenamente definida en este proceso, especialmente en lo relacionado con la agresión que el agente Mosquera y otros testigos afirman que este recibió de la víctima, quien le disparó desde su carro en movimiento, luego de atropellar a un ciudadano. En verdad, no es fácil entender en qué forma pudo accionar su arma de un solo proyectil, conducir el vehículo hacia adelante y disparar hacia atrás simultáneamente. El movimiento del carro, la dificultad para disparar y manejar, así como la limitante visual y la distancia, desvirtúan o por lo menos disminuyen la comprobación del hecho que más trascendió en la respuesta armada del agente mencionado, quien al disparar por la espalda del conductor puso en grave peligro la integridad de las demás personas que viajaban en dicho automotor, penalizando así, con la muerte a un ciudadano cuya conducta si bien resultaba legalmente censurable y si se quiere sancionable, de todas formas no era susceptible de castigar privándolo de la vida en la forma que se relata en el proceso.

En el anterior orden de ideas, la Sala encuentra que simultáneamente con la falla del servicio se presentó también la culpa de la víctima, de la cual se deriva, si no la exculpación total de la entidad oficial demandada, por lo menos su responsabilidad parcialmente se atenúa, pues el comportamiento del occiso contribuyó decisivamente al resultado final y en concausa con la actuación del agente homicida, lo cual genera una concurrencia de culpas, en cuyo caso á la luz del artículo 2357 del Código Civil, "la apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Complementariamente observa la Sala que el caso examinado, en razón de sus especiales características fácticas permitía manejarse con fundamento en la falla probada del servicio, por el uso precipitado e irreglamentaria de su arma en el sector urbano de la población, o bien con la tesis de la falla presunta dado el nexo instrumental causante del daño y la calidad de agente oficial del policía Mosquera Rivas.

De acuerdo con las anteriores consideraciones se concluye que el hecho trágico fué resultado de la concurrencia de dos conductas equivocadas, tanto de la Administración como de la víctima, en proporción tal que el monto indemnizatorio será equivalente a un cincuenta por ciento (50%). A esta conclusión arriba la Sala con base en el material probatorio recaudado, cuya valoración especialmente en cuanto a los testimonios recepcionados en el diligenciamiento disciplinario se refiere, fueron apre-

ciados como hechos indiciarios suficientes para con las demás comprobaciones aportadas formar el criterio plasmado en los anteriores conceptos.

Acreditados pues los elementos integrantes de la responsabilidad extracontractual administrativa, como son la falla del servicio, el daño y su relación de causalidad, corresponde establecer, si a ello hay derecho, la indemnización reclamada por los demandantes.

Probado está que la víctima se desempeñaba como mecánico electricista, pero no fueron debidamente acreditados sus ingresos, por los que los mismos se calcularán sobre el salario mínimo legal vigente en 1990 ($ 41.025).

A reclamar perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante comparecen Jacqueline López Sanabria como compañera permanente del occiso y su hijo William Alexander Salazar López, reconocido por la víctima como hijo extramatrimonial procreado con la anterior, según consta en el Folio de Registro de Nacimiento visible a los folios 133 y 133 vuelto. Este menor nació el 5 de febrero de 1985. Procesalmente se acreditó su dependencia económica respecto del occiso.

Para efectos de liquidar los perjuicios materiales se deduce, previamente del valor de los ingresos ($ 41.025) el 25% ($ 10.256.25) que se presume dedicaba para su personal sostenimiento. El 75% restante ($ 30.768.75) se divide por partes iguales entre el menor y su progenitora, correspondiéndole a cada uno la suma de $15.384.37, valor éste sobre el cual, luego de actualizado, se liquidará la indemnización respectiva.

Para la actualización se toman los índices de precios al consumidor vigentes en agosto de 1990 (152.64) y julio de 1993 (306.39), de acuerdo con la información que la Sala ha obtenido sobre ellos.

Se aplica la fórmula: $Vp = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$

$$Vp = 15.384.37 \frac{306.39}{152.64} = \$\ 30.880.62$$

Indemnización debida para Jacqueline López Sanabria y William Alexander Salazar López.

Comprende desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha de esta sentencia, es decir, 362 meses.

Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i};$$

$$S = 30.880.62 \frac{(1 + 0.004867)^{36.2} - 1}{0.004867} = \$\ 1.219.169.47$$

Indemnización debida para cada uno: $ 1.219.169.47

Indemnización futura para Jacqueline López Sanabria y William Alexander Salazar López.

Por la naturaleza de la relación existente entre Jacqueline López Sanabria con la víctima y con su menor hijo, el período indemnizatorio futuro de aquella es idéntico al de su hijo menor, esto es, hasta cuando este alcance su mayoría de edad, que será el 5 de febrero del año 2.003, lo que corresponde a un período indemnizatorio de 77.4 meses. (113.6-36.2).

Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n};$$

$$S = 30.880.62 \frac{(1 + 0.004867)^{77.4} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{77.4}} = \$\ 1.987.570.39$$

Valor de la indemnización futura para cada uno: $ 1.987.570.39.

Suma el valor de los perjuicios materiales para cada uno de estos demandantes la cantidad de $ 3.206.739.86 que reducidos en un 50% como consecuencia de la concurrencia de culpas antes advertida, deja en la suma de $ 1.603.369.93 el monto indemnizatorio por perjui-

cios materiales para la compañera y el hijo del occiso, es decir, para cada uno de ellos.

Por concepto de perjuicios morales derivados de los sentimientos de tristeza y aflicción que la desaparición de un ser querido produce normalmente a las personas cercanas a él, se reconocerá la suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de sus padres y su hijo. Para la compañera cuatrocientos (400) gramos de oro y para los hermanos del occiso se reconocerá el equivalente en pesos a doscientos cincuenta (250) gramos del mismo metal. Se aclara que así se ha descontado el 50% en que se atenuó el daño.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 15 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SEGUNDO. DECLARASE a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional -, administrativamente responsable por la muerte de William Salazar Muñoz, ocasionada en Puerto Tejada, el 5 de agosto de 1990, por un agente de la Policía Nacional.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a pagar las siguientes sumas de dinero:

a) Por concepto de perjuicios materiales en favor de Jacqueline López Sanabria y su menor hijo William Alexander Salazar López la suma de un millón seiscientos tres mil trescientos sesenta y nueve pesos con 93/100 ($ 1.603.369.93) moneda legal, para cada uno.

b) Por concepto de perjuicios morales en favor de Angel Custodio Salazar, Dora María Muñoz de Salazar y William Alexander Salazar López, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino; para Jacqueline López Sanabria, el equivalente a cuatrocientos (400) gramos de oro fino; para Diana Patricia Salazar Muñoz, Germán Alexis Salazar Muñoz, Carlos Alberto Salazar Muñoz, Yamileth Salazar Muñoz, el equivalente en moneda nacional a doscientos cincuenta (250) gramos del mismo metal, para cada uno.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

CUARTO. DENIEGANSE las demás pretensiones.

QUINTO. Désele cumplimiento a los artículos 176 y 177, para lo cual se expedirán copias auténticas de esta sentencia, con constancia de ejecutoria, para las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, agosto trece (13) de mil novecinetos 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.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

El art. 57 del C. de P.C., aplicable por remisión concordante de los arts. 217 y 267 del C.C.A., no limita la citación forzada de terceros para que intervengan en el proceso, en el sentido de que el llamado debe necesariamente ser una persona de derecho público susceptible de ser demandada ante la misma jurisdicción. Doctrinariamente tampoco existe esta limitante.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinte (2) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N° 7890 Apelación auto. Actor: Nicolás Copete Armijo

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte demandada Empresa Nacional de telecomunicaciones TELECOM contra el auto de 29 de septiembre de 1992, proferido por el tribunal administrativo del Chocó y mediante el cual se negó el llamamiento en garantía solicitado por aquélla contra la Electrificadora del Chocó S.A.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal expuso lo siguiente:

"Para que la petición sea aceptada, además de los requisitos establecidos en el artículo 137 del C.C.A., es necesario, que el funcionario que conoce de la demanda principal, sea competente para conocer de la demanda de llamamiento en garantía, según la naturaleza jurídica del demandante.

En el caso que se estudia, la demanda en mención, va dirigida contra la Electrificadora del Chocó S.A., Sociedad de Economía Mixta, en donde el Estado, posee más del 90% del capital, siendo sus socios: El Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL., Departamento del Chocó, el Municipio de Quibdó y particulares.

Por la naturaleza del ente demandado o llamado en garantía, tratándose de una sociedad de economía mixta de acuerdo con el artículo 8° del Decreto 1050 de 1968, los actos y hechos de naturaleza industrial o comercial, serán sometidos a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones de ley.

Así se tienen, los actos administrativos y los conflictos que se susciten a raíz de tales, serán competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Entre las excepciones que plantea la ley, se encuentran las que tienen que ver con la administración central en segundo lugar están los contratos de obras públicas, de empréstito y aquellos que incluyen la cláusula de caducidad (arts. 3-34 del Decreto 3130 de 1968). Decreto 130 de 1976 artículo 3° y 1221 y 257 del Decreto 222 de 1983. En tercer lugar, lo referente al aspecto laboral, pero referido a los empleados públicos de la empresa.

La regla general, es que en las sociedades de economía mixta, en donde el Estado, o, sus entidades descentralizadas, tengan aportes iguales o superiores al 90% del capital social, se encuentran sujetas al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, esto es, al del derecho privado.

La demanda de llamamiento en garantía, va dirigida contra la Electrificadora del Chocó S.A., cuyo objeto social, no obedece a sanciones administrativas confiadas por ley, resultando claro, que, no es está, la jurisdicción autorizada legalmente para conocer y decidir sobre las pretensiones dirigidas contra dicha empresa".

Por su parte la demanda y apelante expone sus fundamentos de defensa del llamamiento en garantía, en los siguientes términos:

"Como bien se desprende del libelo demandatorio, en principio fueron demandados para responder por los hechos a que se contrae este proceso, la Empresa que represento y la ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A. Luego dicha demanda, fué corregida por el actor, circunscribiendo la misma contra TELECOM.

La lectura abierta y desprevenida de los hechos relacionados en la demanda, arroja como resultado la responsabilidad plena de la ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A., en los sucesos ocurridos y, por ende, el nexo causal que la vincula con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones a los requerimientos de la demanda.

Por razones procedimentales, más de competencia de esa Honorable Corporación, provocaron la corrección de la demanda, excluyendo a la ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A., del vínculo de responsabilidad que la ata a los hechos. Pero ello, no puede ser obstáculo para que responda en el proceso, por virtud del llamamiento en garantía.

Es claro, que tratándose de la demanda de llamamiento en garantía, propuesta, dentro de un proceso de conocimiento de lo contencioso administrativo, la persona llamada pueden (sic) ser de derecho privado o sujeto, al régimen de las Sociedades de Economía Mixta, porque cuando se les cita a esta clase asuntos, el llamamiento se hace porque existe título legal o contractual de garantía, según el caso, que así lo permite y no por ser parte principal de la relación.

Resulta obvio, a la luz del derecho e inclusive de la realidad social y de los hechos, tal como aparece acreditada en la misma demanda presentada, que el nexo causal que produjo a la postre el resultado cuya responsabilidad se quiere hoy acreditar, lo produjo el rompimiento de la línea de conducción de energía de la sociedad ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A., siendo esta circunstancia, el título mediante el cual, TELECOM, llama en garantía a la misma, pues como se advirtió al contestar la demanda, la corriente de energía que conduce un cable o línea de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, no produce daño alguno a ser viviente, llámase (sic) persona o animal. Por lo tanto, es indiscutible desconocer el lazo o vínculo de la ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A., en los hechos planteados en la demanda y sobre los cuales se busca una indemnización patrimonial.

Ahora bien, resulta importante en este evento, el llamamiento en garantía a la ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A., con el fin de que en el futuro y, teniendo en cuenta, el amplio margen y campo de excepciones que pueden proponerse en el campo procesal, se haga nugatoria, cualquier acción que TELECOM propusiere contra la empresa, tendiente a que le sea reconocido lo que en un eventual momento, cancelare con ocasión de estos hechos, por no haberla llamado a responder en tal condición".

Para la Sala el proveído apelado deberá ser revocado, porque las razones aducidas para negar el llamamiento en garantía propuesto por TELECOM, no se acomodan a la ley, ni a la doctrina ni a la jurisprudencia de la corporación.

En efecto, el artículo 57 del C. de C.P., aplicable por remisión concordante de los artículos 217 y 267 del C.C.A, no limita la citación forzada de terceros para que intervengan en el proceso, en el sentido de que el llamado debe necesariamente ser una persona de derecho público susceptible de ser demandada ante la misma jurisdicción.

Doctrinariamente tampoco existe esta limitante; sobre el particular, quien escribe esta ponencia, en su obra expone lo siguiente:

"En la misma oportunidad indicada en el citado art. 217, quien tenga derecho legal o contractual de exigir de un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el rembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

En otros términos, podrá ejercer el llamamiento en garantía".

...

Como es claro, la persona llamada podrá ser privada, porque cuando se cita a esta clase de proceso (contractual o de reparación directa) el llamamiento se hace porque existe título legal o contractual de garantía que así lo permite y no porque sea parte de la relación principal que se discute dentro del proceso entre el demandante y el demandado.

Si no pudiera llamarse sino a las personas públicas, el llamamiento no tendría razón de ser dentro del proceso administrativo y se contrariaría la voluntad de la ley, la que al autorizarlo no lo restringe a esa clase de personas" (Tercera Edición, 4ª reimpresión, pág. 363).

Jurisprudencialmente esta Sala ha sostenido, en relación con las empresas electrificadoras del país:

"Si bien es cierto la jurisprudencia reiterada de la Sala indicada que las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se juzgan ante la jurisdicción ordinaria, dada la normatividad especial que rige a ese respecto (art. 31 del Decreto 3130 de 1968) no es menos cierto que cuando en la demanda se citan éstas al proceso en litis consorcio con un establecimiento público, que, como tal, está dotado de fuero especial, al cual también se le imputa responsabilidad solidaria, el juez competente será el de este último para todos los efectos, dándose así lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como fuero de atracción. A este respecto la Sala sigue la orientación marcada por esta misma Sala, en el sentido de que al darse el aludido fuero todas las partes llamadas al proceso pueden ser juzgadas por el mismo juez (Sentencia marzo 8 de 1979, proceso 2230, ponente Jorge Valencia Arango). Se entiende para estos efectos que exista razón legal y fáctica que justifique la pretensión contra todos los citados al proceso". (Sentencia febrero 5/93, proceso 7506, actor: Maximiliana Céspedes y otros: Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo).

Para el caso en estudio, los hechos narrados en la demanda dan cuenta que el día primero de enero de 1992, a las 12:30 de la madrugada "les cayó un extremo de la red física de Telecom, **energizada por una red de alta tensión de propiedad de la Electrificadora del Chocó S.A., ocasionándole la muerte a YIRLEZA COPETE RUIZ Y A ROSIMARY HURTADO COSSIO**". (Hecho 7°., fl. 4) subrayas fuera del texto.

Por lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCASE EL AUTO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1992 PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO.

SEGUNDO. En su lugar, ACEPTASE EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA FORMULADO POR LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM SOBRE LA ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A.

TERCERO. CITESE A LA ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A., NOTIFIQUESELE EL CONTENIDO DE ESTE PROVEIDO AL REPRESENTANTE LEGAL DE ELLA, CONFORME AL INCISO 2° DEL ARTICULO 56 DEL C. DE P.C., PARA QUE EN EL TERMINO DE CINCO (5) DIAS COMPAREZCA AL PROCESO.

CUARTO. Suspéndese el proceso desde la notificación de ésta hasta el vencimiento del término con máximo de noventa (90) días (art. 56 inc. 2° C. de P. C.).

QUINTO. Las anteriores previsiones serán cumplidas por el tribunal a quo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre las empresas electrificadoras y el llamamiento en garantía, aplicación del fuero de atracción.

REVOCATORIA DIRECTA/VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/LICENCIA DE EXPLOTACION DE CARBON

Luego de la inexequibilidad de los artículos 1° a 10 del Decreto 2304 de 1989 (y el 10 precisamente revocatorio del 70 del código), la administración no pierde la competencia para decidir cuándo se produce el silencio administrativo frente a la petición inicial o frente a los recursos por el transcurso del tiempo señalado en la ley; ni pierde la competencia para revocar, de manera oficiosa se entiende, los actos administrativos en firme, no impugnados (hayan o no agotado la vía gubernativa) o frente a aquéllos en los que ya se haya producido la impugnación pero aún no se haya admitido la correspondiente demanda.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C. , agosto diecisiete (17) de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr: Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N° 6847 Minas Actor: Alberto Ceballos Vélez (gerente Carboneras La Ramada Ltda.). Demandada: La Nación - Ministerio de Minas y Energía

Procede la Sala a decidir el presente proceso, en cuya demanda el señor Alberto Ceballos Vélez, en su carácter de gerente de "Carboneras la Ramada Ltda.", solicitó la nulidad de la Resolución N° 5-0790 del 17 de julio de 1991, dictada por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se revocan las Nos. 5-0006 de 24 de enero y 5-388 del 13 de marzo del mismo año, y como consecuencia se declare la nulidad de éstas últimas y se ordene que continúe el trámite de la licencia N° 4079 para la celebración del contrato respectivo.

En la demanda, formulada el 6 de agosto de 1991 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que por Resoluciones Nos. 000720 de 2 de abril de 1987 y 003918 de diciembre del mismo año, el Ministerio de Minas otorgó a Carboneras La Ramada Ltda., la licencia N° 4079 para la exploración técnica de unos yacimientos de carbón en una zona de 800 hectáreas en Lenguazaque (Cundinamarca).

b) Que se comisionó al alcalde de dicho municipio para que entregara la zona, la que no pudo explotarse adecuadamente por la demandante por invasiones reiteradas, pese a la protección policiva que se le concedió.

c) Que por Resolución 5-0006 de 24 de enero de 1991, confirmada al resolverse la reposición por la número 5-388 de 13 de marzo del mismo año, el Ministerio de Minas dio por terminada la actuación en la licencia aludida 4079, de la cual era titular la demandante.

d) Que luego el Ministerio, mediante la Resolución N° 5-0790 de 17 de julio de 1991, revocó las resoluciones indicadas en el literal precedente y expresamente dispuso:

ARTICULO PRIMERO. Revocar las Resoluciones 5-0006 de enero 24 y 5-388 de marzo 13 de 1991, dictadas dentro de la licencia N° 4079, cuyo titular es la sociedad CARBONERAS LA RAMADA LTDA., por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTICULO SEGUNDO. Una vez ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente a la División de Ingeniería y Proyectos para efectos de renovar la inscripción del acto de otorgamiento de la licencia, en el Registro Minero.

ARTICULO TERCERO. Cumplido lo anterior, pase el expediente a la sección de estudios de ingeniería, para que anote nuevamente la zona de la licencia.

ARTICULO CUARTO. Remitir el expediente contentivo de la Licencia a la División de Fiscalización, para que emita su concepto sobre el informe final de exploración y el programa de trabajo e inversiones, presentado por la beneficiaria y luego envíese a la Sección Protección del Medio Ambiente, para que se manifieste sobre el estudio de Declaratoria de Efecto Ambiental.

ARTICULO QUINTO. Requerir a la beneficiaria para que en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta resolución, presente los comprobantes de pago de impuestos al Fondo Nacional del Carbón.

ARTICULO SEXTO. No se accede a lo solicitado por el doctor Roberto Charry G., en el memorial visible a folio 834, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ARTICULO SEPTIMO. Reconocer al doctor Roberto Charry G., como apoderado de los señores: Juan Manuel Camacho Flórez, Ivone B. de Camacho y Carlos Triana, en los términos y para los efectos del poder conferido".

En la causa petendi la parte actora alega que la Resolución N° 5-0790 es nula por violación del artículo 70 del Decreto 01 de 1984, el cual le prohibía la revocatoria de las Resoluciones 5-0006 y 5-388, porque frente a la primera no sólo se había agotado la vía gubernativa sino porque había adquirido firmeza.

Así mismo impugna las Resoluciones 5-0006 y 5-388 por violación de los artículos 76 numeral 10 y 77 del Decreto 2555 de 1988 y del 59 del C.C.A.

Durante la instancia, conceptuó el Ministerio Público en el sentido de que debía accederse a las pretensiones de la demanda (folios 146 y ss.). Igualmente intervino el Ministerio de Minas (folios 150 y ss.) para pedir la denegación de las súplicas de la demanda porque su actuación estuvo ajustada a los mandatos de los arts. 69 y 71 del C.C.A., 75, 76, 100 y 292 del Código de Minas.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para una mayor claridad en esta parte motiva, la Sala estima que debe analizar, en su orden, los siguientes puntos: a) los actos impugnados; b) la competencia de la administración para la revocatoria directa; c) la conclusión.

a) Los actos impugnados

Como se explicó atrás la Resolución 5-0790 de 17 de julio de 1991 revocó las Nos. 5-0006 y 5-388 de 24 de enero y 13 de marzo del mismo año **que habían dado por terminada la actuación de la licencia N° 4079**. En otras palabras, la decisión que revocó las mencionadas resoluciones restableció el derecho que a la demandante le había otorgado la Resolución 000720 de 1987.

Este enunciado muestra que la sentencia podía ser en este caso inhibitoria por falta de un presupuesto material para la sentencia de fondo, como es el interés en la pretensión de la parte actora. Sin interés, se dice desde hace muchos lustros, no hay acción.

Pero, no obstante, la Sala hace un estudio de fondo porque la demandante no sólo alega la nulidad de la decisión revocatoria por incompetencia de la administración, sino que impugna también la resoluciones que dieron por terminada la licencia 4079.

b) La competencia de la administración y la revocatoria

Para la Sala el Ministerio sí tenía competencia para revocar las Resoluciones 5-0006 y 5-388, pese a que frente a la primera, se había producido el agotamiento de la vía gubernativa. Obsérvese que la 5-388 decide la reposición interpuesta contra la 5-0006, que era el único recurso viable.

Para la parte actora el agotamiento de la vía gubernativa y la firmeza de este último hacían improcedente la revocatoria directa de tales actos administrativos por impedirlo el artículo 70 del C.C.A.

Para la Sala no es válida semejante afirmación, como pasa a explicarse:

Dice el artículo 70 del C.C.A., vigente:

"Improcedencia. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de vía gubernativa".

Se anota, al margen, para entender la argumentación subsiguiente que dicha norma está vigente porque el artículo 10 del Decreto 2304 de 1989 que la derogaba fué declarado inexequible por la Corte Suprema en su sentencia de 20 de junio de 1990. En virtud de este proveído y como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, ese artículo 70 revivió a partir de la ejecutoria del mencionado fallo.

Decía la norma declarada inconstitucional:

"Art. 10. El art. 70 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

Artículo 70. Improcedencia. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos contra los cuales procedan los recursos de la vía gubernativa".

Hecha la aclaración precedente, se anota:

Con base en los artículos 69 a 74 del C.C.A. puede afirmarse: a) Que la revocatoria podrá hacerla el mismo funcionario que expidió el acto o su superior jerárquico (artículo 69); b) que dicha revocatoria **procederá de oficio o a petición de parte interesada**, cuando se dé alguno de los supuestos indicados en los numerales 1, 2, 3 de la norma antecitada; c) que aunque proceda esa revocatoria en la forma indicada, de oficio o a petición, la interesada que haya ejercitado los recursos de vía gubernativa, no podrá pedirla (artículo 70); d) **que la administración, en cambio, sí podrá de oficio revocar su decisión, aunque frente a ella la parte interesada haya agotado la vía gubernativa, porque tanto el artículo 9° de la Ley 58 de 1982 como el aludido artículo 70 se refieren únicamente a la improcedencia por solicitud de parte; e) que la revocatoria podrá cumplirse en cualquier tiempo, incluso en relación con los actos en firme** o aún cuando se haya acudido a los tribunales, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda (artículo 71); f) que ni la petición de revocatoria directa, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo; g) que cuando el acto haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular o reconocido un

derecho de igual categoría, no podrá revocarse el acto sin la autorización expresa y escrita del titular; y h) que la revocatoria de los actos de carácter particular seguirá el trámite acordado en los artículos 28 y ss. para la actuación administrativa.

Lo anterior resume a grandes rasgos el instituto vigente de la revocatoria directa en el Código Administrativo y muestra cómo, luego de la inexequibilidad de los artículos 1 a 10 del Decreto 2304 de 1989 (y el 10 precisamente revocatorio del 70 del código), la administración no pierde la competencia para decidir cuándo se produce el silencio administrativo frente a la petición inicial o frente a los recursos por el transcurso del tiempo señalado en la ley; ni pierde la competencia para revocar, de manera oficiosa se entiende, los actos administrativos en firme no impugnados (hayan o no agotado la vía gubernativa) o frente a aquéllos en los que ya se haya producido la impugnación pero aún no se haya admitido la correspondiente demanda.

El desfase que presenta la demanda se entiende porque la actora partió de la vigencia del artículo 10 del Decreto 2304 de 1989 y porque ignoró, cuando presentó la demanda el 6 de agosto de 1991, que desde hacía un poco más de un año se había producido la inexequibilidad de los diez primeros artículos del 2304, entre los que estaba el artículo 70 original del código. Normas que regulaban, entre otros aspectos, la pérdida de competencia de la administración para decidir una vez producido el silencio o para revocar cuando el acto fuera susceptible de recursos de vía administrativa.

En suma. La administración sí podía revocar el acto administrativo que cancelaba la licencia 4079, así estuviera ejecutoriado, y al hacerlo mediante la 5-0790 no sólo restableció el derecho que la demandante tenía sobre dicha licencia, sino que le quitó el interés que para accionar, en acción de nulidad y restablecimiento, tenía contra ese acto de cancelación (Resoluciones 5-0006 y 5-388).

c) La conclusión

Despejada así la legalidad del acto de revocatoria (la Resolución 5-0790) y revivida la Licencia número 4079, no puede entrarse al estudio de la ilegalidad de los actos revocados porque éstos desaparecieron del ordenamiento.

Aunque la decisión, como se dijo, podría ser inhibitoria por falta de interés en la parte actora, dado el enfoque presentado por la demanda que permitió definir afirmativamente la competencia de la administración para revocar la decisión será denegatoria de las súplicas de la demanda.

Por lo expuesto y en desacuerdo en un todo con el concepto del Ministerio Público, el Consejo de Estado, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de

la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE Y NOTIFÍQUESE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día 13 de agosto de 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 MEDICO - Inexistencia

La valoración del haz probatorio y en particular del material científico constituido por los conceptos de los galenos y de Medicina Legal acreditan plenamente que no hubo retardo en los servicios y que por el contrario la atención fué no sólo oportuna sino adecuada; en nada se recortaron o disminuyeron sus probabilidades de supervivencia ni se agravó riesgo de perecer que ya recaía sobre él a raíz de las mortíferas heridas ya descritas. En el *sub lite* el tratamiento médico, quirúrgico y pos operatorio no fué negligente y falto de pericia sino al contrario acertado de manera que revela que se hicieron todos los esfuerzos y se agotaron todos los recursos disponibles para salvar esa vida.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 17 de mil novecientos noventa y tres.

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

Referencia: Expediente N° 6294 Actor: Rosalba Ortiz Gallego de Rendón y o demandado: Unidad Regional de Salud de Pereira - Hospital Universitario San Jorge y el departamento de Risaralda - Servicio de Salud..

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, el 10 de julio de 1990, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda.

Según la constancia que obra al fl. 140 vto. del C. principal, la demanda de que trata el sub lite fué presentada, en término hábil, el 24 de marzo de 1988 ejercitando la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A.; pretende se

declare patrimonialmente responsables a "la Unidad Regional de Salud de Pereira Hospital Universitario San Jorge" y al Departamento de Risaralda - Servicio Seccional de Salud, de la totalidad de los daños y perjuicios que sufrieron los demandantes a raiz de la muerte de REINALDO DE JESUS RENDON AGUDELO, acaecida el 27 de mayo de 1986 a consecuencias de deficiencias en la prestación del servicio de atención médicas tanto en el curso de las intervenciones quirúrgicas al que fué sometido como en el período, pos-operatorio.

El petitum, en resumen, se hace derivar de los siguientes hechos:

1. La víctima había nacido el 17 de enero de 1953 y tenía al morir 33 años de edad.

2. El difunto y la demandante ROSALBA ORTIZ GALLEDO, contrajeron matrimonio conforme a los ritos de la iglesia Católica el 20 de marzo de 1975; en esta unión procearon al resto de los actores: JORGE ALBERTO, VICTOR HUGO y MAURICIO RENDON ORTIZ.

3. La víctima se dedicaba al comercio en el municipio de La Virginia, Departamento de Risaralda; de su actividad obtenía los recursos suficientes para atender a su subsistencia y la de los demandantes.

4. "El 19 de mayo de 1986 y por motivos que no es preciso establecer dentro de este proceso, MANUEL RICARDO HENAO BERMUDEZ disparó en contra de REINALDO DE JESUS RENDON AGUDELO, un arma de fuego, cuando se encontraban dentro de las instalaciones del café "TELEX", ocasionándole lesiones físicas que hicieron necesaria su hospitalización.

"El mismo 19 de mayo de 1986, REINALDO DE JESUS RENDON AGUDELO ingresa a la "UNIDAD REGIONAL DE SALUD DE PEREIRA HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE", siendo las 16:30 y una hora más tarde pasa a cirugía, o sea cinco (5) horas después de haber sido lesionado.

"El paciente fué sometido a "Laparotomía exploradora" encontrándose herida de colon ascendente y desgarro en riñón izquierdo, procediéndose a efectuarle rafias en los órganos ya citados, además del correspondiente lavado peritoneal. La intervención de los galenos tuvo una duración de dos (2) horas diez (10) minutos.

"Durante el período comprendido del 19 de mayo al 22, aparecen varias consignaciones en la Historia Clínica, que son de fundamental importancia: **MAYO 20.** Abdomen distendido; **MAYO 21.** Igualmente, abdomen distendido, pero no hay evolución médica; **MAYO 22.** A las 7:00 a.m. "paciente que continúa con distensión abdominal, se queja de dolor, ...". A las 10:53 a.m. son ordenados

nuevos exámenes de laboratorio y radiografía de abdomen, y así continúa hasta las 16:20 p.m., cuando aparece el médico JAMES MUSTAFA quien conceptúa que el paciente puede estar sangrando "con una leve posibilidad de peritonitis,...". No obstante la situación planteada decide valorarlo, más tarde. A las 17:20 p.m., es decir una hora más tarde, ordena pasarlo a cirugía, cumpliéndose dos (2) horas después (19:30 horas), con duración de cuarenta y cinco minutos.

"Los hallazgos operatorios en esta segunda oportunidad se sintetizan en: Dehiscencia de suturas; hemoperitoneo residual (presencia de sangre); revisión de la cabidad abdominal en búsqueda de "posible aparición de foco séptico o pus"; como no aparecen señales de peritonitis se procede a aspirar hemoperitoneo y luego a suturar.

"Un segundo período está constituido por los días 23 al 27 así: **MAYO 23.** No aparece ninguna nota importante; **MAYO 24.** Drena líquido "muy fétido", color café. "**PRESENTA ESCALOFRIO**". No obstante que esta consignación fué escrita a las 6:20 a.m., a las 9:00 a.m. los galenos mediante valoración médica, sostienen una "buena evolución", olvidando que la fiebre es un **indicador potencial de infección**. Durante la tarde el paciente empieza "**a presentar distensión abdominal**", continuando con "**ESCALOFRIO**". Así transcurrió el primer día de post-operatorio.

"En **MAYO 25,** a las 9:15 a.m. hay evaluación médica, haciendo constar que en la tarde inmediatamente anterior el enfermo había presentado "**dolor** lacerante en flanco derecho"; Hemesis (vómito); **abdomen distendido;** dolor por palpación. La valoración médica coincide con la nota de enfermería. No aparece por parte alguna en la Historia Clínica el tratamiento correctivo a las dolencias de REINALDO DE JESUS en el segundo (2°) día pos operatorio.

"En **MAYO 26**, dice la valoración médica a las 8:20 a.m., paciente con **dificultad respiratoria** desde hace treinta y seis (36) horas aproximadamente; dolor abdominal que aumenta con ritmo respiratorio; **ligera distensión abdominal.** A las 7:00 a.m. indica la nota de enfermería: Ansiedad, poco colaboración, mucho dolor, drena 900 cm de material con **características fecaloides, distensión abdominal.** A las 12:00 m., paciente en regulares condiciones, continua distendido. 6:00 p.m., paciente en malas condiciones generales; pálido; mucho dolor; disnéico (dificultad respiratoria); se le coloca oxígeno mientras llega el médico. A las 5:45 p.m., el examen médico certifica excitación, hasta el punto que el médico no lo ató o amarró, por cuanto que un mayor esfuerzo podría producirle una evisceración. A las 23:00 horas nuevamente los profesionales de la medicina observan malas condiciones generales; marcada **dificultad respiratoria**; distensión abdominal; hipotensión (bajas de presión arterial).

"**MAYO 27.** 6:00 a.m. Nota de Enfermería Paciente en **muy mal estado general**; habla incoherencias; inquieto; distendido. 12:00 m., excitado; ansioso; pálido; por las paredes del dren **SALE MATERIAL PURULENTO, ESPESO Y FETIDOS**; continúa con oxígeno. A las 12:21 p.m. la valoración médica informa: Pico febriles (temperatura); deshidratación; desorientado e incoherente; abdomen distendido; salida de **MATERIAL PURULENTO Y FECALOIDE** por el dren renal izquierdo.

"Después de toda esta larga cadena de grave sintomatología, el cirujano considera que el paciente es quirúrgico; o sea que debe ser operado, estimando posible la **DESHISCENCIA DE SUTURAS DE COLON**, compatible con un cuadro séptico (peritonitis). A las 13:00 horas, el Dr. JOSE ANTONIO MORILLO decide operar, iniciándose la intervención a las 14:00 horas por un lapso de ciento veinte minutos (120), con los siguientes hallazgos:

"Se explora colon ascendente encontrando: **Deshicencia** de sutura antigua y además se encuentra **PERFORACION CECAL NO SUTURADA EN CARA POSTERIOR CERCA A LA APENDICE".**

"Se halla absceso peripancreático, cerca a la cabeza del páncreas y que obstruye el drenaje de bilis encontrándose vesícula dilatada a tensión".

"SE PRACTICA: (sic)

"1. Resección de segmento "ileo-cecal" (20 cms. aproximadamente)".

"2. Se exteriorizan muñones hacia flanco derecho (ileostomía boca inferior y colostomía, boca superior)".

"3. En vista de la dificultad para explorar vías biliares según el estado del paciente, se decide practicar cistostomía...".

"Es imposible, por no decirlo de otra manera, que durante este segundo período REINALDO DE JESUS RENDON AGUDELO no recibiera la atención médica **adecuada** para corregirle el foco principal de la afección, que finalmente le produjera la muerte" (fls. 97 a 103).

Diligenciado el trámite de la primera instancia y, luego de referirse en detalle a los antecedentes lo mismo que de hacer un detenido y minucioso estudio de cada uno de los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia, el a quo resolvió denegar las pretensiones formuladas por la parte actora.

Aplicando la jurisprudencia de la Sala, el Tribunal deduce que en el sub lite no se estructura la falla del servicio que se atribuye a la administración; en lo fundamental, aborda el tema bajo la siguiente óptica:

"El asunto planteado se refiere exclusivamente a aspectos de ciencia médica, al tratamiento de drogas y quirúrgico que se proporcionó al paciente y las evaluaciones que se hicieron de sus procesos, tres aspectos en que según la demanda se procedió con negligencia al no advertir, lo que era notorio, que se trataba de una peritonitis la que tardíamente tratada en la tercera intervención se tornó mortal para el paciente.

"Según las pruebas producidas en el proceso, los síntomas que fué presentando el paciente a partir del veintiuno (21) de mayo, no revelaban inequívocamente que se tratara de una peritonitis. De hecho la anotación hecha por los médicos tratantes en la Historia clínica el veintidos (22) de mayo a las 16:20 horas de "una leve posibilidad de peritonitis" fué desvirtuada por la segunda cirugía realizada una hora más tarde en la que no se encontró peritonitis en el paciente. El cuadro clínico de esos días hasta el 27 de mayo, admitía según se desprende de testimonios técnicos de médicos, diversas interpretaciones a la ley de la ciencia médica. Así lo corrobora el concepto técnico de medicina legal, de Pereira, el que refiriéndose a los síntomas que presentó el paciente expuso: "f) Si es posible encontrar las características relatadas en múltiples circunstancias como: peritonitis inicial, de acuerdo a la edad del paciente, según las enfermedades previas del paciente, cuando existe una pared abdominal laxa, pacientes caquéticos, pacientes en septicemia, puede ser encontrada además en pacientes bajo estado de shock y en la terapia con glucocorticoides; la ausencia de peristaltismo puede ser la única manifestación de una peritonitis". (folios 348 y 349 cdno N° 2). Igualmente el Departamento Médico del Instituto de Medicina Legal (Bogotá) conceptuó que los tratamientos tanto quirúrgicos como de drogas suministrados eran los indicados para el caso del paciente Reinaldo de Jesús Rendón. Finalmente, según los datos allegados al proceso, dicho paciente estuvo sometido en los últimos años a tratamiento continuado con corticoides, lo que debió deteriorar su sistema inmunológico. En resumen, el paciente fué presentando un progresivo estado de gravedad, que era susceptible de múltiples interpretaciones según la ciencia médica y se le proporcionaron tratamientos indicados, sin que pueda deducirse que hubo por parte del Hospital un deficiente comportamiento. La cuestión debe estudiarse, obviamente, según los elementos de juicio existentes cuando se presentaba la situación, y no con los que aparecieron a posteriori cuando se conoce ya con certeza que el paciente presentaba al final peritonitis. Las pruebas del expediente en este asunto de naturaleza exclusivamente técnica, como lo es cual era el tratamiento adecuado del paciente, no revelan una falla en el servicio sino por el contrario que se actúo en la forma indicada según la ciencia médica. No se configura un aumento en el riesgo atribuible a la actuación del hospital San Jorge a través de sus médicos. La evolución de deterioro de la salud del paciente se realizó a pesar de dicha actuación y no como consecuencia de ella así fuere como causa concurrente" (fls. 237 a 239).

Inconforme la parte demandante apeló el fallo y sustentó el recurso con el escrito visible a los fls. 241 y 242; en él, pide revocar la sentencia e imponer la

condena pedida en contra de los entes públicos en los términos señalados en la demanda. Sus reparos están contendidos en los siguientes planteamientos fundamentales:

"Aparece en el proceso suficiente prueba que demuestre la negligencia de los médicos, tales lo (sic) como la Historia Clínica y las numerosas notas de enfermería que dan cuenta que los facultativos no fueron lo más acuciosos pues aunque a última hora dijeron que la sintomatología permitía varias interpretaciones, lo cierto es que debían tener en cuenta la NATURALEZA de las heridas, que era lo fundamental (sic) para dictaminar; tampoco es explicable que en las intervenciones quirúrgicas no tuvieran las precauciones necesarias para una buena inspección de las lesiones y no se quedara sin suturar, pues aunque han hablado de la honda explosiva, ésta no deja de ser una simple hipótesis sin confirmación, pues no aparece ninguna relación de causalidad debidamente planteada en el plenario, en este sentido. Luego nada nos puede garantizar que en realidad la herida de ciego sin suturar que finalmente produjo la peritonitis fuera de la honda explosiva, mientras que si hay evidencia científica de que en heridas de bala son varias las lesiones que pueden quedar en el organismo sobre todo en la cavidad abdominal, luego los facultativos debían tener un cuidado especial en el tratamiento del paciente" (fls. 241 a 242).

En la etapa de alegatos de conclusión en esta instancia, las partes hicieron llegar sendos escritos en los que reiteran los puntos de vista expuestos en el curso del proceso. Para el Doctor Fernando Ospina Henao, Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado, el proveído de primer grado se debe confirmar en todas sus partes "ya que como bien lo analizó el Tribunal, al paciente Reynaldo de Jesús Rendón, se le prestó toda la colaboración médica y quirúrgica que su estado de salud requería, conforme se desprende de la historia clínica que obra en el cuaderno de pruebas a folios 361 y siguientes".

LA SALA CONSIDERA

La Sala confirmará el fallo impugnado, pues los medios de prueba recaudados en el proceso demuestran que no existió una falla del servicio médico quirúrgico o pos operatorio por una causa se hubiese agravado el estado de salud, de por sí delicado, que registraba al momento de su ingreso REINALDO DE JESUS RENDON AGUDELO y, menos, que ellas fuesen la causa de su muerte.

En lo que es materia de la impugnación, del conjunto probatorio se deduce estos hechos:

El difunto laboraba como administrador de un bar en el casco urbano del municipio de La Virginia, Departamento de Risaralda. En la tarde del 19 de mayo de 1986, mientras se encontraba consumiendo bebidas embriagantes en un negocio de cantina, por motivos personales, fué atacado a bala recibiendo dos impactos el primero de ellos en el brazo izquierdo y el segundo, sin orificio de salida, en la cavidad

toracoabdominal; este proyectil le causó en su recorrido severos daños en el abdomen, el colon ascendente y un pequeño desgarro en el pulmón izquierdo.

Herido de gravedad fué llevado inicialmente al centro de salud de la localidad; pero dado su estado crítico debió ser remitido y atendido por el servicio de urgencias del Hospital Universitario San Jorge, en la ciudad de Pereira.

De acuerdo con el protocolo de la necropsia, las heridas revestían consecuencias de suyo letales, como se precisa en el capítulo de conclusiones; allí expresa:

> "Por los anteriores hallazgos conceptúo que la muerte de quien en vida respondió al nombre de REINALDO RENDON AGUDELO, fué consecuencia natural y directa de Shock séptico secundario a peritonitis, ocasionado por herida de proyectil de arma de fuego penetrante de abdomen y perforante de colon, descrita en el numeral 1°, DE NATURALEZA SIMPLEMENTE MORTAL (fl. 12 del C. principal - destacados fuera de texto).

La versión suministrada por los galenos Doctores JOSE ANTONIO MURILLO RODRIGUEZ, ALVARO OSSA HENAO, JOSE ANTONIO MARQUEZ FLOREZ, EDGAR GASELLA GOMEZ y JAMES MUSTAFA MEJIA, quienes en diversos grados y etapas intervinieron en el tratamiento, coinciden en lo fundamental con el dictamen rendido en la ampliación del protocolo de la necropsia del Instituto de Medicina Legal, en el sentido de que no puede endilgarse negligencia y menos retardo en la atención médica y quirúrgica o a los cuidados posteriores a las múltiples cirugías que se le realizaron; este último documento, lo expresa de la manera siguiente:

> "El señor REINALDO RENDON AGUDELO, fué admitido en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario San Jorge de esta ciudad, a las 16:30 horas del día 19-05-86, por herida de arma de fuego, penetrante de tórax y abdomen, con orificio de entrada del proyectil en la intersección del 8° espacio intercostal izquierdo con línea axilar posterior, sin orificio de salida. El lesionado fué intervenido quirúrgicamente el 19-05-86, practicándosele rafia de la herida de colon ascendente y desgarro del riñón izquierdo, iniciándose manejo de Cloranfenicol y Gentamicina, presentando posteriormente distensión abdominal, considerándose la posibilidad de dehiscencia de la sutura de colon ascendente, por lo cual es reintervenido el 22-05-86, encontrándose evisceración contenida, ileo adinámico y hemoperitineo residual de 200 c.c., sin evidencia de peritonitis. Dos días después el paciente se torna ictérico, persistiendo la distensión abdominal y el ile adinámico, siendo reintervenido quirúrgicamente por segunda ocasión el 27-05-86, encontrándose peritonitis generalizada, absceso peripancreático a nivel de la cabeza del páncreas que obstruía el drenaje de bilis, con vesícula dilatada, a tensión, dehiscencia de la sutura de herida de colon, herida en cara posterior de ciego, sin suturar, por lo cual se le practicó resección de segmento ileocecal, 20 cm aproximadamente, exteriorizándose los muñones hacia flanco derecho (ileostomía y colostomía, y cistostomía con sonda de Foley), ante la imposibilidad de explorar vías biliares. El lesionado fallece el 27-05-86.

"Con base en la historia clínica del Hospital Universitario San Jorge de esta ciudad y el protocolo de Necropsia N° 86-A-249 de este instituto, conceptúo que la muerte de quien en vida respondió al nombre de REINALDO RENDON AGUDELO, fué consecuencia natural y directa de Shock Séptico secundario a peritonitis, ocasionado por herida de proyectil de arma de fuego, penetrante de abdomen y perforante de colon ascendente y de ciego" (fls. 60-61).

La valoración del haz probatorio y en particular del material científico constituido por los conceptos de los galenos y de Medicina Legal acreditan plenamente que no hubo retardo en los servicios y que por el contrario la atención fué no sólo oportuna sino adecuada; en nada se recortaron o disminuyeron sus probabilidad de supervivencia ni se agravó riesgo de perecer que ya recaía sobre él a raíz de las mortíferas heridas ya descritas.

En las tres operaciones que se le practicaron, la parte médica tuvo especial cuidado en detectar que no se le materializara la complicación que es frecuente en las heridas penetrantes del abdomen y el colon, es decir, una peritonitis entendida como "El proceso inflamatorio de la membrana peritoneal secundaria a una irritación química, invasión bacteriana, necrosis local o contusión directa (ECHAVARRIA, FERRADA Y KESTENBERG, URGENCIA QUIRURGICA, pág. 50, Edit. XYZ, noviembre de 1983, UNIVERSIDAD DEL VALLE)"; a mayor abundamiento, cabe subrayar que la segunda operación se orientó a la busqueda de ella, sin llegar a encontrarse trazas o signos evidentes de la ocurrencia de esa complicación que era de esperarse por la naturaleza de las lesiones sufridas.

Ese problema latente desde un principio pero totalmente oculto al examen médico, hizo crisis tardía en una de las hipótesis que plantea la definición, o sea, debido a contusión o rozamiento de la bala con los tejidos, que aparejó un daño vascular o celular en las paredes del intestino; daño que días después se tradujo una necrosis de los tejidos afectados y trajo como consecuencia su ruptura, dando lugar así a una peritonitis generalizada y a la muerte de dicho paciente. En el análisis de la causas del deceso, no se puede soslayar la incidencia que pudo tener el hecho de que la víctima hubiera estado sometido a un largo tratamiento con corticoides, droga que a la postre pudo haber contribuido sustancialmente a deteriorar su sistema inmunológico y esa circunstancia vinculada a los problemas inherentes a las heridas, permite explicar el porqué, pese a los esfuerzos de la ciencia médica, se dio una progresión continua y desmesurada de la crisis infecciosa que presentó hasta su muerte.

Visto lo anterior es evidente que los argumentos expuestos por el recurrente resultan suficientemente replicados y refutados por los diversos medios de convicción aducidos al proceso. En ese mismo orden de ideas, puede afirmarse que en el sub lite el tratamiento médico, quirúrgico y pos operatorio no fué negligente y falto de pericia sino al contrario acertado de manera que revela que se hicieron todos los esfuerzos y se agotaron todos los recursos disponibles para salvar esa vida; así las cosas, en atención a que se comparte íntegramente la interpretación y las conclusiones a que arriba el Tribunal tanto en el orden fáctico como en lo jurídico, el fallo objeto de la alzada debe confirmarse.

En síntesis, en el proceso aparece desvirtuada la presunción de falla que opera en contra de la entidad pública en asuntos de esta naturaleza, circunstancia que exonera su responsabilidad.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda el 10 de julio de 1990.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha agosto doce (12) 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,* ausente con excusa.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

TITULO MINERO/EXPLOTACION DE MINAS/ACCION DE NULIDAD-Improcedencia

Cuando la ley dispone que ciertos actos administrativos se controlan por una vía especial, vbrg el acto de elección o nombramiento, el acto que declara extinguido el dominio de un predio agrario, o el que adjudica un contrato administrativo, lo modifica, interpreta, termina, caduca o liquida, es ésta la vía especial que deberá seguirse forzosamente, so pena de fracaso; y no podrá en ninguna forma acudirse a alguna de las dos acciones tradicionales previstas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., así las especiales tengan puntos de contacto con aquéllas. En el Estatuto minero sucede alguno similar. Durante el proceso de obtención de un título minero, cuya definición figura en el artículo 16 del Decreto 2656 de 1988, o durante su vigencia se expiden ciertos actos administrativos de contenido particular. Así, se concede o cancela una licencia, un permiso o un aporte, se dispone la celebración de un contrato de concesión, se acepta o se deniega una oposición, se limita un área de exploración o explotación, se define una superposición de áreas, se cancela un título, etc., etc. Como se observa, los distintos actos enumerados y otros (ya que el párrafo precedente sólo ejemplifica) como administrativos que son tienen los controles propios, a instancia de las personas afectadas, con sujeción al estatuto minero antecitado y las normas que lo contemplan. En este sentido las acciones serán de restablecimiento incluyendo en esta clase la regulada en el artículo 268 del Decreto 2656 mencionado. Se precisa la índole de las acciones porque en el campo de los actos administrativos mineros sólo los de contenido general serán susceptibles de la acción de simple nulidad, ya que los de contenido particular serán pasibles por regla general de la de restablecimiento con el sentido y alcance previsto en el artículo 85 del C.C.A. y por excepción de la reivindicatoria en los precisos términos indicados en el artículo 268 del Código Minero.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 20 de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N° 6242. Ordinario de Minas. Actor: Sergio Andrés Sierra Gómez.

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia, en el cual el señor Sergio Andres Sierra Gómez, a nombre propio instaura la acción de simple nulidad contemplada en el artículo 14 de Decreto 2304 de 1989 (84 de C.C.A.) el día 23 de julio de 1990 para que se declare:

"Primera. Es nula la Resolución N° 6151 del 29 de diciembre de 1989 proferida por el Ministerio de Minas y Energía a través de la Gobernadora de Antioquia por medio de la cual se otorgó a los señores Alfonso de Jesús Henao Aguillar y Edilberto de Jesus Gallo H. permiso de exploración y explotación de una mina de oro en aluvión ubicada en jurisdicción del municipio de Barbosa, departamento de Antioquia.

Segunda. La Nación Colombiana - Ministerio de Minas y Energía- dará cumplimiento a la sentencia en el término indicado en el art. 176 del Decreto 01 de 1984".

En ese mismo escrito narra como hechos fundamentales, los siguientes:

"1. Los señores Alfonso de Jesús Henao Aguilar y Edilberto de Jesús Gallo H. solicitaron la Gobernación de Antioquia permiso de exploración y explotación de una mina de oro en aluvión ubicada en jurisdicción del municipio de Barbosa departamento de Antioquia, específicamente dentro de la Finca o Hacienda "El Indio" sobre la rivera del río Medellín el cual atraviesa dicho predio.

2. La gobernación de Antioquia mediante el acto administrativo demandando otorgó a los señores Alfonso de Jesús Henao Aguilar y Edilberto de Jesús Gallo H. el permiso de exploración y explotación de la mina de oro de aluvión por lapso de cinco años prorrogables.

3. El acto administrativo demandado fué expedido por la Gobernación de Antioquia infringiendo normas constitucionales y legales a las cuales a debido subjetarse".

En el capítulo fundamentos de derecho cita los siguientes artículos como infringidos: 16, 20 y 21 de la Constitución; 1 del Decreto 1756 de 1947; 12 de la Ley 153 de 1887: 1 a 8 de la Ley 23 de 1973; 1 a 9 y 47 del Decreto 2811 de 1974; 9, 10 literales a y e, 16, 38, 39, 76 numerales 7 y 8, 166, 263, 266, 289, 297 y 302 literal g; 1, 2 literales b, f, e y g, 40 numeral 6 y 216; 7 del Acuerdo 5 de 1988.

El proceso se tramitó con audiencia de las personas beneficiadas con el acto impugnado y con notificación al gobernador del departamento de Antioquia. La petición de suspensión provisional pedida en la demanda se despachó en forma desfavorable mediante auto de enero 31 de 1991, por cuanto el despacho consideró que para poder arribar al estudio de la violación manifiesta alegada había que tener en cuenta determinados supuestos de hecho que debían probarse dentro del proceso.

En la oportunidad prevista en la ley para formular alegaciones intervino el departamento para solicitar la denegación de las súplicas de la demanda (a folios 287 y s.s.). Así mismo lo hizo el demandante, quien insistió en sus puntos de vista y en la violación por el acto impugnado, en especial, de los artículos 9 y 10 literal b del Decreto 2655 de 1988 y 20 literal b del Decreto 2477 de 1986 (a folios 289 y s.s.). El MinisterioPúblico guardó silencio al respecto.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Como se observa, el doctor Sergio Andrés Sierra Gómez, en su propio nombre, instauro una acción de simple nulidad contra la Resolución N° 6151 de 29 de diciembre de 1989, por medio de la cual se otorgó a los señores Alfonso de Jesús Henao Aguilar y Edilberto de Jesús Gallo H. permiso de exploración y explotación de una mina de oro situada en la jurisdicción del municipio de Barbosa (Antioquia).

La formulación de la demanda de esta clase de acción está por fuera de toda duda, no sólo porque en el enunciado de ésta el actor dice ejercer la acción consagrada en el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, norma que modificó el artículo 84 del C.C.A y que se refiere precisamente a la acción de simple nulidad, sino porque afirma a si mismo actuar a nombre propio y en su condición de ciudadano colombiano (a folio 18). Igualmente de los hechos fundamentales no se infiere que tenga el doctor Sierra Gómez un interés particularizado y concreto en las resultas del proceso; por lo que, en principio, cabe pensar que se movió con interés de simple legalidad.

Definido este extremo, se pregunta la Sala: Era ésta la acción viable?. O en otras palabras, podía instaurarse la acción de simple nulidad por un tercero en interés de legalidad contra el acto administrativo (la Resolución 6151) creador de un título minero a favor de las personas indicadas?

La respuesta no puede ser afirmativa. Si bien es cierto por regla general los actos administrativos son susceptibles o bien de la acción de nulidad o bien de la nulidad y restablecimiento, no es menos cierto que no pueden ejercerse indistintamente, porque juegan en esta elección, que no es arbitraria ni caprichosa como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, factores como la índole o naturaleza del acto, la oportunidad, el interés y la legitimación.

Así, el acto de carácter general no podrá impugnarse sino en acción de simple nulidad por cualquier persona, en el solo interés de mantenimiento del orden jurídico abstracto y en cualquier tiempo.

En cambio, el acto de carácter subjetivo o concreto, en principio, no podrá impugnarse sino en acción de restablecimiento por la persona afectada o legitimada (la que se crea lesionada con derechos suyo amparado en una norma judicial) y dentro del término señalado en la ley para el efecto. Se dice que en principio porque ciertos actos de contenido particular o concreto podrán atacarse en acción de simple nulidad en el solo interés de la legalidad siempre y cuando su anulación no implique por si sola el restablecimiento del derecho del sujeto o los sujetos destinatarios del acto particular. Porque en tal eventualidad la acción no podrá ser sino de restablecimiento, instaurada por persona interesada y dentro de la oportunidad señalada en la ley.

Este es el planteamiento teórico que se refuerza con este otro hito jurisprudencial: Cuando la ley dispone que ciertos actos administrativos se controlan por una vía especial, vbrg el acto de elección o nombramiento, el acto que declara extinguido el dominio de un predio agrario, o el que adjudica un contrato administrativo, lo modifica, interpreta, termina, caduca o liquida, es ésta la vía especial que deberá seguirse forzosamente, so pena de fracaso; y no podrá en ninguna forma acudirse a alguna de las dos acciones tradicionales previstas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., así las especiales tengan puntos de contacto con aquéllas.

En el estatuto minero sucede algo similar. Durante el proceso de obtención de un título minero, cuya definición figura en el artículo 16 del Decreto 2656 de 1988, o durante su vigencia se expiden ciertos actos administrativos de contenido particular. Así, se concede o cancela una licencia, un permiso o un aporte, se dispone la celebración de un contrato de concesión, se acepta o se deniega una oposición, se limita un área de exploración o de explotación, se define una superposición de áreas, se cancela un título, etc.

Como se observa, los distintos actos enumerados, y otros (ya que el párrafo precedente soólo ejemplifica) como administrativos que son tienen los controles propios, a instancia de las personas afectadas, con sujeción al estatuto minero antecitado y las normas que lo complementan. En este sentido las acciones serán de restablecimiento incluyendo en esta clase la regulada en el artículo 268 de Decreto 2656 mencionado.

Se precisa la índole de las acciones porque en el campo de los actos administrativos mineros sólo los de contenido general serán susceptibles de la acción de simple nulidad ya que los de contenido particular serán posibles por regla general de la de restablecimiento con el sentido y alcance previsto en el artículo 85 del C.C.A. y por excepción de la reivindicatoria en los precisos términos indicados en el artículo 268 del código minero.

Pues bien, con estos enfoques, se observa frente al caso concreto:

El actor, como ciudadano y a nombre propio, demandó en acción de simple nulidad el acto contentivo del título minero otorgado a Henao A. y Gallo H. En la

demanda, como se dijo, no aparece formalmente evidenciado ningún interés suyo concreto o particularizado en la nulidad propuesta, ya que se limita a alegar que el permiso esta ubicado en el área urbana de Barbosa y que la explotación tendrá un fuerte impacto ecológico y ambiental. Con todo, estos fines altruistas parecen diluirse por coincidir con otros intereses, éstos sí particulares, que tienen que ver con la finca "El Indio" dedicada a la explotación ganadera y que se dice, aunque sin la prueba idónea, que es de propiedad de la parte demandante (ver dictamen pericial a folios 262). Allí los peritos, que reconocieron la finca con la parte demandante, hablan de que esta finca es propiedad de ésta y que su explotación está afectada por la licencia minera.

Se hace esta primera advertencia porque la sola nulidad restablecería indiscutiblemente el derecho del propietario a los propietarios de la finca "El Indio", ya que los liberaría del gravamen y de las molestias que implican una licencia de exploración y de explotación de una mina de aluvión.

Pero, además, esa nulidad, por sí sola restablecería el derecho del señor Guillermo Sierra (pariente del demandante), quien tiene en trámite una licencia de exploración y explotación y cuya área se superpone parcialmente a la comprendida en el título minero aquí impugnado (ver certificación a folio 39).

En síntesis de lo anterior, se anota:

Primero. El acto aquí impugnado (la Resolución 6151) no era susceptible de la acción de simple nulidad. Por esta razón la sentencia tendrá que ser inhibitoria.

Segundo. Debió dicho acto impugnarse, por la persona legitimada, en acción de nulidad y restablecimiento, pero dentro de los causes del artículo 269 del código minero. En este evento la acción habría estado caducada cuando se formuló la demanda, por el transcurso de los cuatro meses señalados en el código (artículo 136, inciso 2o. del C.C.A.).

FALTA TEXTO

Tercero. Si los afectados eran titulares de un derecho de propiedad minera sobre el suelo o el subsuelo, debieron instaurar la acción regulada en el artículo 268 del código de minas, con los requisitos y con la oportunidad allí señalada; y tampoco fué ésta la acción instaurada por amplia que fuera la interpretación de la demanda ya que está requería una legitimación activa en cabeza del titular de derecho de propiedad reclamado y en este carácter nadie se presentó al proceso.

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:

Declárese inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 20 de agosto de 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 - Titularidad/PERSONAS JURIDICAS/PERJUICIOS MORALES A PERSONA JURIDICA

Si bien por regla general la indemnización por perjuicios morales va acorde con la aflicción, la pena y el arbitramiento y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la personería jurídica incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral cuando la causa del daño, como en el presente caso, en el fallecimiento de unos de los miembros adscritos de esa persona moral. Se ha considerado que la base del perjuicio moral subjetivo estriba en la aflicción, tristeza o angustia nacidas del amor, el afecto, la amistad que sienten los demandantes por la víctima, sentimientos unidos al parentesco, en la mayoría de los casos, permiten presumir el dolor que la desaparición les causa y cuya compensación de dinero se procura. Obviamente los sentimientos de aflicción por la muerte de un ser querido no pueden predicarse de una persona jurídica, así ésta se encuentre en las especiales condiciones de integración y solidaridad que testimonialmente se quieren mostrar respecto de la comunidad demandante en el proceso. La realidad continúa siendo la misma: de esa persona jurídica no puede predicarse el daño moral por cuanto carece de la capacidad afectiva y sentimental sobre la cual recaiga el perjuicio moral, sin que en estos casos haya lugar a identificar la situación de la persona jurídica con la de sus integrantes, pues para todos los efectos son diferentes. Estos, bien pudieron ser víctimas, individualmente considerados, del perjuicio moral narrado, pero así no se demandó. No se significa lo anterior, según se advirtió, que las personas jurídicas se encuentran totalmente impedidas para acceder judicialmente a reclamar indemnización por perjuicios de orden moral.

De ninguna manera. Las consideraciones antecedentes son aplicables para casos como el presente donde el perjuicio moral va indiscutiblemente ligado con los sentimientos propios del afecto y el amor de un ser humano. Otra cosa puede ser, cuando el daño moral no presente esa directa y exclusiva comunicación sentimental, en cuyo caso, bien puede eventualmente pensarse en indemnizar por tal concepto a las personas jurídicas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 20 de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N° 7881 Actor: Gerardo Remolina Vargas (Compañía de Jesús). Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual dispuso:

"1° Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa por los daños y perjuicios ocasionados con la muerte del sacerdote jesuita Sergio Restrepo Jaramillo a la Compañía de Jesús, comunidad religiosa a la cual pertenecía, según hechos ocurridos el 1° de junio de 1992 en el Municipio de Tierralta - Córdoba.

"2° Condénase a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa a pagar a la "Compañía de Jesús", la suma de mil gramos oro como indemnización por los daños morales ocasionados a esa comunidad con la muerte del sacerdote Sergio Restrepo Jaramillo. Para tal efecto, 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.

"3° La suma de dinero que resulte de la liquidación de estos perjuicios causará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, y de ahí en adelante, intereses moratorios.

"4° La Nación - Ministerio de Defensa dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los términos establecidos en los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.

"5° Consúltese esta sentencia en caso de no ser apelada".

I. ANTECEDENTES

1°. La demanda

Es escrito presentado el 31 de mayo de 1991 ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, el sacerdote Gerardo Vargas, como representante legal, Superior Provincial, de la COMPAÑIA DE JESUS, por conducto de apoderada y en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA. La Nación -Ministerio de defensa, es administrativamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados con la muerte del Sacerdote Sergio Restrepo Jaramillo a la Compañía de Jesús Comunidad Religiosa a la cual pertenecía.

SEGUNDA. Como consecuencia de lo anterior, la Nación - Ministerio de Defensa pagará a la Compañía de Jesús, la suma de dinero que se establezca en la sentencia como indemnización de los daños morales a ella causada con el hecho, por el dolor o afección sufrida por la pérdida de su compañero de comunidad y labores.

"TERCERA. La Nación-Ministerio de Defensa ejecutará la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo"

2° Los hechos

Se refiere en la demanda la situación social y económica del Departamento de Córdoba, y su ubicación propicia para el tráfico de narcóticos, en donde se ha desarrollado el paramilitarismo, colocando a la población civil en situación de indefensión, víctimas de los atropellos y de la represión.

En el municipio de Tierralta se desempeñaba como Vicario Cooperador de la Parroquia de "San José" el sacerdote jesuita Sergio Restrepo, quien fué la tercera persona que perdió violentamente su vida el 1° de junio de 1989 a eso de las 6 de la tarde. Media hora antes un escolta del alcalde de Tierralta había retenido a dos individuos sospechosos por ser desconocidos en la región, a quienes dejó en libertad "una vez que los sujetos mostraron carnés de identificación del Ejército Nacional". Los rasgos físicos de estos sujetos coinciden con los de los autores del homicidio, contra quienes ni el escolta mencionado, ni el Capitán César Augusto Moreno tomaron las medidas apropiadas para obtener su captura.

3° Actuación procesal

Fracasado el intento conciliatorio promovido por el Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Córdoba, la parte demandada procedió a contestar la demanda y sostuvo que la muerte del sacerdote no fué por falla del servicio, pues en la demanda

se reclama "por no haberse capturado los sujetos que atentaron contra su integridad personal, es decir por las consecuencias del hecho, más no que la muerte haya sido por falla o falta en el servicio". Aduce además que para la existencia de la falla del servicio por omisión se necesita que ésta se refiería a las funciones que le son propias, cuyo no ejercicio se constituye en causa directa del daño. De otra parte propuso la excepción de "ineptitud formal de la demanda" por considerar que no había satisfecho la exigencia del artículo 137, numeral 6, del C.C.A.

En su alegato de conclusión la parte actora analiza los distintos elementos de convicción recaudados, señala como autores de la muerte del sacerdote Sergio Restrepo a grupos paramilitares a quienes considera vinculados con las autoridades militares y de policía, lo que permitió "que éstas (las autoridades) tuvieran previo consentimiento del homicidio de Sergio Restrepo, facilitando a los autores materiales (paramilitares al servicio de Castaño), cometer el hecho sin que se hubiera tomado medida alguna ni antes ni después del ilítico..." (f. 158). De otra parte sustenta la responsabilidad extracontractual del ente demandado en la teoría del riesgo excepcional, propiciado por el propio Estado al autorizar la creación de grupos de autodefensa en esa región.

Con relación al daño moral alegado por la comunidad religiosa lo deduce del vínculo que existe entre los integrantes de la compañía de Jesús que considera "igual al que se establece con la existencia de vínculos de sangre en el seno de las familias". Sostiene además que el daño moral no se limita exclusivamente al dolor natural por la pérdida de un ser querido. Concreta su petición de un reconocimiento equivalente a 1.000 gramos de oro "como indemnización de los daños morales a ella causada con el hecho, por el dolor o afección sufrida por la pérdida de su compañero de comunidad y labores, y los perjuicios causados al desempeño de la misión apostólica que la Compañía de Jesús tiene en la región".

Por su parte, la apoderada de la demandada con apoyo en pronunciamientos anteriores de la Corporación sostiene que en el caso bajo estudio no se configura la responsabilidad de la administración y menos aún se presenta el perjuicio moral cuya indemnización reclama la comunidad demandante. Califica de absurda la pretensión indemnizatoria reclamada por una persona jurídica que no alcanza a sentir el dolor, el sentimiento de desconsuelo por el daño presentado"... el sentir es de humanos y no de una persona jurídica...", manifiesta.

4° La sentencia apelada

Encontró probado el Tribunal el fallecimiento del sacerdote Restrepo Jaramillo con el acta de defunción y la fotocopia auténtica de su necropsia, en donde consta que murió por heridas causadas con arma de fuego.

Con relación al comportamiento de la fuerza pública, el a quo tuvo en cuenta el informe del capitán César Augusto Valencia Moreno al Comandante del Batallón Junín de Montería, quien relata la conducta del escolta del Alcalde de Tierralta al

permitirles a dos hombres sospechosos circular con armas de fuego de corto alcance y media hora más tarde producirse el homicidio del sacerdote Restrepo Jaramillo. Así mismo tomó en consideración lo declarado por el escolta Efraín Estrada Castro ante el Comando de la Policía Nacional, quien explicó que los sujetos le habían mostrado carné del ejército.

Atendió igualmente el tribunal a las declaraciones que muestran la conducta del escolta mencionado como omisiva en el deber de velar por la vida de las personas, de donde deduce la responsabilidad administrativa. Considera también que "el nexo causal entre el daño y la omisión es palpable, puesto que si la autoridad hubiese aplicado el procedimiento establecido para esos casos... el homicidio del sacerdote no se hubiese cometido, a no ser que como lo afirma la actora, la autoridad estuviese comprometida con él, conducta que descartamos por no estar probada en el proceso". Concluye que "comprobados entonces los elementos de la responsabilidad, sin que existan eximentes, se despacharán favorablemente las súplicas de la demanda".

Al referirse a los perjuicios morales reclamados por la comunidad religiosa denominada Compañía de Jesús, hace el Tribunal rápida relación sobre las personas jurídicas basado en conceptos y comentarios de los profesores Recasens y Wieses; anota algunos aportes de la declaración del Superior Provincial de la comunidad demandante en los cuales pretende acreditar que por el solo ingreso a la Compañía de Jesús la persona "desde un principio entra a formar parte de una nueva familia, desde el primer día dependerá totalmente para sus gastos personales y formación de la Compañía".

Posteriormente el Jesuita hace una renuncia jurídica de todos sus bienes materiales, renuncia que el sacerdote Restrepo ya había cumplido. En otro aparte de esa declaración que se transcribe en el fallo apelado, manifiesta: "nosotros afirmamos que entra a formar parte de nuestra familia la Compañía de Jesús... lo cual significa que él obedece más a la Compañía que a lazos familiares. Por su convivencia fraterna ponemos en común nuestras vidas y nuestros esfuerzos constituyéndonos en una familia en el sentido pleno de la palabra...".

Con fundamento en lo anterior, concluye el a quo que "cuando se asesina a uno de sus integrantes se infringe un daño moral inmenso a la persona jurídica de la que hacía parte... Es esa unidad espiritual y de horizontes de las entidades trascendentes de las que hablaba Houriou, analizadas desde el punto de vista sociológico, la que permite colegir que la Compañía de Jesús representa simbólicamente el dolor de los jesuitas colombianos por la muerte del sacerdote ... por la gravedad de lo acontecido y por los lazos de hermandad que los une en la vida terrena y que trasciende en la prosperidad".

5° Razones de la apelación

La entidad demandada recurrió en apelación contra la anterior providencia, fundamentalmente por el reconocimiento de perjuicios morales en favor de la persona

jurídica demandante, la cual no considera sujeto pasivo de daño moral. Cuestiona la posición del representante de la comunidad religiosa al presentarse en nombre "de una comunidad tan grande que no alcanzan a conocersen (sic) todos sus miembros, un representante que ni recuerda bien...". Aduce también que resulta absurdo "buscar indemnización por un perjuicio moral causado a una ficción como es la Compañía de Jesús, persona jurídica que no alcanza a sentir el dolor, el sentimiento de desconsuelo por el daño presentado ... el sentir es de humanos y no de una persona jurídica... "Concluye la sustentación del recurso con la manifestación de que "la ficción de la persona jurídica es para efectos legales más no para derivarles afecciones sin ninguna causa, se perderá de esta forma la filosofía tan pregonada del perjuicio moral y su naturaleza".

6° Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Décimo delegado ante el Consejo de Estado considera que "No es de recibo que la demandante formule pretensiones a las cuales no tiene derecho" y se refiere al artículo 1° del Decreto 1260 de 1970 sobre el estado civil de las personas para explicar que nadie puede transigir, disponer o renunciar a su estado civil, salvo que la misma ley lo autorice. En tales condiciones, sostiene, el ingreso de una persona a la Compañía de Jesús no implica que los individuos legitimados en la causa para demandar pierdan ese derecho por cuanto el vínculo consanguíneo no se extingue por la renuncia, y en tal caso quien carece de legitimidad es la comunidad demandante, lo cual origina un fallo inhibitorio.

De otra parte rechaza el reconocimiento indemnizatorio por los perjuicios morales, pues no concibe "cómo un ente jurídico puede sentir dolor, cuando éste es un sentimiento que solo tiene su manifestación real en tratándose de personas naturales". Concluye su concepto con solicitud de revocar el fallo apelado y denegar las súplicas de la demanda.

Las partes alegaron en la segunda instancia de acuerdo con sus propios intereses, reafirmando las posiciones asumidas en el curso del proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que la providencia impugnada debe revocarse, para en su lugar pronunciar un fallo absolutorio. A tal conclusión arriba la Sala por las razones que a continuación se exponen.

Interesa para los efectos de la decisión que se tome, establecer previamente si en favor de la comunidad religiosa Compañía de Jesús, hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales por la muerte violenta de que fué víctima uno de sus miembros, el sacerdote Sergio Restrepo Jaramillo, quien se desempeñaba como Vicario Cooperador de la Parroquia de San José en Tierralta (Córdoba), o, expresado en otros términos, si la comunidad demandante se encuentra en este caso legitimada para reclamar procesalmente esa indemnización.

En principio, estima la Sala que en el caso presente, la Compañía de Jesús como persona jurídica que es no tiene derecho a reclamar indemnización "por el dolor o afección sufrida por la pérdida de su compañero de comunidad y labores", según lo expresa en las peticiones de la demanda. Se precisa lo anterior por cuanto no es unánime ni preciso el criterio doctrinario y jurisprudencial en torno de si las personas jurídicas son susceptibles de sufrir o no daño moral. De ahí la necesidad de que el juzgador al conocer esta clase de controversias relacionadas con los perjuicios morales de las personas jurídicas deba analizar cada caso en particular, especialmente en lo relacionado con la esencia y naturaleza del daño no patrimonial alegado.

Para una parte de la doctrina las personas jurídicas sí pueden sufrir perjuicios morales en cuanto éstos se refieran al campo del honor, el buen nombre, las consideraciones sociales, tomando tales conceptos con un criterio generalizador. Entre quienes respaldan esta posición de la doctrina se encuentra el profesor Adriano de Cupis, quien en su obra "El Daño", hace sobre el particular las siguientes observaciones:

> "Verdaderamente al distinguir el daño privado en patrimonial y no patrimonial, su esfera de actuación se divide en dos zonas que cubren, en su conjunto, el íntegro ámbito del daño privado; y los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrazan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre. Por consiguiente, si se quiere dar de los daños no patrimoniales una noción lógica y completa no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirlos de forma que puedan integrarse todos los daños que no se comprenden en el otro grupo, en el de los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento actual más que meramente negativa.
>
> "En consecuencia, sujeto pasivo del daño no patrimonial puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella -independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar- puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil, una institución de beneficiencia, etcétera, pueden alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc. El argumento de que la persona jurídica es incapaz de sufrimientos físicos o morales no es decisivo, dada la posibilidad de configurar también un daño no patrimonial distinto del dolor. La persona jurídica, ciertamente, no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; pero sufre, comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor. De análoga forma no puede tener el sentimiento celoso de la propia reserva y, por tanto, no puede experimentar la congruente lesión; pero no menos sufre el daño derivado de la divulgación de aquello comprendido en la esfera de lo íntimo, por la violación de sus secretos".

En similar sentido los profesores Henry y León Mazeaud y André Tunc, en su Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, en lo pertinente, sostienen al referirse al perjuicio moral de las personas colectivas.

> "No obstante, se impone una observación de orden general. El perjuicio material no es el único que está en juego. Una agrupación, al igual que una persona física, posee un patrimonio extrapecuniario, que puede ser, lesionado. Es capaz de sufrir un perjuicio moral, con exclusión tan sólo de una ofensa a los sentimientos afectivos. Si una persona moral no tiene corazón, posee un honor y una consideración, si éstos reciben un ultraje, la agrupación sufre un perjuicio moral".

Posición encontrada respecto de las anteriores concepciones es la asumida por el profesor Renato Scognamiglio en su ensayo sobre El daño moral, traducido, por el doctor Fernando Hinestrosa Forero y publicado por el Externado de Colombia, donde al cuestionar la posibilidad de que la persona jurídica sea susceptible de sufrir perjuicios morales, afirma:

> "Parece que la doctriba se preocupa sobre todo por otorgar a las personas jurídicas una protección adecuada que llevaría a compensarles el perjuicio recibido en su honor, en su prestigio y atributos similares. Pero aquí vuelve a aflorar la habitual confusión entre el daño infligido a los bienes de la personalidad y el daño moral; que viene a superarse si se considera que la ofensa al honor, etc, es resarcible de suyo. Si ademas de esta consideración se tiene firme la noción técnica y más segura del daño moral, como sensación aflictiva con ciertos agravios, ya desde el vistazo se muestra imposible la concepción de un daño moral a la persona jurídica, que careciendo de personalidad sicofísica, ciertamente no podría sufrir dolor por cualquier ofensa a su reputación".

Frente a las concepciones doctrinarias anteriormente transcritas, más se acerca la Sala a las dos iniciales en el sentido de considerar que si bien por regla general la indemnización por perjuicios morales va acorde con la aflicción, la pena, el abatamiento y amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la persona jurídica incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral cuando la causa del daño, como en el presente caso, es el fallecimiento de uno de los miembros adscritos de esa persona moral. Se ha considerado que la base del perjuicio moral subjetivo estriba en la aflicción, tristeza o angustia nacidas del amor, el afecto, la amistad que sienten los demandantes por la víctima, sentimientos que unidos al parentesco, en la mayoría de los casos, permiten presumir el dolor que la desaparición les causa y cuya compensación en dinero se procura.

Obviamente los sentimientos de aflicción por la muerte de un ser querido no pueden predicarse de una persona jurídica, así ésta se encuentre en las especiales

condiciones de integración y solidaridad que testimonialmente se quieren mostrar respecto de la comunidad demandante en el proceso. La realidad continúa siendo la misma: de esa persona jurídica no puede predicarse el daño moral por cuanto carece de la capacidad afectiva y sentimental sobre la cual recaiga el perjuicio moral, sin que en estos casos haya lugar a identificar la situación de la persona jurídica con la de sus integrantes, pues para todos los efectos son diferentes. Estos, bien pudieron ser víctimas, individualmente considerados, del perjuicio moral narrado, pero así no se demandó.

No significa lo anterior, según se advirtió, que las personas jurídicas se encuentren totalmente impedidas para acceder judicialmente a reclamar indemnización por perjuicios de orden moral. De ninguna manera. Las consideraciones antecedentes son aplicables para casos como el presente donde el perjuicio moral va indiscutiblemente ligado con los sentimientos propios del afecto y amor de un ser humano. Otra cosa puede ser, cuando el daño moral no presente esa directa y exclusiva comunicación sentimental, en cuyo caso, bien puede eventualmente pensarse en indemnizar por tal concepto a las personas jurídicas.

De acuerdo con las consideraciones anteriores se concluye que la comunidad religiosa demandante, carece de legitimidad para formular las pretensiones de la demanda, en cuyo caso las mismas no pueden prosperar. Por tal razón se hace procesalmente innecesario estudiar la existencia o no de la falla del servicio, y la responsabilidad eventual de la administración, con base en los hechos que originaron esta actuación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, parcialmente de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

REVOCASE La sentencia apelada, esto es, la proferida el 17 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Córdoba y, en su lugar, SE ABSUELVE a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, agosto veinte (20) 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 - Accidente de tránsito/FALLA DEL SERVICIO - Inexistencia

De los elementos de juicio que obran al plenario, no se logra deducir la ocurrencia de la falla o falta del servicio atribuida a la entidad pública; según el acervo probatorio, no es al Estado a quien puede imputarse la violación de las disposiciones del tránsito, ni la conducta negligente, falta de pericia y de destreza que según se vio confluyerón para generar el accidente en que perdió la vida JULIO ENRIQUE DIAZ SERRANO

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 20 de mil novecientos noventa y tres.

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

Referencia: Expediente N° 6466 Actor: María del Pilar Garate de Díaz y otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá el 17 de octubre de 1990, por virtud del cual declaró no aprobada la excepción de inexistencia de la demandada propuesta por la administración y denegó las súplicas de la demandada, la cual fué introducida en término hábil el 8 de septiembre de 1987, en ejercicio de la acción de reparación que consagra el art. 86 del C.C.A. En ella se solicitó que la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte fuera declarada patrimonialmente responsable por la muerte en accidente de tránsito de JULIO ENRIQUE DIAZ SERRANO, acaecida el 23 de septiembre de 1985, en el sitio conocido como El Socal, en la carretera nacional que conduce del Municipio de Santana (Boyacá) a la ciudad de Bucaramanga.

La parte actora hizo derivar su petitum de los siguiente hechos:

1. El occiso y la demandante MARIA DEL PILAR GARATE LADRON DE GUEVARA contrajeron matrimonio católico el 24 de mayo de 1952 y procrearon a JULIO ENRIQUE, CARLOS FERNANDO Y MARIA DEL PILAR DIAZ GARATE.

2. La víctima, se desempeñaba como comerciante independiente y percibía ingresos tanto de la compraventa de mercaderías como de los rendimientos que producía el 25% de las acciones de la firma Industrias Digar Limitada; esta renta le permitía proveer a su propia subsistencia, a la de su cónyuge y a la de sus hijos.

3. Dos días antes de ocurrir el siniestro, en el mismo sitio se accidentó un vehículo que transportaba petróleo derramando el crudo sobre la calzada, en un trayecto aproximadamente de dos cuadras, la falta de limpieza creó un grave riesgo para los usuarios de la vía, cuyo mantenimiento y conservación está a cargo del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

4. El 23 de septiembre de 1985, el occiso tomó un bus de Expreso Brasilia, para transportarse entre los Municipios de Barbosa y Socorro; debido al mal estado de la carretera producido por las circunstancias descritas, y por ausencia de avisos que advirtieran el peligro, aproximadamente a las 18:15 horas; al llegar al sitio denominado El Socal, el bus fué embestido por una Tractomula Ford 9.000 de placas WY 0919; a consecuencia de la colisión, se produjo el fallecimiento de la víctima por la lesión de centros vitales cerebrales.

El inspector de tránsito que atendió el caso atribuyó el accidente al petróleo regado sobre la vía y a que no se colocaron señales de peligro y a la violación de las normas de tránsito por parte del conductor del bus.

Agotadas la etapas propias de la primera instancia, el Tribunal adoptó las decisiones que se dejaron precisadas al principio de esta providencia, considerando que no se había desvirtuado la responsabilidad civil extracontractual del tercero que derramó petróleo sobre la vía, ni la responsabilidad civil contractual y extra contractual de la firma transportadora. Al respecto, en lo esencial, reflexiona de la siguiente manera:

> "...el planteamiento jurídico de la controversia ameritaba como presupuesto básico a la decisión de la pretensión argumentada en contra de la Nación, la resolución previa que despejara la presunción potencializada en este caso por partida doble, respecto a un primer obligado, que se ve convocado en su vocación indemnizatoria de los daños aquí demandados bajo un dual nexo jurídico: por un lado los efectos de contrato de transporte que mediaba entre la empresa de transporte Brasilia y el pasajero Julio Enrique Díaz Serrano hace presumir la culpa del transportador por incumplimiento de sus obligaciones y que no eran otras que las de trasladar bueno y sano en un tiempo razonable de un lugar a

otro al transportado; y en complemento, la presunción de culpa que apunta al Expreso Brasilia por ser responsable de la actividad peligrosa de la conducción de vehículos automotores, y concurso con persona responsable en lo que concierne a la tractomula comprometida en autos (fl. 298-299, C.1).

"En el sub-lite, y para el extremo que nos ocupa, se conoce por decisión jurisdiccional que medió caso fortuito, pero paralelamente no se argumentó probatoriamente si ese caso fortuito se halla exonerado de toda culpa civil de los conductores en la causación del daño, pues como lo afirma el informe de accidentes aparentemente medió el exceso de velocidad y el tránsito muy centrado por parte de la tractomula, cuestión que también fué apreciada por el juez instructor al momento de la práctica de la inspección judicial en el lugar de los hechos. Existe pues duda sobre la total ajenidad de culpa en el desenlace del siniestro, por lo tanto la presunción que gravita sobre los primeramente obligados continúa incólume.

"Desde luego, lo expuesto no significa que los daños ocurridos en siniestros similares a los que narra la demanda, como premisa, se hallen descartados de cualquier juicio de responsabilidad pública. Lo que narra es que en situaciones de tal naturaleza, al actor le incumbe un doble compromiso de carga probatoria puesto que, al corresponder el régimen de responsabilidad demandada a un sistema de culpa probada debe el demandante en primera instancia asegurar la infirmación de la presunción de culpa que en cualquiera de sus modalidades gravite contra un tercero o terceros, como conditio sine quanon para acometer la prueba de la culpa estatal, fuente última del fenómeno de responsabilidad implorado ante el Juez Contencioso Administrativo (fl. 303-304, C.1.).

Inconforme, la parte actora apeló y sustentó; en él, pide revocar el fallo en cuestión y en su lugar proferir decisión favorable a sus intereses; los reparos se concretan en suma, los siguientes: "...discrepo de la sentencia proferida por esta Corporación, al pretender restringir los alcances jurídicos civiles de la sentencia proferida por los jueces de la República de la rama penal de la jurisdicción, que exoneró de toda responsabilidad civil y penal, a los conductores del bus y la tractomula, y en la cual se consigna de manera reinterativa y palmaria, que el accidente ocurrió por "la imprevisión de las autoridades que (.) no colocaron allí algunas medidas de seguridad para evitar nuevos accidentes 'y' las autoridades de tránsito que conocían el estado de la vía, la afluencia de tráfico, no tomaron ninguna medida como era su deber colocando los avisos que indicaran el peligro".

"Es de simple lógica jurídica, de elemental conocimiento de la estructura de responsabilidad civil derivada del contrato de transporte de personas o de la extracontractual por actividades del suyo peligrosas, que si el insuceso surge de la acción de un tercero (en este caso del ESTADO), el transportador o el realizador (directo o indirecto) de la actividad serán exonerados de toda responsabilidad".

"Por lo menos absurdo resulta pretender, que los ciudadanos deben pasearse por todas las ramas de la jurisdicción, intentando acciones contra sus coasociados, como presupuesto para que el Estado responda por sus fallas, cuando ya las autoridades jurisdiccionales se han pronunciado con frecuencia indiscutible" (fl. 308 a 312).

En el término de los alegatos de conclusión en esta instancia, la parte actora guardó silencio, en tanto que la demandada presentó el escrito agregado a los fls. 324 a 334, en el que reitera los puntos de vista con los cuales ha venido defendiendo la posición de la entidad pública demandada. Para la doctora EDNE COHEN DAZA, Procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, la providencia del ad quem se debe mantener ya que la realidad probatoria demuestra la ausencia de responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas en el accidente de que dan cuenta estas diligencias; con esta orientación y coincidiendo con el fallador de primer grado, expresa:

> "En este orden de ideas y retomando la causa en la cual se hace radicar la pregonada falla de servicio, debe anotarse, que aunque entre las funciones asignadas al Ministerio en cita estén comprendidas las de señalización, mantenimiento, etc. de las vías públicas, dicha gestión en cuanto a señalización se refiere toca con aspectos tales como la topografía que afecta las vías como serían curvas, desniveles, vía angosta, etc; la proximidad de un puente, tramo en construcción y otros similares que en modo alguno tienen que ver con situaciones transitorias y circunstanciales como el cuestionado en el presente caso pues, de una parte los funcionarios de dicha entidad no tuvieron conocimiento del hecho y de otra, aspectos como el anotado no tenía la magnitud suficiente que ameritara la toma de medidas especiales, ya que usualmente las sustancias regadas en la carrera y en especial la de esta clase suelen desaparecer por el hecho mismo del tránsito de vehículos, la lluvia, etc.
>
> "Obran también en el expediente elementos de juicio que permiten establecer la imprevisión e imprudencia del conductor del bus accidentado en el que viajaba la víctima quien conducía a una velocidad excesiva sin tener presente las condiciones topográficas de la vía y la lluvia que caía, circunstancia a las cuales se sumó la superficie deslizante de la carretera por hallarse aún impregnada de petróleo y la tractomula que subía invadiendo parte de la vía contraria, factores que indudablemente fueron los que se aunaron para contribuir a la causación del accidente" (fl. 361-362, C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, el proveído objeto de la impugnación debe ser confirmado en su integridad pues el examen de los diversos aspectos de la controversia impone concluir que el a quo acertó en las reflexiones que tuvo en cuenta para denegar las súplicas de la demanda.

La valoración de los diversos medios de prueba allegados de manera regular y oportuna a los autos impide acceder a las peticiones del recurrente pues acreditan que no se encuentran reunidos los supuestos fácticos que constituyen requisitos sine qua non para comprometer y declarar la responsabilidad de la administración en el siniestro de que da cuenta del proceso.

La vía, en el sector que fué escenario de los hechos presenta una leve inclinación se encuentra en buen estado de mantenimiento y conservación, es suficiente ancha y goza de perfecta visibilidad; es más, la curva es abierta o normal y en manera alguna disminuye o reduce los óptimas condiciones a que se hizo referencia precedentemente.

No obstante que sobre ese tópico el informe rendido por las autoridades del tránsito guarda silencio, tanto el acta de levantamiento del cadáver como la indagatoria del conductor de la tractomula permiten conocer que el siniestro ocurrió en las primeras horas de la noche y mientras caía una lluvia pertinaz, vale decir, en circunstancias que imponían a los conductores cuidado sumo en la conducción de sus máquinas; sin embargo, según lo muestra el proceso el siniestro se produjo cuando el conductor deslizó el trailer por el carril contrario a la dirección que llevaba; a esa imprudencia, se sumo la del conductor del bus que además de ir pegado al centro de la cinta asfáltica, conducía a velocidad excesiva. El conductor de la tractomula intentó corregir la dirección y frenar la marcha, su intento fallido dejó una huella de aproximadamente 6.50 mts., el conductor del bus no hizo ninguna maniobra ni intento de evitar el accidente; el automotor sólo vino a detenerse por fuerza del impacto recibido.

La marcha del petróleo cuya ubicación, espesor y extención no aparece determinada, ninguna influencia ejerció; por lo menos no está probada para que ocurriera el siniestro; nada indica que se hubiesen creado condiciones especiales de deslizamiento o que los automotores al tratar de frenar se hubieran deslizado; el conductor de la tractomula no menciona siquiera el derrame del crudo como factor determinante (tampoco lo hace el acta del levantamiento del cadáver), sino que atribuye el accidente exclusivamente "a la imprudencia del conductor del bus por encontrarse lloviendo y venir a velocidad...quien en el momento de ocurrir el choque se desapareció hasta la actualidad...25-09-85" (fl. 31-33); esa conclusión se avala y refuerza si se considera que en los dos días anteriores al siniestro por el mismo sitio pasaron un total de 4.316 vehículos automotores sin que se hubiera presentado percance alguno.

No se trata, como lo aduce el recurrente, de reabrir el debate jurisdiccional sobre la eventual responsabilidad penal de los dos conductores; tampoco se trata de calificar la responsabilidad civil extracontractual de la empresa transportadora frente a los familiares cercanos del occiso, asunto que compete de manera excluyente a la justicia ordinaria.

Se trata de evaluar la conducta de la administración para lo cual, de los elementos de juicio que obran al plenario, no se logra deducir la ocurrencia de la falla o falta

del servicio atribuida a la entidad pública; según el acervo probatorio, no es al Estado a quien puede imputarse la violación de las disposiciones del tránsito, ni la conducta negligente, falta de pericia y de destreza que según se vio confluyeron para generar el accidente en que perdió la vida JULIO ENRIQUE DIAZ SERRANO.

Así las cosas han de confirmarse el fallo del A-quo.

El 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, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá el 17 de octubre de 1990.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE
EL EXPEDIENTE 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.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/CADUCIDAD/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO/CESION DE CONTRATO

El demandante, con gran sutileza y habilidad, creó unos hechos, con el mejor deseo de que luego fueran bendecidos por el arrendador o por la ley. Su comprador señor Niño tuvo desde el 24 de marzo de 1988 "LA CALIDAD DE INQUILINO", sin el asentimiento del arrendador. Creó el no derecho. Pero como luego necesitaba la protección del derecho, alega en juicio que en puridad de verdad, no hubo contrato de arrendamiento, que no hubo cesión, y para defender su perspectiva de manejo, se vale ahora sí de la ley, esto es, de la herramienta que dejó de lado cuando puso en marcha el no-derecho. La habilidad del demandante también se evidencia cuando se estudia el temperamento que tiene el llamado "CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL", donde aparece vendiendo en su propio nombre, no en el de la sociedad que representa. Por qué causa, motivo o razón no hizo la CONTEMPLATIO DOMINI? lo ignora el fallador, pero el desarrollo posterior, que le dio al citado acuerdo, tiene un universo jurídico de representación. Si el sentenciador dejara de lado la interpretación de la conducta del demandante, tendría que concluir que jurídicamente HUMBERTO URREGO BOLIVAR vendió cosa ajena, y, por lo mismo, DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE MOTORES LIMITADA "DISCOLMOTOR", nunca violó el contrato en el Fondo Nacional Aeronáutico. Todos estos desfaces son producto de la puesta en marcha de la filosofía que se deja estudiada y que lleva al tratadista ya citado a recordar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 20 de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Exp. N° 6919 Actor: Distribuidora Colombiana de Motores "Discolmotor Ltda/". Demandado: Fondo Aeronáutico 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 procurador judicial de la parte actora contra la sentencia calendada el día cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de antioquia, en virtud de la cual se DENEGARON las pretensiones de la demanda, por las razones que precisan en el referido proveído.

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

"La Sociedad DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE MOTORES LIMITADA -DISCOLMOTOR-, a través de apoderado idóneo y previas las ritualidades dispuestas por la ley, solicita al Tribunal se hagan las siguientes o similares declaraciones:

"1°. Que son nulas las Resoluciones Nros. 19.247 de 6 de diciembre de 1988 y 4.598 de abril 13 de 1989 (confirmatoria de la anterior) mediante las cuales el señor jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional, declaró la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento No. 4.836 del 15 de mayo de 1985, celebrado entre el FONDO AERONAUTICO NACIONAL y la sociedad DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE SUZUKI LIMITADA "DIS SUZUKI LTDA.", Otros sí del 3 de abril de 1986, el Acuerdo de Cesión de 24 de junio de 1986 y Otrosí de 4 de septiembre del mismo año, integrantes del mismo contrato, cuyo objeto consistió en la entrega en arrendamiento, que hizo el Fondo Aeronáutico Nacional al arrendatario, de un inmueble con área de 829.80 metros cuadrados, ubicado en las instalaciones del Aeropuerto "JOSE MARIA CORDOBA" (sic), Municipio de Rionegro, departamento de Antioquia, con destinación especial para BAR-RESTAURANTE-. Que, por lo tanto, carecen de todo valor la pena pecuniaria , imhabilidad para contratar y además sanciones impuestas en las resoluciones inpugnadas al arrendatario, o sea, a la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MOTORES LIMITADA "DISCOLMOTOR LTDA", cesionaria del referido contrato".

"2°. Que, como consecuencia de la declaración anterior la entidad accionada deberá restituir el inmueble objeto del arrendamiento a la sociedad demandante, para que el contrato continúe en las condiciones pactadas y con las modificaciones introducidas durante su vigencia y ejecución, de tal manera que las cosas vuelvan al estado en se hallaban antes de la declaratoria de caducidad, con todas las consecuencias que deben derivarse de la naturaleza del contrato

de arrendamiento. Además, que para restablecer plenamente en sus derechos a la sociedad demandante y mantener el equilibrio jurídico roto en perjuicio, suyo a raíz de la declaración ilegal de la caducidad del contrato, la demandada deberá pagarle, como indemnización, los perjuicios materiales sufridos a consecuencia de la terminación unilateral del arrendamiento, desde la fecha en que se hizo efectiva la entrega del inmueble hasta cuando su restitución opere en forma efectiva para la reanudación del contrato, indemnización que estimo en la cantidad de ochocientos mil pesos ($800.000) mensuales, por concepto de lucro cesante, o la suma que sea fijada por peritos idóneos designados por el H. Tribunal para señalar la cuatum de la privación de los beneficios sufrida por mi representada".

"FUNDAMENTOS DE HECHO:

"Una síntesis de los hechos enunciados se intenta en el sentido de que el Fondo Aeronáutico Nacional y la sociedad de Responsabilidad Limitada Distribuidora Colombiana de Suzuki Ltda. celebraron un contrato de arrendamiento distinguido con el número 4.836 y suscrito el 15 de mayo de 1985 y que compendía un área de 829.80 metros cuadrados, ubicada en el aeropuerto José María Cordoba (sic) y propia para dedicarse exclusivamente a bar, restaurante y cafetería, lo que efectivamente originó que previo el registro en la Cámara de Comercio del Oriente antioqueño, se matriculara el referido negocio con el nombre de El Atico.

"Durante su ejecución la Sociedad arrendataria cumplió estrictamente las obligaciones contractuales y las modificaciones que las partes introdujeron especialmente sobre el precio, habiéndonos dotado y acondicionado con los elementos necesarios para atender la destinación especial del inmueble y así fácilmente ganar good will y prestigio por sus innumerables condiciones de orden y limpieza.

"Dos años después de operaciones normales, con sensibles variaciones debido al traslado de la aviación regional al Aeropuerto Olaya Herrera, la Junta de Discolmotor a quien ya se le había cedido el convenio con aprobación del Fondo, se interesó en su venta y así se le hizo saber a algunos corredores de este tipo de negociaciones hasta que se concretó su traspaso al señor Juan Niño, algo que se cristalizó el 24 de marzo de 1988.

"Por cuando en el documento el vendedor se obliga a hacer los traspasos de rigor en la Cámara de Comercio y a comunicar la transacción celebrada al arrendador o sea a la Aeronáutica Civil, el señor Humberto Urrego Bolívar solicitó el 6 de abril de 1988 al secretario general de la Aeronáutica Civil la autorización de la entidad arrendadora para efectuar la cesión, ya que ésta no estaba prohibida contractualmente sino regulada por la cláusula 16 del convenio y fué así como se adelantaron las gestiones ante la entidad oficial hasta tal punto que se exigieron certificados de constitución y gerencia de Discolmotor

actualizada, recibos sobre paz y salvo y documentos que debía de allegar Juan Niño Niño, para luego confeccionarse una minuta de acuerdo que finalmente el señor Niño se negó a firmar, porque para entonces había ya iniciado un proceso ordinario de nulidad del contrato ante la justicia civil.

"La posición de este último fué francamente hostil a la cesión ya que el 27 de julio de 1988 envió un escrito al Fondo Aeronáutico Nacional desacreditando a Discolmotor y todo ello sirvió luego para que se le procediera a impulsar la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato que no tenía sustento porque la firma arrendataria estaba cumpliendo en su totalidad con las obligaciones pactadas y en consecuencia la decisión unilateral de la entidad estatal causó así a la sociedad ya conocida, un sinnúmero de perjuicios que finalmente se buscan resarcir a través de la anulación de los actos administrativos".....

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"El 15 de mayo de 1985 el Fondo Aeronáutico Nacional y la sociedad de Responsabilidad Ltda. Distribuidora Colombiana de Suzuki Ltda. celebraron un contrato de arrendamiento el No. 4.836 sobre un área de 829.80 metros cuadrados en el Aeropuerto José María Córdoba (sic) y para ser utilizado como bar y restaurante lo que efectivamente originó que así apareciera un establecimiento que se denominó El Atico y que fué cedido con el beneplácito del arendador a la firma Compañía Distribuidora Colombiana de Motores Ltda. Discolmotor Limitada- bajo la idea de que el primer arrendatario iba a dedicar los activos de la sociedad exclusivamente a la línea de vehículos y repuestos, contrario al objeto de la segunda que era el negocio de alimentos.

"Y dentro de la vigencia del convenio el jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil como representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional el 6 de diciembre de 1988 declaró su caducidad y de la siguiente forma:

"Artículo 1°. Declarar la caducidad administrativa del contrato 4.836 de 15 de mayo de 1985, Otrosí del 3 de abril de 1986, Acuerdo de Cesión de fecha 24 de julio de 1986, y otrosí de 4 de septiembre de 1986, suscrito entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL - FONDO AERONAUTICO NACIONAL Y DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE MOTORES LTDA. "DISCOLMOTOR" por las causales a que se refieren los considerandos 10, 11, 13, 14, 15 y 16".

"Artículos 2°. Notificar personalmente a los arrendatarios esta providencia tal como lo prevé el artículo 64 del Decreto 222 de 1983 y de no ser posible ordenar que se publique en periódicos de amplia circulación".

"Parágrafo. Copia debidamente ejecutoriada de la presente resolución se enviará a la Compañía Aseguradora del Valle S.A.".

"Artículo 3°. Ejecutoriada la providencia el arrendatario deberá restituir de inmediato el inmueble y si no lo hiciere pagará la suma de DIEZ MIL ($10.000.oo) PESOS, Moneda Corriente, por cada día de retardo de acuerdo a la cláusula DECIMA OCTAVA del contrato, Parágrafo 2°.; asimismo solicitarse la intervención de la autoridad competente del lugar de ubicación del inmueble de acuerdo con el artículo 64 del Decreto 222 de 1983, en caso de que el arrendatario se rehuse a hacerlo".

"Artículo 4°. Imponer como pena pecuniaria una multa de UN MILLON CIEN MIL PESOS ($1.100.000.oo) Moneda Corriente, conforme a lo establecido en el Parágrafo 2° de la cláusula DECIMA OCTAVA".

"Artículo 5°. Proceder a la liquidación del Contrato".

"Artículo 6°. El arrendatario queda inhabilitado para contratar con la Administración Pública por el término de cinco (5) años conforme lo dispuesto en el artículo 8° del decreto 222 de 1983".

"Artículo 7°. Contra anterior providencia procede el recurso de reposición que deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la notificación personal o de su publicación".

"Discolmotor interpuso el recurso de reposición planteando que no adeudaba saldo por concepto de arrendamiento y además elevando objeciones al sinnúmero de situaciones que se tuvieron en cuenta, lo que motivó posteriormente una nueva resolución ésta distinguida con la No. 4598 del 13 de abril de 1989 cuya parte resolutiva se enseñó de la siguiente forma:

"Artículo 1°. Revocar el considerando 10 de la Resolución 19247 del 6 de diciembre de 1988 por la cual se declaró la caducidad administrativa al contrato N° 4836 del 15 de mayo de 1985, en razón a que el arrendatario no adeudaba a la fecha de la resolución de la caducidad saldos por concepto de arrendamientos cuyo valor ascendió a $224.280.oo, correspondientes a las facturas de enero y febrero de 1988, situación que fué comprobada con los respectivos recibos de caja expedidos por el FONDO AERONAUTICO NACIONAL".

"Artículo 2°. Modificar el artículo 6° de la resolución impugnada quedando inhabilitado el arrendatario para contratar con la Administración Pública por el término de dos años conforme a lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 222 de 1983".

"Artículo 3°. No revocar y en consecuencia confirmar los demás apartes de la Resolución 19247 del 6 de diciembre de 1988, por la cual se aplicó la caducidad administrativa del contrato N° 4836 del 15 de mayo de 1985 suscrito entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL - FONDO AERONAUTICO NACIONAL y la Sociedad DISTRIBUIDORA

COLOMBIANA DE SUZUKI LTDA., Otrosí de fecha 3 de abril de 1986, acuerdo de cesión de fecha 24 de julio de 1986 y Otrosí del 4 de septiembre de 1986".

"Artículo 4°. Obtener la restitución del inmueble solicitando la intervención de la autoridad competente de acuerdo con lo señalado en el artículo 63 del Decreto 222 de 1983, en caso de que el arrendatario se oponga a su entrega".

"Artículo 5°. Hacer electivas las multas a que se refieren los artículos 3° y 4° de la providencia impugnada conforme a lo dispuesto en la misma".

"Artículo 6°. Esta providencia rige a partir de su ejecutoria y contra ella no procede recurso alguno por la vía gubernativa".

"Y el debate jurídico se ha centrado en el sentido de controvertir si la posición asumida por el Fondo se ajustó a derecho o si por el contrario su determinación no puede hallar asidero legal, por cuanto el arrendatario Discolmotor al momento en que se produjeron los actos administrativos atacados cumplía con exactitud con lo estipulado en el acuerdo de voluntades suscrito.

"Aunque la resolución No. 19247 de 6 de diciembre de 1988 tomó como causales para declarar la caducidad administrativa varios factores que incluían hasta la mora en el pago que entre otras cosas luego revocó, lo cierto es que ganará importancia para la final decisión, el de la cesión pues no se podrá ignorar que fué el hecho básico que le sirvió al Fondo para darlo por terminado.

"Inicialmente habrá que admitirse que el convenio que ha desarrollado la presente acción, se enmarcó como debía serlo dentro del Decreto 222 de febrero de 1983, por el cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y donde a partir de los artículos 156 y siguientes, establece la forma de celebración, duración y otros puntos propios del mismo, algo a lo cual se ciñeron estrictamente las partes hasta tal punto, que nada se repara sobre este aspecto.

En el convenio y en su cláusula 16 se estipuló lo siguiente:

"El arrendatario no podrá ceder ni subarrendar el inmueble objeto del presente contrato sin previa autorización por escrito del arrendador. El incumplimiento de esta estipulación será causal suficiente para declarar la determinación del contrato".

"Pero esta cláusula no fué algo nacido en la voluntad de las partes sino simplemente el desarrollo del artículo 6° del Decreto 222 de 1983 que a la letra dice:

"Celebrado el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio".

"La realidad de los hechos a pesar del número de disquisiciones que hacen en el libelo demandatorio y en lo aportado al proceso, es que esa previa autorización no apareció y que el señor Humberto Urrego Bolívar o Discolmotor le presentaron al arrendador algo ya pasado, el traspaso del contrato al señor Juan Niño Niño, como se pasa a analizar.

"Como bien se observa en el documento visible a folios 221, el señor Humberto Urrego Bolívar actuando en su propio nombre cuando debía serlo como representante de discolmotor, vendió a Juan Niño Niño, en la suma de Treinta y Tres Millones de pesos ($33.000.000.oo) el establecimiento comercial El Atico, *haciéndole entrega real y material del establecimiento* conforme a su cláusula quinta a partir del 27 de marzo de 1988 agregando la Sala sin autorización previa del Fondo, y en ese mismo contrato de compraventa y en su cláusula tercera, "el vendedor se obliga a hacer los traspasos de rigor en la Cámara de Comercio y a comunicar la transacción celebrada al arrendador, o sea a la Aeronáutica Civil *para que ésta sepa que será el comprador quien adelante tendrá la calidad de inquilino,* a su vez el comprador se obliga ante los arrendadores a presentar la documentación e informes que le sean requeridos por éstos para que el traslado se haga efectivo". (Se subraya).

"Lo sucedido a raíz de esta transacción fué recogido por la sustanciación en las declaraciones recibidas a María Luisa Acosta Rojas (folios 145), Juan Niño Niño (folios 148) y María Adelaida Gómez Hoyos (folios 153), entre otros y es oportuno transcribir lo que dijo esta última al respecto, porque muestra con claridad todo lo pasado y además enseñando la razón primordial que motivó al Fondo para impulsar la caducidad ya que llegó el momento en que ni Urrego ni Niño se apersonaban con propiedad del convenio de arrendamiento, con los subsiguientes perjuicios al Ente estatal.

"Apuntó María Adelaida Gómez Hoyos lo siguiente:

"Considero importante anotar como fué el procedimiento que se siguió por el señor Humberto Urrego para ante la Aeronáutica con el fin de que se aprobara esa cesión, el señor Urrego se dirigió al secretario general yo conocí el oficio copia, donde le pedía autorización para ceder el contrato de arrendamiento a que nos hemos venido refiriendo, días más tarde supe que el señor Urrego había enviado este oficio con posterioridad a la fecha en que ya había hecho negocio con el señor Juan Niño, yo puse de conocimiento de esto a la Oficina Jurídica de Bogotá de ahí entonces la oficina jurídica mandó un oficio donde se solicitaba al señor Urrego presentara algun documento donde apareciera que el señor Niño Niño está aceptando ser el futuro arrendatario, esto nunca se cumplió el señor Urrego después creo que envío un comunicado donde enviaba todos los datos del señor Niño con cédula ocupación y de ahí la oficina elaboró un proyecto de minuta para que fuera firmado por el cedente o cesionario lo que nunca se hizo porque el señor Juan Niño como lo dije anteriormente rechazó esa minuta y ahí fué cuando fué a mi oficina y me dijo que no estaba intere-

sado y que él iba a desaser (sic) el negocio, como el forma (sic) directa se dirigió a Bogotá no se si al Jefe del Departamento o de la Jurídica de la Aeronáutica y procedió en corrijo (sic), esta situación fué analizada por la Oficina Jurídica y se procedió entonces a la declaratoria de la caducidad, porque se estaban causando problemas en el cumplimiento de este contrato, porque el señor Humberto Urrego ya estaba por fuera del Terminal entonces dijo que ya había vendido esto y el señor Niño estaba en Posesión del restaurante y a la hora del Fondo Aeronáutico exigir el cumplimiento de una obligación como sucedió en varias veces respondía el señor Urrego que él ya no era arendatario y respondía el señor Juan Niño que el tampoco tenía nada con la Aeronáutica Civil".

"El contrato previo la declaración de caducidad como un derecho de la entidad administrativa sin ninguna otra formalidad que la de motivarla, en cuanto se determinare el incumplimiento del arrendatario sin que obligara a analizar el negocio celebrado entre el arrendatario y Juan Niño y por eso los planteamientos que se hacen en el sentido de que lo que se pactó el 24 de marzo de 1988 no fué un contrato de compraventa comercial sino una promesa de permuta nada agrega a la controversia, aunque es de destacarse que lo que allí se dispuso por el arrendatario fué algo inmediato en cuanto a la entrega del establecimiento, cláusula quinta, y aún del precio que en parte se recibió y actualmente se discute ante la justicia ordinaria y más, se pasó por alto el contenido del artículo 6° del Decreto 222 de 1983 conforme a la prohibición de ceder el contrato sin autorización previa y para esto no basta sino releer la cláusula tercera, suficientes apreciaciones para que la jurisdicción encuentre que el uso a la cláusula de caducidad impuesta por las resoluciones atacadas se ajustó a estricto derecho en este aspecto, que por sí valida la pósición de la entidad estatal y alejan los afanes de la demandante.

"Y aunque se pudiera aceptar como se acepta, que el Fondo en su momento estuvo presto a legalizar la cesión solicitando documentos y aún proyectando una minuta al respecto lo cierto es que estos actos preparatorios no comprometían finalmente a la demandada ni desfiguraban de ninguna manera el alcance de lo estipulado en el (sic) cláusula 16, una de las que sirvió para impulsar la caducidad y que demostrada su violación, justifica la actuación gubernativa.". (fls. 258-267 Cdno No. 1).

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 270 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"La sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda se basó en "la realidad de los hechos" que, según el fallador demuestran la cesión del contrato de

arrendamiento hecha por el demandante DISCOLMOTOR a Juan Niño Niño al hacerle entrega real y material del establecimiento de Comercio El Atico. Tal conclusión no parece, a mi juicio, acertada porque el examen racional y lógico de los hechos presentados en el libelo introductor dejan ver con claridad meridiana que no existió acto contractual del arrendamiento en el cual hubiese trasmitido o cedido el arriendo a Juan Niño; que en ningún momento dejó de cubrir el canon de arrendamiento a que se obligó contractualmente con el Fondo Aeronáutico Nacional que Juan Niño en ningún momento actuó como cesionario del contrato ni pagó el arriendo a su nombre, antes lo que hizo fué manifestar su voluntad de no aceptar la cesión, haciéndola imposible.

"Tanto el fallador como su colaborador Fiscal fundan su criterio en la estipulación 18 del contrato y en el artículo 6° del Decreto 222 de 1983; en la cláusula 18 las partes acordaron que "el arrendatario no podrá ceder ni subarrendar el inmueble objeto del presente contrato sin previa autorización por escrito del arrendador. El incumplimiento de esta estipulación será causal suficiente para declarar la terminación del contrato", y el artículo 6° del Decreto 222 reza que "celebrado el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio".

"Según el Fiscal Tercero del Tribunal "Está claramente demostrado que el 24 de marzo de 1988 fué cedido el inmueble que el Fondo Aeronáutico Nacional le entregara en arriendo a la sociedad Discolmotor Ltda (F. 221). Además, también quedó establecido que sólo hasta el 6 de abril del citado año el arrendatario inició ante el ente público los trámites necesarios para esos efectos..."; agregó, además, : "En esta oportunidad el cesionario expresamente manifestó su voluntad de no aceptar la cesión, haciéndola imposible, no obstante hallarse en posesión material del inmueble..."

"Entonces, para el distinguido colaborador del tribunal es lo mismo cesión de contrato, entrega de bien inmueble sin tradición de dominio y posesión material. Esa confusión de nociones jurídicas tan importantes le hicieron arribar a una conclusión que podría traducirse así: la cesión del contrato está claramente demostrada, aunque el cesionario expresamente manifestó su voluntad de no aceptar la cesión. Entonces cuál es la que está claramente demostrada?

"Según esa tesis, y la del fallador hubo en un momento dos inquilinos del inmueble arrendado a Discolmotor por el Fondo Aeronáutico Nacional, no obstante que aparece pagado solo un cánon mensual, a nombre de Discolmotor.

"Como tanto la cláusula 18 del contrato como el artículo 6° del Decreto 222 pohiben ceder el contrato de arrendamiento sin previa autorización del arrendador, debe aclararse cuándo se entiende cedido el citado contrato, pues se trata de una cesión totalmente diferente de la que procedería con la previa autorización del arrendador. Como la ley no es casuista, corresponde al encargado de

aplicarla señalar en qué casos puede darse la cesión antes de ser autorizada, sin omitir ninguno de los elementos integrantes de esa figura jurídica. Y es aquí donde me separo con todo respeto de la decisión apelada puesto que mi representada en ningún momento realizó operación alguna tendiente a desplazar el contrato de arrendamiento como cedente al eventual cesionario, sin autorización previa de la entidad arrendadora; si el demandante inició y adelantó los trámites administrativos necesarios para ceder el contrato de arrendamiento que tenía con el Fondo Aeronáutico Nacional fué precisamente porque no lo había cedido antes al señor Juan Niño; había pactado con él la enajenación del *establecimiento de comercio* pero no la cesión del contrato de arrendamiento del inmueble, tanto que la entidad oficial extendió inicialmente la autorización aunque condicionada a la aceptación del cesionario, condición que sobraba señalar expresamente pues la no aceptación implicaba la cancelación del trámite, por sustracción de materia. Al no acordar las partes que la no aceptación de la cesión del contrato por un eventual cesionario implicaba su termina - debía (sic) el contrato de arrendamiento continuar normalmente en las condiciones pactadas.

"El documento de folios 221, cuya importancia destaca la sentencia para la definición de la litis no alcanza a configurar la cesión el contrato que da lugar a la caducidad del mismo; si lee con atención puede captarse la intención de ajustar el convenio, para su perfeccionamiento, a la autorización que debía ser solicitada al arrendador para la cesión del arrendamiento del inmueble; de otra manera no se hubiera incluído como obligación del comprador o prominente comprador el "presentar la documentación e informes que le sean requeridos por éstos (los arrendadores) para que el traslado (cesión) se haga efectivo".

"Consecuente con lo anotado, Discolmotor procedió según lo acordado a solicitar la autorización para ceder el contrato de arrendamiento, trámite que no podía suspender ante la actitud de Juan Niño, francamente hostil a continuar la negociación que había acordado sin presiones de ninguna índole. Discolmotor, a través de su representante legal, mostró siempre su disposición de respetar el compromiso contractual, no sólo para no incurrir en mora de cumplir lo pactado sino porque era necesaria la autorización del arrendador para ceder el arrendamiento del inmueble donde funcionaba el establecimiento de comercio prometido en venta.

"La negociación que tenía con el señor Juan Niño en nada afectaba ni afecto al Fondo Aeronáutico; sólo Discolmotor asumía los riesgos, como por ejemplo, que el arrendador le negara su autorización para ceder el arrendamiento del inmueble, o el comprador del establecimiento asumiera una conducta contraria a lo estipulado, durante el trámite de solicitud de la autrización, como en efecto ocurrió al negarse a aceptar la cesión del inmueble que requería para el perfeccionamiento del negocio celebrado con Discolmotor.

"Es importante anotar que el Fondo aeronáutico solamente reaccionó contra mi mandante, cuando el señor Juan Niño manifestó que no aceptaba la cesión, pues hasta entonces no sólo le había anunciado la autorización sino que había preparado y enviado la minuta que debía ser firmada por el cedente y el cesionario. Al pronunciarse el señor Juan Niño en términos desobligantes contra Discolmotor el arrendador procedió, no a cancelarle la autorización que en principio le había dado, sino a declararle la caducidad del contrato de arrendamiento, sin motivo válido para ello.

"Pero es inadmisible, además, dar como un hecho probado el que la cesión del contrato de arrendamiento se hubiera efectuado antes de ser autorizada por el arrendador y a espaldas del Fondo Aeronáutico Nacional si el señor Juan Niño nunca aceptó ser cesionario, según aparece en documentos que reposan en el expediente y aparece corroborado por la declarante María Adelaida Gómez Hoyos (folios 153) a cuya versión se le concede en el fallo excepcional importancia. Discolmotor aparece como arrendatario en todo momento y aun en la cancelación de los compromisos contractuales hecha directamente a su nombre. Y es de anotar que, aunque el arrendador no tenía obligación de analizar el compromiso negocial celebrado entre DISCOLMOTOR LTDA. y Juan Niño, tampoco tenía derecho ni facultad para utilizarlo en contra de mi mandante afectando sus intereses, si como está suficientemente probado, cumplía puntualmente sus obligaciones como arrendatario, y en nada le afectaba la enajenación del establecimiento comercial.

"El cuestionamiento que se ha hecho en el sentido de habérsele presentado al Fondo "algo ya paso, el traspaso del contrato al señor Juan Niño Niño..." no tiene la gravedad que se le quiere asignar, ni la tuvo para el arrendador que le bastaba simplemente con negar la autorización de la cesión. "La previa autorización de la cesión" de que hablan el contrato y la ley no significa que haya que tramitarse antes de la realización de los negocios que dan lugar a solicitarla; si así fuese, jamás tendría operancia la norma pues nadie adelantaría una gestión de esa índole, esto es, pedir la autorización para ceder el arrendamiento y poder cumplir un contrato que no se ha celebrado.

"Con fundamento en las anteriores ideas solicito, respetuosamente, que sea revocada la sentencia objeto de apelación y, en su lugar sean despachadas favorablemente las súplicas de la demanda".

III
CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión, para DESTACAR:

"El debate jurídico se ha centrado en el sentido de controvertir si la posición asumida por el Fondo se ajustó a derecho o si por el contrario su determinación

no puede hallar asidero legal, por cuanto el arrendatario Discolmotor al momento en que se produjeron los actos administrativos atacados cumplía con lo estipulado en el acuerdo de voluntades suscrito.

"Aunque la Resolución N° 19247 del 6 de diciembre de 1988 tomó como causales para declarar la caducidad administrativa varios factores que concluían hasta la mora en el pago que entre otras cosas luego revocó, lo cierto es que ganará importancia para la final decisión, el de la cesión pues no se podrá ignorar que fué el hecho básico que le servió al Fondo para darlo por terminado.

"Inicialmente habrá que admitirse que el convenio que ha desarrollado la presente acción, se enmarcó como debía serlo dentro del Decreto 222 del 2 de febrero de 1983 por el cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y donde a partir de los artículos 156 y siguientes, establece la forma de celebración, duración y otros puntos propios del mismo, algo a lo cual se ciñeron estrictamente las partes hasta tal punto, que nada se repara sobre este aspecto.

"En el convenio y en su cláusula 16 se estipuló lo siguiente;

" El arrendatario no podrá ceder ni subarrendar el inmueble objeto del presente contrato sin previa autorización por escrito del arrendador.

"El incumplimiento de esta estipulación será causal suficiente para declarar la terminación del contrato".

"Pero esta cláusula no fué algo nacido en la voluntad de las partes sino simplemente el desarrollo del artículo 6° del Decreto 222 de 1983 que a la letra dice:

"Celebrado el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio".

"La realidad de los hechos a pesar del número de disquisiciones que hacen en el libelo demandatorio y en lo aportado al proceso, es que esa previa autorización no apareció y que el señor Humberto Urrego Bolívar o Discolmotor le presentaron al arrendador algo ya pasado, el traspaso del contrato al señor Juan Niño como se pasa a analizar.

"Como bien se observa en el documento visible a folios 221, el señor Humberto Urrego Bolívar actuando en su propio nombre cuando debía serlo como representante de Discolmotor, vendió a Juan Niño Niño en al suma de Treinta y tres millones de pesos ($33.000.000.oo) el establecimiento comercial El Atico, haciéndole entrega real y material del establecimiento conforme a su cláusula quinta a partir del 27 de marzo de 1988 agregando la Sala sin autorización previa del Fondo, y en ese mismo contrato de compraventa y en su cláusula

tercera, "el vendedor se obliga a hacer los traspasos de rigor en la Cámara de Comercio y a comunicar la transacción celebrada al arrendador, o sea a la Aeronáutica Civil *para que éste sepa que será el comprador quien adelante tendrá la calidad de inquilino,* a su vez el comprador se obliga ante los arrendadores a presentar la documentación e informes que le sean requeridos por éstos para que el traslado se haga efectivo". (Se subraya).

"Lo sucedido a raíz de esta transacción fué recogido por la sustanciación en las declaraciones recibidas a María Luisa Acosta Rojas (folios 145), Juan Niño (folios 148) y María Adelaida Gómez Hoyos (folios 153), entre otros y es oportuno transcribir lo que dijo ésta última al respecto, porque muestra con claridad todo lo pasado y además enseñando la razón primordial que motivó al Fondo para impulsar la calidad ya que llegó el momento en que ni Urrego ni Niño se apersonaban con propiedad del convenio de arrendamiento, con los subsiguientes perjuicios al Ente estatal.

"Apuntó María Adelaida Gómez Hoyos lo siguiente:

"Considero importante anotar como fué el procedimiento que se siguió por el señor Humberto Urrego para ente (sic) la Aeronáutica con el fin de que se aprobara esa cesión, el señor Urrego se dirigió al secretario general yo conocí el oficio copia, donde le pedía autorización para ceder el contrato de arrendamiento a que nos hemos venido refiriendo, días más tarde supe que el señor Urrego había enviado este oficio con posterioridad a la fecha en que ya había hecho el negocio con el señor Juan Niño, yo puse de conocimiento de esto a la oficina jurídica de Bogotá de ahí entonces la oficina jurídica mandó un oficio donde se solicitaba el señor Urrego presentara algún documento donde apareciera que el señor Niño Niño está aceptando ser el futuro arrendatario, esto nunca se cumplió el señor Urrego después creo que envió un comunicado donde enviaba todos los datos del señor Niño con cédula ocupación y de ahí fué cuando fué a mi Oficina y me dijo que no estaba interesado y que el iba a desaser (sic) el negocio, como el forma (sic) directa se dirigió a Bogotá no se si al Jefe del Departamento o de la Jurídica de la Aeronáutica y procedió en corrijo, esta situación fué analaizada por la Oficina Jurídica y se procedió entonces a la declaratoria de caducidad, porque se estaban causando problemas en el cumplimiento de este contrato, porque el señor Niño estaba en Posesión del restaurante y a la hora del Fondo Aeronáutico exigir el cumplimiento de una obligación como sucedió en varias veces respondía el señor Urrego que él ya no era arrendatario y respondía el señor Juan Niño que el tampoco tenía nada con la Aeronáutica Civil". (Lo repetido es del texto).

"El contrato previó la declaración de caducidad como un derecho de la entidad administrativa sin ninguna otra formalidad que la de motivarla, en cuanto se determinare el incumplimiento del arrendatario sin que se obligara a analizar el negocio celebrado entre el arrendatario y Juan Niño y por eso los planteamientos que se hacen en el sentido de que lo que se pactó el 24 de marzo de 1988 no

fué un contrato de compraventa comercial una promesa de permuta nada agrega a la controversia, aunque es de destacarse que lo allí (sic) se dispuso por el arrendatario fué algo inmediato en cuanto a la entrega del establecimiento, cláusula quinta, y aún del precio que en parte se recibió y actualmente se discute ante la justicia ordinaria y más, se pasó por alto el contenido del artículo 6° del Decreto 222 de 1983 conforme a la prohibición de ceder el contrato sin autorización previa y para esto no basta sino releer la cláusula tercera, suficientes apreciaciones para que la caducidad impuesta por las resoluciones atacadas se ajustó a estricto derecho en este aspecto, que por sí valida la posición de la entidad estatal y alejan los afanes de la demandante.

"Y aunque se pudiera aceptar como se acepta, que el Fondo en su momento estuvo presto a legalizar la cesión solicitando documentos y aún proyectando una minuta al respecto, lo cierto es que estos actos preparatorios no comprometían finalmente a la demanda ni desfiguraban de ninguna manera el alcance de lo estipulado en la cláusula 16, una de las que sirvió para impulsar la caducidad y que demostrada su violación, justifica la actuación gubernativa".

"I. NORMAS QUE RIGEN LA CESION DEL CONTRATO:

"En la cláusula decimo sexta del contrato, se establece: "El arrendatario no podrá ceder ni subarrendar el inmueble objeto del presente contrato sin previa autorización por escrito del arrendador. El Incumplimiento de esta estipulación será causal suficiente para declarar terminado el contrato" (E 194).

"De otra parte el numeral 10 del artículo 16 del Decreto 222 de 1983, dispone que los contratos de derecho privado de la Administración " estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad".

"Ahora bien, entendida la cláusula de caducidad como una cláusula exorbitante derogatoria del derecho común, contraria a lo estatuído en el artículo 1.602 del Código Civil según el cual el contrato es ley para las partes, es necesario concluir que el caso que nos ocupa, en toda circunstancia, ya que se trate de venta, arrendamiento o permuta, se requeriría la autorización expresa y por escrito del arrendador para ceder el inmueble ocupado. De tal manera que, el artículo 523 del Código de Comercio, el cual estatuye que "la cesión del contrato será válida cuando sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio" es enteramente ajeno a la controversia aquí planteada. La última de las normas citadas, así lo dispone explícitamente.

"Significa lo anterior que la cláusula de caducidad prohibe la cesión? No, simplemente que para que tal acto proceda válidamente se precisa la autorización previa y por escrito del arrendador. En este sentido, el contrato de arrendamiento es claro y está redactado sin ambigüedades.

"II. PLENITUD JURIDICA DEL ACTO IMPUGNADO.

Está claramente demostrado que el 24 de marzo de 1988 fué cedido el inmueble que el Fondo Aeronáutico Nacional le entregara en arriendo a la sociedad Discolmotor Ltda. (F 221). Además, también quedó establecido que sólo hasta el 6 de abril del citado año, el arrendatario inició ante el ente público los trámites necesarios para esos efectos, habiendo obtenido respuesta positiva pero condicionada (sic) a que el eventual cesionario diese por escrito su consentimiento, expresado que "estaría dispuesto a cumplir con las cláusulas estipuladas en el contrato y demás disposiciones emanadas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil - Fondo Aeronáutico Nacional - en virtud del mismo".

"Ahora bien, tal hecho que ha debido cumplirse el 27 de abril de 1988, según se desprende de la comunicación obrante a folios 205, jamás se produjo y por esta razón se declaró la caducidad del contrato, dando aplicación a la cláusula 16, textualmente reproducida al comenzar el acápite anterior.

"Ciertamente, el procedimiento seguido por Discolmotor para efectuar la cesión, es similar al utilizado la primera vez con Distribuidora Colombiana de Suzuki Ltda., pero con una sustancial diferencia: En esa oportunidad el cesionario expresamente manifestó su voluntad de no aceptar la cesión, haciéndola imposible, no obstante hallarse en posesión del inmueble. En otros términos, por parte del arrendatario se cambió de tenedor desconciendo sus obligaciones contractuales.

"Por lo anterior la Entidad que represento no quebrantó la ley por el contrario la aplicó con todo su rigor, razón por la cual solicito se confirme en todas sus partes las resoluciones 19247 de diciembre 6 de 1988 y 4598 de abril 13 de 1989, por las cuales el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil - Fondo Aeronáutico Nacional declaró la caducidad administrativa del contrato N° 4836 de fecha 15 de mayo de 1988". (sic) . (fls. 282-290 C. No. 1).

IV

CONCEPTO FISCAL

El fiscal Décimo Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo OBSERVA:

"A) Al proceso se allegaron, en fotocopia, los siguientes documentos:

"1.-Contrato N° 4836 del 16 de mayo de 1985, celebrado entre el Fondo Aeronáutico Nacional y la sociedad Distribuidora Colombiana de suzuki Ltda. Dissuzuki, para el arrendamiento de un local destinado al funcionamiento de un restaurante Internacional, ubicado en el Aeropuerto José María Córdoba de Rionegro (Antioquia). (Folio 183 y ss.).

"2.-Acuerdo de Cesión del Contrato N° 4836/85, entre Dissuzuki Ltda. y Distribuidora Colombiana de Motores Ltda. Discolmotor - (Folio 168 Cuaderno N° 2).

"3.-Contrato de compraventa del establecimiento de Comercio "El Atico", suscrito el 24 de marzo de 1988, entre Humberto Orego Bolívar, en su propio nombre y Juan Niño Niño. (Folio 221).

"4.-Acta de entrega del establecimiento de comercio "El Atico", firmada por Humberto Urrego y Juan Niño, el 27 de marzo de 1988, en desarrollo de la cláusula Quinta del contrato de compraventa antes mencionado (Folio 234).

"5.-Solicitud de autorización para efectuar la cesión del contrato de arrendamiento No. 4836/85 al señor Juan Niño, formulada por Humberto Urrego, gerente de Discolmotor, al secretario general de Aeronáutica Civil, el 7 de abril de 1988 (Folio 204).

"6.-Oficio de la abogada de la Oficina Jurídica del DAAC, fechado el 20 de abril de 1988, en respuesta a la solicitud de autorización de cesión, mediante el cual se comunica que "no se autoriza la CESION del contrato de arrendamiento N° 4836, mientras no se compruebe por usted que el supuesto cesionario ha dado su consentimiento". (Folio205).

"7.-Oficio dirigido el 27 de julio de 1988, a la Jefe de Grupo Arrendamientos e Inmuebles, mediante el cual Juan Niño manifiesta que no está interesado en convertirse en arrendatario del F.A.N. a través de la cesión que el contrato de arrendamiento le haga Discolmotor Ltda. (folio 212).

"8.-Acta de junio 30 de 1989, por medio de la cual el doctor Román Castaño, en representación del señor Juan Niño, poseedor del inmueble, hace devolución del local donde funciona el restaurante "El Atico", al DAAC (folio 213).

"B) Al analizar el acervo probatorio que obra en el informativo, se llega a la conclusión de que la actora cedió la tendencia del local comercial que ocupaba, sin la autorización de la entidad pública arrendadora.

"Los hechos son tozudos y no pueden minimizarse con la impropiedad que los maneja el apelante.

"En el contrato de compraventa no se pactó entre las partes la facultad de resolverlo en el evento de que no se obtuviera la autorización de cesión que debía otorgar la arrendadora. Fué una negociación pura y simple, con agravante de que la entrega del local comercial objeto del contrato de arrendamiento, se derivaba directamente del contrato de compraventa.

"Fué, pues, una negociación irregular, fraguada a espaldas de la entidad arrendadora, a quien se le planteó la situación como un hecho cumplido.

"En ese orden de ideas, los argumentos del apelante se caracterizan por las vigencias de contradicción que lo sitúan en un plazo de incoherencia jurídica.

"Afirma que el objeto del arrendamiento fué el inmueble y no el establecimiento comercial y, simultáneamente, predica que el FAN desconoció que el local servía de soporte físico al establecimiento "El Atico" y que el derecho de tenencia entró a formar parte del establecimiento.

"Niega que haya cedido al eventual cesionario el contrato de arrendamiento, cuando en el contrato de compraventa se estipuló que el comprador sería quien en adelante tendría la calidad de inquilino.

"Alega que el contrato de arrendamiento no incluye ninguna cláusula prohibitoria de enajenación, sin reparar que el contrato de compraventa dispuso que la venta se hacía en bloque conforme al artículo 516 del C. de Comercio, según el cual los contratos de arrendamiento forman parte del establecimiento de comercio.

"En fin, arguye que el arrendador se precipitó al declarar la caducidad del contrato de arrendamiento, cuando fué el arrendatario quien, con su conducta inconsulta, entregó la tenencia del local a su presunto cesionario, sin la autorización previa y por escrito del FAN.

"No puede, pues, el recurrente, restarle importancia al documento que suscribió con el presunto cesionario, pues fué ese documento la piedra de escándalo que generó la declaratoria de caducidad. Al arrendatario le faltó transparencia y seriedad frente a la administración al celebrar el contrato de compraventa. De haberlo hecho con claridad, seguramente no habría tenido tropiezos en su ejecución, como quiera que la entidad oficial tenía la disposición de autorizar la cesión del contrato de arrendamiento. Al suscribir el contrato de compraventa, asumió los riesgos inherentes a él y creó una situación jurídica cuyo cumplimiento lo comprometía.

"Para esta Agencia Fiscal hay elementos de juicio suficientes para deducir el incumplimiento de la arrendataria. Lo irregular no fué la enajenación del establecimiento de Comercio, sino la entrega anticipada del local a un tercero, razón por la cual el fallo que decretó la caducidad del contrato por incumplimiento de la arrendataria, debe ser confirmado". (Fls. 297 -300 C N° 1.)

V

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, generales y particulares 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* quedaron debidamente probados los siguientes hechos:

PRIMERO: Que el día 15 de mayo de 1985, se celebró entre el Fondo Nacional Aeronáutico y el Gerente de DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE SUZUKI LIMITADA "DIS-SUZUKI LTDA.", el contrato de arrendamiento que obra a folios 183 y siguientes del Cuaderno N° 1, el cual tenía por objeto un local destinado al funcionamiento de un restaurante Internacional en el Aeropuerto José María Córdoba de Rionegro, en cuya cláusula DECIMA SEXTA, se acordó:

> "CLAUSULA DECIMA SEXTA: DE LA CESION Y SUBARRIENDO. El arrendatario no podrá ceder ni subarrendar el inmuebl objeto del presente contrato sin previa autorización por escrito del arrendador. El incumplimiento de esta estipulación será causal suficiente para declarar la terminación del contrato".

SEGUNDA: Que respetando el universo que tiene la cláusula anterior, el día 24 de Junio de 1986, DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE SUZUKI LIMITADA "DIS-SUZUKI LTDA", CEDIO Y TRASPASO el contrato de arrendamiento N° 4.836 15 V 85 a la Sociedad DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE MOTORES LIMITADA "DISCOLMOTOR", representada por el Señor HUMBERTO URREGO BOLIVAR, cesión que produjo todos sus efectos a partir del primero (1°) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) (C 2, fol 168).

TERCERA: Que el día 24 de marzo de 1988, el Señor HUMBERTO URREGO BOLIVAR, afirmando obrar en su propio nombre, suscribió el contrato de Compraventa de un establecimiento Comercial (C 1, fol. 221), en virtud del cual dijo a entregar "...a título de Venta al Comprador ..." Señor JUAN NIÑO NIÑO, "...el Establecimiento Comercial El Atico, situado en jurisdicción del Municipio de Rionegro, dentro de las instalaciones del aeropuerto José María Córdoba...". En las cláusulas SEGUNDA, TERCERA Y QUINTA, las partes acordaron lo siguiente:

> "SEGUNDA. Esta venta se hace en bloque y por lo tanto en ella queda comprendido todo lo que conforme al artículo 516 del Código de Comercio. Se exceptúa expresamente los créditos y las obligaciones pendientes en la fecha y de los cuales seguirá siendo titular el VENDEDOR".
>
> "TERCERA. EL VENDEDOR se obliga a hacer los traspasos de rigor en la Cámara de Comercio *y a comunicar la transacción celebrada al ARRENDADOR, o sea a la AERONAUTICA CIVIL para que ésta sepa que será el COMPRADOR quien en adelante tendrá la calidad de inquilino*, a su vez el COMPRADOR se obliga ante los ARRENDADORES a presentar la comunicación e informes que le sean requeridos por éstos para que el traslado se haga efectivo". (Subrayas de la Sala).
>
> "QUINTA. El Vendedor hará entrega real y material del establecimiento comercial el día veintisiete (27) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988). El inventario objeto de esta venta se anexa al presente documento".

CUARTA: Que en cumplimiento del acuerdo anterior se firmó por las partes el "ACTA DE ENTREGA", que obra al folio 234 del cuaderno N° 1, en el cual se relacionan todos los bienes que recibió el señor JUAN NIÑO NIÑO.

QUINTA: Que el día ocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el señor Humberto Urrego Bolívar, dirigió al Dr. Abel Enrique Jiménez, Secretario General de Aeronáutica Civil, la comunicación que obra al folio 204, C 1, en la cual, y en lo pertinente, se lee:

> "Muy respetuosamente me permito solicitar su autorización *para efectuar la cesión del contrato de arrendamiento N° 4.836 que existe actualmente entre el Fondo Aeronáutico "FAN" y Distribuidora Colombiana de Motores "Discolmotor Ltda" al Señor Juan Niño Niño,* cedulado bajo N° 17.016.760 de Bogotá, varón mayor de edad, exmilitar de la Fuerza aérea y quien está dispuesto a presentar a ustedes las referencias y demás documentación requerida para completar la cesión.
>
> "Dicho contrato se refiere al arrendamiento del Bar y Restaurante Internacional Atico, situado en el Aeropuerto José María Córdoba de la ciudad de Rionegro" (Subrayas de la Sala).

SEXTA: Que el día 20 de abril de 1988, a través de la abogada de la Oficina Jurídica del departamento Administrativo, Dra. María Adelaida Gómez Hoyos, se dio respuesta a la nota relacionada en el aparte anterior, en el sentido de que: "...no se autoriza la CESION de contrato de arrendamiento N° 4.836 mientras no se compruebe por Ud. que el supuesto Cesionario ha dado su consentimiento, lo que deberá hacerse por escrito, comunicando éste último que estaría dispuesto a cumplir con las cláusulas estipuladas en el Contrato y demás disposiciones emanadas del departamento Administrativo de Aeronáutica Civil - Fondo Aeronáutico Nacional en virtud del mismo.

Término en el que se deberá allegar la comunicación: Cinco (5) días a partir del recibo de ésta"(C 1, fol. 205).

SEPTIMA: Que el día 27 de julio de 1988, el señor Juan Niño Niño, comunicó a la Dra. María Luisa Acosta Rojas, Jefe Grupo Arrendamiento e Inmuebles de la Aeronáutica Civil, en la cual le expresa:

> "Estoy muy interesado en convertirme en arrendatario del FAN porque conozco perfectamente el objeto del contrato que se ofrece en arrendamiento. Pero lo que no estoy interesado es en llegar a ese punto a través de una cesión que me haga "Discolmotor" de su contrato.
>
> "La razón es muy poderosa: "Discolmotor" ha manejado mal el restaurante y entonces recibiría yo una herencia o carga muy onerosa. En efecto, leído cuidadosamente el contrato, encuentro con que *el inquilino está incurso en*

causales suficientes para aplicársele la caducidad. El restaurante *no tiene permiso de funcionamiento de las autoridades de Rionegro, no tiene libreta de rentas* hay demandas de trabajadores y, sobre todo, yo no puedo cohonestar la comisión de un delito cometido por Humberto Urrego consistente en que algunos de los muebles que pertenecían al Restaurante Los tres Golpes y al Nacional que fueron embargados por los trabajadores, pretendió venderme haciendo caso omiso del embargo y secuestro. Este acto, Ud. lo sabe muy bien, constituye un delito.

"Ha sido tan afanoso Humerto Urrego en su pretensión de "tumbarme" (permítaseme la expresión) con una venta tan desventajosa, que Ud. puede observar muy bien que yo no hice solicitud alguna para ser aceptado como cesionario. Ha sido él -Humerto Urrego- quien abusivamente ha obrado en nombre mio sin autorización alguna. Si existe alguna petición con firma, ésta fué falsificada.

"Le agredezco mucho que mi nombre hubiera sido aceptado aun sin petición de mi parte y confío que un futuro no muy lejano pueda celebrar un negocio con el FAN" (fl. 212 C. 1).

OCTAVA: Que el día seis (6) de diciembre de 1988, el Jefe del departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por medio de la Resolución N° 19247, declara LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO N° 4836 de 15 de mayor de 1985, por las razones que se precisan en los considerandos del referido acto administrativo. Este, por lo demás, fué confirmado por medio de la Resolución N° 4598 de 13 de abril de 1989, salvo que en su considerando numero 10, dejando así en claro que el Arrendatario no adeudaba a esa fecha suma alguna a la entidad arrendadora.

NOVENA: Que el día treinta (30) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el señor JUAN NIÑO NIÑO, representado por el Dr. Román Castaño, hizo entrega del inmueble, objeto del contrato de arrendamiento, al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Al acto en referencia no asistió el señor HUMBERTO URREGO BOLIVAR (C 1, fol 213).

DECIMA: Que el día ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), la administración LIQUIDO EL CONTRATO N° 4.836, registrándose en el ACTA correspondiente la siguiente situación:

"Revisándose el estado de Cartera se encontró que los Arrendatarios adeudan al FONDO AERONAUTICO NACIONAL los siguientes arrendamientos:

"FACTURA No.	MES	VALOR
"A02-00207	FEBRERO/89	432.000.oo
"A03-00208	MARZO/89	432.000.oo
"A04-00206	ABRIL/89	432.000.oo
"A05-00209	MAYO/89	432.000.oo
"A06-00211	JUNIO/89	432.000.oo

"El valor adeudado por ARRENDAMIENTOS es de DOS MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS ($2.160.000.oo).

"Y los INTERESES causados a la fecha de la presente liquidación son:

"FEBRERO/89	$92.232.oo
"MARZO/89	77.112.oo
"ABRIL/89	61.992.oo
"MAYO/89	46.872.oo
"JUNIO/89	31.752.oo
	$309.960.oo

"NOTA: Se incluye el valor de la MULTA por UN MILLON CIEN MIL PESOS ($1.100.000.oo) moneda corriente, impuesta por el FONDO AERONAUTICO NACIONAL en la RESOLUCION N° 19247 del 6 de DICIEMBRE/89 en su ARTICULO 4° parte Resolutiva, conforme a lo establecido en el PARAGRAFO 2° de la CLAUSULA DECIMA OCTAVA.

"EL VALOR TOTAL ADEUDADO ES DE: TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS ($3.569.960.oo)". (fls. 142-143 Cdno. N° 1).

Es de retener que en la liquidación no intervino el señor Humberto Urrego Bolívar.

B) Dentro del marco probatorio que se deja precisado en el aparte A) de esta providencia, el *ad-quem* encuentra que en puridad de verdad el Señor HUMBERTO URREGO BOLIVAR, al suscribir el convenio que obra en el C. 1, fol. 221, con el señor JUAN NIÑO NIÑO, empezó a poner en marcha una serie de hechos o conductas violatorias del contrato N° 4.836, pues sin haber obtenido la aceptación previa por parte del arrendador entregó el inmueble a éste último, consignando en la cláusula tercera del referido convenio, que se obligaba a "*... comunicar la transacción celebrada al Arrendador, o sea la AERONAUTICA CIVIL para que ésta sepa que SERA EL COMPRADOR QUIEN EN ADELANTE TENDRA LA CALIDAD DE INQUILINO.....*". En este momento del día curso judicial el *ad-quem* se pregunta: Esta declaración de voluntad, con todo el universo que tiene, no significaba ni mas ni menos, que el Señor Niño lo sustituía en el manejo y dirección del negocio, incluyendo el pago del precio del arrendamiento, sin contar para nada con el asentimiento, del FONDO NACIONAL AERONAUTICO? Si no fuera correcta esta interpretación, qué sentido tendrían, entonces, las expresiones: "SERA EL COM-

PRADOR QUIEN EN ADELANTE TENDRA LA CALIDAD DE INQUILINO"?. Y que el inicial interesado en la negociación sustituyó al demandante en el manejo del negocio, quedó demostrado con la entrega "REAL Y MATERIAL DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL", llevada a cabo el 27 de marzo de 1988 también con la firma del ACTA suscrita por los interesados, en la cual se relacionan los distintos bienes que el señor Niño recibía. En apoyo de la anterior afirmación viene la realidad fáctica, pues como se dejó anotado en antes, una vez decretada la caducidad del contrato quien entregó el inmueble fué el señor Niño. Pero es más. Todo el manejo irregular que el demandante hizo de su relación contractual con el Departamento Administrativo de Aeronautica Civil dio lugar a que no se pagará el precio del arrendamiento, correspondiente a los meses de febrero, marzo, abril, mayo, y junio de 1989 como se registra en el acta de liquidación.

Al sustentar el recurso de apelación el apoderado de la parte actora afirma que no existió contrato de arrendamiento con el señor Niño, que éste en ningún momento actuó como cesionario. Glosa luego el concepto fiscal, ante el tribunal, para hacer divagaciones de alcance jurídico sobre lo que es cesión del contrato, entrega del bien inmueble sin tradición del dominio y posesión material. Entré después en explicaciones, que pretende sean de naturaleza jurídica, y sopretexto de interpretar la ley, que afirma no es casuista, divaga sobre los casos en que "...puede darse la cesión antes de ser autorizada...".

Transitando por ese sendero pretende excusar su conducta afirmando que "...Discolmotor aparece como arrendatario en todo momento y aún en la cancelación de los compromisos contractuales hecha directamente a su nombre ...". Todo lo cual lleva a concluir que: "el cuestionamiento que se ha hecho en el sentido de habérsele presentado al Fondo" algo ya pasado, el traspaso del contrato al señor Juan Niño Niño ..." no tiene la gravedad que se le quiere asignar, ni la tuvo para el arrendador que le bastaba simplemente con negar la autorización de la cesión...".

La Sala no hace suya la anterior perspectiva de manejo, del presente conflicto de intereses, porque en la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste más importancia que la de la propia ley, encuentra que este es un caso más, de los muchos que suelen darse, en que las personas actuán al margen de sus compromisos contractuales, y de lo preceptuado en la ley, con el mejor deseo que posteriormente el ordenamiento jurídico bendiga la filosofía que informa El no derecho. Se crean los hechos, al margen de lo PACTADO, o de lo preceptuado en la norma general, impersonal y abstracta, y se llama luego al DERECHO en su socorro para que el le procure las comodidades que le ha creado su comportamiento desfasado, antijurídico. Al tratar la materia que se estudia el profesor Jean Corbonnier, enseña:

> "Estas reglas de conducta que no son derecho, constituyen ya, en algún sentido, el encuentro con el no-derecho. Sin penetrar en la médula del problema, se reconoce estadísticamente que las reglas no jurídicas están ahí a lo largo del derecho. Se calibra su espesor y en comparación con el del derecho, y se trata de definir por dónde se separan del derecho (lo que vuelver a ser la búsqueda

del criterio, por lo demás fugitivo, de la juridicidad). Todo ello tiene su importancia. Mas cuál? Si hay que estudiar el no-derecho, parece lógico dirigirse en primera línea hacia el nó, hacia el vacio, hacia la ausencia, dejándo para más tarde el cuidado de descubrir QUE ES LO QUE SE COLOCA EN EL LUGAR DEL DERECHO. Lo esencial de la hipótesis del no-derecho es el movimiento del derecho hacia el nó derecho, el abandono por el derecho de un terreno que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocupar. El nó derecho, en lo que tiene más significativo, es la reducción o la retirada de derecho.

"Con una actitud muy sociológica pulvericemos el nó-derecho abstracto en una multitud de fenómenos, y digámos que los fenómenos de nó-derecho son los mecanismos por los cuales el derecho se retira". (Derecho flexible, Editorial Tecnos, pág. 35).

Aplicada la anterior filosofía, al caso en comento, se vivencia que el demandante, con gran sutileza y habilidad, creo unos hechos, con el mejor deseo de que luego fueran bendecidos por el arrendador o por la ley. Su comprador señor Niño tuvo desde el 24 de marzo de 1988 "LA CALIDAD DE INQUILINO", sin el asentimiento del arrendador. Creó el nó-derecho. Pero como luego necesitaba la protección del derecho, alega en juicio que en puridad de verdad no hubo contrato de arrendamiento, que no hubo cesión, y para defender su perspectiva de manejo, se vale ahora sí de la ley, esto es, de la herramienta que dejó de lado cuando puso en marcha el nó-derecho. La habilidad del demandante se vivencia también cuando se estudia el temperamento que tiene el llamado "CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL" (C 1, Fol. 159), donde aparece vendiendo en su propio nombre, no en el de la sociedad que representa. Porqué causa, motivo o razón no hizo la CONTEMPLATIO DOMINI? lo ignora el fallador, pero el desarrollo posterior, que le dió al citado acuerdo, tiene un universo jurídico de representación. Si el sentenciador dejará de lado la interpretación de la conducta del demandante, tendría que concluir que jurídicamente HUMBERTO URREGO BOLIVAR vendió cosa ajena, y , por lo mismo, DISTRIBUIDORA COLOMBIANA DE MOTORES LTDA. "DISCOLMOTOR", nunca violó el contrato con el Fondo Nacional Aeronáutico. Todos estos desfaces son producto de la puesta en marcha de la filosofía que se deja estudiada y que lleva al tratadísta ya citado a recordar:

"....La aventura pudo revelar una de las mayores dificultades del nó-derecho: la dificultad de mantenerse en él. Nada más natural: muchos de los que se refugian en el nó-derecho sienten enseguida la tentación de unir a sus ventajas algunos de los beneficios del derecho. Las parejas nó casadas quieren establecer un régimen matrimonial, y las asociaciones de anarquístas registrar sus estatutos...".

Por todo lo que se deja expuesto se confirmará el fallo apelado.

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 la autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia calendada el día cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: Ejecutariado el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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 ORDEN PUBLICO - Disturbios Universitarios/DAÑO ANTIJURIDICO

El occiso MARIO ALONSO TOBON ALZATE fué muerto por uno de los agentes de la fuerza policiva por motivo de los disturbios que se desataron en la Universidad de Antioquia, sin que la víctima tuviera nada que ver con ellos, pues no se enfrentó a la fuerza pública, ni disparó arma alguna. La administración es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados con su acción a los demandantes. Para la Sala los estudiantes pacíficos de la universidad no tienen porqué soportar el daño que les causa el enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden. Sus predios y sitios aledaños tampoco deberían ser utilizados ni por los unos ni por los otros como campo de batalla. La universidad es un servicio público y está condicionada por la estructura del mundo como repertorio general de las vigencias de todo orden, como lo recordará en su momento Ortega y Gasset, pero su razón de existir se encuentra en la docencia. "Propiamente, consiste en esto; todo el resto es lo que hace posible la docencia, lo que completa, sus consecuencias y efectos", destaca el filósofo citado. Los centros universitarios deben ser, en todo momento sitios de peregrinación a la no-violencia, que es la no-resistencia al mal, sino la resistencia sin violencia contra éste. También santuarios donde se oficia la filosofía del respeto a la dignidad humana, a la cultura de la paz y el amor. Por ello cada vez que se invadan sus predios o sus aulas, se corre el riesgo de tener que indemnizar, a terceros inocentes, los daños causados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera-
Santafé de Bogotá, D.C. , agosto 20 de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *D Julio César Uribe Acosta*

SECCION TERCERA

Referencia: Exp. Nº 8473 Consulta. Actor: Raúl de Jesús Tobón Cardona y otros. Demandado: La Nación - Policía Nacional

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 veintiseis (26) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva DISPUSO:

"1°. DECLARASE probada la excepción de inepta demanda.

"2°. DECLARASE A LA NACION - Ministerio de Defensa, Policía Nacional - responsable administrativamente de los daños producidos a Raúl de Jesús Tobón Cardona y Edilvia de Jesús Alzate de Tobón y a Willian Augusto, Nestor Raúl, Luis Guillermo y Sandra Edith Tobón Alzate, con motivo de la muerte de su hijo y hermano Mario Alonso Tobón Alzate, ocurrida "el 25 de octubre de 1988, a manos de agentes de la Policía Nacional, y con un arma y munición oficiales, en Medellín...".

"3°. SE CONDENA, en consecuencia, a la Nación, a pagar a cada uno de los señores Raúl de Jesús Tobón Cardona y Edilvia de JesúsAlzate de Tobón, la suma que equivalga a 1000 gramos de oro puro, para resarcirles el daño moral. Se condena igualmente a la Nación a pagar a cada uno de los hermanos Willian Augusto, Sandra Edith, Nestor Raúl y Luis Guillermo Tobón Alzate, la cantidad que corresponda a 500 gramos de oro fino, por razón del perjuicio moral. Se tendrá en cuenta para estos efectos el valor que tenga el citado metal en la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

"4°. NIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

"5°. Se dará cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.". (fls 113 - 114 Cdno. N° 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:

"RAUL DE JESUS TOBON CARDONA Y EDILVIA DE JESUS ALZATE DE TOBON, quienes obran en sus nombres y en representación de sus hijos menores Willian Augusto y Sandra Edith Tobón Alzate y Nestor Raúl y Luis Guillermo Tobón Alzate, representados por apoderado idóneo, demandan a la Nación para que sea declarada responsable de los perjuicios que sufren con motivo de "la muerte de Mario Alonso Tobón alzate, el 25 de octubre de 1988, a manos de agentes de la Policía Nacional, y con arma y munición oficiales, en Medellín..."

"Antecedentes de

HECHO:

"1.-Mario Alonso Tobón alzate fué muerto por un agente de la Policía Nacional, "con arma y munición oficiales, el 25 de octubre de 1988, en Medellín". El hermano mayor de Mario cuenta "en una conmovedora carta" quién era Alonso y cómo fué sacrificado.

"2.-La muerte del citado causó daños morales y materiales a los actores.

"FUNDAMENTOS DE DERECHO. POSICION DE LA DEMANDA. VISTA FISCAL.

"1.-Los demandantes estiman aplicables al caso "el Preámbulo y los artículos 2°, 16, 20, 23, 29, 30 y 51 de la Constitución Nacional; 6° y ss. del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales de las Naciones Unidas (Ley 74 de 1968); 4° y ss. de la Convención Americana de Derechos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972); 1° y ss. de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Ley 70 de 1986); 86 del C.C. Administrativo; 1° a 6°., 7° y ss. del C. Nacional de Policía; 1° a 4° del Estatuto Orgánico de la Policía Nacional; 111 ss. del Decreto 1835 del 31 de julio de 1979, Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional, vigente entonces 1°, 2°, 3°, 19, 21, 23, 63, 64, 66, de la Res. número 00168 del 17 de enero de 1961 (Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural de la Policía Nacional); 1613 y ss. del C. Civil; 4° y 8° de la Ley 153 de 1887 y 160 del C. de P. Civil, y 107 del Código Penal".

"2°.-El procurador judicial de la Nación propone en su memorial de respuesta al libelo introductorio la excepción de inepta demanda. Y agrega: "Es de anotar Honorable Magistado, la peligrosidad de los "estudiantes" en este tipo de disturbios. Acciones aprovechadas por delincuentes, por subversivos frustados que con disimulo como se dice vulgarmente "Tiran la piedra y esconden la mano"...El apoderado del actor con gran "dramatismo", (Como siempre en estos casos) dice que nadie trató de agredir a las Agentes; y por todos es sabido que éstos apacibles estudiantes queman, destruyen, hieren y hasta matan, porque para estos atentados contra el orden público, se aprovisionan de armas de fuego, granadas, bombas molotov, instrumentos utilizados para atentar contra la propiedad (Quema de automotores) y contra la integridad de quienes se opongan a su bien educada y pacífica protesta... En virtud de lo expuesto, solicito en forma respetuosa al Honorable Magistrado, se declare inhibido para fallar por ineptitud sustantiva de la demanda".

"3.-El agente del Ministerio público no emitió concepto de fondo.

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

"1.-Cuestión previa.

"1.1. La excepción de ineptitud de la demanda.

"1.2. Se fundamenta la excepción en estos hechos: a.-Haber pedido los demandantes la indemnización de "lo que les cueste el pleito", de "la pérdida, crianza, educación, establecimiento de todos los gastos en tiempo y dinero en favor de Mario Alonso Tobón Alzate... y pérdida del derecho a exigirle alimentos, en abstracto considerado...", y b.-Haber solicitado los mismos indemnización de perjuicios materiales, en virtud del art. 107 del C. Penal (400 gramos oro-fino). El hecho de que los demandantes formulen peticiones que se consideren improcedentes en el momento de fallar no significa que la demanda sea inepta. El acierto en cuento (sic) a tales aspectos constituye más bien un presupuesto para una sentencia de mérito favorable. La aptitud de la demanda depende de elementos de contenido formal, como los que tienen que ver con la estimación razonada de la cuantía, la expresión de los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción, etc. (artículo 137 del C.C.A.).

"1.3. Así, pues, no se configura en este proceso la excepción de inepta demanda.

"2.-El fondo de la demanda

"2.1. Como se ve, los actores alegan que Mario Alonso Tobón fué muerto por los policías sin que mediaran ninguna justificación.

"2.2. El Consejo de Estado ha establecido que la responsabilidad extracontractual de la Administración se configura cuando se demuestran los siguientes extremos; a.-Una falla del servicio. b.-un daño, y c.-Un vínculo de causa a efecto entre dichos elementos.

"3. La falla del servicio.

"3.1. Los medios de convicción incorporados a los autos permiten establecer; a.-Que un numeroso grupo de revoltosos se dió a la tarea de provocar disturbios el día 25 de octubre de 1988 en los predios de la Universidad de Antioquia y en algunos sectores aledaños a ésta. b.-Que la policía nacional se hizo presente en el lugar y fué atacada con bombas y otra clase de elementos.

"c.-Que una parte de los estudiantes del plantel emprendió la retirada de la Universidad, por diferentes sitios. d.- Que uno de tales alumnos, Mario Alonso Tobón, quien conversaba con dos compañeros mientras tomaban el bus que las (sic) conduciría a sus residencias, fué abordado cerca al restaurante Katy por el señor John Jairo García Giraldo Corredor, quien se había alejado del escenario de los hechos. e.-Que el citado Tobón no aparentaba haber estado corriendo, sino que daba la impresión de llevar algún tiempo en ese lugar. Véanse al respecto las siguientes declaraciones:

"3.2. John Jairo Giraldo: "Ese día me dirigí a la Universidad a las doce del día, cuando entré había terminado la asamblea programada para ese día, en ese momento salieron un grupo de personas haciendo un motín y gritando consignas, después procedieron a atacar a la policía que estaba de vigilancia en la puerta y hubo disparos, yo salí por la puerta que da sobre la vía del Ferrocarril, aclaro por la de Juan del Corral, fuimos hasta Carabobo y bajamos a Barranquilla, empezamos a a mirar a la puerta pirncipal de Barranquilla haber que estaba sucediendo que era donde estaba la ación, la policía enfrentandose con las personas, luego sonó un petardo y empezó la policía a disparar en todas las direcciones y todas las personas salimos corriendo. Yo corrí por carabobo con otros compañeros que no los volví a ver hasta la calle 61, más concretamente llegué al sitio conocido como restaurante "Katy", donde paré a descansar un momento y fué en esa esquina donde encontré a Mario Tobón, llegué agitado y él no mostraba signo de estar corriendo, sino que debía llevar tiempo de estar parado en esa esquina, se encontraba en compañía de otras dos compañeras de la carrera quienes estaban esperando bus para irse para la casa. Luego de que ellas se fueron vimos que seguían bajando muchos estudiantes de la universidad, mientras tanto Mario y yo dialogabamos sobre lo que estaba sucediendo". (Folios 79 y ss, cuaderno N° 1). Luis Javier Arroyave Morales, quien ejercía a la sazón el cargo de Rector de la Universidad de Antioquia: "El día 25 de Octubre del presente año, encontrándome aquí en la rectoría a eso de las doce y media del día, acompañado del equipo Rectoral unas cuatro personas, y en momentos en que salía del teatro Camilo Torres de la Universidad una concentración estudiantil, que se dirigía hacia la postería (sic) de la Calle Barranquilla empezamos a escuchar las detonaciones de unas bombas de las denominadas "Papas". La gente y distintos estamentos de la Universidad, empezaron a evacuar la Universidad. Estas detonaciones duraron aproximadamente media hora, retornando al cabo del tiempo, la calma en la ciudad universitaria. Como a la una y media cuando el equipo rectoral elaboraba un comunicado a la opinión pública sobre los hechos acontecidos, fui informado, por miembros de la Universidad que se había hecho presente la Policía de la Avenida Ferrocarril, policía con varios uniformados a pié y en motos. Aclaro que los uniformados que se hicieron presentes son diferentes a aquellos que ordinariamente nos prestan servicio de apoyo de vigilancia en las porterías y que son policías no armados.". (Folio 15, cuaderno N° 2).

"3.3. Flor Angela del Socorro Múnera: "El día Martes 25 de octubre del presente año, aproximadamente entre una y una y media de la tarde, tras los disturbios ocurridos en la universidad, salí corriendo por la parte de Ingeniería con mucha gente, ya que se escuchaban disparos y me resguardé junto con algunos estudiantes en una dependencia del seguro social que queda cerca de la Universidad. Luego me dirigí a la facultad de medicina en compañía de otros estudiantes. Allí esperé un breve rato, mientras se calmaban un poco las cosas, cuando dieron en la facultad de medicina la orden de evacuar y yo salí a coger el bus por la Avenida Juan del Corral por la cera (sic) del lado derecho, cuando

en mitad de la cuadra, escuché unas detonaciones y corrí hacia el lugar donde creí venían las detonaciones". (Folios 35 y ss. Cuaderno N° 2).

"4. De acuerdo con el relato de los testigos presenciales, Mario Alonso Tobón permaneció un tiempo con su acompañante en el lugar descrito antes. Posteriormente los dos se dieron cuenta de la presencia de un vehículo de la policía: "En un momento determinado llegó una patrulla de la policía, Mario me avisó que había llegado porque yo estaba dando la espalda...", dice John Jairo Giraldo. Y agrega: "Me dijo -Mario- que nos fueramos, se mostró muy nervioso, voltié a mirar y ví cuatro agentes de la policía, no estoy muy seguro de como vestian y las armas que portaban, unos traían casco y peto y los otros no, simplemente venían con su uniforme de oficiales completo, no se de las armas por la rapidez y porque de armas no conozco realmente. Mario me dijo que nos fueramos, arrancó a correr y salí detrás de él, corrimos por la carrera 52 y voltiamos en la esquina de la calle 60 por la vía conocida como Juan del Corral. Poco antes de llegar a la esquina escuche tres disparos, con el el primero de ellos cayó Mario al suelo, él venía delante de mí y pude ver perfectamente que caía, yo gané la esquina y me escondí. Desde el sitio donde estaba escondido oía los comentarios de las personas, decían que estaba vivo, que se aferraba a su maletín y que la policía no lo trasladaba ni lo dejaba trasladar a un hospital. Al poco tiempo oí el comentario en que se decía que se había muerto, que lo habían dejado morir en la calle. Esperé a que se calmara la situación y me fui. PREGUNTADO: A que distancia se encontraba Mario de Ud. cuando se produjo el disparo?. CONTESTO: A uno o dos pasos, la distancia era poca, iba delante de mí. PREGUNTANDO: De dónde provino el disparo?. CONTESTO: De mi espalda, no se quién hizo el disparo".

"4.1. Así, pues, el declarante no sabe quién o quienes hicieron los disparos, pero si trae a cuento dos hechos, que, unidos a la situación de enfrentamiento entre los agentes y los amotinados que se vivía o se había acabado de vivir en los campos de la Universidad, dan serias bases para despejar las dudas, a saber: a.-John Jairo Giraldo y Mario Alonso Tobón se retiraron, a las carreras, del lugar donde se hallaban, tan pronto vieron el carro de la policía, y en especial, cuando el primero observó luego a cuatro agentes fuera del automotor, y b.- Una buena parte de los testigos relatan que los representantes de la autoridad hicieron numerosos disparos. Que el dicho del citado Giraldo y los hechos que deja entrever son ciertos, lo confirman otras personas.

"4.2. Iván Dario Vélez Ospina: "El día martes 25 de octubre aproximadamente entre una y una y media de la tarde yo me encontraba cerca al cruce de la Avenida Carabobo con calle Moore, cuando en ese momento pasaron algunos policías como tres o cuatro, a pié y también se estaba acercando una patrulla de la policía, me parece como una camioneta. Uno de los agentes que estaba a pié le hace señas a la patrulla de que devolviera, luego en la acera del frente de la vía carabobo donde yo me encontraba, un poco más adelante de la patrulla caminaba el señor MARIO ALONSO TOBON. De un momento a otro no se

porqué el corrió, junto con otros compañeros y otros civiles. Cuando ellos corrieron uno de los agentes de a pié dijo algo así como "Ahí corrió", refiriéndose a alguno del grupo y los agentes salieron en persecución del grupo, los que iban corriendo, subieron por Moore y yo me acerqué más hacia el cruce y cuando los policías prácticamente llegaron al cruce, escuché varios disparos pero con diferente ruido o sea que debieron provenir de diferentes armas. Luego, vi a MARIO ALONSO en el suelo, y una persona que no supe quien sería dijo que estaba herido que lo recogieran. Entonces uno de los agentes dijo "Qué quiere que yo haga"...". (Folios 26 y ss. cuaderno N° 2).

"4.3. Ramón Antonio Saldarriaga: "El día martes 25 de octubre del presente año, entre la una y media y faltando diez para las dos, me encontraba en la carrera Carabobo con Moore, haciendo cambiar los empaques de las puertas y cajuelas de un vehículo. De pronto se oyeron unos disparos en carabobo. En ese momento pasan por Moore, dos estudiantes corriendo y detrás de ellos tres agentes de la policía, dos de ellos morenos armados de Galil y el otro con una carabina de repetición, quien fué el que le disparó al estudiante en dos ocasiones. El agente, se corrige el estudiante cae, los policías se esconden sobre la Avenida Juan del Corral, nosotros nos vamos a mirar al muchacho a prestarle ayuda y faltaban unos cinco o seis metros para llegar a él, cuando los agentes aparecen de nuevo y nos amenazan a los presentes, QUE, ERAMOS MUCHOS diciendo: "Maricas H.P., no se arrimen allí" y de una vez nos apuntaron con las armas. Eran los mismos tres agentes. Luego de pasados por ahí unos cinco minutos, de haber requizado los agentes una pareja que llevaba dos maletines, baja el agente de la carabina de repetición y es cuando yo miro a ver si tiene la placa visible y no la tiene, la cual va encima del apellido y el apellido de él es GAITAN. El agente Gaitán, baja hacia Carabobo y le dice a un señor que tenía una moto allí parqueada, que lo lleve al puesto de Policía de la Glorieta de Fatelares, al CAI; al determinado tiempo, aparece una patrulla de la policía de las Nissan Patrol, que pasa por el mismo sitio donde se encuentra el cadáver y en la silla de atrás o en la banca de atrás el mismo agente GAITAN , al pasar mira hacia el cadáver y luego se esconde. La camioneta pasa despacio y se aleja. Quiero aclarar que un cuarto de hora antes de que pasara esta patrulla, ya se encontraba en el lugar la patrulla No. 508, del cual se bajan los agentes y preguntan qué pasó allí. Entonces, responde una de las curiosas, un agente lo mató, y entonces uno de los agentes la estruja y la amenaza diciéndole "Que se fuera" o la montaba en la patrulla. Luego salí en mi carro y me fuí para mi trabajo. Eso es todo". (Folios 29 y ss. Cuaderno N° 2).

"4.4. En tales condiciones, todo indica que los agentes sí persiguieron a los dos fugitivos y finalmente le dieron muerte a Mario Alonso Tobón Torres. Algunas personas dan a entender que el apellido del policía que hizo los disparos era Gaitán, lo que no fué posible comprobar en los archivos del cuerpo armado civil. La Sala cree que tal circunstancia no desvirtúa la responsabilidad de la Nación, por cuanto es claro que en esta clase de contenciosos se trata es de la responsabilidad anónima del servicio y ha quedado probado que las personas que hostigaban a los dos estudiantes y les dispararon luego ostentaban la

investidura de policías. Ha de concluírse, entonces, que la Nación incurrió en una falla del servicio, cuando se dio muerte a Mario Alonso Tobón, en el momento en que huía, (es decir, los disparos penetraron por la parte posterior de su cuerpo), y a pesar de que no ofrecía ningún peligro para la humanidad de quienes lo perseguían, porque no portaba armas de ninguna clase.

"5.-El daño.

"5.1. Este elemento lo acreditan la diligencia de necropsia de los folios 43 y ss., donde se hace constar: "Cadáver de un hombre blanco, 21 años de edad, 1.68 mts. de talla, tibio, flácido, livideces en dorso. 1). Orificio de entrada circular de 0.5 cms. con bandaleta contusiva en noveno espacio intercostal derecho con línea paravertebral, trayecto adelante y no se recupera proyectil. 2). Orificio de entrada, circular de 0.5 cms, con bandaleta en octavio (sic) espacio intercostal derecho con línea escapular externa, trayecto adelante y a la izquierda y se recupera proyectil en tejido muscular pectoral izquierdo. 3) Orificio de entrada circular de 0.5 cms. en tercio proximal, posterior e interno del muslo derecho, con trayecto adelante y salida al mismo nivel, parte anterior ... CONCLUSION: La muerte de MARIO ALONSO TOBON ALZATE se debió a shock hipovolémico, heridas de aorta y pulmón, por proyectil de arma de fuego. La supervivencia sería de 45.48 años más". Concurre también a la demostración del daño la amplia prueba testimonial y documental incorporada a los autos.

"6. El nexo causal.

"6.1. Es innegable la relación existente entre la acción ilegal de los agentes y el daño que ello infirió a los actores. Además no se probó la existencia de los fenómenos eximentes de la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la misma víctima. No sobra agregar que la jurisprudencia presume la responsabilidad de la Nación, en tratándose de muertes causadas con armas oficiales. Eso es, que este asunto pudo haber sido manejado también bajo la perpectiva de la falla presunta.

"7. Los perjuicios.

"7.1. Los morales.

"7.2. El daño moral se presume en su mayor intensidad cuando se trata de padres e hijos. Se condenará, por tanto, a la Nación, a pagar a Raúl de Jesús Tobón Cardona y Edilvia de Jesús Alzate de Tobón, padres del fallecido, la suma que corresponda a 1000 gramos de oro puro, por razón del perjuicio moral. Una presunción igual opera en cuanto a los hermanos. La nación será condenada, entonces, a cubrir a los hermanos de Mario Alonso Tobón: Nestor Raúl, Luis Guillermo, William Augusto y sandra Edith Tobón Alzate, lo que equivalga a 500 gramos del mismo metal.

"8. Los perjuicios materiales.

"8.1. Lo que "les cueste el pleito" a los actores.

"8.2. Como lo ha repetido la jurisprudencia, los honorarios del abogado hacen parte del concepto costas y la Nación no puede ser condenada al pago de los mismos (Artículo 171 del C.C.A.).

"8.3. "...de la pérdida de la crianza, educación y establecimiento..." de Mario Tobón.

"8.4. Después de anotar que no reposa en los autos ni la más mínima prueba de esta supuesta pérdida, la Sala replica al respecto que los padres no están legitimados para reclamar el pago de lo que les haya costado el establecimiento de los hijos, porque ellos se limitan a dar cumplimiento a un deber legal: el hecho de traer esos seres a la vida les impone la obligación de dotarlos de todo lo que se requiera para que puedan llevar una existencia digna. Además, no es su caso el de quien invierte un dinero que se espera recuperar posteriormente como si se tratará de una mercancía que se compra con el propósito de obtener una ganancia futura. Como dice el autor Javier Tamayo: "Lo que los padres han invertido en la edución y mantenimiento del menor fallecido no puede ser cobrado por ellos a título de daño emergente o lucro cesante. En efecto, estos gastos obedecen al cumplimiento de una obligación alimentaria y sería grotesco que la crianza de un hijo se tuviera como una inversión, cual si se tratáse de una alcancía o cualquier animal "de engorde". Por otro lado, esos gastos hechos en vida del menor no tienen ningún nexo causal con su muerte. En consecuencia, sólo cuando los padres demuesten que de no haber muerto el menor se habrían beneficiado de sus ingresos futuros, habrá lugar a cobrar perjuicios materiales derivados de la imposibilidad de que el menor obtuviera algún día esas ganacias". (De la responsabilidad Civil. Tomo II. Pág. 428).

"8.5. "La privación de la ayuda económica que con toda seguridad les hubiese prestado de no haber muerto prematuramente, calculado sobre los ingresos profesionales a partir de los veinticinco años de edad....".

"8.6. Lo más probable, o lo que normalmente sucede, es que el hijo de familia se establezca independientemente al cumplir los 25 años de edad. Parten, pues, los demandantes de una premisa inexacta, o incierta, por decir lo menos: la de que a partir de esa edad y hasta el término de su vida probable Mario Alonso habría ayudado económicamente a sus padres.

"8.7. La Sala no se extiende en otras consideraciones sobre este tópico porque los accionantes no adujeron otros hechos distintos con miras a sacar avante su petición.

"8.8. La factura del folio 14 no fué reconocida por su signatario. No habrá, entonces, condena por el daño emergente, ya que el Decreto 2651 de 1991, no es aplicable a este proceso.". (fls. 102-113 C N° 1).

II
CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Al folio 120 del Cuaderno N°1, obra el escrito en que la mandataria judicial de la Nación-Policía Nacional, manifiesta:

> "La entidad demandada considera que la sentencia consultada debe confirmarse por cuanto se ajusta a los criterios jurisprudenciales de esa Honorable Corporación".

III
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia consultada será confirmada, pues en ella se hace una seria y justa valoración de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, por lo que se impone concluir que el fallo, en todo su universo, se ajusta a la ley y al derecho.

La prueba testimonial que apreció el sentenciador de instancia, esto es, los testimonios de JOHN JAIRO GIRALDO, FLOR ANGELA DEL SOCORRO MUNERA, IVAN DARIO VELEZ OSPINA Y RAMON ANTONIO SALDARRIAGA, tienen fuerza de convicción y todos son contestes en afirmar que el occiso MARIO ALONSO TOBON ALZATE fué muerto por uno de los agentes de la fuerza policiva con motivo de los disturbios que se desataron en la Universidad de Antioquia, sin que la víctima tuviera nada que ver con ellos, pues no se enfrentó a la fuerza pública, ni disparó arma alguna.

Del informe al Dr. José Martín Hernández Maldonado, Procurador Delegado de la Policía Nacional, por el Asesor Jurídico, Dr. Humberto Ruíz, (C2, fol. 59 y ss.ss), se concluye que es inequívoco"... que la fuerza pública se hizo presente en las Instalaciones de la Universidad provista de armamento de largo y corto alcance, *en procedimiento inusual tratándose de disturbios estudiantiles. Lo cierto es que los uniformados dispararon sus armas en numerosas ocasiones".* (Subrayas de la Sala).

La conducta inocente de la víctima es bien relatada por la Señorita MARIA TERESA PRADA MANSILLA, en la declaración que rindió ante el Asistente Jurídico de la Procuraduría, que la Sala valora por haberse recepcionado dentro de la investigación disciplinaria. En lo pertinente de su deposición ella discurre dentro del siguiente temperamento:

> "El día martes 25 de octubre del presente año, yo me había citado con mi compañero MARIO ALONSO TOBON, faltando un cuarto para las diez de la mañana, en el laboratorio de Biología celular. Me encontre con él faltando cinco minutos para las diez de la mañana y comenzamos a trabajar en el laborato-

rio. Allí sembramos cebollas, para un experimento y trabajamos, hasta cuando aproximadamente faltando diez minutos para la una de la tarde, empezaron a sonar petardos, escuchamos más o menos unos seis petardos seguidos. En ese momento nos encontrábamos seis compañeros y decidimos todos que lo mejor era salir, que no debíamos quedarnos en el laboratorio. Apagamos todo, cerramos el laboratorio ... y un compañero que hacía práctica de fisiología se quedó con las llaves ya que no había a quien entregárselas. Salimos caminando tranquilamente por la parte de Ingenierías que queda sobre la avenida del ferrocarril. Allí en la puerta en vista de que aparentemente ya todo se había calmado, esperamos cinco minutos, cuando pasaron por esa vía patrullas de la policía y entonces decidimos no quedarnos allí y subimos una cuadra hasta alcanzar la carrera Carabobo. Nos fuimos caminando por esa carrera, , hacia el centro , decidiendo a ver donde estudiábamos, inclusive MARIO ALONSO se lamentaba de que los disturbios pudiera originar un cierre de la Universidad, cosa que él no quería. Seguimos caminando y nos detuvimos en el cruce de la Avenida Barranquilla con la carrera Carbobo. La calle Barranquilla estaba cerrada para el flujo vehícular, la carrera sí estaba en funcionamiento. Nos detuvimos en el semáforo que queda en la calle Barranquilla, , esto es a una cuadra de la entrada peatonal de la Universidad. En ese semáforo nos detuvimos a conversar y en esa esquina había muchos estudiantes. Llevávamos como cinco minutos conversando cuando escuchamos una explosión violenta y no supimos si era una bomba o no y enseguida a la explosión se escucharon disparos y todo el mundo empezó entonces a correr. Yo atravesé la carrera con un compañero y subí por Barranquilla, me entré a la primera puerta que encontré abierta ya que seguían los disparos y hasta ese momento supe de MARIO ALONSO. Ya en la noche, por el noticiero de Teleantioquia me enteré de la muerte de MARIO ALONSO. Eso es todo...". (Fls. 25 y 26 Cdno. N° 2).

Del comunicado que tanto el Señor Rector de la Universidad de Antioquia, Dr. Luis Javier Arroyave, como el Secretario General de la misma, Señor Roberto León Ojalvo expidieron con motivo de los trágicos acontecimientos, se sabe que Mario Alonso Tobón "... estaba matriculado en el tercer nivel del Programa de Biología de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales y según consta en su hoja de vida, se trataba de un estudiante con buen rendimiento académico..."

Dentro del marco anterior se impone concluir que la administración es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados con su accionar, a los demandantes.

Para la Sala los estudiantes pacíficos de la Universidad no tienen porqué soportar el daño que les causa el enfrentamiento de las fuerzas del orden con las del desorden. Sus predios y sitios aledaños tampoco deberían ser utilizados ni por los unos ni por los otros como campo de batalla. La Universidad es un servicio público y está condicionada por la estructura del mundo como repertorio general de vigencias de todo orden, como lo recordara en su momento Ortega y Gasset, pero su razón de

existir se centra en la docencia. "Propiamente, consiste en eso; todo el resto es lo que hace posible la docencia, lo que la completa, sus consecuencias y efectos", destaca el filósofo citado.

Los centros universitarios deben ser, en todo momento, sitios de peregrinación a la no-violencia, que no es la no-resistencia al mal, sino la resistencia sin violencia contra éste. También santuarios donde se oficia en la filosofía del respeto a la dignidad humana, a la cultura de la paz y del amor. Por ello cada vez que se invadan sus predios o sus aulas, se corre el riesgo de tener que indemnizar, a terceros inocentes, los daños causados.

B) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, ella quedó bien demostrada. Igualmente el DAÑO Y LA RELACION DE CAUSALIDAD. Por lo demás, el centro de imputación jurídica demandada no logró demostrar ninguna causal de exoneración de responsabilidad como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Tan comprometida se encuentra la administración, en el caso sub-exámine, que su apoderada pide, en el alegato presentado ante el *ad-quem* que se confirme el fallo de instancia.

Por todo lo anterior, se patrocina la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el *a quo* en favor de RAUL DE JESUS TOBON CARDONA, EDILVIA DE JESUS ALZATE DE TOBON (Padres) y de WILLIAM AUGUSTO, NESTOR RAUL, LUIS GUILLERMO Y SANDRA EDITH TOBON ALZATE (hermanos), por los montos indicados en la sentencia consultada.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia calendada el día veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro.

SEGUNDO: Expídanse las copias de fallo con destino a los interesados, precisando cuál de éllas presta mérito ejecutivo.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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 DEL EJERCITO-Vehículo oficial/ACTIVIDAD PELIGROSA/EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-Inexistencia.

Se acreditó que un vehículo perteneciente a las empresas públicas de Buenaventura, conducido por el Señor Fredy Quiñones V., atropelló en esta ciudad a varias personas en la avenida Simón Bolívar, entre las que se contaba la señora Jenny Lozano B. Estos hechos centrales, que no sólo lo discuten las partes sino que los aceptan, permiten aplicar al caso la jurisprudencia de la presunción de responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es la de conducción de vehículos oficiales. Jurisprudencia que únicamente le permite a la persona responsable exonerarse de la responsabilidad usando la fuerza mayor, el hecho del tercero, exclusivo y determinante, o la culpa exclusiva de la víctima.

COMPAÑIA DE SEGUROS/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/PAGO-Descuento/CONTRATO DE SEGUROS/DOBLE INDEMNIZACION-Improcedencia.

Deberá descontarse lo percibido por el Señor Nelson Rodríguez de manos de la nacional de seguros por concepto de "pago valor amparo de muerte de Jenny Lozano fallecida a consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 12 de abril de 1990 y reembolso valor gastos funerarios efectuados por el fallecimiento de Jenny Lozano. Para entender este descuento hay que recordar que el pago lo hizo la compañía de seguros en virtud del contrato de responsabilidad civil que la demandada había celebrado con dicha compañía, precisamente para responder por los daños causados, entre otros, por sus vehículos automotores. Y no tendría sentido que ocurrido el hecho, la persona damnificada pudiera percibir una doble indemnización y que a la asegurada el contrato de seguro no le implicara ninguna ventaja económica, puesto que en eventos como el aquí previsto siempre tendría que pagar el total de la indemnización, como si el seguro no hubiera existido.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C. agosto veintitres (23) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº 8011. Indemnizaciones. Actor: Nelson Rodríguez y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de septiembre de 1992, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. Declarar a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE BUENAVENTURA, administrativamente responsable por la muerte de la señora JENNY LOZANO BRAND ocurrida el día 12 de abril de 1990 en accidente de tránsito ocasionado con un automotor de propiedad de la demandada y conducido por empleado al servicio de la misma.

"SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, se ordena el reconocimiento por parte de las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE BUENAVENTURA por concepto de perjuicios morales de a UN MIL (1.000) GRAMOS ORO liquidados en pesos colombianos al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada una de las siguientes personas: NELSON RODRIGUEZ identificado con la cedula de ciudadanía número 6.158.124 expedida en Buenaventura (Valle), DEYLER DE JESUS, OLGA TERESA, NELSON EDUAR, ADIELA YINETH, CARLOS JHOAN Y WISTON JAIR RODRIGUEZ LOZANO; y QUINIENTOS (500) GRAMOS ORO de acuerdo con el valor que en pesos certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia para MARTHA LILIA GIL VALENCIA, identificada con la cédula de ciudadanía número 26.296.106 expedida en B.B. (Chocó) o a quien sus derechos representen.

"TERCERO. Las sumas aquí reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios despues de este término.

"CUARTO.-Se niegan las demás peticiones de la demanda.

"QUINTO.-De no ser apelada, CONSULTESE".

En la demanda instaurada por el señor Nelson Rodríguez y otros contra las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura el 29 de octubre de 1990, se hizo, en síntesis, la siguiente narración fáctica:

"En los hechos de la demanda se dice, que el conductor del vehículo oficial señor FREDDY QUIÑONES el día del accidente, manejaba a excesiva veloci-

dad por la avenida Simón Bolívar de la ciudad de Buenaventura, cuando al tratar de frenar el vehículo se fue contra uno de los muros de las instalaciones de Arpecol, chocando luego contra otro automotor y atropellando a la señora JENNY LOZANO, causándole múltiples heridas y contusiones que le acarrearon la muerte".

Cumplido el procedimiento de la primera instancia, el a quo decidió en la forma indicada atrás. Inconforme la parte demandada, apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 218 y siguientes del cuaderno principal. Allí alega, despues de reconocer que la tragedia fue causada por el conductor oficial cuando conducía un vehículo de propiedad de la misma, que todo se debió a "las condiciones del suelo y al tiempo" y sin intención de causar daño; además, que el vehículo estaba mal de frenos y el ingeniero que lo utilizaba sabía de antemano esta circunstancia.

Concluye su alegato pidiendo la denegación de las pretensiones de Deyler de Jesús, Carlos Jhoan, Olga Teresa, Nelson Eduar, Adiela Yineth y Wiston Jair Rodríguez Lozano, puesto que la sedicente madre no firmó las respectivas actas de nacimiento. Así mismo que se debe descartar de la condena a Marta Lilia Gil Valencia porque no se demostró que era hija de crianza de la misma señora Jenny Lozano B.

Durante el trámite de segunda instancia sólo intervino el Ministerio Público (ver escrito a folios 227 y siguientes), el cual considera que la responsabilidad del ente demandado resultó bien establecida, pero que se debe acoger parcialmente al recurso intepuesto. A este respecto, anota:

"En relación con la legitimidad de los hijos de la víctima, que aparecen demandando, este despacho comparte los razonamientos del sentenciador de primera instancia cuando dice: "... A folios 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del cuaderno principal aparecen certificaciones de los registros notariales de nacimiento correspondientes a las siguientes personas: Deiler de Jesús Rodríguez Lozano, Olga Teresa Rodríguez Lozano, Nelson Eduard Rodríguez Lozano, Adiela Yineth Rodríguez Lozano, Carlos Jhoan Rodríguez Lozano y Wiston Jair Rodríguez Lozano. En todos ellos se certifica que fueron reconocidos por el padre señor Nelson Rodríguez al firmar el acta correspondiente, haciéndose constar además que la señora Jenny Lozano era su madre. Para la Sala son suficientes tales documentos para comprobar el parentesco de las personas que reclaman los perjuicios morales en su calidad de hijos de la víctima, por cuanto en primer lugar se han acreditado a través de documentos públicos cuya veracidad y legalidad no ha sido controvertida en el presente proceso y de otra parte la entidad demandada no aportó prueba que permita deducir que prosperó alguna impugnación propuesta por la señora Jenny Lozano Brand en vida respecto de dichas filiaciones, de conformidad con la ley...".

"No sucede lo mismo en relación con MARTHA LILIA GIL VALENCIA, quien aparece demandado en su condición de hija de crianza de la víctima, por las siguientes razones:

"Teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, en el presente caso, las personas que aparecen como actoras se encuentran en diferentes condiciones: Nelson Rodríguez aparece actuando en su calidad de compañero permanente, situación ésta que logró probar con las declaraciones recepcionadas durante el trámite del proceso. Su condición de compañero podría decirse que lo equipara al de cónyuge, con derecho a demandar por la muerte de quien fue su compañera y madre de sus hijos.

"Sobre la condición de hijos naturales de quienes demandan, no obstante que existen algunas providencias de la Sección Tercera que afirman otra tesis, este despacho como ya se dijo antes, encuentra suficientemente probada su calidad de hijos de la señora JENNY LOZANO BRAND y por tanto tienen derecho a que se les reconozcan los perjuicios solicitados.

"En relación a la hija llamada de crianza MARTHA LILIA GIL, debe existir un mayor rigorismo al analizar su condición.

"La aflicción o el dolor que le haya podido causar la muerte de la señora LOZANO BRAND a la demandante antes mencionada, no es suficiente, pues era necesario establecer el elemento parentesco.

"Admitir como lo hace el tribunal que la joven "que ayudaba en los quehaceres hogareños" tenga derecho a la indemnización por perjuicios morales, es además de equivocada, peligrosa; con esa interpretación se está dando la posibilidad de un número ilimitado de demandantes que solamente tendrían que establecer con unas cuantas declaraciones el supuesto dolor o aflicción que en ellos produjo la muerte o la lesión sufrida por la persona por la cual se reclama.

"El elemento parentesco que siempre se ha tenido en cuenta y se ha exigido para determinar en estos casos la legitimación, es la única manera posible para evitar los abusos que de otra manera podrían presentarse. En esto ha sido sabia la jurisprudencia al remitirse a los órdenes hereditarios que consagra la legislación civil y que han servido para establecer quiénes tienen derecho a solicitar la indemnización de perjuicios.

"Con la aventurada tesis que plantea el tribunal, contraria a la jurisprudencia constante del Consejo de Estado, se vería seriamente expuesto el patrimonio público, pues con ella se facilitaría a demandantes inescrupulosos a que encontraran una fácil manera de obtener un ilegítimo enriquecimiento".

Ni la parte actora ni la demandada actuaron durante la segunda instancia.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La sentencia merece ser confirmada en lo fundamental, ya que el análisis hecho por el Tribunal se ajusta no sólo a las orientaciones de la jurisprudencia, sino a la realidad que muestran los autos, como pasa a explicarse:

Se acreditó que un vehículo perteneciente a las Empresas Públicas de Buenaventura, conducido por el señor Fredy Quiñones V., atropelló en esa ciudad a varias personas en la avenida Simón Bolívar, entre las que se contaba la señora Jenny Lozano B.

Estos hechos centrales, que no sólo no los discuten las partes sino que los aceptan, permiten aplicar al caso la jurisprudencia de la presunción de responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es la conducción de vehículos oficiales. Jurisprudencia que únicamente le permite a la persona responsable exonerarse de responsabilidad probando la fuerza mayor, el hecho del tercero, exclusivo y determinante, o la culpa exclusiva de la víctima.

Causales éstas que ni siquiera se alegaron por la entidad demandada, la que se defendió alegando las condiciones del tiempo y del suelo, y su falta de intención en la comisión del hecho; extremos no probados tampoco y que, aunque hubieran resultado demostrados, no habrían tenido relevancia exculpativa, por lo atrás anotado. Igualmente el conductor oficial acepta el mal estado de los frenos del vehículo y el conocimiento que sobre ese punto tenían los responsables del mismo con anterioridad al accidente.

Los perjuicios

La parte demandada demostró adecuadamente su legitimación por activa; y, con base en los hechos probados, el *a quo* condenó al pago de perjuicios morales exclusivamente. Aunque se presentó alguna discrepancia sobre dicha legitimación, la Sala estima que el punto no merece reparos, así no se haya probado el parentesco existente entre la sedicente madre, señora Yenny Lozano B., y sus hijos Deyler de Jesús, Olga Teresa, Nelson Eduar, Adiela Yineth, Carlos Jhoan y Wiston Jair Rodríguez.

Prueba de parentesco que no es la única en estos procesos, porque los demandantes no actúan como herederos de la señora Lozano sino simplemente como personas damnificadas con su muerte. Por esta razón se entiende que este carácter se infiera en forma inequívoca de los testimonios que obran a folios 216 y siguientes del cuaderno de pruebas, en especial de las declaraciones de los señores Pablo Montaño Segura, Jorge Segura Aragón, Jose Florentino Granja y Leopoldo Velasco Caicedo. Declaraciones contestes, serias, razonadas, con explicación de la razón de sus dichos, que coinciden en poner de relieve la relación concubinal notoria, permanente, por muchos años, existente entre el señor Nelson Rodríguez y la señora Lozano Brand y la relación familiar materno filial prolongada en el tiempo entre ésta y los jóvenes señalados como hijos extramatrimonialmente suyos; los que, en el acto de reconocimiento hecho por su padre figuran como hijos de la señora Lozano Brand.

Prueba testimonial que quedó bien reforzada en los documentos del estado civil arrimados al proceso los que si bien legalmente, como se dijo, no demostraron que la señora Jenny era la madre natural de sus sedicentes hijos por no haber suscrito las actas correspondientes, sí son un principio de prueba sobre tal extremo y permiten darle plena credibilidad a los testimonios aludidos.

Sobre Martha Lilia Gil Valencia tampoco existe reparo. La prueba testimonial, aludida atrás, la señala como hija de crianza de la pareja Rodríguez Lozano. Sobre esto los testigos coinciden en lo que la joven significaba para la pareja y para los hijos de ésta. Muestran estos testigos el respeto y el trato familiar que le brindaban a la señorita Gil Valencia, quien empezó a convivir con la familia Rodríguez Lozano desde los primeros años de su vida. Coinciden en afirmar los declarantes que siempre fue tratada por todos como una hija más y que los vecinos y amigos así la consideraron siempre.

Aunque la Sala con apoyo en esas pruebas le habría dado posiblemente el mismo tratamiento que a los demás hijos, en vista de que el asunto se conoce sólo por apelación de la parte demandada, se limitará también en este punto, a confirmar el fallo apelado.

Finalmente, la Sala observa:

Como se dijo, la sentencia será confirmada en lo fundamental, con la modificación de que sí deberá descontarse lo percibido por el señor Nelson Rodríguez de manos de la Nacional de Seguros por concepto de "pago valor amparo de muerte de Jenny Lozano fallecida a consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 12 de abril de 1990 y rembolso valor gastos funerarios efectuados por el fallecimiento de Jenny Lozano".

Para entender este descuento hay que recordar que el pago lo hizo la Compañía de Seguros en virtud del contrato de responsabilidad civil que la demandada había celebrado con dicha Compañía, precisamente para responder por los daños causados, entre otros, por sus vehículos automotores. Y no tendría sentido que ocurrido el hecho, la persona damnificada pudiera percibir una doble indemnización y que a la asegurada el contrato de seguro no le implicara ninguna ventaja económica, puesto que en eventos como el aquí previsto siempre tendría que pagar el total de la indemnización, como si el seguro no hubiera existido.

No varía el enfoque la existencia de diversidad de causa. Es claro que la indemnización por la falla del servicio tiene su origen precisamente en ésta y la derivada del contrato de seguro nace del convenio mismo una vez producido el siniestro; pero también lo es que, como sucedió aquí, en uno u otro evento se busca resarcir un daño único, el causado con la muerte de la señora Lozano. Muerte que no puede ser causa de enriquecimiento para nadie ni motivo de múltiple indemnización.

En tales condiciones, de la indemnización correspondiente al señor Nelson Rodríguez, por perjuicios morales, deberá deducirse la suma de $ 962.500 pagada por la muerte de la señora Lozano Brand a dicho señor.

Por lo expuesto y de acuerdo en lo fundamental con la señora fiscal colaboradora, 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 25 de septiembre de 1992, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca, con la advertencia que la condena hecha a favor del señor Nelson Rodríguez deberá entenderse disminuida en la suma de NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($ 962.500).

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 20 de agosto de 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.

ACUMULACION DE PROCESOS/ECONOMIA PROCESAL.

No hay lugar a limitar por razones de etapas más o menos cercanas, la acumulación, pues su objetivo es la economía procesal; el rendimiento del proceso ante el derecho sustancial que se alega, sin que por ello se entienda atropellado o retardado el proceso más antiguo, pues teniendo en cuenta la eficacia procesal del desarrollo en conjunto, no resulta disminuída la celeridad del mismo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintitres de mil novecientos noventa y tres.

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

Referencia: Expediente N° 7894. Actor: Ana Delia Valencia Castrillón. Demandado: Departamento de Caldas.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto de septiembre 4 de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas en el cual se tomaron las siguientes decisiones:

"**PRIMERO**. Deniégase la acumulación de los procesos a que se ha hecho referencia.

"**SEGUNDO**. Condénase a pagar al Departamento de Caldas y su apoderado las siguientes multas y en la cuantía que se relacione a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

"a) Departamento de Caldas pagará la suma de cinco salarios mínimos mensuales.

b) El señor apoderado del Departamento de Caldas Doctor Juan Rodrigo Bustos Giraldo, pagará la suma de cinco salarios mínimos mensuales".

ANTECEDENTES:

El Departamento de Caldas, ente demandado en procesos adelantados por HECTOR J. CASTRILLON VALENCIA Y ANA DELIA VALENCIA DE CASTRILLON, solicitó la acumulación de los mismos con fundamento en el artículo 157 del C. de P.C., y en que ambos tenían la misma causa, el mismo procedimiento y cursaban juntos en el mismo Tribunal.

El *a-quo* al decidir sobre la acumulación estimó que en la solicitud realizada falta uno de los requisitos del artículo 157 del C. de P.C., pues el solicitante no expresa las razones por las cuales cree procede la acumulación. Además expresa que la finalidad de la acumulación de procesos es:

> "... La unidad o certeza jurídica que se refleja en las decisiones judiciales armónicas para casos semejantes o análogos y la economía procesal que se habrá de reflejar en la simplificación del procedimiento, en los gastos procesales, de ahí, que es pertinente y conducente para que la acumulación tenga asidero, que ésta se produzca en una etapa procesal relativamente igual para los procesos que se deban acumular, no como ocurre en el *sub-lite*, en donde uno de los procesos se encuentra a despacho para sentencia al paso que el otro proceso está en su etapa inicial de fijación en lista".

Por ello, teniendo en cuenta que en la decisión respecto de la acumulación se debe observar la conveniencia de la misma, estima que en el caso en estudio la admisión dilataría el proceso más antiguo, "... lo que atenta contra los principios de la armonía y celeridad procesales".

EL RECURSO

El recurrente argumenta que la acumulación es procedente pues se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 157 del C. de P.C.: Ambos se originaron en la muerte de Sabino de Jesús Castrillón (identidad de causa petendi) e identidad de objeto procesal ya que en ambos persigue resarcir el daño material y moral que los demandantes hayan podido sufrir por los hechos acaecidos; además la solicitud proviene del ente que es parte en los dos procesos, las pretensiones pueden decidirse en igual procedimiento ya que tienen naturaleza ordinaria, el Tribunal puede conocer de todas, pues éstas no se excluyen, y es competente; y, por último las pruebas solicitadas son las mismas y los procesos se hayan en la misma instancia.

Así concluye que ha sido impropia la nugatoria de la solicitud pues en ésta aunque no se expresen en detalle los puntos mencionados en el recurso de apelación, se exponen por lo menos dos de ellos: Causa y Procedimiento; lo cual estima suficiente para cumplir con el requisito invocado por el Tribunal. Por lo tanto teniendo en

cuenta los principios de igualdad y economía procesal y, de prevalencia del derecho sustancial debe dejarse de lado la decisión discrecional y formal proferida.

Para resolver se **CONSIDERA:**

El artículo 157 del C. de P.C. en su texto afirma:

"Procedencia de la acumulación. Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia:

"1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.

"2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquellas tengan el carácter de previas.

"3. Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.

"4. Cuando en los procesos de que trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores". (art. 157, C. de P.C. pág. 72).

De la disposición transcrita resulta latente la procedencia de la acumulación en el caso que se estudia, ya que cumple con los requisitos consagrados en ella.

De otro lado aunque el artículo 159 del C. de P.C., estipule que al requerir la acumulación "El solicitante expresará las razones en que se apoya...", tal estipulación no constituye otro requisito ni debe ser interpretada de forma tal que obligue al peticionario a hacer una explicación individualizada de todos los requisitos del artículo 157 del C. de P.C., para facultar la procedencia de la acumulación; basta que se haga mención de los requisitos que cree se cumplen, pues el estudio pormenorizado de los mismos corresponde al Tribunal (o juez del conocimiento), para con ello tomar la decisión que corresponda.

Ahora bien, respecto a la situación procesal de los asuntos en mención, aunque acude razón al Tribunal en su apreciación, al decir que uno de ellos está iniciando y el otro finalizando su trámite, esta circunstancia no es impedimento para la acumulación pues el mismo texto legal invocado y transcrito establece como único límite procesal al respecto el que "... se encuentren en la misma instancia", no siendo relevante el que se encuentren en la misma etapa o en etapas más o menos consecutivas pues con ello se daría lugar a inconsecuencias de parte del juzgador en situaciones donde el legislador ha sido claro como sucede con el artículo 159, inciso 5° del C. de P.C. así expresa:

"Decretada la acumulación, los procesos continuarán tramitándose conjuntamente, con **suspensión** del más adelantado hasta que el otro se encuentre en el mismo estado, y decidirán en **la misma sentencia**". (Subraya la Sala).

Es claro que no hay lugar a limitar por razones de etapas más o menos cercanas, la acumulación, pues su objetivo es la economía procesal; el rendimiento del proceso ante el derecho sustancial que se alega, sin que por ello se entienda atropellado o retardado el proceso más antiguo, pues teniendo en cuenta la eficacia procesal del desarrollo en conjunto, no resulta disminuida la celeridad del mismo.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCASE el auto apelado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECRETASE la acumulación de los procesos distinguidos con los Nos. 910628048 y 920406022 tramitados ante el Tribunal Administrativo de Caldas.

TERCERO: DECRETASE la suspensión del proceso más antiguo hasta que se encuentren en la misma etapa procesal; los procesos se decidirán en la misma sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha agosto veinte (20) 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.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Se recurre al Código de Procedimiento Civil, en materia de llamamiento en garantía, dado que tal institución no se encuentra regulada por el C. C. A., aunque sí autorizada por el artículo 54 del Decreto 2304 del 1989, "siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". De tiempo atrás, la Sala ha interpretado el alcance de los artículos 55, 56 y 57 del C. de P. C., para afirmar que "si se leen con detenimiento estas normas, se impone concluir que en parte alguna se manda que al hacer el llamamiento en garantía se acredite, así sea sumariamente la exigencia del derecho. Esto último se ordena para la denuncia del pleito (artículo 54 del C. de P. C.), pero el artículo 57 de la misma obra sólo dispone la sujeción a lo dispuesto en los DOS ARTICULOS ANTERIORES, es decir, que el 54 queda excluído", como bien lo recuerda la recurrente al invocar el auto de 5 de septiembre de 1991 con ponencia del Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente N° 8660. Actor: Olga Cecilia Saavedra Bernal y Otros. Demandado: Municipio de Villavicencio.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Cuarenta y Nueve en lo judicial adscrita al Tribunal Administrativo del Meta, contra el auto de 21 de mayo de 1993 proferido por ese Tribunal, según el cual "No se accede a lo solicitado por la Procuradora", esto es al llamamiento en garantía de los señores JUAN CARLOS SANCHEZ y ALVARO NIÑO MORALES, funcionarios del municipio de

Villavicencio, que intervinieron en el otorgamiento de la licencia de construcción N° 030 del 27 de febrero de 1991, acto administrativo fuente de la demanda.

ANTECEDENTES:

Según la demanda impetrada por OLGA CECILIA SAAVEDRA BERNAL y RAFAEL PEDRAZA GONZALEZ, en ejercicio de la acción de reparación directa se pretende condena pecuniaria contra el municipio de Villavicencio, ente público que a través de sus funcionarios Juan Carlos Sánchez y Alvaro Niño Morales, expidieron la licencia N° 030 de 27 de febrero de 1991 en favor de la Compañía "Construcciones C. Y. C. Ltda.", para adelantar construcciones en la manzana Z de la urbanización Madrigal, en donde se construyeron varias casas, unas de las cuales fue adquirida, a título de compraventa, por los hoy demandantes. Estos consideran que el municipio otorgó indebidamente dicha licencia y que por lo mismo deberá indemnizárseles de los perjuicios sobrevinientes para ellos por tal anomalia.

La demanda fue admitida el 5 de marzo de 1993 (fol. 18). La Procuradora 49 en lo judicial acreditada ante el Tribunal, mediante escrito que ocupa los folios 27 a 29, oportunamente hizo llamamiento en garantía para que se vincularan al proceso a los señores Juan Carlos Sánchez y Alvaro Niño Morales, quienes en su calidad de funcionarios públicos del municipio demandado expidieron la licencia de construcción antes citada.

El Tribunal para no acceder al llamamiento en garantía deprecado por el Ministerio Público consideró que "el sólo dicho de la Procuradora Delegada es insuficiente para vincular a las personas naturales por ella mencionadas. Es necesario acompañar con el escrito, al menos prueba sumaria que acredite la causa para citar al proceso a los demandados que pretende la Procuraduría vincular". (folio 36).

Uno de los Miembros del Tribunal salvó voto, por considerar que en la citación o llamamiento en garantía no se requiere la prueba que echa de menos el auto impugnado dado que el artículo 57 del C. de P. C. no la exige.

La Procuradora 49 en lo judicial sustentó el recurso de apelación en escrito que ocupa los folios 38 a 42. Comienza por resaltar la procedencia del recurso de apelación; prosigue con la legitimación para hacer el llamamiento en garantía con miras a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado cuando hubieren procedido con dolo o culpa grave; para en últimas, concluir que de acuerdo con lo estatuído por el artículo 57 del C. de P. C., que menciona a los dos inmediatamente anteriores, su petición se ajusta a derecho aun sin allegar la prueba sumaria exigida por el Tribunal, más no por ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMERA: La Sala, desde el auto de febrero 11 de 1993; expediente N° 8034, actores CARMEN E. SAMUR DE SAMUR Y OTROS contra el MUNICIPIO

DE SINCELEJO; Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández, ha reiterado el siguiente punto de vista:

"Primero: Hizo bien el Tribunal al concluir que el auto de 28 de octubre de 1992, por su naturaleza y por cuanto así lo dispone el artículo 56 del C. de P.C., aplicable al proceso Contencioso Administrativo, es de los apelables.

Segundo: El artículo 90 de la nueva Carta Política al consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos causados por acción y omisión de autoridades públicas, estableció que "en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

"Por su parte el artículo 277 de la misma Carta Constitucional atribuye al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; defender los intereses de la sociedad; intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Tercero: El Ministerio Público como parte IMPARCIAL en los procesos en que según la Ley ha de intervenir, velará por el estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales, fuere quien fuere la parte interesada que resulte favorecida con su intervención. Dicho de otra manera, en cada caso, tal funcionario optará por abogar en favor de la parte demandante o de la parte demandada. Pero en todo caso conforme a la legalidad.

Por ello, no resulta exótico que el delegado de la Procuraduría General de la Nación, en determinado proceso, tomando en consideración las funciones que éste debe cumplir, como quedó visto a voces del artículo 277 de la Carta Política, opte por abogar por la defensa de los intereses del ente público demandado, en condiciones y términos previstos por la última parte de la preceptiva contenida en el artículo 90 de la referida Carta Política, todo con miras a repetir del funcionario público que hubiere dado lugar a la condena por su proceder doloso o gravemente culposo. Se entiende que el Ministerio Público así procederá por razones de unidad y economía procesales, para defender intereses económicos del ente público respectivo. Así, con esta interpretación integral o sistemática de las disposiciones legales, o constitucionales atrás referidas, los señores agentes delegados de la Procuraduría, que intervienen en los procesos Contencioso Administrativos, si están legitimados para hacer llamamiento en garantía en condiciones y términos previstos por los artículos 217 del C.C.A., 57 y 58 del C. de P.C.".

SEGUNDA: En un caso similar al que aquí se resuelve, concretamente mediante auto de 1° de julio de 1993; expediente N° 8451. Actor: ROSANA VARGAS DE

QUINTERO Vs. MINDEFENSA EJERCITO NACIONAL, con ponencia de quien ahora proyecta esta sala, la Sala dijo:

"Primero: La denuncia del pleito o llamamiento en garantía impetrado por el señor apoderado de la Nación, visible a folios 1 a 3 reúne íntegramente los requisitos de carácter legal y por lo mismo debió ser admitido. En efecto en varios capítulos se identificó al llamante, se indicaron los lugares para notificar al llamado, se precisaron los hechos y fundamentos para hacer tal llamamiento y finalmente se hizo una solicitud de prueba documental para reiterar las razones que motivaron dicho llamamiento.

Segundo: El Tribunal echa de menos la prueba sumaria de las razones, hechos y derechos que el demandado esgrime para hacer el llamamiento en garantía y por ello rechazó tal figura. Pero no tuvo en cuenta que la prueba sumaria es la que no ha sido controvertida, vale decir, que no ha gozado de la posibilidad de discutirse. De haber tenido en cuenta este criterio hubiera encontrado que el sólo documento contentivo de la demanda, originada naturalmente en la parte actora, resulta suficiente para satisfacer la exigencia de la prueba sumaria y que por consiguiente no debía aportarse nada adicional para satisfacer tan elemental requisito.

La Sala reitera su criterio consistente en que el exceso de formalismos, propios del extinto procedimentalismo, es lo que permite críticas al procesalismo que conforme al artículo 228 de la Carta Política que elevó a un cánon constitucional lo señalado en el artículo 4° del C. de P.C. de 1970, propugna porque las formas no sacrifiquen los derechos sustanciales".

TERCERA: Se recurre al Código de Procedimiento Civil, en materia de llamamiento de garantía, dado que tal institución no se encuentra regulada por el C.C.A., aunque sí autorizada por el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989, "siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". De tiempo atrás, la Sala ha interpretado el alcance de los artículos 55, 56 y 57 del C. de P.C., para afirmar que "si se leen con detenimiento estas normas, se impone concluir que en parte alguna se manda que al hacer el llamamiento en garantía se acredite, así sea sumariamente la exigencia del derecho. Esto último se ordena para la denuncia del pleito (artículo 54 del C. de P.C.), pero el artículo 57 de la misa obra sólo dispone la sujeción a lo dispuesto en los DOS ARTICULOS ANTERIORES, es decir, que el 54 queda excluido", como bien lo recuerda la recurrente al invocar el auto de 5 de septiembre de 1991 con ponencia del Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta.

CUARTA: Como el escrito de los folios 27 a 29, presentado por la Procuradora 49 en lo judicial ante el Tribunal Administrativo del Meta, desde el punto de vista formal, reúne todas las exigencias consagradas en los artículos 55, 56 y 57 del C. de P.C., en concordancia por lo prescrito por el artículo 217 del C.C.A., se impone la admisión del llamamiento de garantía que la citada agente de la Procuraduría hace de los señores Juan Carlos Sánchez y Alvaro Niño Morales, a quienes se dispondrá vincular al proceso.

Lo que aquí se decide, se limita, exclusivamente, al fenómeno procesal del llamamiento en garantía, por así imponerlo la competencia restringida que hoy presenta la Sala, sin que con ello se vislumbre eventuales responsabilidades patrimoniales del municipio demandado o de los que aquí se llaman en garantía, como tampoco sobre la procedencia de la acción impetrada ni el fenómeno de caducidad de la misma.

Por lo expuesto la Sala RESUELVE:

REVOCASE el auto materia de apelación, esto es el 21 de mayo de 1993 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta y en su lugar se dispone:

1° Llámese en garantía a los señores JUAN CARLOS SANCHEZ y ALVARO NIÑO MORALES, de las condiciones civiles y ubicables en las direcciones suministradas por el Ministerio Público quien hizo tal llamamiento. Cíteseles personalmente, notificándoles este proveido y el de 5 de marzo de 1993, proferido por el a-quo, haciéndoles entrega de sendas copias de la demanda y sus anexos.

2° Suspéndase la actuación principal hasta cuando se cumpla lo anterior y venza el término de cinco (5) días, contados desde la notificación del auto que admite el llamamiento en garantía, sin que dicha suspensión exceda de noventa (90) días.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintisiete (27) de agosto 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.

Referencia: Expediente No. 8660. Actor: Olga Cecilia Saavedra Bernal y otros.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en providencias del 11 de febrero de 1991, Exp. 8034. Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ y auto de 1° de febrero de 1993, Exp. 8451. Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

FALLA DEL SERVICIO-Inexistencia/CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA-Buseta Volcamiento.

En eso del número de personas que se subieron al vehículo ninguna ingerencia tuvo el Alcalde, quien apenas se limitó a autorizar el viaje. Fué el conductor la persona que captó el exceso de pasajeros y con su experiencia en el manejo de vehículos le correspondía tomar las medidas de prudencia y seguridad pertinentes. Si a pesar del excesivo número de pasajeros realizó el viaje, con conocimiento de los peligros e inconvenientes que la vía le ofrecía, solo a él puede atribuirsele el accidente y por consiguiente su propia muerte. El como el conductor del automotor podía establecer un límite al número de pasajeros e imponer las condiciones del viaje, como cuando los hizo apearse por causa de un mal paso en la vía, para luego, por su propia voluntad, volverlos a recoger y proseguir el recorrido. Claramente se observa que hasta el momento nada ha operado alguna actuación o decisión a la Alcaldía respecto del desarrollo del viaje, mantenimiento de la vía y comportamiento del chofer. Fué acertada la apreciación del a quo al atribuír el accidente a la conducta imprudente del conductor al arrimar excesivamente a la orilla de la carretera el vehículo que manejaba, hasta sacarlo de la banca causando su volcamiento. Es claro que por esa conducta exclusiva de la víctima, al municipio demandado no le cabe ninguna responsabilidad. Se confirma por ello el fallo recurrido.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente N° 8175. Actor: Marina Gaviria de Cañas. Demandado: Municipio de Marsella.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1° Las pretensiones

La senora Marina Gaviria de Cañas, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Gustavo Adolfo, Wilson Fernando y Victor Alfonso Cañas Gaviria, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, en escrito presentado el 18 de febrero de 1992 ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, formularon demanda contra el municipio de Marsella, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1° Declárase al municipio de Marsella administrativamente responsable de la muerte del señor GUSTAVO CAÑAS por hechos y operaciones de la administración que constituyen falta o falla en el servicio y que se identifican con el riesgo creado, hechos y operaciones que concluyeron con la muerte del mencionado ciudadano.

"2° Declárase igualmente responsable al municipio de Marsella de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a MARINA GAVIRIA DE CAÑAS en su condición de esposa y a los menores GUSTAVO ADOLFO, WILSON FERNANDO y VICTOR ALFONSO CAÑAS GAVIRIA en su condición de hijos de Gustavo Cañas.

"3° Condénese al municipio de Marsella a la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados a MARINA GAVIRIA DE CAÑAS, esposa de Gustavo Cañas y a sus hijos GUSTAVO ADOLFO, WILSON FERNANDO y VICTOR ALFONSO CAÑAS GAVIRIA, acorde a la siguiente estimación:

"a) PERJUICIOS MATERIALES (lucro cesante). Que deberán ser tasados en salarios mensuales contando los meses transcurridos entre la fecha de causación del daño y perjuicio y la ejecutoria de la sentencia, más los intereses compensatorios desde la fecha de su causación hasta cuando se produzca efectivamente la indemnización. Para la INDEMNIZACION FUTURA, se deberá tener en cuenta la supervivencia de la víctima, la de su esposa, las edades y fechas en las que los hijos cumplan la mayoría de edad, el factor por renta aceptado por la jurisprudencia y la doctrina para la dosificación de la indemnización futura y el promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor, desde el momento de la ocurrencia del hecho que origina responsabilidad, hasta la fecha que se fije como tope para la indemnización.

"b) PERJUICIOS MORALES, que se tasan a razón de UN MIL GRAMOS DE ORO, para cada uno de los demandantes, al precio que se encuentre el

metal precioso en la fecha de la ejecutoria de la sentencia. El estimativo de los perjuicios morales se traduce en el PRETIUM DOLORIS, generado al verse privados esposa e hijos, en forma definitiva de su esposo y padre, respectivamente.

"4° Condénese al municipio de Marsella a pagar a las personas determinadas en el numeral anterior los intereses de las cantidades anteriores, aumentados con la variación promedio mensual de precios al consumidor, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento.

"Con fundamento en lo dispuesto por el art. 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

"El municipio de Marsella dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia conforme a los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.

"Se pagarán intereses comerciales desde la ejecutoria de la sentencia y transcurridos seis (6) meses, los moratorios".

2° Los hechos

Se refiere en la demanda que el 13 de julio de 1990 en desarrollo de un encuentro nacional de inspectores de ecología celebrado en el municipio de Marsella, se programó un viaje al sitio denominado Reserva Ecológica de Marsella a donde serían transportados por orden de la alcaldía de ese municipio en la buseta universitaria, cuyo conductor era el señor Gustavo Cañas, quien advirtió sobre el peligro que implicaba el tránsito de la buseta por una vía angosta y en malas condiciones por razón del invierno. Esa misma advertencia fué hecha por los estudiantes al alcalde en las horas de la mañana del 13 de julio de 1990.

Cuando venían de regreso "la buseta llegó a un sector muy peligroso y pasó su parte delantera. Pero con el peso del vehículo se derrumbó la banca de la carretera, despeñándose por la parte trasera", a causa de lo cual el conductor Gustavo Cañas falleció y resultaron lesionados de 35 a 40 de los ocupantes del vehículo accidentado, el que para la fecha del accidente tenía vencida la póliza de seguros de daños a terceros. Así mismo carecía del certificado de movilización vigente, "lo que indica que NO PODIA TRANSITAR NI MOVILIZARSE, así se tratara de un vehículo para servicio oficial...", cuyo cupo a pesar de ser de 26 personas se sobrepasó y transportaba a 40 pasajeros.

3° Actuación procesal

En la contestación de la demanda, la apoderada del municipio de Marsella, al referirse a los hechos, hace algunas aclaraciones con respecto a que dicho municipio no era el organizador del evento ecológico, ni el alcalde disponía los traslados. Así

mismo rechaza la "amenaza" de dicho funcionario al conductor de la buseta, así como que éste hubiera advertido del peligro que implicaba el desplazamiento del automotor por la vía donde se accidentó. De igual manera niega que los estudiantes se hubieran reunido para que no enviaran la buseta al trágico recorrido. Frente a las declaraciones y condenas pedidas en la demanda se opone a su prosperidad "porque ninguna responsabilidad le cabe al municipio de Marsella y en su lugar debe absolverse totalmente a la entidad".

Las partes guardaron silencio en la oportunidad para alegar de conclusión. El Ministerio Público al conceptuar de fondo sostuvo que el accidente "sucedió cuando el conductor Gustavo Cañas, orilló imprudentemente la buseta sin medir las consecuencias habida cuenta que el ancho de la vía permitía un cómodo tránsito por ese sitio", sin que pueda predicarse una concurrencia de culpas, pues "se ha verificado un lamentable error e imprudencia humana por cuenta exclusiva del conductor", para concluir con una solicitud desfavorable a las súplicas de la demanda.

4° La sentencia apelada

Consideró el Tribunal que no se acreditaron todos los fundamentos fácticos de la demanda, especialmente que la víctima hubiere advertido al alcalde sobre el peligro de la vía y que éste a pesar de ello le ordenó hacer el viaje bajo la amenaza de quitarle las llaves del vehículo lo que le significaba su insubsistencia.

En cambio, concluyó el a quo que efectivamente el desplazamiento sí lo ordenó el alcalde, dada la naturaleza académica y ecológica del evento que se efectuaba, pero que a dicho funcionario no se le advirtió sobre los inconvenientes de la vía, ni por el conductor, ni por los estudiantes, según lo informan varios testimonios recaudados. Se consideró además en la sentencia que la vía es de carácter intermunicipal y puede soportar el paso de vehículos como camiones y volquetas. En cuanto al sobrecupo, el mismo sólo le es atribuible al conductor y no al alcalde, pues éste ni siquiera supo cuántas personas viajaban en la buseta accidentada, menos aún que en tal estado hubiese obligado al conductor a viajar.

Sostiene el Tribunal que cuando se trata de daños causados a servidores oficiales, la responsabilidad por los mismos sólo procede "cuando al empleado se le ha expuesto a un riesgo diferente del propio de la labor que desarrolla", lo cual no se acreditó en el caso examinado.

Estima el a quo, que si hubo sobrecupo y si el automotor llevaba más peso del que podía soportar la carretera, tales situaciones fueron admitidas por el conductor, sin que se hubiera probado que se le hubieran dado órdenes para ello. Además manifiesta que de la misma manera como hizo descender del vehículo a sus ocupantes para superar un paso malo de la vía, hubiera podido igualmente no permitir el sobrecupo. Voluntariamente recogió luego a los pasajeros que se habían apeado, es decir, que él mismo decidió continuar y superó el mal paso vacío. También en este momento ha podido no continuar el viaje, pero voluntariamente prosiguió. "La con-

clusión que queda, entonces, afirma el tribunal, es la que el accidente se dio porque el conductor que pereció imprudentemente se orilló hacia la derecha, esquivando una maleza del lado izquierdo, poniendo a circular el aumotor sobre la cuneta, la sacó de la banca, produciéndose el volcamiento".

En cuanto a la falta del certificado de movilización, se dice en la sentencia impugnada que procesalmente se tuvo como bueno el estado mecánico del vehículo y que la ausencia de la calcomanía para movilización sólo afecta pecuniariamente al conductor.

5° Razones de la apelación

Para la parte actora el fallo resulta injusto al responsabilizar del accidente al conductor, pues la administración sabía cuántas personas participaban en el curso y conocía cuál era el cupo de la buseta. Además argumenta el mal estado de la carretera y la prevención del conductor acerca de dicho viaje. Agrega que ese mal estado de la carretera "contribuye a que sobre la administración pública recaiga todo el peso de la responsabilidad". Cuestiona el estado de funcionamiento del automotor por carecer del certificado de movilización y estima que el mismo debía estar inmovilizado. Con respecto al estado de la vía afirma que no se estableció oportunamente pues la inspección judicial tuvo lugar dos años despues del accidente cuando las condiciones eran distintas. Las razones expresadas le permiten impetrar la revocatoria del fallo apelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que las razones contenidas en el fallo apelado ameritan su confirmación, pues las mismas corresponden a un acertado enfoque jurídico y probatorio de lo acontecido.

Si bien, en principio, y siguiendo los fundamentos y afirmaciones plasmados en la demanda, la responsabilidad del municipio de Marsella pudiera insinuarse, lo cierto es que del material probatorio recaudado los cargos formulados por la parte actora en contra del ente municipal quedaron sin sustento de ninguna naturaleza.

En efecto:

No existe duda alguna de que el transporte de los participantes en el encuentro ecológico se hizo con conocimiento y autorización expresa del alcalde de Marsella. El cuestionamiento que se hace en la demanda por permitirlo contrariando la dedicación que a dicho vehículo le había dado el Concejo Municipal no constituye una falla del servicio, en razón a que no fué la causa del accidente y si bien el uso "primordial" era para el transporte de los estudiantes de dicha localidad, no por ello estaba prohibido que se utilizara para apoyar un certamen de contenido académico, en una localidad caracterizada por la atención y desarrollo del ambiente ecológico a nivel nacional.

Con respecto a las prevenciones del conductor y de algunos estudiantes para que la Alcaldía no autorizara el viaje de la buseta por la vía donde se accidentó, no

encuentra la Sala que aquellas se hubieran dado. Así concluye del examen de las distintas declaraciones recibidas, entre ellas, Edilia Velez Castaño quien relata que el conductor la noche anterior le había comentado sobre la inconveniencia del viaje y había sugerido que hablaran los estudiantes con el alcalde para que no se hiciera ese traslado. Los estudiantes convinieron en reunirse con el Alcalde al día siguiente a eso de las 10 de la mañana pero como la buseta viajó más temprano la reunión no se llevó a efecto.

Por su parte el tambien estudiante Carlos Alberto Villegas Cardona expresó que no se dio una oportuna oposición ante el Alcalde para evitar el viaje de la buseta hacia el lugar donde posteriormente se accidentó.

En las anteriores condiciones probatorias resulta temerario sostener que el Alcalde de Marsella había sido enterado de los problemas que encontraba el conductor para llevar a los pasajeros hasta el lugar del encuentro de los ecologistas y menos aún que los estudiantes le hubieran manifestado su oposición a dicho traslado. Para la Sala es de recibo la expresión muy significativa del Alcalde, por el sentido humano de la misma, cuando declaró que de haber sabido lo peligroso de la carretera "yo nunca le hubiera dejado que una hija mía viajara en esa buseta, mi hija llamada Edilma Salazar, que también le tocó sufrir las consecuencias al rodar la buseta...". Por lo demás, sencillamente la parte actora se limitó a hacer manifestaciones sin respaldarlas probatoriamente, omisión que deja sin respaldo los cargos formulados contra la administración municipal en cuanto a que el conductor fallecido y los alumnos pusieron en conocimiento del Alcalde los inconvenientes y peligros que el traslado de la buseta por esa vía significaban.

De otra parte, con respecto al sobrecupo de pasajeros en la buseta, estimado entre 35 y 40 personas, encuentra la Sala atinado lo decidido por el Tribunal, toda vez que en eso del número de personas que se subieron al vehículo ninguna ingerencia tuvo el Alcalde, quien apenas se limitó a autorizar el viaje. Fué el conductor la persona que captó el exceso de pasajeros y con su experiencia en el manejo de vehículos le correspondía tomar las medidas de prudencia y seguridad pertinentes. Si a pesar del excesivo número de pasajeros realizó el viaje, con conocimiento de los peligros e inconvenientes que la vía le ofrecía, sólo a él puede atribuírsele el accidente y por consiguiente su propia muerte. El como conductor del automotor podía establecer un límite al número de pasajeros e imponer las condiciones del viaje, como cuando los hizo apearse por causa de un mal paso en la vía, para luego, por su propia voluntad, volverlos a recoger y proseguir el recorrido. Claramente se observa que hasta el momento para nada ha operado alguna actuación o decisión de la Alcaldía respecto del desarrollo del viaje, mantenimiento de la vía y comportamiento del chofer.

En relación con el momento mismo del accidente testimonialmente se deduce que el volcamiento se produjo por causas atribuibles al conductor quien orilló demasiado la buseta hacia el lado derecho, el terreno no soportó el peso del vehículo y se volcó. En este caso ni siquiera se insinuó por la parte actora que hubo fallas de orden mecánicos y la omisión para obtener el certificado de movilización no es suficiente

para presumir que se encontraba deficientemente mantenido, cuando el mismo proceso enseña su buen funcionamiento en el cotidiano viaje de ida y regreso hacia Pereira, como lo manifestó el otro conductor del municipio al referirse a que la buseta mecánicamente se encontraba bien.

Ahora bien, con respecto al estado de la vía, su conservación, firmeza, limpieza, ancho de la misma, etc., de las cuales la parte demandante pretende deducir una falla de la administración, considera la Sala dos razones suficientes para descartar tal posibilidad, la primera, que según el experticio, se trataba de una recta casi a nivel, "el ancho de la vía es suficiente para tránsito vehicular (como la buseta) y otros de mayor tamaño... el piso o rasante presenta firmeza con buena capacidad de soporte..." y, la segunda, que no se acreditó al municipio de Marsella como el obligado al mantenimiento y conservación de la vía, ni se demandó por tal causa al Departamento de Risaralda, al Fondo Vial Nacional, Caminos Vecinales, o cualquiera otra entidad pública a la que correspondiera el cuidado de dicha carretera.

De las anteriores consideraciones concluye la Sala que fué acertada la apreciación del a quo al atribuir el accidente a la conducta imprudente del conductor al arrimar excesivamente a la orilla de la carretera el vehículo que manejaba, hasta sacarlo de la banca causando su volcamiento. Es claro que por esa conducta exclusiva de la víctima, al municipio demandado no le cabe ninguna responsabilidad. Se confirma por ello el fallo recurrido.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la de 18 de diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintisiete (27) de agosto 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 LA POLICIA-Arma Oficial/CULPA DE LA VICTIMA.

> **En el caso *sub-examine* no hay espacios para la duda que impida concluír que se dió la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica basta recordar que el Agente Sr. JHON ALBEIRO PRIETO HURTADO, fue sancionado disciplinariamente con tres días de arresto severo y correctivo ascesorio del descuento de las 2/5 partes del sueldo básico diario por el tiempo"... por cometer faltas comunes tipificadas en el reglamento disciplinario para la policía nacional, en su libro segundo, Título II, capítulo VII, DE LAS FALTAS CONTRA EL SERVICIO O FUNCION, el art.115, numerales (1 y 2) consistentemente en mostrar negligencia y descuido con el revólver de dotación para el servicio, al permitir en momentos que era conducido para el hospital San Juan de Dios en el nissan 21-313 el demandante JAIR VELEZ RAMIREZ, la sacara de la chapuza en su arma sin darse cuenta de ello quien procedió autoeliminarse con el arma oficial en referencia. Demostrado con lo anterior la falta de responsabilidad en los actos inherentes al cargo. En el caso en comento, se dió también la culpa de la víctima. Respecto de ésta, el ad-quem no puede dar por sentado que era un demandante, como lo pretende el apoderado de la parte actora, pues dentro del informativo no obra prueba científica que permita llegar a esa conclusión.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N° 8268. Actor: Ricaurte Antonio Vélez Loaiza y otros. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

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 de la parte actora contra la sentencia calendada el día nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que en su parte resolutiva DISPUSO:

"1°. Declárese a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa-Policía Nacional), parcialmente responsable de los daños y perjuicios morales, ocasionados a Ricaurte Antonio Vélez Loaiza (padre), Otilia Ramírez de Vélez (madre) y a Javier y Helmer Vélez Ramírez (hermanos legítimos), con la muerte de JAIR VELEZ RAMIREZ, el 21 de septiembre de 1989 en el área urbana de Armenia (Quindío) con arma de dotación oficial, cuando era trasladado en un vehículo de la Policía Nacional.

2°. Consecuencialmente se condena a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa - Policía Nacional) a pagar como indemnización por concepto de daños y perjuicios morales a Ricaurte Antonio Vélez Loaiza y a Otilia Ramírez de Vélez el equivalente en pesos a QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO para cada uno, y para Javier Vélez Ramírez y Helmer Vélez Ramírez, el equivalente en pesos a DOSCIENTOS CINCUENTA (250) GRAMOS DE ORO para cada uno de ellos, de acuerdo con la certificación que sobre el precio del metal expida el Banco de la República en la fecha de ejecutoria esta sentencia.

3°. Las sumas de dinero que aquí se ordenan pagar, devengarán intereses comerciales durante el término de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de esa fecha.

4°. Sin costas en esta instancia, por disposición legal.

5°. Si no fuere apelada esta sentencia, consúltese con el superior.

6°. En firma de esta providencia, háganse las comunicaciones del caso para su efectivo cumplimiento". (fl. 178-179, 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 impugnado, en el cual razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Ricaurte Antonio Vélez Loaiza, Otilia Ramírez de Vélez, Javier Vélez Ramírez y Helmer Vélez Ramírez, actuando en su propio nombre y mediante apoderado judicial, en escrito presentado el 19 de septiembre/91, han instaurado ante este Tribunal la acción de reparación directa con el fin de que se declare que la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional y Dirección General de la Policía Nacional) es administrativamente responsable de la muerte de Jair Vélez Ramírez, sucedida el 21 de septiembre de 1989 en el área urbana de Armenia (Q) con arma de dotación oficial, cuando era trasladado en un vehículo de la

Policía Nacional y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios morales que tal hecho les ocasionó".

"Y que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Nación (Ministerio de Defensa y Dirección General de la Policía Nacional), a pagar a los actores en calidad de perjuicios morales, el equivalente en pesos a un mil gramos de oro fino, al precio que se encuentre el metal en la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República, así como los intereses que se causen desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia, ordenando el cumplimiento de la sentencia conforme a lo ordenado en los art. 176, 177 y 178 del C.C.A.

"Como HECHOS u omisiones que sirven de fundamento de la acción, manifiestan los actores que:

"El 21 de septiembre de 1989 Ricaurte Antonio Velez Loaiza, solicitó la colaboración de la Policía Nacional para el traslado de su hijo Jair Vélez Ramírez al Hospital Mental de Finlandia (Quindio) quien desde tiempo atrás padecía transtornos mentales, con crisis violentas, por lo cual cinco agentes uniformados y armados ante la resistencia del enfermo y con la anuencia del padre Ricaurte Antonio Vélez Loaiza, por la fuerza lo llevaron al vehículo, que inició su recorrido de Armenia (Barrio Brasilia) a Finlandia, pero al hacer el pare frente a un semáforo y aprovechando el apeñuscamiento en que viajaban en el vehículo Nissan Patrol 21-313, el enfermo se apoderó del revólver Smith Wesson 38 largo ABH-0790 del agente Jhon Albeiro Prieto Hurtado y se suicidó, hecho que ocasionó daño y perjuicios morales a su padre, madre y hermanos.

Considera el apoderado de los demandantes que las pretensiones de la demanda se fundamentan en las siguientes disposiciones constitucionales y legales: art. 2 y 29 de la Constitución Nacional; 86, 131, 265, 1613 al 1651 del Código Civil; 106 y 107 del Código Penal; 8 de la ley 153 de 1887; 1 al 5, 29, 30, 31, 32, 35, 49 y 56 del Decreto 1355 de 1970; 18 del Decreto 522 de 1971; 1 al 9 , 26, 27 y 28 del Decreto ley 2137 de 1983; 7,12,16,17, 115 (numeral 2) y 121 (numeral 240) del Decreto 100 de 1989; 1 al 25 y 74 de la Resolución N° 00168 de 1961; y, 3, 41 y 301 del Código de Procedimiento Penal.

"No habiéndose logrado acuerdo conciliatorio alguno en la diligencia efectuada el 4 de mayo de 1992 en la Fiscalía I del Tribunal Administrativo del Quindio, hoy Procuraduría Judicial en Asuntos Administrativos N° 13 y continuándose con el trámite del proceso, la entidad demandada, mediante apoderado judicial, en escrito presentado el 25 de mayo/92, dentro del término de fijación en lista, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de los demandantes, porque afirma "estamos en presencia de un caso fortuito, el procedimiento elaborado por la Policía el día de los hechos era el correcto y único procedente" sin que sea posible hablar de una falta o falla del servicio policivo.

"Llegada la oportunidad de alegar de conclusión, las partes hicieron uso de tal derecho reafirmándose en sus peticiones y argumentos iniciales, y por su parte, la Procuraduría Judicial en Asuntos Administrativos N° 13, en el concepto N° 78 del 3 de noviembre de 1992 considera que este es un caso de responsabilidad compartida, o compensación o repartición de culpas porque el hecho dañoso, motivo de estas diligencias, no fue resuelto únicamente de la imprevisibilidad y descuido de los agentes de policía, sino también de una serie de factores adversos anteriores y desconocidos de los agentes, pero de conocimiento y responsabilidad de los familiares del occiso y principalmente de Ricaurte Antonio Vélez Loaiza, su padre, por lo cual considera que al momento de fallar se condene a la Nación, en forma proporcional a la culpa que le cupiere en el hecho dañoso.

"La demanda fue presentada dentro de los términos fijados por el artículo 136 del C.C.A., modificado por el art. 23 del Decreto 2304/89 y surtido el trámite procesal correspondiente, sin que se observe causal alguna que incida sobre la validez de la actuación, el Tribunal procede a dictar la sentencia que corresponda, de acuerdo con las siguientes

CONSIDERACIONES

"La legitimación en la causa por activa se encuentra demostrada dentro del proceso con el registro civil de matrimonio de los señores Ricaurte Antonio Vélez Loaiza y Otilia Ramírez López de Vélez (folio 39 del cuaderno N° 1), con los registros civiles de nacimiento de Helmer Vélez Ramírez (folio 41 ibídem) y de Javier Vélez Ramírez (folio 42 ibídem) y con los registros civiles de nacimiento y defunción de Jair Vélez Ramírez (folio 40 y 43 ibídem), de los cuales se colige que los dos primeros demandantes fueron los padres legítimos del occiso y los demás sus hermanos legítimos. Y la legitimación por pasiva se encuentra acreditada en el proceso al establecerse que el CS Hary Tejada Delgado y los agentes Everth San Juan Padilla, Hugo Martínez Aguirre, Johel de Jesús Cárdenas Sepúlveda y Jhon Albeiro Prieto Hurtado, personas que transportaban a Jair Vélez Ramírez en el momento de su fallecimiento el 21 de septiembre/89 estaban vinculadas a la Policía Nacional por tal fecha, según se desprende de la documentación que obra a folios 34 a 86 del cuaderno N° 2, caso en el cual y de acuerdo con los prescrito en el artículo 90 de la Constitución Nacional y 149 del C.C.A. la Nación Colombiana responderá patrimonialmente por los daños que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, pudiendo ser demandada, caso en el cual estará representada por el Ministerio respectivo, en este caso el de Defensa Nacional, habiéndosele notificado el auto admisorio de la demanda al señor Director de la Policía Nacional, tal como lo establece el art. 226 del Decreto 1212 de junio 8 de 1990, en concordancia con los art. 149 y 150 del C.C.A., según diligencia que aparece a folio 80 del cuaderno N° 1.

"El Consejo de Estado ha venido sosteniendo que para, la prosperidad de la pretención resarcitoria por perjuicios que se reclaman en contra de la Nación

Colombiana, deben estar plenamente probados en el proceso los siguientes elementos integradores de este tipo de responsabilidad:

"a) Una falla en la prestación del servicio por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo;

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

"c) Un nexo causal entre la falla o la falta de prestación del servicio, a que la Administración está obligada, y el daño.

"Pero también en sentencia del 31 de julio de 1989, con ponencia del doctor ANTONIO J. IRISARRI RESTREPO y ante el avance de la doctrina y la jurisprudencia de otros países en relación con la responsabilidad de la Administración, ha dicho el Consejo de Estado, que el juez al calificar la realidad histórica del proceso:

"... goza de la facultad de determinar el régimen jurídico de la responsabilidad aplicable al caso concreto que es objeto de la decisión. En efecto, la escogencia de uno de los varios regímenes de "responsabilidad y con ello, la exigencia de las condiciones que su aplicación supone para que la responsabilidad del Estado pueda ser declarada ante determinados perjuicios, es tarea que corresponde realizar libremente al juez, a menos que dichas condiciones estén contempladas expresamente en la ley".

"Estudiadas en detalle las pruebas allegadas a este proceso, estima el Tribunal que en el presente caso es aplicable el régimen denominado de la FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO, que exonera al actor de probar la falla del servicio, debiendo sólo probar el hecho causante del daño y su relación con el mismo, régimen aplicable según el mismo Consejo de Estado en los eventos en los cuales los perjuicios han sido causados con armas de dotación oficial. En efecto, el Consejo de Estado dice en la misma sentencia citada antes que:

"El arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por lo demás bien puede existir... Puede entonces afirmar la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causado con arma de dotación oficial, no es necesaria para comprometer la responsabilidad de la Nación, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio....Cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio.

"Por ello, entiende la Sala que frente a este tipo de perjuicios, el régimen aplicable es el denominado de la falla del servicio presunta".

"Con las pautas señaladas antes, procede la Sala a verificar si están debidamente probados en el proceso el hecho causante del daño y su relación con el mismo, presupuestos del régimen denominado de la falla presunta del servicio. En efecto, a folios 92 a 94 del cuaderno N° 2 aparece la declaración del agente Johel de Jesús Cárdenas Sepúlveda, quien narra así los hechos en los cuales perdió la vida Jair Vélez Ramirez.

"...Yo me encontraba de patrulla ese día con el agente Prieto Hurtado Jhon, cuando nos informó mi cabo Tejada Hari, comandante de nosotros, que dejaramos la moto, que nos fuéramos con él a un caso de un demente al barrio de La Brasilia; al llegar allí habían unos agentes de los cuales no recuerdo el nombre, me informaron que había un demente en el barrio Las Brisas, enseguida del barrio La Brasilia y que había que conducirlo al Hospital de Zona. Bajamos a la casa donde vivía este señor, le dijimos que nos acompañara a una patrulla, este no quiso, opuso resistencia. Entonces el señor padre del muchacho comentó que lo lleváramos afuera. como fuera, ya que estaba haciendo las vueltas para llevarlo a Finlandia. Nosotros lo cogimos de pies y manos y recorrimos un trayecto, ya que allí no entra carro, hasta llegar a la patrulla. En ese momento ya estaba calmado, lo echamos en la patrulla y nos montamos en la patrulla. El en la parte de atrás. El carro de la patrulla no tiene ninguna seguridad. Al salir a la 19 con 44, de repente oí yo una detonación, por el momento creí que era una llanta que se había estallado del carro, cuando miramos hacia atrás, vi este señor con el revólver en la mano y sobre el pecho, estaba de lado y le vi una herida en la cabeza. Nosotros nos bajamos asustados y ya comprendimos qué era lo que había pasado y era que el demente le sacó el revólver al compañero mío, que era quien iba a la orilla de donde estaba el demente. Nosotros ahí mismo nos fuimos para el Hospital con el padre de éste que iba ahí también y el comandante de nosotros. Cuando llegamos al Hospital ya había muerto. Avisamos al Comando, a los superiores y a todas las autoridades".

"Declaración que concuerda con el informe suscrito por el CS HARY TEJADA DELGADO, visible a folio 49 del cuaderno N° 2 y con lo narrado por el agente Jhon Albeiro Prieto Hurtado en declaración que obra a folios 62 y 63 ibídem, dentro de la investigación disciplinaria que se le siguió por ser quien el día de los hechos portaba el revólver de dotación oficial Smith Wesson, calibre 38 largo, N° BH-0790, con el cual se autoeliminó Jair Vélez Ramírez, cuando era conducido al Hospital de Zona en Armenia, concluyendo la Sala, de acuerdo con las pruebas aportadas, que durante el operativo policial realizado el 21 de septiembre de 1989, Jair Vélez Ramírez perdió la vida por destrucción de la sustancia cerebral ocasionada por proyectil de arma de fuego, como se lee en la copia auténtica de su registro civil de defunción que obra a folios 43 del cuaderno N° 1, arma de fuego que es de dotación oficial, según el informe del folio 49 del cuaderno N° 2, ya citado y que se constituye en el nexo instrumental entre la actuación de la Administración y la muerte de Jair Vélez Ramírez, que es el daño cuya indemnización se pretende en estas diligencias, configurándose así, los elementos que permiten predicar la responsabilidad de la Nación (Ministerio

de Defensa Policía Nacional), porque en el régimen denominado de la FALLA PRESUNTA, no es necesario probar que hubo falla en la actuación administrativa, que bien pudo haber existido como se afirma en la providencia del 11 de noviembre de 1989, del Comando del Departamento de Policía Quindio, que puso fin a la investigación disciplinaria que se siguió por tal hecho y que resolvió:

"Imponer correctivo principal de tres (3) días de ARRESTO SEVERO y correctivo accesorio del descuento de las 2/5 partes del sueldo básico diario por el mismo tiempo, al agente PRIETO HURTADO JHON ALBEIRO, C.C. N° 7'151.250 expedida en Armenia, Quindio, por cometer faltas comunes tipificadas en el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional, en su libro segundo, título II, capítulo VII, de las FALTAS CONTRA EL SERVICIO O FUNCION, artículo 115, numerales (1° y 2°), consistente en mostrar negligencia y descuido con el revólver de dotación para el servicio, al permitir en momentos que era conducido al Hospital San Juan de Dios, en la Nissan 21-313 el demente Jair Vélez Ramírez, le sacara de la chapuza su arma sin darse cuenta de ello, quien procedió a autoeliminarse con el arma oficial en referencia. Demostrando con lo anterior la falta de responsabilidad en los actos inherentes al cargo. Hechos que tuvieron ocurrencia el día 21 de septiembre de 1989, a eso de las 12:00 horas a la altura de la Carrera "19 con calle 44 de esta ciudad, cuando el policía encargado prestaba tercer turno de vigilancia".

"Así las cosas y que como quiera que el Ministerio Público considera que hubo culpa de la víctima, por tratarse de un demente, que fue descuidado por los adultos que debían velar por su seguridad, es necesario analizar este hecho a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, según sentencia del 31 de julio de 1989, citada antes en la cual se dice que:

"Por ser presunta la falla del servicio ésta puede ser desvirtuada por la Administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado (...) no puede imputársele a título de falta suya.

El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso la responsabilidad estatal. En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al demandado, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno que no puede confundirse para dicho efecto el nexo causal, con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observe

un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia (...), la culpa de la víctima jugaría un papel eximente sólo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio (...).

"De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, en el régimen de la falla presunta de la administración, ésta exonera o atenúa su responsabilidad en forma genérica probando la culpa de la víctima el hecho de un tercero o la fuerza mayor como en todos los regímenes de responsabilidad y en forma especial probando que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado no puede imputársele a título de falta suya. Así, buscando exonerarse o atenuar la responsabilidad de la administración, la fiscalía alegó culpa de la víctima, según se lee en la vista fiscal N° 78 del tres (3) de noviembre de 1992, basándose en los antecedentes médico-psiquiátricos del occiso, para concluir que si bien existe culpa de la administración, también hay culpa indirecta de la víctima y directa de quienes debían velar por su seguridad, a saber sus padres. En efecto, dice el Ministerio Público que:

"No puede decirse culpa exclusiva de los uniformados, porque la ejecución del acto estuvo precedida por la negligencia tanto de los agentes del orden, como del padre del suicida, quien si bien no tenía uso de razón, en él si existía la fijación de autoeliminarse, lo cual bien puede apreciarse como un deseo irracional, pero al fin y al cabo que partió de la esfera íntima, personal o subjetiva de la mente de Jair Vélez Ramírez, pues se repite, por los antecedentes clínicos, se tiene la convicción de que si no es ese momento, es otro, pero de cualquier forma Jair habría terminado por suicidarse. Desafortunadamente para el agente Prieto Hurtado sucedió en el momento en que se prestaba un servicio público y con su arma de dotación oficial.

"Se reitera, es necesario que se analice los precedentes de ese suicidio, al llegar a la conclusión de que el hecho dañoso (suicidio) no resultó únicamente de la conducta imprevisible de los policiales, ni del descuido del agente Prieto H., sino también el resultado de una serie de factores adversos anteriores y por ende, desconocidos por los agentes (el hecho de ser el paciente un suicida en potencia) y que por ser del conocimiento de los familiares de Jair, el no comunicarlo para que se agotaran otros medios de seguridad, también los hace responsables de culpa, negligencia, omisión o imprevisión.

"Es inequitativo pretender que en un caso de suicidio como el que es objeto de este estudio, recaiga toda la responsabilidad sobre el ente público, como si el agente hubiera accionado el arma, ocasionando el hecho lesivo o como si su actividad se hubiera dirigido a ese resultado dañino; cuando en realidad, de verdad, también hubo culpa de la parte contraria. (personas a cuyo cargo se encontraba el enajenado mental); y cuando además, de todas maneras fue la víctima quien directamente se quitó la vida aunque no estuviera cuerdo, lo cual

debe tenerse en cuenta, máxime cuando es forzoso inferir que precisamente el hecho dañoso se originó en el estado demencial de JAIR, cuya locura se encaminaba a hacerse daño así mismo. Ese origen es innegable, como lo es el descuido del agente PRIETO con el arma de dotación oficial y la actitud negligente del padre de JAIR al no poner en conocimiento de las autoridades que transportarían a su hijo al hospital, sobre los instintos suicidas de este... En síntesis para el Ministerio Público se está ante un caso de responsabilidad compartida, o compensación o repartición de culpas..."

"La Sala comparte los planteamientos del Ministerio Público porque según el resumen de la historia clínica, visible a folios 32 y 33 del cuaderno N° 2, el occiso presentaba transtornos sociopáticos de personalidad, con adicción a la marihuana, el bazuco, gasolina, y pegante desde diez años atrás, agresivo, violento y en varias oportunidades había intentado suicidarse, pudiendo catalogarse a JAIR VELEZ RAMIREZ como "demente" según voces del art. 2346 del código civil, que establece en forma genérica que "los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo están dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia", por lo cual en el sentir del Tribunal en este caso se presenta efectivamente la concurrencia de culpas entre la administración y los padres del occiso quienes debieron poner en antecedentes a los uniformados de la real situación de su hijo, considerando así mismo que tal circunstancia atenúa la responsabilidad de la Administración en un 50%, porque ambas culpas concurrieron en igualdad de condiciones a producir el hecho dañoso, concretado en la muerte de Jair Vélez Ramírez.

"Finalmente, y como de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, la Nación Colombiana responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es necesario analizar si en el presente caso se configuran los elementos integradores de este tipo de responsabilidad del Estado, es decir, si la anterior falla presunta del servicio policial originó un daño antijurídico que deba ser indemnizado. Tales elementos son:

"1. Una actuación de la administración;
"2. Un derecho o un interés tutelado por la Constitución Nacional o la ley;
"3. Una lesión de ese interés tutelado; y
"4. Que la víctima de la lesión no esté obligada por imperativo legal a soportar esa lesión.

"El primer elemento se encuentra probado porque la muerte de Jair Vélez Ramírez ocurrió durante un operativo policial, dentro de un vehículo oficial y por la acción de un arma de dotación oficial. El segundo elemento del llamado daño antijurídico también se encuentra probado porque la vida y la integridad personal son derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacio-

nal en sus artículos 11 y 12, imponiendo en el art. 2 como fin esencial del Estado el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y en el segundo inciso del mismo artículo, pregona que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en todos los derechos reconocidos, luego no hay duda en el sentido de que la Nación Colombiana y concretamente el Ministerio de Defensa -Policía Nacional- debía por imperativo constitucional, velar por la vida y la integridad personal de Jair Vélez Ramírez. En relación con el tercer elemento, daño o perjuicio, se tiene que el mismo se acreditó convenientemente con la copia auténtica del registro civil de defunción. El cuarto elemento también se configura para el presente caso porque si bien es verdad que en forma genérica todos los habitantes de un país deben facilitar la labor de las autoridades, en casos como este la administración debe extremar las precauciones para no poner en peligro la vida o la integridad de las personas que de una u otra manera resultan involucradas en los operativos desarrollados.

"No hay duda, de acuerdo con lo expuesto anteriormente que la muerte de Jair Vélez Ramírez, constituye un daño antijurídico que debe ser indemnizado por el Estado, en la proporción de responsabilidad que considera la Sala que le cabe en los hechos considerados.

"PERJUICIOS:

"Establecida la responsabilidad administrativa de la Nación (Ministerio de Defensa -Policía Nacional-), atenua en un 50% por existir también culpa indirecta de la víctima y directa de sus padres, corresponde al Tribunal estudiar las peticiones de los actores en relación con los perjuicios morales que afirman haber sufrido.

"PERJUICIOS MORALES: Por este concepto solicitan los demandantes para cada uno el equivalente en pesos a un mil gramos oro, de acuerdo con la cotización oficial a la fecha de ejecutoria de la sentencia, según certificación del Banco de la República. La Sala accederá a hacer dicha condena rebajada en un 50%, vale decir, hasta el equivalente en pesos a QUINIENTOS GRAMOS DE ORO, de acuerdo con el valor del metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia en favor tanto de Ricaurte Antonio Vélez Loaiza, como de Otilia Ramírez de Vélez, padres del occiso, calidad que aparece demostrada dentro del proceso con los registros civiles tanto de matrimonio de los padres como de nacimiento del occiso (folio 39 y 40 del cuaderno N° 1), lo que de por sí, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, hace presumir la existencia del dolor y sufrimiento moral, el estado de angustia padecido por la muerte del hijo, salvo demostración en contrario, que no existe dentro del proceso, ya que Pablo Emilio Ríos, Ana Betsabé Rincón de Echeverry y Jaime Vásquez, en declaraciones que obran a folios 97 a 101 del cuaderno N° 2, dan cuenta del cariño que profesaban a su hijo y de que vivían bajo el mismo techo.

"Así mismo la Sala accederá a condenar a la Nación (Ministerio de Defensa - Policía Nacional) a pagar el equivalente en pesos de DOSCIENTOS CINCUENTA GRAMOS ORO, de acuerdo con la cotización oficial del metal en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según certificación del Banco de la República, partiendo de la base de que jurisprudencialmente, el Consejo de Estado ha considerado que el máximo que se condene por perjuicios morales a los parientes distintos a padres e hijos, es el valor en pesos a QUINIENTOS GRAMOS ORO, disminuyendo tal valor en un 50% por la concurrencia de culpas, tenemos que la Administración pagará el valor en pesos de DOSCIENTOS CINCUENTA GRAMOS ORO, como ya se dijo para cada uno de los hermanos del occiso, Javier Vélez Ramírez y Helmer Vélez Ramírez, puesto que su calidad de hermanos legítimos se encuentra demostrada dentro del proceso con los registros civiles de matrimonio de sus padres y sus registros civiles de nacimiento, visibles a folios 39, 41 y 42 del cuaderno N° 1, parentesco que de por sí, de acuerdo con reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, hace presumir la existencia de perjuicios morales por la pérdida del hermano, salvo demostración en contrario que no existe dentro del proceso, ya que de acuerdo con las mismas declaraciones citadas antes, todos vivían bajo el mismo techo con el occiso, colaborando al sostenimiento de la familia con el producto de su trabajo.

"Las sumas de dinero que equivalgan las indemnizaciones reconocidas en este fallo, devengarán intereses en la forma prevista en el art. 177, inciso final del C.C.A". (fl 166-178, C.1).

II

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 181 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el escrito en que el apoderado de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"Es un poco confuso el *a-quo* al plantear la culpa de la víctima al parecer en concurrencia con la culpa de los padres, como si se trata del hecho de un tercero, dos figuras totalmente diferentes en su campo de aplicación.

"En cuanto a la culpa de la víctima estrictamente dicha tenemos que como bien lo anota el artículo 2346, citado por el fallador "Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa", lo que en sana lógica quiere decir que a él no puede hacérsele ninguna imputación como tal, por cuanto no era dueño de su psiquis, ni de su voluntad, si es que entendemos que los comportamientos son un compuesto psíquico-físico. Pero decir que de esos daños responden los padres, como en este caso, tiene su discusión, toda vez que las autoridades se encuentran instituidas con el fin establecido en el inciso 2° del artículo de la nueva Carta Constitucional.

"En efecto, si las autoridades policivas fueron llamadas angustiosamente para la conducción del señor JAIR VELEZ RAMIREZ, por sus progenitores, lo hicieron precisamente porque eran incapaces de controlar una situación y fue por ello que colaboraron en su traslado, utilizando y autorizando la fuerza.

"El hecho ocurrió precisamente porque los uniformados no prestaron la atención necesaria en la conducción del enfermo, colocado en la parte trasera del vehículo sin las medidas de seguridad adecuadas, las que no sólo era en relación las armas que portaban, sino con el traslado mismo. Era norma de elemental prudencia, o conducirlo atado, o vigilado estrictamente y no como lo hicieron llevándolo en la parte trasera del automotor apeñuscados o amontonados los uniformados con el progenitor de la víctima. No es equitativa la atribución hecha por la sentencia para disminuir la responsabilidad por cuanto los agentes del orden, se supone son profesionales en este tipo de actividades, como la que los encargaba don RICAURTE ANTONIO VELEZ.

"Decir que el padre de JAIR incurrió en culpa porque no dió aviso a los agentes del orden de su obsesión de autoeliminarse, no se compadece con la realidad histórica vivida, toda vez que el procedimiento generó, como es lógico, una serie de angustias en sus progenitores, quienes fueron incapaces de dominar la situación. Obsérvese cómo al preguntársele al agente JOHEL DE JESUS CARDENAS cuáles son las medidas de seguridad que deben adoptarse en el traslado de los dementes, determinó la necesidad de esposarlo, de utilizar un vehículo adecuado, requisitos que no se cumplieron.

"De otro lado, es perceptible que los agentes del orden se dejaron llevar de las apariencias, pues concluyeron de buenas a primeras y sin ningún criterio que no era agresivo "...y nosotros ya vimos que no era necesidad de esposarlo, no creímos que fuera a pasar eso", criterio apriorístico, muy del análisis de los representantes de la autoridad, quienes debieron por lo menos utilizar la imaginación para suponer que no era de fiarse, cuando los mismos familiares no habían logrado dominarlo, acudiendo por ello a quienes debían protegerlo.

"Que no se diga que viajar en la parte delantera cuatro (4) personas en un procedimiento como el aludido; no constituye un gravísimo error atentatorio de la seguridad del sujeto pasivo del procedimiento, de los mismos uniformados y del padre de la víctima, comportamiento que como lo veremos, tiene su incidencia pues considera el suscrito apoderado que la culpa de la administración fue mayor, que la del padre de la víctima, si es que existió;....

"II SOLICITUD

"Que se revoque la sentencia y se condene a la totalidad de la indemnización deprecada en el escrito de demanda por la inexistencia de la confusa culpa de la víctima y además porque la relación de parentesco no sólo fue acreditada con la prueba documental, sino con la prueba testimonial" (fl. 183-191, C.1).

-II-

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley para alegar lo hizo para DESTACAR:

"La actuación de los agentes de la policía estuvo siempre encaminada a la prestación de un buen servicio, lo cual quedó claro a través del proceso puesto que tan pronto el señor RICAURTE ANTONIO VELEZ LOAIZA, solicitó la colaboración de los uniformados, éstos prestos acudieron a su llamado.

"No obstante se aprecia que VELEZ LOAIZA no les informó acerca de la alta peligrosidad de su hijo, tal vez queriéndose economisar el traslado de éste al hospital mental de Filandia, donde lo venían atendiendo. Entidad especializada que sí contaba con vehículos, elementos y personal idóneo, preparado para atender a este tipo de personas.

"La Policía Nacional con un escaso presupuesto apenas cuenta con los medios necesarios para prestar la seguridad a los residentes en Colombia, no puede exigírsele además que posea un parque automotor especializado para el transporte de dementes, con los implementos necesarios para inmovilizarlos cuando su peligrosidad sea notoria; ya que para este tipo de casos están las clínicas psiquiátricas, al respecto esa máxima corporación en sentencia de 4 de agosto de 1988, expediente N° 5121 actores: ERNESTINA ALMARIO DE DUARTE Y OTROS, Consejero Ponente: Doctor JULIO CESAR URIBE ACOSTA, expresó:

"Debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio"... variable según su misión y según las circunstancias ..." estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo de ese nivel. Por todo ello, concluye, el juez debe apreciarse sin referencia a una norma abstracta, pero sí preguntándose"... Lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc. De ello resulta que la NOCION DE FALTA DEL SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO". (obra citada, pág. 304 y ss.) (Subraya la Sala).

"Por otra parte, comparto los planteamientos expuestos por el Tribunal del Quindio y el señor Procurador Judicial en asuntos administrativos N° 13, puesto que en la realización del hecho dañoso, fue determinante la actitud tomada por parte de RICAURTE ANTONIO VELEZ LOAIZA, padre del occiso, por ocultamiento de los factores adversos y graves relacionados con la conducta de JAIR VELEZ.

"El artículo 2346 del Código Civil, establece "los menores de 10 años y los demente no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén; dichos menores o elementos, si a tales, personas pudieran imputársele negligencia".

"Es evidente que por parte del padre del occiso, existió negligencia en el tratamiento que debía habérsele dado con motivo de la crisis presentada.

"Además, no puede exigírsele a los agentes del orden tener conocimientos psiquiátricos para establecer en qué momento el demente puede reaccionar, o cómo lo va a hacer, y qué origen puede tener su actuar.

"Por las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicito al Honorable Consejo de Estado, REVOCAR la sentencia apelada o en su defecto confirmarla. (fl. 204-296, C.1).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

En el caso sub-examine no hay espacios para la duda que impida concluir que se dio la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica basta recordar que el Agente Sr. JHON ALBEIRO PRIETO HURTADO, fue sancionado disciplinariamente con tres días de arresto severo y correctivo accesorio del descuento de las 2/5 partes del sueldo básico diario por el mismo tiempo "...por cometer faltas comunes tipificadas en el Reglamento Disciplinario para la Policía Nacional, en su libro segundo, Título II, Capítulo VII, DE LAS FALTAS CONTRA EL SERVICIO O FUNCION, artículo 115, numerales (1° y 2°) **consistente en mostrar negligencia y descuido con el revólver de dotación para el servicio, al permitir en momentos que era conducido para el hospital San Juan de Dios en la Nissan 21-313, el demente JAIR VELEZ RAMIREZ, le sacara de la chapuza su arma, sin darse cuenta de ello quien procedió a autoeliminarse con el arma oficial en referencia.** Demostrando con lo anterior la falta de responsabilidad en los actos inherentes al cargo. Hechos que tuvieron ocurrencia el día 21 de septiembre de 1989, a eso de las 12:00 horas, a la altura de la carrera 19 con calle 44, de esta ciudad, cuando el policial encartado prestaba tercer turno de vigilancia" (C.2, fol. 77 y ss.ss).

De los considerandos del anterior proveído el *ad-quem* retiene los siguientes apartes, por resultar bien ilustrativos de la realidad fáctica. En ellos se lee:

"...ha llegado a este despacho la investigación disciplinaria adelantada contra el agente PRIETO HURTADO JHON ALBEIRO, con base al informe de fecha 210989 suscrito por el cabo segundo TEJADA DELGADO HARY Coman-

dante del Cai San Diego de esta Unidad Policial, dando cuenta que estando de servicio el agente inculpado, el demente JAIR VELEZ RAMIREZ en un descuido le sacó el arma (revólver) oficial número ABH-0790 con el cual se autoeliminó en momentos en que era conducido al hospital San Juan de Dios de esta Ciudad, para luego ser remitido al hospital de enfermos mentales al municipio de Filandia Quindio, servicio que solicitó el progenitor del occiso, siendo aproximadamente las 12:00 horas de la fecha en referencia".

"Los argumentos expuestos tanto por parte de los testigos y del mismo inculpado conducen a evidenciar que el hecho se produjo por descuido del agente PRIETO HURTADO JHON ALBEIRO, al no asegurar el arma de fuego para poder conducir al demente hasta el centro asistencial donde iba a ser recluido. El informativo es iniciado por presuntas faltas constitutivas de causal de mala conducta, pero en razón a la forma como se protagonizaron los acontecimientos el día 21 de septiembre de 1989 en esta ciudad, no hubo mérito para ello por cuanto el policial inculpado se hallaba de servicio en el momento de la ocurrencia de lo acontecido y en efecto la falta se ha tipificado como común, lo que constituye que este comando se aparte del concepto emitido por el señor oficial investigador". (fl. 77 C.2).

Sobre el mérito probatorio que tienen los fallos disciplinarios, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentecia de 9 de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), expediente N° 3213. Actor: Nadín Ospina Morales, el cual se destaca:

"...la copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente con su conducta ilegal e injusta por fuera de los cánones del buen servicio, que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión de servicio. Para la Sala, la copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciar la existencia de la falla del servicio, porque la decisión pidió la destitución de los miembros de la Policía Nacional que efectuaron el operativo, precisamente porque en forma ilegal, so pretexto de un allanamiento, prolongado irregularmente ejercieron sus funciones, con el saldo trágico que se dejó expuesto..." (Subrayas de la Sala).

B) La Sala patrocina la perspectiva jurídica que manejó el tribunal cuando concluyó que, en el caso en comento, se dio también la culpa de la víctima. Respecto de ésta, el *ad-quem* no puede dar por sentado que era UN DEMENTE, como lo pretende el apoderado de la parte actora, pues dentro del informativo no obra prueba científica que permita llegar a esa conclusión. Los tratadistas de pruebas judiciales, entre ellos el Profesor Antonio Rocha, enseñan:

"Que la perturbación psíquica suprime en cada caso la libre determinación de la voluntad es conclusión que debe resultar del dictamen de los facultativos.
Esa prueba es necesaria, dice la Corte.

"Porque no toda psicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa desde el punto de vista jurídico, agrega esa corporación, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar el desarrollo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico..."
...así como no vale demostrar que el interdicto tenía intervalos lúcidos, es preciso, por el contrario, demostrar que el no interdicto, QUE SE PRESUME POR TANTO SANO, tuvo un momento demente y que ese momento fue concomitante a la celebración del contrato o a la ejecución del acto jurídico...". (De la prueba en derecho. Ediciones Lerner, pág. 598 y ss.ss.).

C) No obstante, la realidad que se deja expuesta, la Sala no patrocina el monto de la condena que hizo el Tribunal, pues este partió del tope de un mil gramos (1000) para indemnizar el daño moral de los padres, y de quinientos (500), para los hermanos, dejando de lado circunstancias que permitan manejar el arbitrio judicial en forma más acorde con la lógica, de lo razonable. En este momento del discurso judicial, cabe preguntar: ¿era el occiso un excelente miembro de la familia? ¿fueron en vida afectuosos los padres con su hijo? ¿y éste con ellos? Acaso de la lectura de la HISTORIA CLINICA levantada por el Hospital Centro de Salud Mental de Filandia, Quindio, no se desprende que el padre era "...POCO AFECTUOSO CON LOS HIJOS, le daba mal trato al paciente por su farmacodependencia... "?.

Acaso de la lectura del mismo documento no se vivencia que el occiso intentó "...matar a la madre, porque dice que es una persona diabólica...". ¿Podrían ser armoniosas y de verdadera comunión espiritual, las relaciones del grupo familiar con el finado cuando se sabe, por la misma historia clínica que era una persona agresiva con propios y extraños, que salía desnudo a la calle, que comía tierra, basuras, y que era deambulante por las noches? ¿Dónde estaban sus hermanos Javier y Helmer en los momentos en que el ser que se dice era tan querido, se comportaba de esa manera? Para la Sala no tienen fuerza de convicción los testimonios rendidos por PABLO EMILIO RÍOS, GLORIA MATILDE MARTINEZ MONTOYA y JAIME VASQUEZ. Cómo creerle al primero, cuando afirma que las relaciones familiares eran muy buenas, que eran unos muchachos "...muy unidos, muy trabajadores desde muy chiquitos...". ¿Que el occiso trabajaba y le daba la plata al papá? Que los hermanos se sintieron "...muy aburridos, muy despechados por la muerte de su hijo y hermano..."? Difícil creerlo, cuando se tiene la cabal comprensión de la calidad de persona que era el finado. Pero es más: cómo se atreve la señora Gloria Matilde Martínez Montoya a afirmar que JAIR VELEZ RAMIREZ era muy buen hijo? Buen hijo cuando intentó matar a la madre. Buen hijo porque consideraba a la madre "UNA PERSONA DIABOLICA".?

Declaraciones con el universo de las que se dejan valoradas, son las que contribuyen a hacer bien cuestionable la credibilidad de la prueba testimonial.

Es verdad, como lo recuerda bien IGNACE LEPP, que se puede amar contra viento y marea, "...aún al ser vil y despreciable porque consciente o inconsciente,

poco importa, creemos que aún en él se ocultan gérmenes de absoluto y de infinito... Así se explicaría el apego, en apariencia enigmático, que tantas mujeres desgraciadas experimentan por el monstruo que las tortura, pero lejos del cual les parece imposible vivir... En los casos normales, parece claro que la actitud de esas mujeres al negarse a sentirse decepcionadas es, por sobretodo, una manifestación de la potencia del amor, de la esperanza inquebrantable de que por el amor se posee el poder de hacer de un INDIGNO UN HOMBRE NUEVO". (La comunicación de las existencias, pág. 103).

Esta posibilidad es la que lleva a la Sala a fijar la condena por perjuicios morales, en favor de la madre, en cuatrocientos gramos (400) de oro fino, pues de la misma historia clínica a que antes se hizo referencia, se desprende que ella es dedicada al hogar y que "TRATA DE COMPRENDER A SUS HIJOS".

Se revocará, en cambio, la condena que por perjuicios morales hizo el tribunal en favor de RICAURTE ANTONIO VELEZ LOAIZA (padre) y de JAVIER y HELMER RAMIREZ (hermanos), por las razones ya anotadas.

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 tercero (3°), cuarto (4°), quinto (5°) y sexto (6°) de la sentencia calendada el día nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio, dentro del proceso del rubro.

2°). REVOCANSE los numerales primero (1o)., segundo (2°), de la misma sentencia, los cuales quedarán así:

1° Declárese que la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL, es administrativamente responsable de la muerte del señor JAIR VELEZ RAMIREZ, ocurrida dentro del marco de circunstancias que se dejaron relatadas en los considerandos de este proveído, en la proporción señalada en la parte motiva.

2°. Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL- a pagar a la señora OTILIA RAMIREZ DE VELEZ (madre), cuatrocientos (400) gramos de oro fino, por concepto de PERJUICIOS MORALES, DENIEGANSE LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

3°. Expídanse las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellos presta mérito ejecutivo.

4°. Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Referencia: Expediente N° 8268. Actor: Ricaurte Antonio Vélez Loaiza.

NOTA DE LA RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de 9 de octubre de 1986, exp. 3213. Actor: Nadin Ospina Morales, sobre el mérito probatorio que prestan los juicios disciplinarios.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA/LANZAMIENTO/INVASION/RESPONSABILIDAD SOLIDARIA/CONCURRENCIA DE CULPAS

En síntesis, el municipio de Silvia omitió ejecutar la Resolución 117 de 1985, como era su deber, sin que exista razón alguna que explique o justifique su conducta, la cual, por lo tanto, resulta constitutiva de una falla del servicio imputable a dicha entidad territorial. El reproche y la responsabilidad han de extenderse también a la Nación -Policía Nacional-, pues si bien la inejecución de la providencia municipal es asunto que competía, en primer lugar, al municipio, no hay duda de que la Policía fue requerida en diversas oportunidades, por los propietarios y por el Gobernador del Cauca, para que proveyese a proteger la finca de la invasión inminentemente, sin que se hubiesen adoptado las medidas adecuadas a ese propósito, al menos no hay prueba de ellas en el expediente, pese al suficiente conocimiento que tenía la institución sobre los hechos. Este material probatorio deja en claro que la Nación -Policía Nacional- incurrió en una manifiesta omisión de sus obligaciones, al dejar de adoptar las medidas necesarias para impedir los daños que sufrieron las actoras, circunstancia que sitúa el asunto en un fenómeno de concurrencia de fallas que genera la responsabilidad solidaria de las entidades públicas comprometidas, en los términos del artículo 2344 del C. C.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C. septiembre primero (1°) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N° 5851. Actor: Sociedad Inversiones Chimán Ltda. y/o. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora en contra del fallo pronunciado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Cauca el 18 de mayo de 1989 por virtud del cual negó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES.

1. Mediante apoderado judicial legalmente constituido, el 11 de marzo de 1987, las sociedades Inversiones Chiman Ltda., Mori Ltda., Reservas Ltda., y Mosquera y Cía Ltda., demandaron solidariamente a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, al departamento del Cauca y al municipio de Silvia, entidades frente a las cuales esgrimieron esta petición.

> "Cóndenase a la Nación - Ministerio de la Defensa - Policía Nacional, al departamento del Cauca y al municipio de Silvia, solidariamente para que reparen el daño causado a Inversiones Chiman Ltda., Reservas Ltda., Mori Ltda., y Mosquera y Cía. Ltda., con motivo de la ocupación ilegal hecha sobre el predio Santa Clara, y consecuencialmente a indemnizarles los perjuicios causados por valor de noventa millones de pesos ($ 90.000.000), más la cantidad que resulte de su actualización por razón de la devaluación monetaria entre el 23 de diciembre de 1985 y la fecha de la liquidación de la sentencia; esta suma producirá intereses en los casos previstos en la ley" (fls. 135-136 C.1).

2. Para fundamentar su pedido, las demandantes invocaron hechos que la Sala sintetiza en los siguientes:

> a) "El predio comúnmente conocido con el nombre de Santa Clara, sitio en el municipio de Silvia, departamento del Cauca, concretamente en la vereda de Ambaló es una unidad de explotación económica desde hace varios años, compuesta por cuatro (4) lotes, denominados Cujacal, El Arado, La Nariz y Peñas Blancas, cuya descripción individual daré posteriormente. Aquel inmueble es propiedad de las cuatro sociedades antes nombradas, quienes naturalmente lo venían poseyendo de manera pacífica y tranquila". (fl. 119 C.1).

El predio "Cujacal" forma parte "del globo comúnmente conocido como Santa Clara" y es de propiedad de inversiones Chiman Ltda.

El predio "El Arado", hace parte del mismo globo y pertenece a la Sociedad Mosquera y Cía. Ltda.

El predio "La nariz" con idéntica característica, es de propiedad de Mori Ltda.

El lote "Peñas Blancas", integrante del mismo conjunto, pertenece a reservas Ltda.

Los cuatro predios conforman una unidad de explotación económica.

b) Las propietarias ejercían posesión pacífica y tranquila sobre dichos predios hasta el 21 de diciembre de 1985, fecha a partir de la cual el predio "Santa Clara"... "fue invadido, tomado y ocupado por indígenas del Resguardo de Silvia llamados Guambianos.

c) "La invasión a Santa Clara y el daño causado a mis mandantes, fue posible y se produjo por negligencia, incuria y falla en el servicio de la Policía Nacional y de las autoridades ejecutivas del Departamento del Cauca y del municipio de Silvia. Es que las dueñas de Santa Clara hicieron todo lo posible para que las autoridades públicas intervinieran y evitaran la invasión o la hicieran cesar. Fue por ello que se contrataron los servicios del abogado Alfredo Pérez Herrera para que propusiera ante la alcaldía municipal de Silvia la querella de lanzamiento por ocupación de hecho antes mencionada, querella a la cual se dieron los linderos de Santa Clara ya que fue todo este el predio invadido por los indígenas.

"Después de una inspección ocular, el alcalde de Silvia dictó la Resolución 117 del 31 de diciembre de 1985, en la cual se lee: "Decretar el lanzamiento de las personas que se encuentran ocupando de hecho los predios de la Hacienda denominada Santa Clara cuyos linderos se transcriben tanto en el escrito de demanda como en la parte considerativa de la presente resolución". En el artículo 4° de la aludida providencia, se dispuso: "oficiese al comandante del departamento división Policía Cauca en el sentido de darle a conocer el contenido de la presente resolución para los fines pertinentes".

"El mismo 31 de diciembre el alcalde se dirigió al comandante de la Policía Departamento Cauca, mediante el oficio 209, en el cual se lee: "atenta y comedidamente, adjunto copia de la Resolución 117 de la fecha emanada de este despacho, solicitando su colaboración para los fines pertinentes, informando además que las personas que suelen trabajar a menudo en esta finca ocupada suele llegar al número de 400 y 500, a eso de las 9 o 10 a.m. y regresar a sus casas a las 4:30 de cada día, dejando desde luego a un número reducido de personas que son las que permanecen". Esta petición no produjo ningún resultado.

"De nuevo el 14 de marzo de 1986 pidió ayuda de la policía, y al efecto el alcalde se dirigió al comandante del Distrito de Policía N° 4 de Silvia, diciéndole: "El presente a fin de solicitar su colaboración referente a la realización de un desalojo en la Hacienda Santa Clara de propiedad del señor Aurelio Mosquera Caicedo, el día 21 de los corrientes, a partir de las 6 a.m. Lo anterior en atención a querella Civil de Policía, instaurada por el doctor Alfredo Pérez Herrera, apoderado del mencionado Mosquera Caicedo, por JUICIO DE LANZAMIENTO POR OCUPACIÓN DE HECHO, y fallada por este despacho en Resolución N° 117 de diciembre 31 de 1985 por medio de la cual se ordena la realización del desalojo mencionado. Informado además que copia de la citada resolución fue enviada al comando de policía División Policía Cauca, por medio de oficio 209 de diciembre 31 de 1985, en la que no se anotó la fecha de cuándo se llevaría a cabo el desalojo ordenado, por motivos convenientes a la institución a la cual usted pertenece".

"Lo anterior tampoco produjo el resultado esperado, y hasta la presente fecha, de manera ininterrumpida, los invasores han venido ocupando todo el globo de terreno llamado Santa Clara, haciendo siembras; destruyendo los pastos artifi-

ciales existentes, usando las valiosas instalaciones que se habían levantado para la mejor explotación del inmueble, y dejando pastar semovientes de propiedad de los distintos invasores. Así es palpable, evidente, la falla en el servicio". (fls. 123-124 C.1).

d) "Por razón de la invasión de Santa Clara, mis mandantes hicieron las siguientes gestiones:

"a) El 19 de julio de 1985, cuando se sabe que se va a producir una invasión muy numerosa, al predio Santa Clara el doctor Rafael Aurelio Mosquera se dirige al gobernador del departamento informándole de que ello va a ocurrir.

"b) El 7 de enero de 1986, el señor Aurelio Mosquera Caicedo, se dirige al gobernador del departamento, pidiéndole protección y manifestándole que ya se ha cumplido con los trámites de la Ley 57 de 1905 y demás normas concordantes.

"c) El 8 de enero de 1986, el doctor Rafael Aurelio Mosquera le pide al alcalde de Silvia dé cumplimiento a la Resolución 117 de diciembre de 1985 de su despacho, ya que se fijó fecha en el artículo 3° de la misma para la correspondiente diligencia de lanzamiento.

"d) El 9 de enero del mismo año, el doctor Mosquera Rivera se dirige en su orden al gobernador del Cauca y al comandante de la Policía Nacional división Cauca, pidiéndoles que se dé cumplimiento a la Resolución 117 de diciembre de 1985, lo cual no se ha hecho. Igual cosa pide nuevamente al alcalde de Silvia y al gobernador el 13 de marzo. El 19 de marzo vuelve a hacerlo con el comandante de la Policía, advirtiéndole a dicho funcionario que mediante un nuevo oficio, el 033 del 14 de marzo de 1986, el señor alcalde de Silvia solicita la intervención de la fuerza pública para el correspondiente desalojo de los invasosres el que pide se lleve a cabo el 21 de este mismo mes y año.

"e) Igual cosa que lo que se manifiesta al comandante de Policía Cauca el 19 de marzo de 1986, el doctor Rafael Aurelio Mosquera, nuevamente se dirige al gobernador diciéndole que de las innumerables solicitudes de proteccción y de los mismos actos del gobierno como la Resolución 117, ninguna de las autoridades ha querido prestarle atención y proceder en los términos que la ley manda. De esa comunicación se le envía copia a la procuraduría regional, al Ministerio de Gobierno y a la Presidencia de la República.

"f) La Presidencia de la República responde por intermedio del doctor Rafael Ignacio Corena B., asesor de la Línea Caliente, manifestando que se le ha dado traslado de la comunicación enviada al Presidente, al secretario de gobierno del Cauca para los fines pertinentes.

"g) Los propietarios de la Hacienda Santa Clara pierden definitivamente la posesión y el dominio de ella. La Resolución 177 tantas veces citada queda sin

ser cumplida por parte de todas las autoridades que representan a la Nación colombiana. En los primeros días de mayo de 1986 los invasores son más de un mil (1.000) quienes ya no sólo pican y generan perjuicios sino que toman posesión de todas las instalaciones de manera definitiva cosa que habían hecho desde diciembre del año anterior. Hay en la propiedad mas de 220 semovientes vacunos que pertenecen a los mismos invasores.

"h) Ante esta situación y desde diciembre de 1985, los propietarios de la Hacienda Santa Clara se ven obligados a retirar todos los semovientes, entre los cuales se encuentra el ganado holstein que fuera avaluado en noviembre de 1983 por el doctor Alejandro Jurado y en octubre del mismo año por el doctor Luis Alberto Gómez. Todos los semovientes deben ser retirados en muy precaria situación, y definitivamente las sociedades propietarias pierden el dominio y posesión por la incuria y negligencia del Estado colombiano, por la falla en el servicio de parte de todas las autoridades como se ha visto que representan a la Nación". (fls. 124-126 C.1).

"e) Para 1983, el inmueble se había avaluado en $ 70.000.000 y, para el año anterior, existió una oferta de compra por $ 65.000.000.

f) La producción lechera en la finca indicada fue para 1980, de 537.743 litros, para 1981, de 488.336 litros; para 1982, de 430.542 litros; para 1983, de 329.867 litros para 1984 de 59.454 litros, para 1985 de 31.486 litros. El descenso de producción en el último año es producto de las invasiones sucedidas en el predio.

g) "... Mori Ltda., contrató un mutuo con el Banco Ganadero para la siembra de árboles, programada con un costo total inicial de dos millones setecientos setenta y seis mil seiscientos pesos (2.776.600) adelantando con recursos del Fondo Financiero agropecuario, por un millón novecientos treinta y cinco mil pesos (1.935.000). La sociedad mencionada tiene a su cargo dicha obligación, pero el bosque comercial no va a producir ningún fruto para ella, en razón de la invasión ocurrida en diciembre de 1985, que trajo como consecuencia la pérdida de la posesión de mis mandantes" (fl. 128 C.1).

3. La Policía Nacional compareció al proceso y pidió pruebas tendientes a "establecer, sin asomo de dudas que en el presente caso no existe falla del servicio por omisión por parte de la Policía Nacional, toda vez que la Institución colaboró activa y efectivamente en el desalojo de los indígenas Guambianos del predio "Santa Clara", a punto tal que el comandante del distrito de Policía de Silvia, señor Capitán Abril, fue denunciado por éstos ante la Procuraduría en ocasión de la aprehensión de 14 indígenas durante el desarrollo del operativo.." (fls. 175-177 C.1).

El Departamento del Cauca asumió similar conducta y presentó el escrito de contestación de la demanda, visible a folios 206 a 217 del cdno. 1; en él dijo que su conducta se había ajustado a la ley, que había realizado las diligencias que le competían frente a las peticiones de las demandantes, y que no había omisión que mereciera

reproche; propuso, además, la excepción de indebida representación fundada "en la carencia total de poder para demandar al Departamento del Cauca...", solicitó negar las pretensiones y pidió pruebas.

4. Con ocasión del alegato final de la instancia, el apoderado judicial de las sociedades demandantes hace un repaso de algunas de la pruebas que obran en el proceso; de ellas destaca la inspección judicial y el dictamen de peritos, para estimar probados los perjuicios ocurridos en la finca "Santa Clara"; de otros documentos agregados el expediente extrae la siguiente conclusión:

> "Ha quedado establecido que se demandó la protección de la policía en ejecicio del derecho subjetivo consagrado para el ciudadano por la ley y que la autoridad competente ante la cual se recurrió, con el lleno de todos los requisitos legales (art. 15 de la Ley 57 de 1905, artículo 1° del Decreto 992 de 1930) no cumplió con su deber. O sea que la administración no se ajustó a las disposiciones de derecho y la policía rehusó "en forma inexcusable" la prestación de la protección del servicio por la cual se causó el daño a mis mandantes..." (fl. 435 a 436 C.1.).

En la misma oportunidad, la apoderada especial del Departamento del Cauca reitera sus argumentos en cuanto atañe a la actuación justa y jurídica de la entidad pública que representa en los hechos controvertidos; solicita además, que se profiera fallo inhibitorio por considerar que las sociedades demandantes carecen de legitimación en causa, conclusión que asienta en dos razones:

> "Si tomamos los certificados expedidos por la Cámara de Comercio y que hacen relación a la constitución de las sociedades demandantes, nos encontramos que según el objeto social de cada una de ellas, sólo la Sociedad Mosquera & Cía. Ltda, era y es la única capacitada para explotar la ganadería, las demás al haber concurrido en la unidad de explotación económica "Santa Clara", en esta actividad se extralimitaron en su objeto social y por tanto de conformidad con lo preceptuado en el artículo 99 del Código de Comercio". (fl.445 C.1).

La Resolución N° 117 de 1985 fue proferida por el alcalde municipal de Silvia a instancias de las sociedades Reservas Ltda., e Inversiones Chiman Ltda., las dos restantes no se constituyeron en partes dentro del proceso de lanzamiento por ocupación de hecho "y la acción que tenían a su favor prescribió a los 30 días....", circunstancia que impidió cumplir "con el requisito que le permitía al funcionario competente (alcalde municipal), actuar", todo lo cual excluye toda posibilidad de falla en el servicio (Fls. 439-445 C. 1).

El fiscal del tribunal considera que las pretensiones se deben negar, porque "como se puede observar, se dio cumplimiento al lanzamiento de las personas que se encontraban ocupando de hecho las predios de la hacienda Santa Clara, **en obedecimiento de la Resolución N° 117 de 31 de diciembre de 1985, dictada por el alcalde municipal de Silvia, Cauca, por la Policía Nacional de este**

departamento" (fl. 476), y, "en consecuencia, al producirse nuevas invasiones al predio de la propiedad de los demandantes, denominado Santa Clara, con posterioridad al desalojo de los indígenas practicado en la segunda semana del mes de marzo de 1986 por la Policía Nacional, éstos (los propietarios y demandantes) debieron acudir ante el señor alcalde municipal de Silvia, Cauca, para establecer la acción administrativa de "lanzamiento por ocupación de hecho" conforme a las normas de la Ley 57 de 1905, artículo 15 y el Decreto Reglamentario N° 992 de 1930, artículo 1°, por sí o por medio de apoderado. Por lo tanto, aplicando la anterior jurisprudencia del Consejo de Estado no se puede predicar omisión generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes". (fl. 482).

5. El tribunal adoptó su decisión luego de reflexionar con esta lógica:

a) No hubo carencia de poder en cuanto al Departamento del Cauca se refiere, porque, a instancias del tribunal, el poder fue ampliado al corregir la demanda.

b) Las demandantes están legitimadas para pretender cuanto reclaman, pues son las propietarias de los predios que constituyen la finca y dentro de sus objetos sociales cabe la explotación económica de la misma.

c) Luego de repasar la actuación cumplida por cada uno de los organismos públicos cuestionados, concluye:

> "...el Departamento del Cauca en el asunto que es materia de decisión en este proceso, cumplió sus obligaciones dentro de los límites de su competencia y aún intervino ante las autoridades competentes en procura de una solución favorable a los intereses de la parte demandante.
>
> "En efecto, la competencia sobre el lanzamiento de ocupantes de hecho de bienes inmuebles, está asignada por la Ley 57 de 1905 y su Decreto Reglamentario 992 de 1930, al alcalde municipal, como jefe de policía del municipio de manera privativa. El gobernador sólo podría intervenir en la resolución del conflicto por vía de apelación y eso hasta la vigencia del Acto Legislativo 01 de 1986.
>
> "El municipio de Silvia actuó de conformidad con las exigencias legales hasta proferir la Resolución 117 de 1985 (diciembre 31) por la cual ordenó el lanzamiento de los invasores. El ejecutivo municipal estaba obligado a cumplir su propio orden y aunque puede atribuírsele cierta morosidad en su cumplimiento, ella es explicable en la atención a las repercusiones del orden público de una medida de tal naturaleza que no podía ser ejecutada independientemente por el alcalde, sino en armonía con las autoridades de Policía del distrito y del departamento. Según se desprende del oficio N° 209 de diciembre 31 de 1985 de la Alcaldía municipal de Silvia al que alude el acta de visita especial del visitador

administrativo y de polícia del Departamento del Cauca (Folios 197) y del oficio del Alcalde de Silvia al comandante del distrito de Policía N° 4 de la misma población, fechado el 14 de marzo de 1986 (folio 284), la autoridad municipal empetró la ayuda policial para ejecutar lo ordenado, si bien en el primer caso, por las razones de seguridad, se abstuvo de señalar fecha para la realización de la diligencia.

"En relación con la actividad de la policía cabe mencionar, en primer lugar, como su función en el presente asunto se limita a la de unidad ejecutora, que debe colaborar con la alcaldía en el cumplimiento de la orden del ejecutivo.

"Mediante oficio número 004 del 10 de enero de 1985, dirigido al juez segundo Promiscuo Municipal (Reparto) de Silvia, el comandante del Cuarto Distrito Silvia deja a disposición del juzgado a 14 personas "quienes se encontraban picando finca Chiman, de propiedad de Aurelio Mosquera.... y fueron retenidos- policía Silvia en el día de hoy 10-01-86 en horas de la manana, con el fin que se le aplique (sic) el delito de daño en cosa ajena" (folio 285).

"Según el acta de visita especial ya referida en el proceso por ocupación de hecho ante la Alcaldía, existe copia de un oficio sin número, de fecha 13 de enero de 1986, dirigido al señor juez promiscuo municipal (O.R.) del lugar, poniendo a disposición de ese despacho a los indígenas Domingo Ulluné Calmabas, Custodio Velasco, José Antonio Ussa, Jorge Calambás, José Yalanda, Avelino Muelas, Avelino Yalanda y José Gembuel, los cuales dice el oficio fueron sorprendidos dañando la propiedad del señor Aurelio Mosquera Caicedo y Erenesto (sic) Rentería en la vereda Chiman..." (folio 197). Repasando la lista relacionada con el párrafo anterior, ésta se refiere a personas distintas a las anteriormente puestas a disposición del juzgado.

"A 13 de marzo de 1986, siempre con base en el acta de visita varias veces citada no se había efectuado aún el lanzamiento de los ocupantes de hecho del predio materia de la querella, ni se había fijado fecha y hora para la práctica de la diligencia (folio 201).

"Al día siguiente de suscrita esta acta, expidió el alcalde el oficio de 14 de marzo de 1986 (folio 284) señalando fecha y hora para su práctica (21 de marzo a partir de las 6 a.m.).

"No existe en el proceso acta de la diligencia de lanzamiento, pero según la respuesta del comandante de Policía Cauca que obra a folios 278 y 279, se realizó con la colaboración de aproximadamente 40 agentes, al mando del teniente Alzate Ospina José Fernando, y según la respuesta del comandante del distrito N° 4 de Silvia, en oficio fechado el 30 de octubre de 1987, para dicho operativo se contó con la colaboración de Caminos Vecinales que facilitó 4 volquetas que sirvieron para trasportar a los invasores retenidos, los cuales fueron dejados a órdenes de la autoridad competente" (folio 280).

"El mismo comandante del distrito 4 de Silvia afirma en oficio de 8 de abril de 1986 que realizó patrullaje en el sector y no encontró invasores, si bien pudo constatar que los indígenas habían picado unas hectáreas (sic).

"Esta afirmación da a entender que se practicó la diligencia de lanzamiento en días anteriores.

"Sin embargo, como según la diligencia de inspección judicial, con dictamen pericial, practicada a la Hacienda Santa Clara el 10 de octubre de 1986, por el juez 1° Promiscuo del Circuito de Silvia (folio 35), como prueba anticipada, el globo de terreno "se encuentra actualmente invadido en su totalidad y desde diciembre de 1985" (folios 40 y 41) y como en la diligencia de inspección judicial, con intervención de peritos practicada por este despacho el 29 de enero de 1988, se constató según versión del propio gobernador indígena, que en la hacienda viven y trabajan unas 600 personas sin contar a los niños y que han construido 20 casas de teja, es ineludible afirmar que el predio se encuentra invadido, aunque el señor Aurelio Mosquera Caicedo, gerente de las sociedades demandantes aún conserva un cuidandero a su servicio, (folios 300 y 301).

"Apreciando en su conjunto la complejidad de los hechos del proceso encuentra la Sala que la policía sí intervino en defensa de los intereses de las sociedades actoras, desde luego que en varias ocasiones detuvo a los nativos invasores como aparece demostrado procesalmente y que, inclusive, hay indicios de que efectuó el desalojo solicitado por el alcalde. Pero, entonces, cómo se explica la presencia posterior de los indígenas en los terrenos de los actores? Estos alegan que aquellos nunca fueron lanzados y que han permanecido ininterrumpidamente y sobre esta base se estructura la falla en el servicio. Pero, como afirma el señor fiscal, existe otra posibilidad, que después de efectuado el desalojo a que se refiere las autoridades de policía hubiesen retornado al lugar sin que en esta ocasión los demandantes interpusiesen nuevamente la querella de lanzamiento.

"El tribunal ha examinado detenidamente los reiterados mensajes de los actores a las diversas autoridades políticas y militares y encuentra que, con posterioridad al 21 de marzo de 1986, fecha en la cual según la policía se efectúo el lanzamiento, sólo obra una comunicación fechada el 26 de marzo de 1986 y dirigida al Gobernador del Departamento del Cauca con nota de recibo del 31 de marzo relativa a los hechos de la demanda (folios 89 a 91). La falta de comunicación posterior puede también apreciarse como prueba indiciaria del desalojo.

"Se insiste por los demandantes en la obligación del Estado de protegerles sus bienes de conformidad con lo preceptuado por el artículo 16 de la Carta. Sin embargo, como lo sostiene recientemente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la obligación del Estado no es absoluta sino relativa a las condiciones históricas, sociales, políticas, al entorno social, es cierto que el Estado debe proteger nuestros bienes, pero de igual forma, debe velar por la seguridad colectiva y de manera superior debe salvaguardar la vida de los asociados que es

jerárquicamente de mayor valor que nuestras posesiones materiales. Por eso no acepta la Sala que el Estado tuviera la obligación directa de proteger los bienes de los demandantes, sin previo requerimiento de éstos. Cumplido el lanzamiento, si los invasores reincidían, se imponía nueva solicitud de protección.

"'No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes', ha dicho y repetido el H. Consejo de Estado. No encuentra la Sala en el proceso prueba alguna de que con posterioridad el lanzamiento se haya impetrado la protección de la autoridad municipal o de policía.

"El razonamiento anterior, que conduce a negar las pretensiones de la demanda, se fortalece al considerar que, la querella debe presentarse personalmente ante el respectivo alcalce municipal (art. 2 del Decreto 992 de 1930) por los interesados o por su apoderado. Siendo las propiedades del inmueble cuatro sociedades, eran ellas las que debían otorgar el poder para la querella de lanzamiento y sólo dos de ellas actuaron, la Sociedad Inversiones Chiman Ltda. y la Sociedad Reservas Ltda., según el poder que obra a folios 71. Adviértase, además, que se refieren a la "Hacienda Santa Clara, ubicada en el municipio de Silvia, vereda de Ambaló, compuesta por los predios denominados El Cujacal y Peñas Blancas" (Ibidem). Observa la Sala que en el presente proceso a través de inspección judicial se constató que la hacienda está integrada por los predios aludidos, pero además, por el predio 'El Arado' de propiedad de 'Mosquera y Cía. Limitada', y por el perdio 'La Nariz de Mori Limitada'. Estas sociedades no intervinieron en el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, por lo que no puede decirse que solicitaran la protección de las autoridades.

"Es cierto que se constató la conexión material de los predios y la posibilidad de su explotación económica como unidad, aspecto repetido insistentemente por los actores; pero ello no subsana la falta de actuación inicial, que la intervención estatal en esta clase de asuntos no es oficiosa. Por lo demás, se dieron los linderos generales de la Hacienda Santa Clara que coinciden plenamente con los constatados en la inspección practicada por este despacho, dejando de lado la participación de las sociedades no intervinientes por cuanto se afirmó:

"El predio anteriormente descrito, alinderado y formado por los lotes El Cujacal y Peñas Blancas es conocido con el nombre de Hacienda Santa Clara (folios 72), lo cual es inexacto.

"No habiéndose demostrado plenamente la falla del servicio la jurisdicción contencioso administrativa deberá absolver a la parte demandada" (fls. 510 a 514 C.1).

6. La parte actora quedó inconforme con la decisión porque "la Sala para afirmar que no hubo falla en el servicio deduce una serie de indicios no de la conducta

procesal de las partes como debía hacerlo, sino de unos hechos que no están debidamente probados", porque sin el acta de la diligencia de lanzamiento, "no hay prueba valedera que demuestre que el lanzamiento sí se hizo", "La carga de la prueba (artículo 168 del Código Contencioso Administrativo y artículo 177 del Código de Procedimiento Civil) incumbía a los demandados, y de manera especial a la policía nacional entidad ésta que junto a la alcaldía de Silvia debió demostrar que hizo el lanzamiento del cual aquí se trata" (fl. 518 C.1); luego de desarrollar estos puntos, agrega:

> "Y como si lo anterior fuera poco, la Sala busca reforzar su argumentación con la extravagante tesis de que no puede prosperar la demanda, por que solamente dos de las sociedades demandantes fueron las que en diciembre de 1985 propusieron ante la Alcaldía de Silvia la querella para el lanzamiento por ocupación de hecho de los invasores de la finca SANTA CLARA. Esta tesis injurídica es sostenida por el señor ponente, quien en la diligencia de inspección judicial de 29 de enero de 1988 dejó la siguiente expresa constancia: "El funcionario que practica la diligencia, deja expresa constancia de que efectivamente el predio SANTA CLARA conforma una unidad con los lotes antes alinderados por lo que bien pudo explotarse como una unidad económica" (fls. 521 C.1).

7. En los alegatos de conclusión de la segunda instancia, el apoderado judicial de las demandantes adujo que " ....el fallador no se atuvo al también principio de que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, exponiendo siempre, razonadamente, el mérito que le asigna a cada prueba. Allí está la falla de la sentencia recurrida. Además, en cuanto hace a la parte demandada, ésta si no probó lo que tenía que demostrar" (fl. 534 C.1); sobre esta base, insistió en las razones expuestas al momento de sustentar el recurso, según las cuales el demandado no probó cuanto le correspondía mientras la parte actora demostró plenamente los hechos de la demanda; reprocha a la sentencia porque, en su concepto, "deja sin valor la garantía constitucional del artículo 16 de la carta", pues, "la protección a la vida, honra y bienes es permanente, no esporádica ni tampoco momentánea ....la ley no le puede imponer a los particulares la curiosa carga de entablar un sin número de procedimientos policiales y judiciales ..... (fls. 532 - 542).

La apoderada especial de la Nación - Policía Nacional pide mantener la decisión del tribunal pues la carga de la prueba correspondía a la parte actora, al contrario de lo afirmado por ella; por consiguiente, si quería ver prosperar sus pretensiones, debió probar, entre otras cosas, que existió una falla del servicio. Como no lo hizo, el fracaso de sus reclamaciones es normal (fls. 544 - 550).

8. El concepto fiscal comienza por establecer que "De lo preceptuado por la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, se deduce que la competencia para actuar está en principio otorgada a la Alcaldía de Silvia (Cauca)"; de esta premisa deduce que las pretensiones planteadas frente al Departamento del Cauca no pueden prosperar; repasa luego algunos medios de prueba y concluye que "...tanto el alcalde de Silvia como la policía actuaron, cada una dentro de su órbita, pues el primero adelan-

tó el procedimiento que culminó con la orden de desalojo, la cual fue cumplida por la segunda.

"Si con posterioridad a las actuaciones anteriores se presentaron nuevos hechos de perturbación de la propiedad debieron ser nuevamente denunciados ante la autoridad competente, circunstancia que no aparece demostrada en el proceso, por lo cual no puede adelantarse con mayor análisis" (fls. 565 C.1).

LA SALA CONSIDERA

A. La petición formulada en la demanda es tan genérica que, por sí sola, haría imposible su solución por el juez; en este sentido peca contra la norma consagrada por el artículo 138 del C.C.A. en el inciso 2°.

Sin embargo, haciendo un esfuerzo interpretativo de la causa pretendí, la Sala entiende que las sociedades demandantes pretenden se le reconozca el valor de la finca invadida y las sumas que dejaron por la suspensión de la producción lechera y por la imposibilidad de explotar el bosque comercial plantado por la firma Mori Ltda., hasta un límite de $ 90.000.000 (hecho décimo tercero de la demanda).

B. El punto central de la controversia se sitúa en la ejecución o inejecución de la Resolución N° 117 de 31 de diciembre de 1985, por cuya virtud el alcalde municipal de Silvia dispuso:

> "ARTÍCULO PRIMERO. Decretar el LANZAMIENTO de las personas que se encuentran ocupando de hecho los predios de la hacienda denominada "SANTA CLARA" cuyos linderos se transcriben tanto en el escrito de demanda como en la parte considerativa de la presente resolución.
>
> "ARTÍCULO SEGUNDO. Señálase el día ... del mes ... de 198_ a partir de las... a.m. en adelante para llevar a cabo la diligencia del lanzamiento decretado en el artículo 1° de la presente providencia.
>
> "ARTÍCULO TERCERO. (sic) Comuníquese a las personas ocupantes en el aludido predio y sin ello no se lograre fíjense los respectivos avisos en la entrada de dicho predio, avisos que contendrán fecha y hora, para llevar a cabo la diligencia de desalojo, lo anterior de acuerdo a lo estipulado en el art. 6° del Decreto 992 de 1930.
>
> "ARTÍCULO CUARTO. Ofíciese al comandante del Departamento División Policía Cauca en el sentido de darle a conocer el contenido de la presente resolución, para los fines pertinentes" (fl. 33 C.1).

La parte actora manifiesta que la decisión del alcalde no se cumplió y reprocha tal incumplimiento al municipio de Silvia, al Departamento del Cauca y a la Nación - Policía Nacional.

La Nación manifiesta que la resolución se cumplió; el departamento, que carecía de competencias legales en orden a dicho cumplimiento, y el municipio, inexplicablemente, guarda silencio, siendo, como era, el más indicado para explicar lo ocurrido en las circunstancias que plantea la demanda.

Por razones de método, se examinará primero la conducta del Departamento del Cauca; la Sala coincide con el a quo, y con el propio demandado, que en su sede se realizaron cuantas diligencias estaban a su alcance y dentro de la esfera de sus atribuciones, de una parte, para que la aludida resolución municipal tuviese cumplimiento y, de otra, para evitar la invasión a la finca de las demandantes.

En efecto, en el expediente consta:

1. Que el 19 de julio de 1985, Rafael Aurelio Mosquera Rivera se dirigió al gobernador del departamento para solicitarle verificara la información según la cual, ese día, sería invadida la finca "Santa Clara" por 7.000 indígenas y tomase las medidas necesarias para impedirla (folio 77).

2. El 7 de enero de 1986, ya cumplida la invasión, el peticionario se dirige de nuevo al gobernador invocando su condición de gerente de "Reservas Ltda" para que el "desalojo se lleve a cabo (en) una operación conjunta entre policía y ejercito" (fl 78).

3. El 9 de enero siguiente, por telegrama transcribe al gobernador un mensaje de igual naturaleza enviado al comandante de la policía, reclamando cumplimiento de la Resolución 117 de 1985 de la alcaldía municipal de Silvia (fl. 80).

4. Mensajes similares se suceden el 8 de marzo (fl 84), el 13 de marzo (fl 85-86), el 19 de marzo (fl. 87) y el 31 de marzo de 1985 (fls. 89-90).

De su lado, las autoridades departamentales cumplieron las siguientes diligencias:

1. El 19 de julio, el secretario privado de la gobernación "cumpliendo órdenes del señor gobernador" remite la petición formulada por Aurelio Mosquera al secretario de Gobierno, pidiendole "hacer las investigaciones del caso e informar a la gobernación" (fl. 183); comunicación similar se envía en la misma fecha al comandante de policía del Cauca (fl. 184), mensaje que se repite el 20 de enero de 1986 (fl. 185); de la misma naturaleza es la orden que se imparte al jefe de la sección justicia el 20 de marzo de 1986 (fls. 186) y que se repite el 1° de abril siguiente (fls. 188) conjuntamente con el director del DAS (fls. 189) y el Secretario de Gobierno, "para estudiar un plan de acción".

2. El 1° de abril de 1986, el secretario privado se dirige al alcalde municipal de Silvia "con el fin de que se actúe lo más pronto posible en la mejor forma e informe al señor gobernador sobre lo actuado (fls. 187).

3. El 13 de marzo de 1986 el visitador administrativo y de policía del departamento practica visita al despacho de la alcaldía municipal del Silvia " .... con el fin de revisar las querellas de policía adelantadas en virtud de demandas incoadas por el señor Aurelio Mosquera Caicedo mediante apoderado por la perturbación a la posesión en predios de su propiedad ubicados en esta jurisdicción municipal, atendiendo petición el Sr. Rafael Aurelio Mosquera formulada ante la Secretaría de Gobierno Departamental del Cauca" (fls. 195-202) y rindió el informe respectivo (fls. 192-194); formuló estas recomendaciones:

"Con base en los hechos expuestos, me permito recomendar al señor alcalde de Silvia, lo siguiente:

"1° En lo que respecta al proceso por "Ocupación de hecho", fijar por medio de auto, fecha y hora para la diligencia del lanzamiento y solicitar el concurso de la fuerza pública para lo cual se debe oficiar al comandante del distrito de este lugar pero con antelación para que éste pueda informar a Popayán y pedir el apoyo suficiente.

"2° Al efectuar el lanzamiento, debe extenderse la correspondiente acta de la forma y circunstancias como se realizó el lanzamiento" (fls. 201 y 202).

4. El 25 de abril de 1986 el jefe de la sección de Asuntos Municipales solicita del Alcalde de Silvia "... se sirva dar estricto cumplimiento a las recomendaciones consignadas por el Visitador Administrativo y de Policía del Departamento, señor JULIO A. CORDOBA B., en el acta de visita especial practicada por dicho funcionario a los procesos civiles de policía adelantados por esa alcaldía en virtud de demandas incoadas por el señor Aurelio Mosquera Caicedo mediante apoderado, de cuya acta el visitador le entregó a usted copia.

"En consecuencia, sírvase dar la protección policiva del caso al señor Mosquera Caicedo, de acuerdo con las orientaciones dadas por el visitador, informando a esta oficina respecto de las medidas adoptadas" (fl. 203).

Como se puede observar las autoridades departamentales comenzando por el gobernador, adelantaron diligencias que, dentro de la órbita de sus competencias, aconsejaba la gravedad del asunto; desplazó funcionarios hasta el municipio de Silvia; se dirigió a la Policía Nacional y al D.A.S. para que se atendiese la solicitud de protección de los interesados; y ordenó, desbordando en la práctica sus atribuciones si se tienen en cuenta las modificaciones introducidas por el A.L. N° 1° de 1986, al alcalde municipal de Silvia la ejecución de la Resolución 117.

En conclusión, el daño que dicen haber sufrido los autores no es imputable al Departamento del Cauca el cual, por consiguiente, merece ser absuelto.

C. Distinta es la situación del municipio y de la Nación cuyos funcionarios incurrieron en notorias omisiones de sus deberes, lo cual, sin duda, compromete la responsabilidad patrimonial de dichas entidades.

Veamos:

1. Como se pudo apreciar en la transcripción que se hizo de la parte resolutiva de la Resolución 117 de 31 de diciembre 1985, se dejaron en blanco los espacios de fecha y hora para la práctica de diligencia de lanzamiento por ella decretado.

2. El mismo 31 de diciembre el alcalde municipal dirige al Comandante de la Policía un oficio cuya imprecisión es total; éstos son sus términos:

> "Atenta y comedidamente, adjunto copia de la Resolución N° 117 de la fecha, emanada de este despacho, solicitando su colaboración (sic) para los fines convenientes, informando además que las personas que suelen trabajar a menudo en estas fincas ocupadas suelen llegar en numero de cuatrocientas o quinientas, eso de las 9 o 10 A. M. y regresar a sus casas a las 4.30 de cada día, dejando desde luego a un número reducido de personas que son las que permanecen" (fl. 69).

3. El 14 de marzo de 1986 el alcalde remite un nuevo oficio al Comandante de la Policía; en él se dice que el desalojo se practicará el 21 del mismo mes, a partir de las 6 A.M. y se explica que, en la resolución, "no se anotó la fecha de cuando se llevaría a cabo el desalojo ordenado por motivos convenientes a la institución a la cual usted pertenece" (fl. 70).

4. Sin embargo esa diligencia no se realizó, según se constata en los documentos que enseguida se relacionan:

- La petición que elevan los interesados al Gobernador del Departamento el 31 de marzo, es decir, 10 días después de la fecha en que debió ocurrir el desalojo (fls. 89-91).

- La comunicación de la Presidencia de la República de 4 de abril, señalando el destino de una petición similar remitida a ese despacho (fl. 92).

- Los permisos otorgados por el Alcalde Municipal de Silvia para trasladar cabezas de ganado desde la finca "Santa Clara" "para salvar dichos semovientes por hallarse la citada finca invadida por los indígenas Guambianos desde el 28 de febrero pasado" (fls. 94-99-103). Esta última fecha podría conducir a pensar que se trataba de una nueva invasión y que el desalojo decretado se practicó en oportunidad; sin embargo hay documentos claros que contradicen esta hipótesis:

- El visitador Administrativo y de Policía, luego de la visita especial que practicó en la Alcaldía Municipal de Silvia, concluye:

"Aunque en los dos procesos se incurrió en algunos errores de procedimiento, esa situación ya fue corregida y por tanto, en este momento creo que solamente hace falta que la Policía coordine con el Alcalde de Silvia lo pertinente para llevar a efecto la diligencia de desalojo ya ordenada, dentro del proceso sobre lanzamiento por "ocupación de hecho" (fl. 194).

Y más adelante agrega:

"...me permito recomendar a usted, oficiar al señor alcalde Municipal de Silvia (c), VÍCTOR LUIS FERNÁNDEZ, para que coordine con el comandante del distrito de Policía de ese lugar y programe lo antes posible la diligencia de lanzamiento en la Hacienda "Santa Clara" de ese municipio, y que rinda el correspondiente informe a la Secretaría de Gobierno una vez efectuada la diligencia" (fl. 194).

- El informe anterior tiene por soporte el acta de visita, en la cual se hace la relación de los dos procesos policivos a que alude el informe; sobre el primero, expresa:

"Con fecha diciembre 31 de 1985, (fl. 20) la Alcaldía dicto la Resolución N° 117, por medio de la cual se desató la controversia, donde después de hacer un análisis del problema, se ordenó el lanzamiento de las personas que se encuentran ocupando de hecho los predios de la hacienda "Santa Clara", decisión ésta tomada en el punto primero de la parte resolutiva; en el punto segundo, se dice que se señala fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento aunque no se determinó la fecha ni la hora exactas porque se dejó en blanco; en el punto tercero, se dispuso comunicar a los ocupantes esta determinación personalmente o por medio de avisos conforme al art. 6° del Decreto 992 de 1930, y en el punto tercero, oficiar al Comandante de la Policía para los fines pertinentes.

"Obra luego a fls. 23, copia del oficio N° 209 de diciembre 31 de 1985, dirigido al Comandante del Departamento de Policía - Cauca, informándole que se ha ordenado el lanzamiento y solicitando su colaboración para la diligencia respectiva, pero sin indicar fecha ni hora.

"El señor Rafael Aurelio Mosquera R., dirige al alcalde una comunicación en enero 8 de 1986, (fl. 24), en su calidad de sub-gerente de las sociedades anotadas, solicitando la protección policiva para que se lleve a efecto el lanzamiento de los ocupantes de hecho de los predios arriba mencionados, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución de la Alcaldía marcada con el N° 117 de diciembre 31 de 1985.

"Corre a fs. 25, copia de un oficio sin número, de fecha 13 de enero del presente año, dirigido al señor Juez Promiscuo Municipal (O.R.) del lugar, poniendo a disposición de ese despacho a los indígenas Domingo Ullané Calambás, Custodio Velasco, José Antonio Ussa, Jorge Calambás, José Yalanda, Avelino Muelas,

Avelino Yalanda y José Gemuel, y algunas herramientas de trabajo, los cuales dice el oficio, fueron sorprendidos dañando la propiedad del señor Aureliano Mosquera Caicedo y Ernesto Rentería, en la vereda de "Chimán", siendo esto la última actuación de la alcaldía en dicho proceso" (fl. 197).

El segundo proceso, de conformidad con el acta (fls. 198-199), se inició el 25 de febrero de 1986 y se dirigió en contra de Gerardo Pechené Francisco Gemuel, Alonso Gemuel, José Bolívar Flores y Francisco Pechené; la fijación del edicto para notificar el auto admisorio de la demanda finaliza la actuación.

En las conclusiones del acta se anota:

"b) Como realmente no se ha llevado a efecto la diligencia del lanzamiento de los ocupantes de hecho que se encuentran en el predio material de la querella, por cuanto no hay constancia ninguna de ello ya que no obra en el proceso el acta correspondiente, y tampoco se ha fijado fecha y hora para tal diligencia, debe cumplirse esa etapa de proceso" (fl. 201).

Y en las recomendaciones precisa:

"1. En lo que respecta al proceso por "ocupación de hecho", fijar por medio de auto, fecha y hora para la diligencia de lanzamiento y solicitar el concurso de la fuerza pública para lo cual se debe oficiar al comandante del distrito de este lugar pero con antelación para que éste pueda informar a Popayán y pedir apoyo suficiente.

"2. Al efectuar el lanzamiento, debe extenderse la correspondiente acta de la forma y circunstancia cómo se realizó el lanzamiento" (fls. 201-202).

Finalmente, la Sala con el objeto de esclarecer los hechos dictó, con fundamento en el artículo 169, inc. 2° del C.C.A., una providencia para solicitar la información correspondiente a la alcaldía de Silvia.

La respuesta es la siguiente:

"En atención a su oficio N° 264 calendado con fecha 19 de febrero del presente año, quiero comunicarle lo siguiente:

"1. Que revisados los archivos existentes en las oficinas de la alcaldía municipal de Silvia (c), con relación a procesos, querellas y asuntos policivos; no aparece el proceso N° 117 de diciembre 31 de 1985.

"2. Consultado al señor ARIEL MOSQUERA HURTADO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 10.528.677 expedida en Popayán, secretario de la alcaldía en ese entonces dijo: "que no se fijó la fecha ni hora de lanzamiento, para dar cumplimiento a lo ordenado en la Resolución N° 117 de diciembre 31

de 1985, pues que los ocupantes del mencionado predio permanecieron un (1) solo día; y en consecuencia de lo anterior no había a quien desalojar" (fl. 575).

A folios 278 y 279 obra una certificación de la policía que podría impulsar conclusiones distintas sino estuviese contradicha tanto por las pruebas que se acaban de relacionar como por otras que se detallarán más adelante; dice la expresada certificación:

"1. El día 23 de diciembre de 1985, en la vereda de Ambaló, municipio de Silvia (Cauca), se recibió la información de un número no determinado de personas al parecer indígenas Guambianos, invadieron la Hacienda Santa Clara; a lo cual el comando del departamento, a cargo del señor Teniente Coronel MANUEL JULIAN CASTAÑO ROZO actualmente comandante del Departamento de Policía Antioquía, procedió a hacer las coordinaciones del caso, con el señor capitán MANUEL ENRIQUE ABRIL AGUDELO comandante del Distrito cuatro Silvia, enviándole aproximadamente 40 agentes al mando del señor teniente ÁLZATE OSPINA JOSÉ FERNANDO, para que efectuaran el desalojo solicitado por las autoridades.

"2. El distrito cuatro Silvia, colaboró eficientemente para prestar el servicio en la Finca Santa Clara, prueba de lo anterior, es de que cuando el señor capitán MANUEL ENRIQUE ABRIL AGUDELO, fue a cumplir el requerimiento solicitado, retuvo transitoriamente a varias personas que se encontraban en esos predios. Quienes posteriormente fueron remitidos a órdenes de las autoridades competentes en el municipio de Silvia.

"3. Este comando dió las instrucciones pertinentes al comandante del distrito con el propósito de que se envíe a esa Corporación lo más pronto posible todos los antecedentes sobre este caso" (fls. 277 - 279).

En el mismo sentido el comandante del Distrito N° 4, Silvia, Manuel Enrique Abril Agudelo, informa:

"1. El comando del Distrito N° 4, recibió un oficio de la alcaldía de Silvia solicitando la colaboración para practicar el desalojo de los indígenas Guambianos, en predios de la Hacienda Santa Clara, propiedad del señor AURELIO MOSQUERA CAICEDO.

"2. El comando del Distrito N° 4, con sede en Silvia, coordinó con el comando del departamento, para brindar el apoyo oportuno, al requerimiento solicitado, dándole una satisfactoria respuesta al señor alcalde de ese entonces, en donde se aplazó bajo coordinación policía-alcaldía y mayordomo de la finca afectada.

"3. En la segunda semana de marzo de 1986, la alcaldía de Silvia, ofició al distrito de policía el día propicio para practicar el desalojo.

"4. El comando del departamento de Policía Cauca, comisionó al señor teniente ÁLZATE OSPINA JOSÉ FERNANDO, quien se desplazó con un número aproximado de 40 agentes al Municipio de Silvia, coordinando el operativo bajo el mando del capitán ABRIL AGUDELO MANUEL ENRIQUE, quien personalmente se dirigió a la Hacienda Santa Clara a prestar el servicio solicitado por parte del señor Alcalde del Municipio de Silvia. Para dicho operativo se contó con la colaboración de Caminos Vecinales (volquetas 4), vehículos que sirvieron para transportar los invasores retenidos, los cuales fueron dejados a órdenes de la autoridad competente .

"De otra parte informó el señor secretario tribunal administrativo que adicionalmente se contó con un número de 15 agentes que estaban en la base del distrito y asistieron al desalojo solicitado.

"5. En respuesta de este numeral, por este procedimiento fui denunciado ante la Procuraduría Regional del Cauca, ante la doctora LEONOR AMEZQUITA DE QUINTERO, debiendo anexar una constancia del médico del municipio de Silvia, donde informaba que los Guambianos habían gozado (sic) de buen trato por parte de la policía que efectó el desalojo" (fls. 280-281).

Pese a tales afirmaciones anexa, para respaldarlas tres documentos que las contradicen, a saber:

- La denuncia penal presentada ante el Juez Promiscuo Municipal de Silvia **el 8 de abril de 1986,** en la que el mismo Comandante expresa:

"...El día sábado 5 del presente mes y año en curso, siendo aproximadamente las 10:30 horas se procedió a realizar un patrullaje en la Hacienda Santa Clara de propiedad del señor AURELIO MOSQUERA CAICEDO, la cual está siendo invadida por indígenas guambianos, continuando con el patrullaje y dirigiéndonos pudimos constatar que los indígenas han picado aproximadamente unas 25 hectáreas del terreno, causando graves daños al propietario de dicha propiedad.

"Es de anotar que durante el patrullaje que realizamos no encontramos en dicha hacienda invasores algunos, pero cuando llegamos hasta la hacienda de propiedad del señor PEDRO CORDOBA, estos indígenas se habían dado la tarea de dedicarse a picar el terreno, utilizando para ello, palas, picas, barretones y toda una gama de instrumentos dedicados a la labranza del campo". (fl. 282).

"(.....).

".....Fue así como en ese lugar se retuvieron a los individuos de nombres: FLORESMIRO TUNUMBADA VELASCO, 32 años, casado, agricultor, hijo de José y María; CRUZ DAGUA, 50 años, indocumentado, agricultor, casado, hijo de Custodio y Dominga, residente vereda de Chimán; JOSÉ JOAQUIN MORALES, 56 años de edad, indocumentado, agricultor y residente vereda el

Chiman; VICENTE CAMPOS, 35 años, casado, agricultor, indocumentado, hijo de Agustina sin más datos y MANUEL JESÚS TROCHA, indocumentado, soltero, de 16 años de edad, agricultor, hijo de Paulino y Nasaria, MIGUEL ANTONIO DAGUA, 15 años, indocumentado, hijo de Cruz y Rufina, soltero agricultor y residente de la vereda en Chimán de esta población." (fl. 282).

El oficio de la Alcaldía que se señala el **21 de marzo de 1986**, a partir de las 6 A.M. para la práctica del desalojo (fl. 284).

Obsérvese la disparidad de las fechas en los documentos relacionados.

Y un oficio del **10 de enero de 1985**, por medio del cual se dejan a disposición del juzgado varias personas que fueron encontradas picando en "**la finca Chimán** de propiedad de Aurelio Mosquera" (fl. 285). Para esta época, la Resolución N° 117 aún no se había expedido, y por tanto mal se puede aducir tal hecho como ejecución de la misma; máxime cuando la retención de las personas mencionadas en el oficio no se produjo en la finca Santa Clara, por cuya invasión reclaman las demandantes.

Más aún:

La afirmación, según la cual, por los hechos acaecidos durante el desalojo originaron un proceso disciplinario en contra del Comandante de la Policía de Silvia, Manuel E. Abril, tampoco corresponde a la verdad, sobre este particular obran en el expediente copias de dicho proceso (fls 346 y ss.) en el cual se investigan hechos sucedidos **el 30 de diciembre de 1987 en la finca el "Chimán"**, es decir, en fecha notoriamente posterior y en sitio distinto de aquellos que sustentan la presente controversia.

En síntesis, el Municipio de Silvia omitió ejecutar la Resolución 117 de 1985, como era su deber, sin que exista razón alguna que explique o justifique su conducta, la cual, por lo tanto, resulta constitutiva de una falla del servicio imputable a dicha entidad territorial.

El reproche y la responsabilidad han de extenderse también a la Nación - Policía Nacional, pues si bien la inejecución de la providencia municipal es asunto que competía, en primer lugar, al municipio, no hay duda de que la policía fue requerida en diversas oportunidades, por los propietarios y por el Gobernador del Cauca, para que proveyese a proteger la finca de la invasión inminentemente, sin que se hubiesen adoptado las medidas adecuadas a ese propósito. Al menos no hay prueba de ellas en el expediente, pese al suficiente conocimiento que tenía la institución sobre los hechos; así lo demuestran los documentos visibles a folios 82, 88, 184 y 185 del expediente.

Este material probatorio deja en claro que la Nación - Policía Nacional incurrió en una manifiesta omisión de sus obligaciones, al dejar de adoptar las medidas necesarias para impedir los daños que sufrieron las actoras, circunstancia que sitúa el

asunto en un fenómeno de concurrencia de fallas que genera la responsabilidad solidaria de las entidades públicas comprometidas, en los términos del artículo 2344 del C.C.

D. Del Estado de invasión de la finca "Santa Clara" por los indígenas guambianos existen varios medios de prueba en el proceso; de ellos se destaca, por razones de inmediación, la inspección judicial practicada por el tribunal el 29 de enero de 1988; en ella, además de la constancia directa del a-quo, se recibió la "manifestación" del Gobernador del Cabildo de Indígenas de Guambia, según la cual "... en dicho sitio vivían y trabajaban unas 600 personas, hombres y mujeres sin contar a los niños, que han construido 20 casas de teja y que tienen otras 50 pero no habitables sino para guarecerse de la lluvia; que las casas construidas lo fueron el año pasado; que en el establo viven unas 10 familias; que en dicho predio mantienen unas 50 cabezas de ganado y 30 caballares; que cultivan maíz, arveja, papa, cebolla, trigo, etc. para el consumo y muy poco para el comercio; que desde el momento que entraron ahí llevan tres cosechas de los cultivos plantados ya que el maíz se da a los 8 meses; que en la actualidad no existe ningún sistema de riego porque el señor Aurelio Mosquera se llevó la tubería que era movible; que los habitantes trabajan en común, cada familia tiene su predio; que en realidad, el sistema de riego fue construido por el Sr. Aurelio Mosquera y que aún se podría utilizar, si tuvieran los elementos que se llevaron, es decir, la tubería. Manifestó igualmente el señor Gobernador del Cabildo de Indígenas que el lago de arriba, de encima del establo había sido secado por los vecinos de Ambaló, que son también guambianos, porque hablan el mismo dialecto, pero que pertenecen al cabildo de Ambaló. Que ellos fueron los que cortaron los árboles y de (sic) decían que tenía orden de don Aurelio para hacerlo" (fls. 301 - 302).

En el mismo sentido conceptúan los peritos en la experticia que recoge el proceso:

"El estado actual del predio Santa Clara se caracteriza por un cambio total de la explotación que inicialmente se le había dado como una UNIDAD AGROPECUARIA pasando a ser en la actualidad una explotación de parcelas de subsistencia a pequeña escala y en forma indebida, pues se caracterizan sólo los cultivos tradicionales.

"Los potreros del predio desaparecieron en su totalidad como elemento de explotación técnica, es decir, sus pastos fueron picados y reemplazados en pequeñas áreas por cultivos tales como: maíz, (mayor cultivo en explotación) papa, cebolla, arveja y otras variedades en pequeña escala.

"Toda esta explotación es hecha por los guambianos, quienes se encontraban el día de la visita, algunos en sus menesteres de explotación en el campo y otros en la expectativa de la visita.

"Las construcciones hidráulicas existen en la actualidad, las que componen el sistema principal de riego, es decir, el canal abierto y las obras civiles complementarias pero sin mantenimiento lo que ha producido a esta estructura erosio-

nes laterales y fuga de caudales. Es posible su recuperación, los lagos que componen este sistema están abandonados, habiéndose producido de uno de ellos el desecamiento parcial. Las construcciones e instalaciones que inicialmente fueron construidas, hoy presentan deterioros y abandono total del fin por lo cual técnicamente fueron construidas y es así como los establos han sido dedicados a viviendas multifamiliares de guambianos" (fls. 315-316).

Más adelante señalan los expertos:

"El valor real del predio Santa Clara, teniendo en cuenta el tipo de explotación y desmejoras presentadas en el momento y la invasión de que es objeto por parte de la comunidad indígena, carece del valor comercial, más aún cuando hoy es área de conflicto y orden público en nuestro departamento" (fl. 319).

A folios 107 a 109 figura un informe de control de inversiones del Banco Ganadero, previa visita efectuada el 23 de diciembre de 1986. Se deduce de él que la sociedad Mori Ltda, era usuaria de un crédito para reforestación en la finca "Santa Clara" y que, recorrida la finca se encontró:

"A. EL GRUPO INDÍGENA DE LA REGIÓN HABÍA INVADIDO LA FINCA. B. EL DAÑO EN LOS PASTOS MEJORADOS QUE EXISTÍAN EN LA FINCA FUE TOTAL. C. SE ESTAN EFECTUANDO POR PARTE DE LOS INDÍGENAS SIEMBRAS DE CULTIVO DE PANCOGER TALES COMO PAPA Y MAÍZ. D. IGUALMENTE CONSTRUCCIONES DE RANCHONES. E. LAS INSTALACIONES Y VIVIENDAS SE ENCUENTRAN DETERIORADAS POR FALTA DE USO Y MANTENIMIENTO. F. EL CULTIVO DE BOSQUES COMERCIAL EN SU GRAN MAYORIA SE ENCUENTRA EN BUEN ESTADO, EN ALGUNAS PARTES HAN CORTADO O QUEMADO PEQUEÑAS ÁREAS. G. DEBIDO A QUE EL USUARIO SE DEBIÓ RETIRAR DE LA FINCA, VENDEN EL GANADO HOLSTEIN Y ACABAN CON LA EXPLOTACIÓN TIPO LECHE QUE EXISTÍA, LA RENTABILIDAD DE LA FINCA ES ACTUALMENTE NULA. H. HASTA TANTO NO SE DETERMINE LA TENENCIA DE LA TIERRA EL BANCO TIENE POCAS POSIBILIDADES DE RECUPERACIÓN DEL CRÉDITO PARA REFORESTACIÓN" (fls. 108-109).

Complementariamente, el concepto pericial expresa:

"Los cultivos de árboles, pinos, de las distintas variedades no se pueden en el momento aprovechar, pues no presentan el desarrollo ideal para ser utilizados en pulpa o madera, en cuanto al ciprés que sirve de cortina a las construcciones existentes si se podrían utilizar en su totalidad o entresacar y es así como en la actualidad se observa que en el momento han sido explotados gran número de árboles tal como se muestra en una de las fotografías.

"De todos los lotes, el pino ciprés se podrá entresacar y aprovechar en un 30% de lo que existe.

"El valor aproximado de toda la reforestación teniendo en cuenta que los sembrados son de aproximadamente 30 hectáreas se podría calcular de la siguiente manera (sic) técnica:

"2. Has. de ciprés, regular desarrollo y 6-7 años de edad se calcula aproximadamente en un valor de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS ($1.200.000.oo).

"12 hectáreas de pátula, de regular desarrollo, de 6-7 años de edad, su costo aproximado es de SEIS MILLONES DE PESOS ($ 6.000.000.oo).

"12 hectáreas de pino o carpa de regular desarrollo, de 6-7 años de edad, su costo aproximado es de SEIS MILLONES DE PESOS ($ 6.000.000.oo).

"6 hectáreas de eucaliptus Globus de regular desarrollo y de 6-7 años de edad; su costo aproximado es de TRES MILLONES DE PESOS ($ 3.000.000.oo)" (fls. 317-318).

Finalmente, del propio concepto pericial, de la inspección judical y de las declaraciones de Oswaldo Bravo García, contador de las empresas demandantes (fls. 4 y ss. del C.2), de modesto Pechené, ordeñador y vaquero de la finca (fls. 263 y ss.) y de Canencio Bravo, mayordomo, (fls. 261-262), se infiere que la finca estaba dedicada, fundamentalmente, a la explotación lechera para lo cual se la había dotado de instalaciones adecuadas, se había mejorado sus pastos y dotado de un sistema de riego; y que la explotación decayó notablemente como consecuencia de la invasión.

En otras palabras hay prueba suficiente de la existencia del daño cuya indemnización se reclama.

En cambio no existen datos ciertos en relación con su cuantía, por las siguientes razones:

a) Porque, de acuerdo con la inspección judicial que practicó el a quo, no toda la finca está invadida, hasta el punto de que en ella se "hace constar que el actor, sociedad inversiones Chimán Ltda, representada por el señor Aurelio Mosquera Caicedo aún conserva con cuidandero de las casas aludidas anteriormente, (sic) pues en dicho lugar se encontró el señor Canencio Bravo, quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 4.766.682 de Silvia, quien por orden del señor Mosquera Caicedo abrió al personal de la diligencia, las puertas que daban entrada a los referidos inmuebles. Interrogado el señor Canencio, de por cuenta de quien estaba allí, manifestó que era trabajador del señor Aurelio Mosquera Caicedo, desde hace más de cuatro años y que no tenía nada que ver con la comunidad guambiana era respetado allí por ellos. Tanto la casa de habitación de los dueños de la finca, o sea el Chalet que atrás se identificó, como la parte trasera del establo constituido por un gran patio y la pequeña casa del mayordomo o cuidandero han sido respetadas por los indígenas aunque se encuentran totalmente rodeadas por las habitaciones de ellos" (fls. 300-301).

b) Porque, según se transcribió, los bosques comerciales eran parcialmente recuperables.

c) Porque no existen datos concretos sobre la producción lechera y su disminución.

d) Esta circunstancia determina a la Sala a proferir una condena en abstracto cuya liquidación se hará con arreglo a las bases que más adelante se precisan.

e) Dicho en síntesis, la Sala no acoge los planteamientos del tribunal que apoyaron la sentencia desfavorable a la demanda, como tampoco retiene sus argumentos relativos a la exigencia de que "Mosquera y Cía, Ltda" y "Mori Ltda" debieron haber solicitado la actuación policiva para tener derecho a indemnización.

Como lo reconoce el a quo, está probado en demasía y con reiteradas constancias del juez en las repetidas inspecciones judiciales que obran en el expediente (fls. 36-40; 54-56; 296-315), que la finca constituía una unidad de explotación económica desarrollada por las empresas demandantes en los 4 lotes que la integraban.

Tal constatación es importante, pues dada esa característica la solicitud de tutela policiva formulada por una o varias de las empresas comprometidas en la explotación única, genera la obligación de las autoridades de prestar la debida protección una vez comprobada la veracidad de los hechos denunciados. Exigir más, es supeditar indebidamente los derechos materiales a simples formas de procedimiento.

f) Para efectos de la liquidación de la condena que, como se dijo, se hará en abstracto, se tendrán en cuenta estas pautas:

1. Por peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, **se establecerá y delimitará** la parte efectivamente ocupada por los invasores.

2. Los mismos peritos determinaran con exactitud la incidencia de la ocupación en la unidad de la finca y en cada uno de los predios que la componen, con el alinderamiento correspondiente.

3. La tarea confiada a los peritos en los numerales anteriores se realizará de tal modo que se puede precisar con exactitud la parte ocupada cuyo dominio se traspasará en favor de las entidades públicas demandadas o de la que haga el pago de la obligación indemnizatoria.

4. También determinarán los peritos el valor de la parte ocupada en el momento de la ocupación; esa suma se actualizará de acuerdo con la formula Ra + R

$$\frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

5. Sobre el valor histórico establecido pericialmente, se reconocerá a título de lucro cesante, un interés el 6% anual.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia apelada.

SEGUNDO: DECLARASE la responsabilidad patrimonial solidaria de la Nación - Policía Nacional y del Municipio de Silvia por los daños causados a inversiones Chimán Ltda., Mori Ltda., Reservas Ltda. y Mosquera y Cía Ltda., por la invasión de la finca "Santa Clara", según se establece en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENASE solidariamente y en abstracto, a la Nación -Policía Nacional y al municipio de Silvia a pagar a las sociedades demandantes los perjuicios anotados.

CUARTO: La condena se liquidará en incidente posterior que se deberá iniciar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que disponga el obedecimiento de este fallo con observancia de las reglas trazadas en la parte motiva.

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.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

LLAMAMIENTO EN GARANTIA/PRUEBA

La norma (artículo 55) precisa que el escrito mediante el cual se pide el llamamiento en garantía debe ir acompañado de la prueba sumaria siquiera de su derecho a formulario: y ese derecho y su prueba para el caso *sub lite* están contenidos en el contrato de seguros. No puede el juzgador anticipar el estudio de la relación sustancial entre el demandado y el llamado, mediante el proveído que decide sobre esta intervención forzada, sino en el momento de sentenciar, y eso, si la decisión llegare a ser desfavorable para el demandado. De manera que, como en el presente caso se dan las circunstancias que anotó la parte recurrente y que ya fueron decididas con anterioridad por esta corporación en casos similares al que se estudia, también en éste procederá la revocatoria del proveído que negó el llamamiento en garantía por idénticas razones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C. septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente N° 8050. Apelación Auto.. Actor: Prudencio Antonio Garnica Barroso.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, parte demandada, contra el auto de 27 de agosto de 1992 proferido por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se negó el llamamiento en garantía propuesto por la recurrente contra la Compañía de Seguros Colmena S.A.

Para negar el llamamiento en garantía el tribunal argumentó en cuatro puntos, que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

1. Que el artículo 57 del C. de P.C. se colige que al resolver el litigio se debe decidir sobre la relación sustancial entre el demandado y el llamado en garantía; para lo cual el juez debe ser competente para ello.

2. Que en asunto bajo estudio, el llamamiento se fundamentó en un contrato de seguros por responsabilidad extracontractual (folios 103 a 114), el cual ni es administrativo ni es privado de la administración con cláusula de caducidad, que serían los que estarían dentro de la competencia de esta jurisdicción, al tenor del numeral 8° de los artículos 131 y 132 del C.C.A. Por lo mismo, se trata de un contrato privado de índole comercial, cuyo conocimiento está radicado en la justicia ordinaria.

3. Que la relación jurídico sustancial entre el demandado y el llamado en garantía "debe ser actual" es decir, preexistente al ejercicio de la acción y no posterior a ella, como se presenta en el caso en estudio, en donde la obligación del asegurador está sometida a condición suspensiva y no es una obligación pura y simple, según la cláusula décima segunda del contrato (folio 47).

4. Que no existe conexidad entre las relaciones -demandante y demandado- y -demandado y llamado en garantía- para que, como consecuencia de ello se presente un fuero de atracción, dado que la conexión sólo puede presentarse dentro de la misma jurisdicción y sólo a consecuencia de la acumulación de pretensiones o de procesos.

Por su parte la recurrente sustenta la apelación como obra entre folios 46 a 67, cuya síntesis la Sala presenta así:

Que el artículo 217 del C.C.A. en concordancia con el artículo 57 del C. de P.C. determina que la parte demandada podrá hacer el llamamiento en garantía, para que en la sentencia se resuelva sobre esas dos relaciones: la que exista entre el demandante y el demandado, y la de éste y el llamado en garantía; todo ello en busca de la economía procesal.

Que el Consejo de Estado ya se ha venido pronunciando en relación con casos similares al del sub lite (autos de abril 25 y diciembre 12 de 1991 - proceso 6625 y 7041), y ha revocado las providencias que negaban el llamamiento en garantía.

Que en el caso en estudio se trata de una acción de reparación directa, en donde la demandada tiene asegurado ese riesgo y por precaución lo ha trasladado a una compañía de seguros particular, y en caso de una sentencia desfavorable, es ésta la que debe decidir sobre dicha relación.

Para concluir, expresa así la recurrente:

"Finalmente quiero poner en consideración de los señores Consejeros de Estado, la dificultad que representaría para mi poderdante el hecho de que no se acepte el llamamiento en garantía, y que tal como lo señala el tribunal en la providencia

impugnada, la empresa de energía tuviera que hacer valer contrato de seguros, en cuanto a la indemnización de los perjuicios, en un proceso diferente ante la jurisdicción civil: sabido es que la compañía de seguros y en el caso concreto, a pesar de estar notificada de la ocurrencia del siniestro, no entrará a indemnizar hasta tanto exista sentencia contra la empresa de energía, en virtud de la cual sea condenada al pago de los perjuicios".

Para la Sala el recurso está llamado a prosperar, por que es evidente que las apreciaciones del *a-quo* no se compadecen con el contenido de los artículos pertinentes del estatuto procesal civil referidos al llamamiento en garantía, al cual se remite el C.C.A.

La norma (artículo 55) precisa que el escrito mediante el cual se pide el llamamiento en garantía debe ir acompañado de la prueba siquiera sumaria de su derecho a formularlo; y ese derecho y su prueba para el caso sub lite, están contenidos en el contrato de seguros.

No puede el juzgador anticipar el estudio de la relación sustancial entre el demandado y el llamado, mediate el proveído que decide sobre esta intervención forzada, sino en el momento de sentenciar, y eso, si la decisión llegare a ser desfavorable para el demandado.

Por manera que, como en el presente caso se dan las circunstancias que anotó la parte recurrente y que ya fueron decididas con anterioridad por esta Corporación en casos similares al que se estudia, también en este procederá la revocatoria del proveído que negó el llamamiento en garantía por idénticas razones.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el auto apelado.

SEGUNDO. ACEPTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA que formula la empresa de energía de Bogotá a la Sociedad Compañía de Seguros COLMENA S.A.

TERCERO. Citar a la compañía de Seguros COLMENA S.A. a la cual se le notificará esta providencia, conforme a lo previsto en el inciso 2° del artículo 56 del C. de P.C. para que en el término de cinco días (5) intervenga en el proceso.

CUARTO. Suspender el trámite del proceso conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del C. de P.C.

QUINTO. Lo dispuesto en los puntos tercero y cuarto de este proveído, serán cumplidos por el tribunal a quo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 3 de septiembre de 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 - Exceso de Velocidad/ **ACTIVIDAD PELIGROSA/ CULPA DE LA VICTIMA/PERJUICIOS MORALES**-Reducción

El proveído objeto de la apelación debe ser confirmado en lo concerniente a la declaración de la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica de derecho público demandada, probado como se encuentra que su agente quebrantó las reglas de tránsito y para nada observó la diligencia, prudencia y cuidado que se exigen en el ejercicio de actividades de suyo peligrosas como es la conducción de los vehículos automotores; en lo atinente a la víctima, su culpa se funda en que se lanzó imprudente e inesperadamente a la calzada, conducta que guarda relación con el perjuicio reclamado por los demandantes.

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

Consejero Ponente: Doctor Juan de Dios Montes Hernández

Referencia: Expediente Nº 6900. Actor: Milbia Alvarez Mendoza y Otros. Demandado: Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Pereira.

Resuelve la Sala del recurso de apelación propuesto por las partes en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda el 24 de julio de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1. Se rechaza la excepción propuesta.

"2. Se declara administrativamente responsable al Fondo rotatorio de Valorización Municipal de la muerte de José Antonio Alvarez Castaño, ocurrida el 5 de marzo de 1990 en esta ciudad.

"3. En consecuencia se condena en concreto al Fondo rotatorio de valorización Municipal a pagar por concepto de perjuicios morales a Milbia Alvarez Mendoza con cédula 42.745.917, a Humberto Alvarez Mendoza con cédula 4.568.079, a María Elena Alvarez Mendoza con cédula 42.082.242, a Jairo Alvarez Mendoza con cédula 10.193.968 y a María Amparo Alvarez Mendoza con cédula 42.052.092, el equivalente a quinientos (500) gramos de oro a cada uno.

"Estas sumas devengarán intereses comerciales hasta su pago, durante 6 meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y de ahí en adelante devengarán intereses de mora.

"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 respectivo Agente del Ministerio Público.

"5. Comuníquese esta sentencia al Sr. Director del Fondo Rotatorio de valorización Municipal.

"6. Se condena a "La Previsora S.A. Compañía de Seguros", a pagar al Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Pereira, la suma de cinco millones de pesos ($5.000.000)" (fl. 254).

La demanda que se trata el sub lite se formuló en ejercicio de la acción de reparación directa y fue presentada en oportunidad el 2 de noviembre de 1990, buscando que la entidad pública referenciada fuese declarada patrimonialmente responsable de la muerte en accidente de tránsito del señor JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CASTAÑO; la causa petendi, se hizo consistir en los siguientes hechos fundamentales:

1. JOSE ANTONIO ALVAREZ Y ELVIA MENDOZA contrajeron matrimonio católico en enero de 1952, acto protocolizado en la Notaría Unica del Círculo de la Virginia; de esa unión nacieron los demandantes: HUMBERTO el 3 de abril de 1955, MILBIA el 16 de abril de 1954, MARIA ELENA el 4 de agosto de 1966, JAIRO el 30 de diciembre de 1957 y MARÍA AMPARO ALVAREZ MENDOZA, el 2 de noviembre de 1959.

2. Mediante Acuerdo N° 3 del 11 de julio de 1978, fue creado el establecimiento público denominado Fondo Rotatorio de Valorización de Pereira.

3. RUBEN DARIO GARCIA, se desempeñaba como conductor del vehículo de propiedad en la entidad pública marca chevrolet trooper, modelo 1989, de placas OV-4787.

"4. El 5 de marzo de 1990, el conductor RUBEN DARIO GARCIA, en ejercicio de sus funciones llevó hasta su residencia al Dr. FERNANDO JARAMILLO IBARRA y luego al transitar por el sector de la carrera 7ª entre calles 36 y 37,

a alta velocidad, atropelló al señor JOSE ANTONIO ALVAREZ CASTAÑO, quien atravesaba la calzada .

"5. La colisión se produjo, sobre el carril izquierdo y precisamente fue golpeado con la parte izquierda del citado automotor.

"6. El hecho se debió a una falta o falla en el servicio, pues el empleado se encontraba en ejercicio de sus funciones oficiales y conducía un vehículo de igual naturaleza de propiedad del ente público demandado; además, lo hacia a excesiva velocidad" (fl. 50).

Rituada la instancia conforme a las previsiones legales sobre la materia, el a quo luego de examinar pormenorizadamente los antecedentes del proceso y de apreciar el haz probatorio, profirió la sentencia objeto de la alzada, en la cual, con aplicación del régimen de la falla o falta presunta del servicio despachó favorablemente la mayoría de las súplicas que se le plantearon en el libelo demandatorio. En lo pertinente discurre de la manera siguiente:

"Acreditado que se produjo un daño con un vehículo oficial conducido por persona a quien la entidad estatal lo había entregado para cumplir funciones propias de la misma entidad, es posible aplicar al caso el régimen de la responsabilidad por la culpa o falla presunta".

"2.2. El campero de placas OV-4787 era para la época del accidente propiedad del establecimiento público demandado. Así lo acreditan las constancias del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte (fl. 20) y el Director del Fondo (fl. 21).
Además por esa época era utilizado por la misma entidad.

"2.3. Al momento del accidente ocurrió el 5 de marzo de 1990, Ruben Dario García al servicio del fondo, conducía el campero en desarrollo de actividades que habitualmente desarrollaba como conexas con la ejecución de las funciones a él asignadas. En efecto luego de llevar al Director del Fondo a su casa a horas del descanso del medio día, lo que es función expresa del chofer, se dirigió a su casa para almorzar y regresar por el director. En el trayecto de la casa del chofer ocurrió el accidente. Esa actividad de ir a su casa y regresar por el funcionario que debía transportar nuevamente, era una actividad accesoria a la que le había asignado. No puede predicarse como se afirma en el alegato de conclusión del Fondo "que se dirigía bajo la modalidad de **descanso** en horas del medio día a almorzar, es decir que en el momento de ocurrir el accidente no se encontraba prestando servicio a la entidad...." (fl. 237) (fl. 245 a 246).

Para el Tribunal, la condena debe disminuirse en la mitad, pues a la producción del accidente concurrió la culpa de la víctima según lo explica en los siguientes planteamientos:

"La responsabilidad del establecimiento público se ve atenuada por la culpa de la víctima que concurrió como causa del accidente. Es hecho comprobado que el señor Alvarez llegó al separador central de la vía y miró hacia el occidente cuando el sentido de la vía era precisamente hacia ese lado, de manera que los vehículos marchan desde el oriente hacia el occidente. Además el señor Alvarez ingresó a la calzada estando muy próximo al vehículo oficial. Estas dos actuaciones del citado señor Alvarez constituyeron evidentemente un error de conducta en que no habría incurrido una persona diligente colocada en la misma situación objetiva. Hubo pues una conducta culposa de la víctima que concurrió eficazmente a la producción del accidente. Por ello se reducirá la responsabilidad de la parte demandada en un cincuenta por ciento" (fls. 249 a 250).

En desacuerdo con esta solución, las partes interpusieron y sustentaron el recurso de apelación que ahora ocupa la atención de la Sala (fls. 255 ss., 258 y 266 y 292 del C. principal). La parte actora solicita reformar la providencia en cuestión y condenar al pago de los perjuicios morales en el ciento por ciento de lo pedido en la demanda, o bien, disminuida, en un máximo del diez por ciento si es que se encuentra probada la culpa de la víctima; con miras a conseguir su propósito, en síntesis, relieva los siguientes aspectos que en su criterio son medulares para la resolución de la controversia:

"El valor transcendental que diera la magistratura al episodio de "mirar hacia abajo" y su posterior aclaración, tienen su razón de ser que con ello quedaría comprometida la víctima en un actuar sin precaución, cuando precisamente el universo en que discurre el testimonio indica todo lo contrario. Se dice: "...miró hacia la parte de abajo, hacia donde vienen o bajan los carros, y seguidamente cruzó la calzada de la izquierda"; así entendidas de las cosas, se desprende una conducta prudente antes de atravesar la vía, cerciorándose el peatón que podía hacerlo" (fl. 276).

".....".

"En últimas, no pueden hacerse a un lado otras manifestaciones del agente JOSE JESUS AGUIRRE como la buena visibilidad, la falta de obstáculos, la escasa circulación vehicular a la hora del accidente, la precisión del sitio donde se desarrolló la colisión "en el lado izquierdo, ya cerca del anden del conjunto Los Bloques"; la colocación del automotor en la mitad de la calzada "sobre la línea de demarcación de los dos carriles ... pasándole la línea por el centro del carro", los cuales confluyen con las otras piezas procesales a acreditar la responsabilidad del ente público demandado por la conducta imprudente del conductor cuestionado" (fl. 275).

"En síntesis, bastaba una atención normal del motorista unida a la velocidad reglamentaria para evitar el suceso motivo de esta controversia".

La apoderada del fondo rotatorio de valorización municipal de Pereira pide revocar el fallo y, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda puesto que en el material probatorio acredita la existencia de causales que exoneran de responsabilidad a la administración, así: El primero, la conducta prudente y diligente del conductor del vehículo oficial; el segundo, que el accidente se produjo por la culpa de la víctima.

En el término de los alegatos de conclusión en esta instancia, la parte demandada guardó silencio, en tanto que la parte actora allegó el escrito visible al fl. 297. En criterio de la Doctora EDNE COHEN DAZA, Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, la decisión tomada por el Tribunal es correcta y debe ser confirmada en todas sus partes; aunque en la práctica no es posible asegurar a qué velocidad transitaba el vehículo oficial, advierte, "del conjunto probatorio se puede deducir también, que la velocidad del mismo debió superar a la permitida, pues ante la aparición del sujeto en la vía, el conductor no puede maniobrar y la frenada resultó ineficaz. Por lo anterior, no es posible exonerar de responsabilidad al conductor del vehículo oficial, como lo pretende la apoderada del ente demandado" (fls. 200 a 208 C.1).

Igualmente coincide el Agente del Ministerio Público con la apreciación del fallador de primer grado en el sentido de que también fue determinante la conducta imprudente asumida por la víctima agravada por los efectos propios de su avanzada edad como son la natural pérdida de agilidad, de los reflejos, visibilidad y hasta el sentido de orientación, todo lo cual avala la determinación atinente a la reducción de la condena.

LA SALA CONSIDERA

El fallo recurrido será confirmado con pequeñas modificaciones pues el a quo escogió correctamente el régimen de responsabilidad patrimonial, analizó con seriedad los hechos en que se funda la controversia, y evalúo con acierto los medios de prueba, los alegatos de las partes y las excepciones propuestas; otro tanto hay que decir en cuanto dedujo la participación concurrente de la culpa de la víctima en la producción del siniestro y la disminución consiguiente del monto de la indemnización, aunque ésta será reducida por la Sala.

Los medios de prueba agregados a los actos rebaten los argumentos esgrimidos por los recurrentes e impiden acceder a sus peticiones, pues al tiempo que demuestran los hechos sobre los cuales se monta la presunción de la falla del servicio que obra en contra de la administración, también señalan cómo la conducta de la víctima tuvo decisiva incidencia en la producción del daño.

La calidad de empleado oficial del conductor del vehículo, aparece demostrada con la certificación que en tal sentido

libró la entidad demandada con fecha de 4 de julio de 1990 (fl. 22); el agente público carecía de idoneidad para ejercer esa actividad, pues la licencia de conducción de 6ª categoría que portaba con él estaba vencida desde el mes de julio de 1991; esa situación no varia porque, posteriormente, se le hubiera expedido un pase de 7ª categoría con vencimiento para junio de 1992 (fl. 155-182-36).

El automotor comprometido en el accidente es de propiedad del establecimiento público demandado, según se desprende de la certificación de 4 de julio de 1990, del informe del Intra, del 7 de marzo del citado año y de la fotocopia de la correspondiente tarjeta de propiedad, documentos visibles a los folios 20-21-32.

La naturaleza jurídica del demandado y su representación legal se establecen con la fotocopia auténtica del Acuerdo N° 3 de 1987, emanado del Consejo Municipal de Pereira (fl. 23-26).

El conductor oficial tenía orden para desplazarse, en el automotor, de la sede de la entidad hasta la residencia del entonces director FERNANDO JARAMILLO IBARRA; cumplido lo cual, se le autoriza para trasladarse a su hogar a tomar el almuerzo; con ese propósito tomó por la carrera séptima en dirección a la calle 37, recorrido que hizo contraviniendo las normas de tránsito, es decir, por el carril izquierdo y a exceso de velocidad.

Al tiempo, la víctima se dirigía hacia el parque Banderas y caminaba entre calles 36 y 37 por la carrera 7ª. Llegó sin contra tiempo hasta el separador central, miró hacia el lado de donde podían venir los carros y pese a que en ese momento debió de observar que a unos veinte metros corría desbocado el carro oficial, por error del cálculo o por imprudencia, decidió continuar la marcha, siendo atropellado y lanzado aparatosamente por los aires, hasta unos tres o cuatro metros de distancia.

Según el protocolo de la necropsia, el deceso se produjo a consecuencia natural y directa de contusión hemorrágica cerebral severa secundaria a trauma crano encefálico de naturaleza necesariamente mortal (fls. 41 y 42).

La Sala participa de las juiciosas apreciaciones que hace el Agente del Ministerio Público al evaluar la conducta de la víctima, respecto de la cual dice:

> "La mayor parte de los declarantes concuerdan en afirmar que vieron al señor cuando atravesaba la vía; dos de ellos lo vieron en el separador de la vía. Luego se oyó el ruido de los frenos del carro. Se deduce de lo anterior que necesariamente el señor en vez de quedarse en el separador, como hubiera sido lo más prudente, siguió caminando sin advertir la proximidad del vehículo; no de otra manera se entiende que haya ocurrido el accidente, pues si la víctima hubiera realmente mirado para el lado correcto por donde debían venir los vehículos, muy posiblemente no hubiera seguido avanzando sino que se hubiera quedado parado en el separador que divide las dos calzadas. Debe también tenerse

presente, que la víctima era una persona mayor y la experiencia nos enseña que con la edad se pierde agilidad, reflejos, visibilidad y en ocasiones hasta el sentido de orientación. Debe advertirse igualmente que el lugar escogido por la víctima para cruzar, no era tampoco el más seguro, pues las normas de tránsito indican que el peatón debe pasar por las esquinas exactamente en las zonas señaladas para hacerlo. Así pues, en el presente caso no resulta difícil concluir, como lo hace el sentenciador de primera instancia, que la conducta imprudente de la víctima fue determinante en lo sucedido" (fl. 206-207).

Como corolario obligado de la realidad fáctica que se ha dejado analizada, el proveído de la apelación debe ser confirmado en lo concerniente a la declaración de la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica de derecho público demandada, probado como se encuentra que su agente quebranto las reglas de tránsito y para nada observó la diligencia, prudencia y cuidado que se exige en el ejercicio de actividades de suyo peligrosas como es la conducción de los vehículos automotores; en lo atinente a la víctima, su culpa se funda en que se lanzó imprudente e inesperadamente a la calzada, conducta que guarda relación con el perjuicio reclamado por los demandantes.

El Tribunal estimó que la indemnización se debía reducir en un 50%; la Sala estima que la reducción debe ser únicamente de 20%, consideración hecha de que quien ejercía la actividad peligrosa era el demandado, siendo de su cargo multiplicar sus cuidados para evitar los riesgos a que somete a los peatones.

La legitimación en la cual por activa, está acreditada con el registro civil del matrimonio por la víctima y ELVIA MENDOZA, agregado al folio 16, lo mismo con el registro civil de nacimiento de los demandantes MILBIA, HUMBERTO, MARIA ELENA, JAIRO Y MARÍA AMPARO ALVAREZ MENDOZA, documentos visibles a los folios 11 al 15.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala, los prejuicios morales se tienen por demostrados con el vínculo patrimonial y con el parentesco aducido por los demandantes; como el tribunal hizo su evaluación ajustado a los directrices jurisprudenciales sobre la materia y ceñido a lo probado en los autos, no hay observación que hacer al monto de los perjuicios morales reconocido a los demandantes, salvo en lo atinente a la reducción, como antes se dijo; la condena será por consiguiente de 800 gramos de oro para cada uno de los demandantes. Para su pago efectivo, el precio de gramo de oro que se tendrá en cuenta será el interno que certifique el Banco de la República para la fecha ejecutoria de este fallo, oportunidad desde la cual la sumas así liquidadas devengarán los intereses comerciales y de mora que establece el artículo 117 del C.C.A.

El 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. MODIFICASE el ordinal 3° de la sentencia consultada, el cual quedará así:

3. En consecuencia se condena en concreto al Fondo Rotatorio de Valorización Municipal a pagar por concepto de perjuicios morales a Milbia Alvarez Mendoza con cédula 42.745.917, a Humberto Alvarez Mendoza con cédula 4.588.079, a María Alvarez Mendoza, con cédula 42.082.242, a Jairo Alvarez Mendoza con cédula 10.193.968 y a María Amparo Alvarez Mendoza con cédula 42.052.092, el equivalente a ochocientos (800) gramos oro a cada uno.

SEGUNDO. CONFIRMASE en lo demás.

TERCERO. El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de los perjuicios morales, será el que certifique el Banco de la República para la oportunidad de ejecutoria de este fallo y desde esa misma fecha, las sumas así obtenidas devengarán los intereses que prevé el art. 177 del C.C.A.

CUARTO. EXPIDANSE copias a las partes para su cumplimiento (art. 115 del C. de P.C.).

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA/PLIEGO DE CONDICIONES/ADJUDICACION PARCIAL DEL CONTRATO/PROPUESTAS PARCIALES/SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia/PROPUESTA CONJUNTA

Si el pliego de condiciones establece la posibilidad de presentar propuestas parciales y de efectuar adjudicaciones parciales, es porque la administración ha realizado un análisis previo de las condiciones de "beneficio" que tal circunstancia pueda significar; lo dicho muestra que se trata de un requisito de carácter opcional. El requisito de la inclusión en el pliego de condiciones de las modificaciones "... que sean previsibles..." nos lleva al problema de establecer cuáles modificaciones eran previsibles y de estos, cuáles de obligatoria inclusión en el pliego, razonamiento que no se puede hacer *ab mitio*, fallo final.

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

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

Referencia: Expediente No. 8450. Actor: Rafael Mercado Sánchez. Demandado: Lotería de Bolívar.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 12 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el cual se negó a decretar la suspensión provisional solicitada.

ANTECEDENTES

El 9 de noviembre de 1992, el señor RAFAEL MERCADO SANCHEZ en nombre propio y «en interés exclusivo de la legalidad....», presentó demanda de nulidad contra el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 02 de 1992 abierta por la

Lotería de Bolívar. Con la demanda, solicitó se decretara la suspensión provisional del acto, afirmado:

«...estamos en presencia de una manifiesta violación de una norma superior. En efecto, si se adelanta una sencilla comparación entre el acto acusado - que lo es el pliego de condiciones, repito con lo que disponen los artículos 309 del Código de Régimen Departamental, 1 y 21 del Decreto 222 de 1983, y el artículo 170 del Código Fiscal del Departamento de Bolívar, se percibe a primera vista, sin necesidad de apelar a esfuerzos hermenéuticos o imperativos que han resultado manifiestamente violadas esas normas superiores de derecho positivo, porque el referido pliego no se ajustó a lo que ellas disponen, como enseguida lo pongo de presente. Y han resultado manifiestamente violadas porque el pliego de condiciones no estableció o contempló «las modificaciones de los contratos», ni el procedimiento para la modificación unilateral, tal como lo mandan categórica y terminantemente esas disposiciones de derecho de carácter superior». (fl. 9).

«...»

«Igual cosa, la manifiesta violación de normas superiores, se percibe en relación con los artículos 155, inciso segundo, y 182, numeral 2 en el aparte n, del Código Fiscal del Departamento de Bolívar. Tales preceptos exigen, de manera perentoria e ineludible, el cumplimiento expreso de varios requisitos que, en el caso presente, no fueron satisfechos en forma «completa» en el pliego de condiciones, como lo pongo de presente enseguida: El artículo 155, inciso segundo, y el aparte n del numeral 2 del artículo 182 citados, exigen que el pliego de condiciones debe tener «la posibilidad de presentar propuestas conjuntas». Pues bien, una atenta lectura del pliego elaborado por la Lotería de Bolívar para los efectos de la Licitación No. 02, nos lleva a la comprobación de que en él no se estableció tal posibilidad». (fl. 9).

«...»

«Finalmente, la manifiesta violación también es verificable en relación con lo que el artículo 182 del Código Fiscal de Bolívar dispone en sus apartes f, 1 m del numeral 2. El mentado artículo 182, en su numeral 2, dispone que la entidad respectiva «elaborará un pliego de condiciones que además de lo que se considera necesario para identificar la licitación, contendrá en forma expresa y concreta la siguiente: a) ...f. las sanciones por incumplimiento de la propuesta... 1) la posibilidad de presentar propuestas parciales... m) la posibilidad de efectuar adjudicaciones parciales». Al comparar lo que predican tales mandatos con el texto del pliego de condiciones, también se percibe sin esfuerzo alguno que en este último fueron omitidas las estipulaciones a que aluden los apartes de las letras f, l, m del numeral 2 del artículo 182 del Código Fiscal del Departamento de Bolívar, ya que en él no están satisfechas «en forma expresa y concreta» dichas exigencias: no figuran las sanciones por el incumplimiento de la propuesta, ni la posibilidad de presentar propuestas parciales, ni la posibilidad de efectuar adjudicaciones parciales...» (fl. 10).

El Tribunal para negar la solicitud consideró:

«En la solicitud de suspensión se expresa que las normas transcritas fueron violadas «porque el referido pliego no se ajustó a lo que ellas disponen... porque el pliego de condiciones no estableció o contempló las modificaciones de los contratos, ni el procedimiento para la modificación unilateral, tal como mandan categórica y terminantemente esas disposiciones de derecho de carácter superior...»».

«...»

«No se podrá decretar la medida de suspensión provisional en el asunto que nos ocupa, porque para entrar a determinar si se violaron o no las normas citadas como tales por el demandante (sic) al igual que llegar a la conclusión que dichas normas eran de obligatorio cumplimiento en el sub lite, sería del caso hacer una serie de disquisiciones que son propios de una sentencia de mérito y no de una providencia como la que nos ocupa, por lo tanto dicha solicitud será denegada».

«...»

«1) Admítase la demanda presentada por el doctor RAFAEL MERCADO SANCHEZ, en su propio nombre.

«En consecuencia se dispone:

«a) Notifíquese personalmente al señor Gerente de la Lotería de Bolívar.

«b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

«c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para los fines legales.

«2) No se accede a decretar la suspensión provisional solicitada en la demanda». (fls. 193-194).

El recurrente insiste en los argumentos planteados al solicitar la suspensión ante el a-quo y agrega:

«1.-Con el mayor respeto y honestidad mental estimó un desacierto las razones dadas por el Tribunal, por lo siguiente: si en el Departamento de Bolívar rige un Código Fiscal (Decreto Número 748 de 1978 que en copia auténtica acompañé a la demanda) que en su artículo 30 dice que «las normas de este Código se aplican a los organismos que conforman la Administración Departamental y a los establecimientos públicos Departamentales», no es cierto que, para comprobar o verificar la manifiesta violación de ese Código Fiscal en su artículo 192, numeral 2, en los apartes distinguidos con las letras f, l, m, n, como lo dicen los

conceptos reproducidos, sea necesario «llegar a la conclusión que dichas normas eran de obligatorio cumplimiento en el sub lite», para lo cual «sería el caso hacer una serie de disquisiciones que son propio (sic) de una sentencia de mérito».

«...»

«Lo procedente, ante el señalamiento expreso y preciso de una normatividad jurídica como violada, era examinar lo planteado con toda nitidez y técnica en la demanda. Es decir, proceder a la comparación del acto acusado con la o las normas de derecho positivo citados como violadas. Para el caso de autos, no podía eludirse esa operación con el endeble argumento aducido, en relación con el artículo 182 del Código Fiscal de Bolívar que en copia auténtica acompañe la demanda...» (fls. 197 a 198).

Para resolver, se CONSIDERA:

Las normas que el recurrente estima como manifiestamente violadas son del siguiente tenor:

Del Código Fiscal del Departamento de Bolívar (Decreto 748/87) los artículos:

«ARTICULO 155.-**Presentación Conjunta de Propuestas:** La autorización para presentar propuestas en los términos del Artìculo anterior, deberá ser otorgada por el Gobernador o por el Representante legal de la entidad contratante, con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso de méritos, o la celebración del contrato, según el caso.

«En el Pliego de condiciones o en la invitación deberá figurar expresamente la posibilidad de proponer conjuntamente y no podrá ser motivo de adendo».

«...»

«ARTICULO 170.-**Procedimiento para la modificación unilateral:** En los pliegos de condiciones deberán contemplarse las modificaciones de los contratos, que sean previsibles y la manera de asegurar el equilibrio financiero de los mismos». (fl. 81).

«.....»

«ARTICULO 181.-**Reglas de Licitación Pública:** La Licitación Pública se efectuará conforme a las siguientes reglas:

«...»

«f. Las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de seriedad de la misma.

«...»

«1. La posibilidad de presentar propuestas parciales;

«m. La posibilidad de efectuar adjudicaciones parciales:

«n. La posibilidad de presentar propuestas conjuntas.» (fls. 76 a 86).

Y del Decreto 222 de 1.983 (Régimen de Contratación Administrativa), los siguientes artículos:

«Art. 1o. De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la nación (ministerios y departamentos administrativos) y los establecimientos públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto. Asimismo, se aplicarán a los que celebren las superintendencias por conducto de los ministerios a los cuales se hallen adscritas.

«A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas, sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieren a dichas entidades.

«Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los departamentos y municipios».

«Art. 21.-Procedimiento para la modificación unilateral. «...Parágrafo 2o.-No podrán hacerse modificaciones distintas de las que fueron contempladas como previsibles en los pliegos de condiciones».

Para el apelante el pliego de condiciones incurre en violación manifiesta en cuanto omite las previsiones mencionadas por las normas transcritas, es decir:

- Las posibles modificaciones unilaterales al contrato.

- La posibilidad de presentar propuestas conjuntas.

- Las sanciones por incumplimiento de la propuesta.

- La posibilidad de presentar propuestas parciales, y

- La posibilidad de hacer adjudicaciones parciales.

La contradicción normativa que alega el recurrente no existe por las siguientes razones:

Los preceptos que el recurrente estima vulnerados, no se pueden tomar aisladamente y de modo exclusivo de los artículos, numerales e incisos por él invocados.

Así por ejemplo, respecto de sanciones por incumplimiento, el pliego de condiciones (fl. 19) en el párrafo titulado «Garantía de Seriedad» hace expresa remisión al art. 188 del Código Fiscal el cual expresa:

> «Artículo 188.-**Sanciones a los proponentes que incumplan:** Salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, si el adjudicatorio no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor del Departamento o de la entidad contratante, en calidad de multa, el valor del depósito o garantía constituídos, para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósitos o garantía».

Con esta remisión al texto del código bien podría quedar satisfecha la exigencia que echa de menos el recurrente; esta sola precisión destruye el carácter de «manifiesta» que debe acompañar a la violación de la ley para la procedencia de la suspensión provisional y determina la necesidad de un análisis mas detenido en el fallo que finalice el proceso.

Lo mismo acontece respecto de las adjudicaciones y propuestas parciales, pues el art. 185 del Código Fiscal estipula:

> «El Departamento o la entidad contratante podrá hacer adjudicación parcial si de ellos se derivan beneficios para la Administración, siempre y cuando esta posibilidad hubiere sido prevista en el pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso» (fl. 89).

En consecuencia, si el pliego de condiciones establece la posibilidad de presentar propuestas parciales y de efectuar adjudicaciones parciales, es porque la administración ha realizado un análisis previo de las condiciones de «beneficio» que tal circunstancia pueda significar; lo dicho muestra que se trata de un requisito de carácter opcional.

En cuanto a las propuestas conjuntas, el art. 154 del Código Fiscal, es referenciado expresamente por una de las normas que se dicen violadas (Art. 155 Código Fiscal) «...en los términos del Artículo anterior...», y expresa:

> «ARTICULO 154. **Casos en que varias personas pueden proponer conjuntamente:** Cuando se considere que de la ejecución conjunta de un contrato se derivan beneficios para el Departamento o para la Entidad contratante del orden Departamental, se podrá autorizar que dos o más personas puedan presentar conjuntamente la misma propuesta, generándose así, el consorcio». (fl. 76).

Como en este punto es plenamente aplicable el razonamiento del párrafo anterior no es necesario volver sobre el mismo.

En fin, respecto de las modificaciones unilaterales del contrato, las mismas normas que se dicen violadas, dan la respuesta.

> «ARTICULO 170.-**Procedimiento para la modificación unilateral:** En los pliegos de condiciones deberán contemplarse las modificaciones de los contratos, que sean previsibles y la manera de asegurar el equilibrio financiero de los mismos». (fl. 81).

El requisito de la inclusión en el pliego de condiciones de las modificaciones «...que sean previsibles...» nos lleva al problema de establecer cuales modificaciones eran previsibles y de estos, cuales de obligatoria inclusión en el pliego, razonamiento que no se puede hacer ab-imitio, fallo final.

En síntesis, no existe una violación «prima facie»; por el contrario se concluye que las razones del a-quo aunque breves son lógicas y atendibles.

Por lo expuesto se RESUELVE,

PRIMERO: CONFIRMASE el auto apelado.

SEGUNDO: DEVUELVASE al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO-Semáforo/SERVICIO PUBLICO DE SEÑALIZACION/FALLA DEL SERVICIO-Buseta Volcamiento

De conformidad con el artículo 16 de la Constitución Nacional, anterior, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los residentes en el país en su vida, honra y bienes, lo mismo que para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares y del Estado, entre los cuales se destaca la oportuna y adecuada prestación de los servicios a los asociados. Los artículos 111 y 113 de la Ley 33 de 1986, establecen que al Ministerio de Obras Públicas y Transporte le corresponde determinar las señales, convenciones y demarcaciones de tránsito por las vías del país, así como señalar las pautas sobre su interpretación y uso. A su vez, a las autoridades municipales les compete la colocación de marcas y señales para estacionamiento, paraderos, cruces de peatones, zonas escolares, zonas de taxis, zonas de cargue y descargue y demás a que haya lugar en las vías urbanas, de acuerdo con las orientaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Los medios de prueba válidamente aducidos al proceso acreditan, sin lugar a dudas, la ocurrencia de diversas fallas o faltas en la prestación del servicio público a cargo del municipio de Montería, concerniente al desarrollo de las tareas que tienen encomendadas de vigilancia y control del transporte público y privado, lo mismo que en lo relacionado con el adecuado funcionamiento de las señales de tránsito; hubo ostensibles omisiones administrativas que determinaron que la prestación del servicio fuese descuidada y negligente.

Igualmente la administración se constituyó en causa determinante del siniestro al dejar durante largo tiempo inservible el semáforo y no proveer los necesarios mecanismos de reemplazo, o sea, instalar avisos indicativos del peligro potencial, disponer en particular para las horas pico de un agente que se encargara de dirigir el flujo vehicular; el haz probatorio, es ilustrativo de que la administración había adquirido la

mala costumbre de no arreglar los semáforos los que permanecían fuera de funcionamiento por largos períodos de tiempo.

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

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

Referencia: Expediente Nº 6852. Actor: Bartolo Manuel Ballestas y/o. Demandado: La Nación - Intra y Municipio de Montería.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Municipio en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba, el 13 de junio de 1991, por medio de la cual adopto las siguientes decisiones:

"1. Declárase responsable administrativamente al Municipio de Montería por los perjuicios ocasionados a los demandantes por la muerte de sus hijos y hermanos OMAR BALLESTAS GUZMAN Y WILMER J. PATERNINA BARRERA.

"2. Condénase al Municipio de Montería a pagar a cada uno de los demandantes BARTOLO MANUEL BALLESTAS LÓPEZ, CAROLINA GUZMAN DE BALLESTAS, GENARO JOSÉ PATERNINA MEDRANO Y MARIELA I. BARRERA DE PATERNINA, la suma equivalente a quinientos (500) gramos oro; y a cada uno de los demandantes MARTHA CECILIA, ALIDA ROSA, MANUEL ELKIN Y ORLANDO BALLESTAS GUZMAN, la suma equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro.

"Para dicho efecto se tendrá en cuenta el certificado del Banco de la República sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

"3. La suma anterior devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de dicho término.

"4. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"5. Consúltese la presente sentencia de no ser apelada" (fl. 207-208).

La demanda de que trata el sub lite fue promovida en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el art. 86 del C.C.A. y está presentada en oportunidad legal, el 6 de octubre de 1989; con ella se pretende obtener que las entidades públicas referenciadas sean declaradas patrimonial y solidariamente responsables de la muerte, en accidente de tránsito, de los menores JHON OMAR BALLESTAS GUZMAN Y WILMER JAVIER PATERNINA BARRERA, ocurrida el 8 de octubre de 1987, en la ciudad de Montería, departamento de Córdoba.

Para fundamentar su petitum la parte actora narra estos hechos:

1. BARTOLO MANUEL BALLESTAS Y CAROLINA GUZMAN DE BALLETAS vivían en unión de hecho y procrearon a ALIDA ROSA, ALEXANDRA, MARÍA CECILIA, MANUEL ELKIN y la víctima JHON OMAR BALLESTAS GUZMAN.

2. GENARO JOSÉ PATERNINA Y MARIELA ISABEL BARRERA DE PATERNINA también en unión extramatrimonial procrearon al occiso WILMER JAVIER PATERNINA BARRERA.

3. Al momento de su fallecimiento los jóvenes contaban con 12 y 14 años de edad respectivamente y cursaban estudios de bachillerato con buenos resultados, su presanidad era manifiesta.

"1° El día jueves ocho (8) de octubre de 1987, aproximadamente a las 12:30 del mediodía, en la intersección de la carrera 3ª, con calle 24, en esta ciudad, colisionaron los vehículos: CAMPERO DELTA, color azul cromo y marfil, modelo 1980 de placas PS81-27, de propiedad del señor NESTOR ALANDETE, con el vehículo tipo BUSETA, de servicio urbano, afiliado a la empresa de servicios públicos SOTRACOR S.A., modelo 1973 de placas UA-41-99, conducida por JOSE DIAZ HERNANDEZ. El campero que se movilizaba por la calle 24 en dirección oeste-este, y la buseta, que se movilizaba por la carrera 3ª, en dirección sur-norte, chocaron de forma que el Campero, golpeó la buseta en el lado izquierdo proyectándala (sic) con violencia y sin control, hacia el anden derecho, donde volcó aparatosamente y como resultado del mismo perecieron los menores en la demanda mencionados.

"2° El accidente ocasionó en los menores: JHON OMAR BALLESTA GUZMAN, HERIDAS TRAUMÁTICAS CON FRACTURA DEL temporal derecho, del occipital y de la base del cráneo, lo que le ocasionó indefectiblemente la muerte. Al joven WILMER JAVIER PATERNINA BARRERA, fractura de la base del cráneo y de las vértebras cervicales, las que igualmente le ocasionaron la muerte. Así se comprueba con los protocolos del Instituto de Medicina Legal N° 0138-87 y 0136-87, respectivamente y que anexo en copia autenticada al presente.

"3° El accidente se produjo o fue causado por el funcionamiento defectuoso del semáforo existente en ese lugar: Todas las señales lumínicas al parecer, se encontraban fuera de servicio. Era una trampa para todos los ciudadanos ocasionada por la desidia o negligencia oficial. El conductor del campero como el de la buseta, se creyeron con derecho preferencial de cruce, al no estar determinado por parte alguna tanto de la carrera como de la calle, ninguna señal que lo prohibía en cualquier sentido. Todo esto obviamente, determinó la colisión de los dos automotores con las consecuencias de muerte para los menores arriba señalados.

"4° El accidente, no ha sido ni el último ni el primero ocasionado por el funcionamiento de los semáforos en la ciudad de Montería, en los cruces de las carreras, 2ª, 3ª, 4ª con la calles 29, 27 y 24 han ocurrido muchísimos accidentes, que han ocasionado siniestros con muertes, lesiones y daños patrimoniales, ello indica, que ha habido una falta o falla reiterada de la Administración o las autoridades públicas encargadas del servicio de la señalización del tránsito en esta ciudad.

"5° La señalización del tránsito automotor dentro de los perímetros urbanos de las ciudades corresponde a la autoridad municipal de tránsito conforme a las pautas o parámetros que debe dictar el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

"Igualmente, compete al Instituto Nacional del transporte (INTRA) realizar el control, sobre las rutas y horarios y las demás actividades que se ejecuten con ocasión de la prestación del servicio público del transporte, autorizado por cada empresa por el Instituto.

"6° El Municipio de Montería, instaló los semáforos que actualmente existen en la ciudad, mediante contratación especial con la firma INDUSTRIA ELÉCTRICA S.A. ERGO, en el año de 1983, contrato éste que tuvo un costo de $ 3.762.066.95. Pero el Municipio de Montería debía seguir haciendo el mantenimiento adecuado y **oportuno** a los semáforos cosa que ha omitido hacer. De otro lado el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, no ha intervenido para dictar las pautas de orden técnico, que garanticen un adecuado y eficiente servicio" (fls. 2-3).

En el escrito de contestación de la demanda, el señor apoderado del INTRA solicita absolver a la entidad de los cargos formulados por los demandantes y con ese propósito, esgrime los siguientes argumentos:

"EL INTRA como órgano supremo de ejecución de la política del Estado en materia de transporte, crea la normatividad y su cumplimiento está asignado y a la Policía Vial y a la Policía Urbana de Tránsito, conforme a lo establecido por el Decreto 1173 del 14 de mayo de 1980, en su artículo 5° y reglamentado en la Resolución 3532 del 19 de julio de 1982, por la Dirección de la Policía Nacional, que como se puede ver claramente en su artículo 5° expone: "El servicio especializado de la Policia Vial y Policía Urbana de Tránsito, tiene como misión esencial, vigilar y hacer cumplir las normas que rigen y regulan el tránsito terrestre de personas, animales y vehículos por las vías públicas del país", y a las autoridades municipales como lo hace ver y recalca el demandante en el folio N° 5° disposiciones violadas y concepto de la violación de la demanda, al recalcar el artículo 113 de la Ley 33 de febrero 3 de 1986, que expone: "**Las autoridades municipales de tránsito colocarán en las vías urbanas las marcas y señales** para estacionamiento, paradero, cruce de peatones, zonas escolares, zonas de taxis, zonas de cargue y descargue y **demás** a que haya lugar, de acuerdo con las pautas del Ministerio de Obras Públicas..." (fls 53-54).

En la misma oportunidad, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte coincide en lo fundamental con las razones de la defensa del Instituto, también pide se le exonere de responsabilidad (fls. 103-105); a su turno el municipio de Montería señala que las pretensiones de los actores están condenadas al fracaso; según el, la acción ha debido dirigirse contra la empresa transportadora, tanto por las obligaciones que surgen del contrato de transporte como del ejercicio de la actividad peligrosa consistente en la condución de vehículos automotores; advierte que la buseta no se encontraba en óptimas condiciones para transitar; que era conducida por una persona que no reunía los requisitos exigidos para ello en las normas del tránsito, y que, además de transitar por el costado izquierdo, imprudentemente la acercó hasta el otro automotor produciéndole el fatal accidente (fls. 107-109).

Rituada la instancia conforme a lo dispuesto en las normas procesales que regulan la materia, el a quo, excepción hecha de los perjuicios materiales, accedió a lo pedido en las pretensiones de la demanda, según se dejó consignado al inicio de este proveído.

Siguiendo la jurisprudencia reiterada de la Sala, el fallador de primer grado resuelve el sub lite bajo el régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración por falla o falta probada del servicio, cuyos supuestos encuentran debidamente configurados bajo esa óptica, y en lo fundamental, hace las siguientes reflexiones: "Es claro, que la señalización de las zonas urbanas corresponde a las autoridades de tránsito municipal, luego está a cargo del Municipio la obligación de tal servicio público, y es él quien debe responder por las consecuencias de las fallas que se presenten en su prestación. Los testimonios anteriormente referidos acordes con las circunstancias de tiempo, modo y lugar como sucedieron los hechos, testigos presenciales y cuasi protagonistas del accidente, con respecto a quienes no se han demostrado que tengan ningún interés en el resultado del proceso, llevan a la Corporación a la convicción de que el semáforo a que se ha estado refiriendo no se encontraba funcionando correctamente el día de los hechos, constituyendo como lo afirma el demandante una trampa para todos los ciudadanos que transitaban por dichas calles, ocasionada por la negligencia oficial... Por tanto habiéndose demostrado la falla del servicio público de señalización urbana en el Municipio de Montería, recae en él la responsabilidad del hecho..." (fls. 194-208).

Inconforme con el fallo el señor apoderado del municipio de Montería, lo apeló y sustentó el recurso; busca con él la revocatoria del fallo y la denegación de las pretensiones de la demanda, con ese objeto aduce que "Analizado el expediente encontramos que no hubo falla del servicio por parte del Municipio de Montería; que esa presunta falla del servicio (el mal funcionamiento del semáforo) no fue la causa del accidente que terminó con la vida de los menores; que no existe relación de causalidad entre el mal funcionamiento del semáforo y la muerte de los menores; que el accidente se debió a la culpa de los conductores por impericia, imprudencia, descuido y violación de las normas de tránsito".

Para culminar, agrega que "los testigos nos están indicando que hubo violaciones a las normas de tránsito; se violaron normas que prohíben el llevar exceso de

pasajeros en los vehículos; llevar pasajeros de pie e ir a excesiva velocidad... Se produjo el accidente cuando la buseta se volteó porque los pasajeros en exceso que iban de pie le hicieron perder estabilidad. Se encuentra plenamente probado con certificación de la Dirección de Tránsito y Transportes de Montería que el conductor de la buseta sólo estaba dotado de una licencia de conducción de quinta categoría, que lo habilita para conducir, esa buseta requería de una licencia de décima categoría" (fls. 210-212).

En la oportunidad procesal de alegatos de conclusión en la segunda instancia, las partes guardaron silencio (fls. 220-221). El doctor FERNANDO OSPINA HENAO, Procurador décimo delegado ante el Consejo de Estado, estima que si bien procede confirmar el fallo del a quo en lo referente a la declaración de responsabilidad de la administración, no sucede lo mismo con la condena al pago de los perjuicios morales, decisión que debe revocarse; en apoyo de su punto de vista, discurre de la manera siguiente:

> "Precisamente una de las finalidades del impuesto de rodamiento es la de establecer a favor de los Municipios los gravámenes que pagan los conductores de vehículos, para que aquellos a su vez inviertan lo recaudado por este concepto en el mantenimiento de las vías y señalización de las mismas, cuya finalidad es la prevención de accidentes como el ocurrido en el caso que ocupa a la Honorable Sala.
>
> "Los razonamientos anteriores, llevan a concluir que efectivamente se presentó una falla en el servicio, que en este caso fue omisión, consistente en el no mantenimiento adecuado por parte de las autoridades del respectivo municipio, del semáforo ubicado en el sitio donde ocurrió el trágico accidente.
>
> "Respecto de las condenas solicitadas en el petitum de la demanda, observa este despacho que el apoderado de los demandantes solicitó para los padres de los menores JHON OMAR BALLESTAS Y WILMER JAVIER PATERNINA, se les resarcieran los daños y perjuicios materiales en la cuantía que resulte probada en el proceso, y como quiera que no se probaron no hay lugar a decretarlos.
>
> "Para los hermanos de los menores muertos como consecuencia del accidente, se solicitaron condenas por los respectivos daños y perjuicios morales, pero en el expediente no obra prueba del dolor que padecieron los hermanos, razón por la cual la sentencia apelada se debe revocar en lo que atañe al reconocimiento de perjuicios morales reconocidos tanto para padres como para hermanos de las víctimas, ya que dichos perjuicios no fueron solicitados para los padres y no se probaron respecto de los hermanos" (fls. 228).

LA SALA CONSIDERA

Con algunas precisiones en lo concerniente a su respaldo fáctico y ajuste económico el fallo impugnado recibirá la confirmación de la Sala, pues hecha la valoración

del acervo probatorio no hay duda de que la muerte de los jóvenes JHON OMAR BALLESTAS Y WILMER JAVIER PATERNINA BARRERA fué consecuencia directa de una suma de fallas todas ellas concurrentes y determinantes, imputables en su mayor parte al Municipio de Montería.

De conformidad con el artículo 16 de la Constitución Nacional anterior, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los residentes en el país en su vida, honra y bienes, lo mismo que para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares y del Estado, entre los cuales se destaca la oportuna y adecuada prestación de los servicios públicos a los asociados.

Los artículos 111 y 113 de la Ley 33 de 1986, establecen que al Ministerio de Obras Públicas y Transporte le corresponde determinar las señales, convenciones y demarcaciones de tránsito por las vías del país, así como señalar las pautas sobre su interpretación y uso. A su vez, a las autoridades municipales les compete la colocación de marcas y señales para estacionamiento, paraderos, cruces de peatones, zonas escolares, zonas de taxis, zonas de cargue y descargue y demás a que haya lugar en las vías urbanas, de acuerdo con las orientaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Los medios de prueba válidamente aducidos al proceso acreditan, sin lugar a dudas, la ocurrencia de diversas fallas o faltas en la prestación del servicio público a cargo del Municipio de Montería, concerniente al desarrollo de las tareas que tiene encomendadas de vigilancia y control del transporte público y privado, lo mismo que en lo relacionado con el adecuado funcionamiento de las señales de tránsito; hubo ostensibles omisiones administrativas que determinaron que la prestación del servicio fuese descuidada y negligente; por tal razón no son atendibles los propósitos del recurrente.

A la administración le correspondía inmovilizar o por lo menos impedir que la buseta estuviera desarrollando actividad de transporte de pasajeros, mientras continuara registrando las fallas mecánicas, aspecto al cual precisamente alude su representante judicial. No obstante, colocándose en contravía de sus deberes constitucionales y legales, permitió que siguiera haciendo sus recorridos irregulares, colocando a toda la ciudadanía en peligro de sufrir un percance.

A la entidad territorial le correspondía exigir que la buseta fuera conducida por una persona que **cumpliera** los requisitos requeridos en los reglamentos, entre ellos, por tratarse de un automotor con capacidad para llevar más de 10 pasajeros, la de contar con licencia de conducción de 10ª categoría (art. 9° de la Ley 33 de 1986); el no cumplimiento de tales requisitos obligaba a inmovilizarla; su conducta omisa o por lo menos tolerante, permitió que el vehículo estuviera a cargo de una persona con una licencia de conducción que no correspondía; inexperto e irresponsable el conductor salió a las calles a cometer toda clase de infracciones a las normas de tránsito, hasta consumar el accidente que costó la vida de dos de sus pasajeros. El nexo referenciado, resulta suficiente por sí mismo para declarar la responsabilidad deprecada por los actores.

Al Municipio se le imputa el daño porque sus autoridades encargadas de ejercer el debido control permitieron que, en un largo trecho, la buseta fuera por el carril izquierdo con exceso de cupo; avocados los pasajeros a viajar de pie y ante la intempestiva y brusca maniobra para evitar otro vehículo, debieron contribuir a su desestabilización y subsiguiente volcamiento.

Igualmente, la administración se constituyó en causa determinante del siniestro al dejar durante largo tiempo inservible el semáforo y no proveer los necesarios mecanismos de remplazo, o sea, instalar avisos indicativos de peligro potencial, disponer en particular para las horas pico de un agente que se encargara de dirigir el flujo vehicular; el haz probatorio, es ilustrativo de que la administración había adquirido la mala costumbre de no arreglar los semáforos los que permanecían fuera de funcionamiento por largos períodos de tiempo; de esa anómala situación da cuenta, entre otros, el testigo RAFAEL GARAY POLO, quien expresa lo siguiente:

> "Yo vivo en la calle 24 con carrera 2ª esquina en mi casa que yo recuerde que se han metido en mi casa, que yo recuerde quince veces por choque por un período de 20 años, choque en la carrera 2ª y en la 3ª en ambas ezquinas (sic) eso es frecuente no hay casa que no se la han llevado, la discusión entre los dos conductores dicen que los semáforos están en verde. PREGUNTADO: Según su concepto cuál podría señalar como la razón que usted encuentra para esos accidentes. CONTESTO: A veces (sic) son descuido de los conductores y otras veces son porque los semáforos están dañados. PREGUNTADO: Haciendo un cálculo proceptual (sic) cree usted que cuál es el mayor o el menor tiempo que aparecen en buen estado dichos semáforos. CONTESTO: Hay un momento que dura dos meses bueno y a veces que cuando se dañan demoran para arreglarlas y a veces uno llama al tránsito y demoran para arreglarlos y yo creo que la otra falla es falta de vigilancia del tránsito que ellos saben que en la calle 24 con 2ª y 3ª hay accidentes y rutas de buses urbanos y nunca hay agentes de tránsito. PREGUNTADO: Si a usted le consta o por información que ha obtenido, a que atribuye usted el accidente ocurrido en la fecha señalada y en que murieron los dos menores citados. CONTESTO: Sí fue por accidente de un bus con un campero que es propietaria una señora de apellido Madrid como todos los conductores que estaban en verde ambos lados, esa es la discusión de ellos" (fl. 120).

Las anteriores precisiones conducen a concluir que concurren los supuestos que comprometen la responsabilidad de la administración; en esa materia, pues, se debe mantener el fallo apelado.

La condición de damnificados de los demandantes, está acreditada con los registros civiles de nacimiento de WILMER JAVIER PATERNINA BARRERA, OMAR, ALIDA ROSA, MARTHA CECILIA, ALEXANDRA, ORLANDO Y MANUEL ELKIN BALLESTA GUZMAN, quienes, a excepción del primero que está reconocido como hijo natural, sólo aparecen registrados como hijos extramatrimoniales, por el padre o la madre (fls. 234-240).

Conforme a los lineamientos trazados por la Sala y a la prueba de su interés allegada a los autos, los demandantes tienen derecho al reconocimiento de los perjuicios morales que reclaman, pero en condición de damnificados. Por consiguiente, a cada uno de los sedicentes padres de las víctimas, se le otorga por concepto de perjuicios morales la suma equivalente, en pesos colombianos, a CUATROCIENTOS CINCUENTA (450) gramos de oro fino; a los sedicentes hermanos del occiso, por el mismo concepto, se les reconocerá la suma equivalente, en pesos colombianos, a DOSCIENTOS (200) gramos de oro fino, para cada uno de ellos. Para efecto de su pago, el precio del gramo de oro será el interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia, a partir de la cual la sumas así liquidadas devengaran los intereses comerciales y de mora a que alude el inciso final del art. 177 C.C.A.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMASE los ordinales 1° y 3° a 5° de la sentencia apelada, dictada por el tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba el 13 de junio de 1991.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal 2° del mismo fallo, el cual quedará así:

2° Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal 1°, condénase al municipio de Montería, Departamento de Córdoba, a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de BARTOLO MANUEL BALLESTAS LÓPEZ, CAROLINA GUZMAN DE BALLESTAS, GENARO JOSÉ PATERNINA MEDRANO Y MARIEL I. BARRERA DE PARTERNINA la suma equivalente, en pesos colombianos, a CUATROCIENTOS CINCUENTA (450) gramos de oro fino, a cada uno de ellos; a MARTHA CECILIA, ALIDA ROSA, MANUEL ELKIN Y ORLANDO BALLESTAS GUZMAN, la suma equivalente en pesos colombianos a DOSCIENTOS (200) gramos de oro fino, a cada uno de ellos.

TERCERO. El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de los perjuicios morales, será el que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo y a partir de esa misma oportunidad, las suma así liquidadas devengarán los intereses que establece el art. 177 del C.C.A.

CUARTO. 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 fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha agosto veintisiete (27) 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.

ADJUDICACION DEL CONTRATO/ACTO DE ADJUDICACION/ REVOCATORIA DEL CONTRATO/Improcedencia

Frente a la absoluta prohibición legal para revocar los actos de adjudicación de los contratos, la administración no puede invocar válidamente motivo alguno del cual pueda derivar potestades de revocación. Esto no significa que la entidad pública, en estos casos, quede sujeta a la sola voluntad del adjudicatario cuando el acto contraría preceptos superiores; ella tiene a mano las acciones consagradas por los artículos 84 y 85 del C. C. A., y si la infracción de la ley reúne las características descritas en el artículo 152 del mismo código podrá, además, obtener la suspensión provisional del acto.

CONTRATISTA-Incompatibilidades/EMPLEADO OFICIAL

Las causales de inhabilidad y de incompatibilidad fueron previstas por el estatuto contractual para la celebración de contratos con el Estado y no para formular propuestas ante él o para participar en las licitaciones previas a la contratación; esta precisión es importante porque, para varias de las causales señaladas, surge la posibilidad de que desaparezcan durante el tiempo que dura el procedimiento licitatorio, es decir que existían antes del contrato pero desaparecen para el momento de su celebración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente N° 7900. Actor: Silvio Nel Huertas Ramírez. Demandado: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá, el 23 de septiembre de 1992, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1° Declárase la nulidad de las resoluciones N° 3608 de 7 de septiembre de 1989, la N° 0015 de 12 de enero de 1990, expedidas ambas por el Ministerio de Comunicaciones, mediante las que se revocó la Resolución N° 5176 de octubre 27 de 1986, con la que la misma entidad había adjudicado al demandante la licitación pública N° 83 de 1986.

"2° Como consecuencia de la precedente declaración, condénase a la Nación - Ministerio de Comunicaciones al pago de los perjuicios materiales causados al demandante cuya liquidación se hará conforme a las pautas señaladas en la parte motiva de la sentencia.

"3° Deniéganse las restantes peticiones.

"4° Si el presente fallo no fuere apelado, consúltese con el Superior" (fl. 174-175, Cl).

La demanda incoada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., fue presentada estando en término hábil, el 3 de agosto de 1990, en procura de obtener la nulidad de las Resoluciones N° 3608 del 7 de septiembre de 1989 y 0015 del 12 de enero de 1990 ambas proferidas por el Ministerio de Comunicaciones y, a título de restablecimiento del derecho, declarar que el demandante es el legal adjudicatario de la Licitación Pública N° 83-86 con la consiguiente indemnización de perjuicios.

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes hechos:

"1. Mediante la Resolución N° 2110 de 4 de junio de 1986, el Ministerio de Comunicaciones dispuso, entre otras medidas, la apertura de la Licitación Pública N° 83/86 con el objeto de adjudicar la prestación del servicio de radiodifusión sonora en el Municipio de Miraflores, departamento de Boyacá.

"2. Previo el concepto favorable de la Junta de Licitaciones y Adjudicaciones, el Ministro de Comunicaciones expidió la Resolución N° 5176 del 27 de octubre de 1986 por cuya virtud adjudica al actor la concesión del servicio de radiodifusión sonora en amplitud modulada (A.M.) y dispone que el contrato respectivo se deberá celebrar dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación la cual se hizo personalmente el 24 de noviembre del mismo año.

"3. Inexplicablemente el Ministerio de Comunicaciones no dio cumplimiento al artículo 2 de la resolución N° 5176 de octubre 27 de de 1986 ya mencionada, que ordenaba suscribir el correspondiente contrato de concesión dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación, con grave perjuicio para mi representado toda

vez que había hecho cuantiosas inversiones tanto en los estudios para presentar la propuesta respectiva como en la compra de los equipos necesarios para la radiodifusión con las características exigidas por el Ministerio de Comunicaciones, así como las obras de infraestructura para el montaje de los mencionados equipos.

"4. De manera extraña y contrariando el artículo segundo de la Resolución N° 5176 del 27 de octubre de 1986 ya mencionada, sólo después de casi tres (3) años de haberse notificado la resolución de adjudicación de la mencionada licitación cuya vigencia aquí se reclama, el señor Ministerio de Comunicaciones dictó la Resolución N° 3608 de fecha 7 de septiembre de 1989, por medio de la cual revocó la Resolución N° 5176 del 27 de octubre de 1986 que había adjudicado la licitación pública N° 83-86 a mi representado SILVIO NEL HUERTAS RAMÍREZ.

"5. La Resolución N° 3608 de septiembre 7 de 1989 del señor Ministro de Comunicaciones, fue proferida arguyendo como motivo que el Doctor SILVIO NEL HUERTAS RAMÍREZ presentó entre los documentos analizados por la Junta de Licitaciones "una declaración juramentada ante el juez competente en donde afirman la inexistencia de inhabilidad e incompatibilidades para contratar de que hablan los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 222 de 1983". Esta motivación es a todas luces falsa, toda vez que del acta de la reunión del cierre de las licitaciones públicas entre las cuales se encuentra la N° 83 de fecha 26 de agosto de 1986, en el folio dos (2) literal b), entre los documentos presentados por mi representado reza textualmente: "Declaración juramentada ante el juez 10 de Intrucción Criminal". Declaración que se acompaña a esta demanda y que en ningún momento afirma sobre la inexistencia sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar de que habla, el considerado 3 de la Resolución 3608 del 7 de septiembre de 1989 aquí impugnada.

"6. No siendo cierto el considerando 3° de la Resolución 3608 del 7 de septiembre de 1989 aquí impugnada, el señor Ministro de Comunicaciones, no sólo profirió un acto administrativo fundamentado en una falsa motivación, sino que revoco directamente un acto de carácter particular y concreto que ya había creado una situación jurídica también de carácter particular y concreta y reconocido a mi mandante el derecho de suscribir el contrato adjudicado, por lo que violó el inciso 1° del artículo 73 de C.C.A.

"7. La Resolución 3608 de septiembre de 7 de 1989, proferida por el señor Ministro de Comunicaciones, fue notificada a mi representado el día nueve (9) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y contra la cual el Doctor SILVIO NEL HUERTAS RAMÍREZ interpuso recurso de reposición el día trece (13) de octubre del mismo año, es decir, dentro del término legal.

"8. El señor Ministro de Comunicaciones profirió la Resolución 0015 del 12 de enero de 1990 por medio de la cual desató el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 3608 de septiembre 7 de 1989, rechazándolo mediante consideraciones también falsas, constituyendo nulidad del acto por falta motivación, toda vez que en el inciso segundo del Artículo uno (1) de dicha Resolución afirma: "que entre los

documentos que la Junta de Licitaciones analizó para recomendar la adjudicación al Doctor SILVIO NEL HUERTAS RAMÍREZ, este presentó una declaración juramentada ante Juez Competente donde afirma la inexistencia de inhabilidades e incompatibilidades para contratar de que hablan los artículos 8, 9 y 10 del decreto N° 222/83. Esta afirmación que constituye falsa motivación por no ser cierta, tal como se demuestra con la declaración juramentada que se adjunta a esta demanda, como las argumentaciones expuestas en el numeral 3° del Recurso de Reposición interpuesto y que no fue tenido en cuenta por el Ministerio para despachar favorablemente dicho Recurso de Reposición.

"9. Así mismo la Resolución 0015 del 12 de enero de 1990, proferida por el Ministerio de Comunicaciones, en el considerando 3° estipula otra falsedad al afirmar "Que si bien la Resolución recurrida no ha podido ser notificada personalmente deberá entenderse notificada por conducta concluyente ante la actitud del afectado con la decisión de la Administración". La Resolución recurrida de que habla este considerando 3°, es la N° 3608 del 7 de septiembre de 1989 emanada del señor Ministro de Comunicaciones la cual en el folio dos (2) vuelto reza: "En Tunja a 9 de octubre de 1989 se notifica personalmente al Doctor Silvio Nel Huertas Ramírez el contenido de la presente Resolución atendiendo la comisión hecha por el Ministro de Comunicaciones" y aparecen las firmas del notificado y el notificador con sellos de la Secretaría de Gobierno Municipal de Tunja. Este documento también se adjunta a la presente demanda.

"En consecuencia de lo anterior, la Resolución N° 0015 del 12 de enero de 1990 aquí impugnada se fundamenta en falta motivación.

"10. La Resolución N° 0015 del 12 de enero de 1990 demandada, fue notificada a mi presentado el día 3 de abril de 1990 como consta en el documento que adjunto.

"11. La Resolución N° 3608 del 7 de septiembre de 1989, emanada del Ministerio de Comunicaciones, pretende ubicar a mi representado dentro de las inhabilidades e incompatibilidades de que hablan los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 222 de 1983 para los empleados oficiales, pero de manera extraña y porque no decirlo, intencionalmente, hicieron caso omiso del artículo 11 del mismo decreto 222 de 1983 que a la letra dice: "De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades - No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten".

Como es sabido la radiodifusión, es un servicio y por lo tanto "El contrato de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión, tiene como finalidad las transmisiones radiales para difundir la verdad y elevar el nivel cultural y la salud de la población; preservar y enaltecer las tradiciones nacionales, favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional", todo en con-

cordancia con el artículo 208 de Decreto 222 de 1983, es decir, un servicio, por lo que encaja en el artículo 11 de estatuto contractual anteriormente mencionado y en consecuencia mi representado Doctor SILVIO NEL HUERTAS RAMÍREZ, no puede ser cobijado por los artículos 8, 9 y 10 del estatuto contractual, sino más bien, del artículo 11 de la misma norma" (fl. 40 a 44, C.1.).

Rituada la instancia como se dispone en las normas procesales que gobiernan la materia, el a-quo resolvió favorablemente la mayor parte de las súplicas que se plantearon en la demanda, según se puede observar en la transcripción que se hizo al inicio de esta providencia; las partes no recurrieron; en tal virtud, el proceso fue remitido ante esta Corporación a fin de que se surtiera el grado de consulta que conforme a la ley procede en aquellos eventos en que se ha impuesto una obligación en contra de la administración y ésta no recurre en apelación (art. 184 del C.C.A.).

En la oportunidad para alegar de conclusión en este segundo grado las partes guardaron silencio (fl. 180-190). Para la Doctora EDNE COHEN DAZA, procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, el material probatorio indica que hay lugar a revocar el fallo del a-quo y a denegar las suplicas hechas en el libelo introductorio del proceso ya que existía prohibición legal de celebrar el contrato de concesión con el actor dada su calidad de empleado oficial, evento que configura la causal de incompatibilidad consagrada en el ordinal 2° del art. 10 del Decreto 222 de 1983; con esa orientación el agente del Ministerio Público discurre de la manera siguiente:

"El actor no desconoce este hecho, así lo reconoció desde cuando presentó su propuesta en el proceso de licitación pública y así lo indica en su demanda y los otros memoriales que aparecen en el expediente.

"Queda perfectamente claro, que la razón que invocó la Resolución N° 3608 de 7 de septiembre de 1989 para revocar el acto administrativo de adjudicación, fue el estar incurso el señor SILVIO NEL HUERTAS RAMÍREZ en una prohibición legal para contratar.

"Esa causal fue específicamente señalada en la resolución que se acusa, como expresamente lo señaló el numeral 6° del mencionado acto. Así pues no resulta cierto lo que se afirma en la sentencia sobre este punto, pues cuando la Resolución N° 3608 se refiere a los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 222 de 1983, hace relación a la supuesta declaración juramentada que debió presentar el licitante.

"Tampoco existe dudas sobre las consecuencias que acarrean las inhabilidades y las incompatibilidades, pues el Decreto 222 de 1983 en ambos casos prohíbe celebrar los contratos. Así pues que el acto administrativo de adjudicación, expedido en manifiesta oposición con la ley, no podía aplicarse y era su revocación por esa misma razón.

"Todo lo anterior indica, que la Resolución número 3608 de septiembre 7 de 1989, se ajustó a la realidad existente y estuvo de acuerdo con la ley. Por consiguiente no debe ser anulada". (fl. 181-189, C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son varios los aspectos que corresponden examinar a la Sala a propósito del fallo consultado, a saber:

a) La legalidad o ilegalidad de la revocatoria de la adjudicación decidida por la administración.

b) La existencia, o no, de causales de inhabilidad en el contratista, y la aplicación del artículo 11 del Decreto extraordinario N° 222 de 1983.

c) La existencia, o no, de un derecho subjetivo del actor que hubiese sido lesionado generando la posibilidad de su restablecimiento.

A. De entrada, se debe recordar que, por precepto legal contenido en el primer inciso del artículo 35 del Decreto Extraordinario N° 222 de 1983, **la Resolución de adjudicación, una vez ejecutoriada "es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatorio"**.

La prescripción legal es clara y no admite interpretaciones por fuera de su tenor literal.

De modo que, teniendo en cuenta el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos de radiofusión, disciplinado por los artículos 196 a 201 del citado Decreto 222, se adjudica siempre por licitación pública (art. 197), procedimiento que fue observado en el caso sub-examine, esta consideración es suficiente para concluir en la ilegalidad de la revocatoria contenida en la Resolución 3608 del 7 de septiembre de 1989 y confirmada en la número 0015 del 12 de enero de 1990, las dos expedidas por el Ministerio de Comunicaciones.

Frente a la absoluta prohibición legal para revocar los actos de adjudicación de los contratos, la administración no puede invocar válidamente motivo alguno del cual pueda derivar potestades de revocación. Esto no significa que la entidad pública, en estos casos, quede sujeta a la sola voluntad del adjudicatario, cuando el acto contraría preceptos superiores; ella tiene a la mano las acciones consagradas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., y si la infracción de la ley reúne las características descritas en el artículo 152 del mismo código podrá, además, obtener la suspensión provisional del acto.

Es claro que el legislador extraordinario, por razones de la trascendencia que reviste el acto de adjudicación para la seguridad jurídica de las personas en él comprometidas, sustrajo su control de legalidad de la sede administrativa (asunto que es normal para la generalidad de los actos administrativos, ora a través de los recursos gubernativos, ora por virtud de la revocación directa oficiosa o provocada), para, dejarlo, de manera exclusiva, en manos del juez administrativo.

En otros términos, con la sana intención de restablecer el principio de legalidad roto por la intervención de un acto de adjudicación ilegal, la administración escogió el

camino de la revocación directa, vedado de modo expreso y absoluto por la propia norma legal. La decisión anulatoria del a-quo debe, por lo tanto, ser confirmada.

B. De otra parte, esta probado en el proceso que para el 27 de octubre de 1986, fecha en que se expidió la Resolución N° 5176 por la cual se adjudicó la licitación en comento, el actor, por su condición de empleado oficial estaba incurso en la segunda causal de incompatibilidad prevista en el artículo 10 del Decreto 222.

Esta constatación suscita dos precisiones:

1. En primer lugar, que la causal de incompatibilidad (lo mismo que las inhabilidades señaladas en los artículos 8 y 9) constitutiva del impedimento legal, debe existir **en el momento de la celebración del contrato y no en uno anterior a ella**; así se desprende de la enunciación inicial del artículo 10.: "No podrán celebrar contratos ... por sí o por interpuesta persona", y del inciso 2° del artículo 14: "en todo caso, **el contratista** deberá afirmar bajo juramento que no se halla incurso en las mencionadas prohibiciones"; las expresiones "no podrán celebrar contratos" y "el contratista" destacados por la Sala en los textos legales precitados, esta indicando, pese a una defectuosa redacción de la parte final del inciso 2° del artículo 14 que habla de la propuesta, —— el momento para constatar la existencia de las inhabilidades e incompatibilidades corresponde al de la celebración del contrato; no se puede olvidar que, a términos del artículo 1503 del C.C. la regla general es la capacidad de las personas, y la incapacidad es la excepción; siendo ello así, las normas que establecen incapacidades o limitan la capacidad, por excepcionales, son de interpretación restrictiva, según se acepta sin discusión.

Dicho de modo diferente, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad fueron previstas por el estatuto contractual para la celebración de contratos con el ESTADO y no para formular propuestas ante él o para participar en las licitaciones previas a la contratación; esta precisión es importante porque, para varias de las causales señaladas, surge la posibilidad de que desaparezcan durante el tiempo que dura el procedimiento licitatorio, es decir que existían antes del contrato pero desaparecen para el momento de su celebración .

Tan cierto es lo anterior que en el proyecto de ley por el que "se expide el estatuto general de contratación de la administración pública", se cambia completamente este panorama, haciendo extensivas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad a la participación en las licitaciones y concursos; así lo establecen, en su encabezamiento, los numerales 1 y 2 del artículo 8° que preceptúan :

"1. Son inhábiles **para participar en licitaciones o concursos y para celebrar** contratos con las entidades estatales....."

"2. **Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos**, ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:
....."

Con estas premisas surge clara la deducción de que el actor, si bien no estaba inhabilitado para hacer su oferta, sí lo estaba para celebrar el contrato de concesión, pues se desempeñaba como gerente del banco popular en la sucursal de Tunja desde el 2 de abril de 1984, cargo que lo califica como trabajador oficial según lo dice el artículo 52 del Decreto 2497 de 1988 y genera incompatibilidad para celebrar contratos con el Estado por los preceptos contenidos en los artículos 10-2 y 12 del Decreto 222 de 1983. Esta especial circunstancia autorizaba a la administración para abstenerse de celebrar el contrato adjudicado pues se enfrentaba a un caso de expresa prohibición legal, o, en el evento de que advirtiese la causal con posterioridad a su celebración, a terminarlo de modo unilateral, **sin lugar a indemnización alguna** (artículo 13 Decreto 222 de 1983).

2. El recurrente manifiesta que su caso se debe analizar no a la luz de la prohibición legal indicada, sino de la permisión contenida en el artículo 11 del estatuto contractual; señala ese precepto: "De las excepciones las inhabilidades e incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere este estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quien lo soliciten".

Es claro que esta permisión excepcional está reservada para aquellos bienes o servicios que se ofrecen, en las mismas condiciones, al público en general, lo cual ocurre para los usuarios de bienes o servicios que presta el Estado; no para quienes los explotan. Por consiguiente, tal disposición no se puede aplicar al contrato de concesión de servicios públicos que "es un modo de gestión de un servicio, por medio del cual una persona pública, que es el concedente, encarga, por contrato concluido con él, a una persona privada, el concesionario, la gestión de un servicio público a su cargo y riesgo, mediante el derecho de obtener una remuneración por medio de las tarifas percibidas por los usuarios".

De ahí que de acuerdo con el pensamiento de Manuel María Diez en el vol. II de su "Derecho Administrativo", pag. 262 y 263 son dos los elementos que se destacan en la concesión de servicios públicos: "..... en primer lugar como que la ganancia es móvil que determina al particular a hacerse cargo del servicio, éste constituye para él una empresa industrial; en segundo lugar, el carácter de servicio público, que hace que el interés general sea decisivo y prevalezca sobre el privado".

Distinta es, por consiguiente, la situación del concesionario del servicio quien lo explota a su beneficio dentro de los límites legales y contractuales y del usuario del mismo para quien, en los eventos contemplados en el artículo 11 del Decreto 222, se predica la excepción que señala el actor.

Es clara pues, la carencia de razón de este planteamiento.

C. Pese a la ilegalidad de los actos acusados y a la confirmación que recibirá la declaración de nulidad de los mismos impartida por el a quo, no hay lugar a decretar

el restablecimiento del derecho ni las indemnizaciones decretadas, por las razones que a continuación se detallan:

1. El actor no podía celebrar el contrato que le se había adjudicado porque su calidad de trabajador oficial se lo impedía.

2. Incluso en el evento de que el contrato se hubiese celebrado, a pesar de la prohibición legal, la entidad contratante estaba en la obligación de darlo por terminado sin lugar a indemnización alguna.

3. Por consiguiente, la inexistencia de derechos en cabeza del actor determina la inexistencia de los perjuicios que pretende.

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 el ordinal 2° del fallo consultado.

2. Confírmase en lo demás.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitres de agosto de mil novecientos noventa y tres.

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

Referencia: Expediente N° 6606. Actor: Jesús Antonio Torres y otros.

En el escrito visible al folio 390, la señora apoderada de la parte actora solicita aclarar el numeral 1° de la parte resolutiva del fallo de 17 de junio de 1993, en el sentido de señalar que el primer apellido de los menores MONICA LILIAN y NESTOR CAMILO es TORRES y no como allí aparece.

La Sala accederá a la corrección deprecada, pues encuentra que por un error involuntario se cambió el primer apellido de los citados demandantes, como se desprende del examen del plenario, en particular del libelo demandatorio y de su registro civil de nacimiento agregado a los folios 370 y 365, respectivamente; la aclaración se hará con fundamento en el art. 310 del C. de P.C.

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

RESUELVE:

PRIMERO. ACLARASE el ordinal 1° del fallo de 17 de junio de 1993, en el sentido de que el nombre y apellido correcto de los dos demandantes que allí se mencionan es MONICA LILIAN TORRES MARTINEZ y NESTOR CAMILO TORRES MARTINEZ.

SEGUNDO. EXPIDANSE copias a las partes para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinte (20) de agosto 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-Limpieza de Quebradas/DAÑO ANTIJURIDICO

Está probada la falla del servicio como título jurídico de imputación del daño al Municipio de Medellín; el servicio de limpieza de la quebrada La Manción funciono mal; permitió obstrucción y con ella, su represamiento con la consiguiente filtración del agua, fenómeno generante del perjuicio reclamado. En otros términos: Concurren los elementos que, a tono con el artículo 90 de la Constitución Política determinan a declarar la responsabilidad patrimonial del demandado, a saber: el daño indemnizable y su imputación al Municipio. Carece de incidencia, para los efectos propios de este fallo, que los demandantes hubiesen obtenido o no la licencia de construcción, exigencia que ni es clara para la época de las construcciones averidas, ni está probada con la copia del acto administrativo local correspondiente.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA-Improcedencia/NEXO CAUSAL-Inexistencia

No existe prueba de nexo causal entre los trabajadores cumplidos por la firma llamada en garantía y los perjuicios reclamados, razón que conduce a exonerarla de responsabilidad. La absolución de los SEGUROS ALFA S.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Consejero Ponente: Dr. Juan d Dios Montes Hernández.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez de mil novecientos noventa y tres.

Ref: Expediente N° 6144. Actor: AURELIO TOBON MEJIA Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN

Resuelve la Sala el recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial de los actores para impugnar el fallo pronunciado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquía el 26 de febrero de 1990, por virtud del cual denegó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Mediante apoderado judicial debidamente constituido, LUIS GUILLERMO VILLA RODRIGUEZ, ALICIA RODRIGUEZ DE VILLA, BEATRIZ VILLA RODRIGUEZ, MARIA EUGENIA VILLA RODRIGUEZ, AURA SOLIS DE OSORIO, AURELIO TOBON MEJIA, JOSE DE JESUS ROBLEDO ORTIZ, GILMA VILLA ZEA quien representó además a LUIS FERNANDO VILLA ZEA; HECTOR VILLA ZEA; HORACIO VILLA ZEA y JOSE DELIO GOMEZ, el 9 de septiembre de 1986, demandaron al Municipio de Medellín, entidad frente a la cual esgrimieron estas pretenciones:

"1. EL MUNICIPIO DE MEDELLIN es patrimonialmente responsable de todos los perjuicios sufridos por los aquí demandantes como consecuencia de la obstrucción y posterior refacción de la cobertura de la quebrada LA MANSION, en el tramo descrito en el hecho segundo de esta demanda.

"2. Como consecuencia de lo anterior, EL MUNICIPIO DE MEDELLIN, pagará a los aquí demandantes los perjuicios por ellos sufridos, los que al momento de presentar esta demanda son los siguientes:

"a) ALICIA RODRIGUEZ DE VILLA:

"Cinco millones de pesos ($ 5.000.000), por daño emergente, por deterioro del inmueble de su propiedad, habida cuenta del porcentaje que tiene en el dominio del mismo (5/8).

"Cincuenta mil pesos ($ 50.000) mensuales de lucro cesante, por imposibilidad de aprovechar el inmueble de su propiedad, desde el 1° de abril de 1986 hasta cuando se pague la indemnización, teniendo en cuenta ese mismo porcentaje en el dominio del inmueble" (fls 101-105).

Con idénticas razones, los otros demandantes cuantificaron los perjuicios así:

LUIS GUILLERMO VILLA RODRIGUEZ, $ 1.000.000 por daño emergente y $ 10.000 mensuales por lucro cesante; en la misma cuantía, hicieron su reclamación Beatriz y María Eugenia Villa Rodriguez; Gilma Villa Zea, pidió $ 3.000.000 por daño emergente y $ 30.000 mensuales por lucro cesante; Hector Villa Zea, $ 1.500.000 por daño emergente y $ 15.000 mensuales por lucro cesante; Horacio Villa Zea, Ramiro Villa Zea y Luis Fernando Villa Zea pidieron, cada uno, cantidades iguales al anterior; Jose Delio Gómez, $ 8.000.000 por daño emergente y

$ 80.000 mensuales por lucro cesante; Aurelio Tobón Mejía $ 10.000.000 por daño emergente y $ 100.000 por lucro cesante; Jose de Jesús Robledo Ortiz, $ 8.000.000 mensuales por lucro cesante; y Aura Solís de Osorio una cantidad igual a la anterior; todos los demandantes solicitaron, además por concepto de perjuicios morales una suma individual equivalente a 1.000 gramos de oro (fls. 101-105).

2. Para fundamentar su petitum los demandantes dijeron ser dueños de los siguientes bienes inmuebles:

a) LUIS GUILLERMO VILLA RODRIGUEZ, ALICIA RODRIGUEZ VILLA, BEATRIZ Y MARIA EUGENIA VILLA RODRIGUEZ del que está situado en la carrera 46 N° 60-32 de Medellín, en la siguiente proporción: ALICIA RODRIGUEZ 5/8 y los demás nombrados de 1/8 cada uno.

b) AURA SOLIS DE OSORIO, del que está situado en la carrera 46 N° 60-12, también de Medellín.

c) AURELIO TOBON MEJIA, del situado en la calle 61 N° 46D-75 de la misma ciudad.

d) JOSE DE JESUS ROBLEDO ORTIZ, del situado en la carrera 46 N° 60-22.

e) HECTOR, GILMA, HORACIO, RAMIRO Y LUIS FERNANDO VILLA ZEA del situado en la carrera 46 Nos 60-40 y 60-38.

f) JOSE DELIO GOMEZ, de los situados en la calle 62 Nos 45D-54, 45D-60, 45D-64 y en la carrera 46 N° 62-4

También dijeron los actores que:

"2. La quebrada LA MANSION, ubicada en la ciudad de Medellín, se encuentra cubierta desde la calle 62 cruzando diagonalmente la manzana entre las calles 62 y 61 y carreras 46 y 45D, hasta continuar hacia el sur por la carrera 46 y otras vías, hasta desembocar a la quebrada "LA LOCA". Dicha cobertura pasa por debajo de algunas de las residencias a que se refiere el hecho primero de esta demanda.

"3. La Secretaría de Obras Públicas Municipales de Medellín ha sido la encargada del mantenimiento y limpieza de la cobertura de la quebrada LA MASION, a que nos hemos referido en el hecho anterior

"4. La pendiente del cauce de la quebrada LA MANSION hace que sus aguas arrastren los objetos que encuentran en su camino, lo que con el paso del tiempo ha contribuido a que la tubería de la cobertura se haya obstruído, desde hace un año aproximadamente, impidiendo el paso adecuado de las aguas.

"5. Dichas obstrucciones se hubieran podido evitar no sólo dándole un mantenimiento periódico a la cobertura y zonas aledañas, sino también, colocando dispositivos que impidieran que los objetos pasaran dentro de la cobertura.

"6. De otro lado, aunque la obstrucción ya se hubiera producido, el encargado del mantenimiento de la cobertura hubiera podido normalmente limpiarla, impidiendo así una obstrucción total.

"7. Sin embargo, la Secretaría de Obras Públicas Municipales descuidó y sigue teniendo descuidado el mantenimiento y limpieza de la quebrada y de la cobertura, lo que significa de su parte, una falla del servicio aún latente. En un momento dado la obstrucción fue de tal magnitud que la cobertura no resistió y parte de las aguas se fugaron subterráneamente, y las otras se represaron creando una laguna en la boca de la cobertura.

"8. A raíz de esta situación las aguas represadas y las fugadas comenzaron a deteriorar los suelos, pisos, paredes, cerraduras y estructuras de los inmuebles propiedad de los aquí demandantes, identificados en el hecho primero de esta demanda.

"9. La situación llegó a tal punto, que las mismas autoridades, luego de una inspección ocular del Inspector Segundo de Aseo y Control de Obras, exigieron a los propietarios desocupar sus inmuebles habida cuenta de la inminente ruina de los mismos y sus moradores han debido radicarse en otras residencias.

"10. Como consecuencia de la desocupación de los inmuebles, los aquí demandantes se han visto privados del uso y goce de sus bienes, lo que ha generado un lucro cesante, que aún subsiste.

"11. Fuera de lo anterior, sus propiedades se han depreciado enormemente pues todas ellas deben ser demolidas, o reconstruidas y sus terrenos están completamente erocionados e inservibles para nuevas construcciones.

"12. En múltiples oportunidades, y aún cuando el problema todavía se podía solucionar, descongestionado la cobertura de la quebrada, los demandantes insistentemente solicitaron a la Secretaría de Obras Públicas Municipales y al señor Alcalde de la ciudad, - que pusiera remedio a esta situación. Sin embargo, ni la Secretaría de Obras Públicas Municipales, ni el señor Alcalde, ni entidad alguna, hicieron nada para atender los justos reclamos de los demandantes, limitándose el MUNICIPIO, a responder a que ninguna responsabilidad le cabía por dichos daños.

"13. La situación de los demandantes se agravó desde el punto de vista moral, puesto que no sólo se han visto angustiados frente al peligro y a la pérdida de sus bienes, sino también, por la plaga de insectos que han tenido que soportar a raíz de la laguna de que ya se ha hablado y de las aguas negras que por múlti-

ples orificios han encontrado su salida hacia la superficie. Todo ello pues, ha significado que los demandantes hayan sufrido un grave perjuicio moral como consecuencia de esta situación.

"14. Cuando la magnitud del problema se agrandó, la Secretaría de Obras Públicas Municipales tomó la decisión de hacer correctivos en la cobertura de la quebrada, por lo que empezó la realización de nuevas obras para reemplazar la cobertura deteriorada y obstruida. Los trabajos se vienen realizando desde el mes de febrero de 1986, por la sociedad CARDONA Y ASOCIADOS LTDA. Sin embargo, dichos trabajos se iniciaron en forma tardía lo que configura una omisión del demandado, al omitir la prestación del servicio en forma oportuna. Hay allí pues, otra falla del servicio imputable al demandado.

"15. En el desarrollo de dichas obras los constructores tomaron una serie de medidas que contribuyen a agravar la situación de los demandantes, pues con ello se aceleró el proceso de deterioro de sus inmuebles. Dentro de esas medidas los constructores desviaron parte de las aguas represadas e hicieron varios drenajes que fueron impermeabilizados, lo que originó nuevas fugas que penetraron sobre los terrenos donde se encuentran localizados los inmuebles de los aquí demandantes.

"16. Particularmente, la propiedad del señor DELIO GOMEZ se vió inundada por la laguna que se formó en la boca de la quebrada, lo que significó que los cimientos y muros de su propiedad se vieran completamente afectados en su solidez.

"17. Como consecuencia de toda esta situación los demandantes han debido sufragar gastos de vigilancia pues de lo contrario, se corre el riesgo de que las puertas y demás accesorios de los inmuebles sean robados" (fls 98 a 101).

3. El Municipio se opuso a las pretensiones, solicitó se los absolviera, pidió pruebas y llamó en garantía a la Sociedad Cardona y Asociados Ltda.

Admitido el llamamiento, al momento de comparecer al proceso, la mencionada sociedad propuso la excepción "de inexistencia de la obligación de pagar perjuicios al Municipio de Medellín, en el evento de que fuese condenado..."; su defensa se montó sobre los siguientes hechos:

a) "...la construcción de la cobertura o Box culvert de la quebrada la Mansión, en la carrera 46 entre las calles 62-61, **fue efecto y no causa del represamiento, fugas y filtraciones de las aguas de esa quebrada**, que ocasionaron los daños y perjuicios de que habla el libelo demandador.

"Los daños y perjuicios de los construcciones cercanas al área de la obra objeto del contrato y descritos en la demanda, son pues anteriores a la fecha de la

iniciación de los trabajos, la cual, como ya se expresó, fue el 30 de enero de 1986. Fecha ésta para la cual, es bueno anotar, ya se hallaban evacuadas algunas residencias o inmuebles, como la distinguida con el N° 60-12 de la carrera 46 de propiedad de la señora Aura Solis de Osorio; la señalada con el N° 45A-60 de propiedad del señor José Delio Gómez y los distinguidos con los Nros. 60-38 y 60-40 de la carrera 46 de propiedad de los señores Hector, Gilma, Horacio, Ramiro y Luis Fernando Villa Zea" (fls.149).

b) "... es físicamente imposible que la obra ... haya causado o contribuido de alguna manera a los daños y perjuicios de que trata la demanda.... antes por lo contrario, la nueva obra de cobertura o Box culvert alivió, mejoró la situación de desastre acaecida, al captar y canalizar las aguas fugadas o filtradas que iban resultando en el proceso de la construcción, para ser descargadas en el manhole del cruce de la calle 61 con la carrera 46 y de éste ser conducidas por el canal o tubería ya existente, en la misma carrera 46, entre calles 61 y 60, hasta la quebrada La Loca" (fls 150).

c) La constitución se hizo "... siguiendo estrictamente los planos y diseños suministrados por el Municipio de Medellín y las instrucciones dadas por interventoría de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio.... "La contratista en ningún momento abrió desagüe, orificio, ni drenaje alguno, para evacuar las aguas represadas y sólo cuando la cobertura o Box culvert estuvo terminado y listo para el funcionamiento, se conectó con el cauce de la quebrada La Mansión. Por lo demás, la tubería existente antes de iniciar los trabajos el día 30 enero de 1986 y que evacuaban esas aguas de la quebrada La Mansión, no fue tocada ni reformada en ningún punto de su trayecto, por parte de la firma contratista; por lo tanto, durante el tiempo de construcción de la obra, siguió funcionando en las condiciones que lo venía haciendo anteriormente. Al concluir los trabajos de la nueva cobertura, las aguas fueron desviadas a ésta sin modificar en lo más mínimo las antiguas tuberías" (fls 150-151)

En escrito posterior (fls, 161-163) llamó en garantía a la Sociedad "Seguros Alfa S.A." la cual aceptó haber otorgado la garantía que consta en la póliza N° 3837, se opuso a la petición de la Sociedad Cardona y Asociados Ltda "por no precisar lo que con el llamamiento en garantía pretende frente a Seguros Alfa S.A", y propuso la excepción de la "inexistencia de la obligación" puesto que los hechos que dieron origen a la Demanda de la Reparación Directa, acaecieron en el año de 1965 y la garantía otorgada por la Compañía que represento, se inició a partir del dos (2) de abril de 1986, fecha para la cual ya se habían ocasionado los perjuicios. El contrato de seguro, siempre tiene efectos hacia el futuro" (fl 170).

4. En los alegatos finales de la instancia las partes principales y las llamadas en garantía presentaron sendos escritos como a continuación se precisa:

a) El apoderado judicial de los actores estima debidamente probado el daño material sufrido por sus patrocinados; relaciona los diversos medios de prueba que

conducen a dicha conclusión de las cuales destaca la orden de desalojo, la inspección judicial y el dictamen pericial; reconoce que no está probada la cuantía y señala algunas opciones para determinarla.

Del daño moral dice que consistió en la angustia sufrida por sus clientes dado que las filtraciones presagiaban una tragedia, razón por la cual "ante la eventual dificultad de demostrar con exactitud la cuantía del daño material, bien podría el Tribunal otorgar, a título de indemnización del daño moral, una suma que compense en parte, todos los perjuicios sufridos por los demandantes".

Para contradecir la argumentación del Municipio según la cual los daños se produjeron por culpa de las víctimas, señala que para la época en que se construyeron las casas afectadas no era necesaria la licencia de construcción y que los actores las adquirieron mucho tiempo después de construidas; en esas condiciones la culpa de un tercero (el constructor) genera responsabilidad solidaria y no causal eximente de responsabilidad.

La falla del servicio consistió, según el alegato, en la desatención completa del Municipio frente a la queja de los demandantes hasta el punto de ocurrir daños que la entidad pública pudo haber evitado fácilmente.

Sobre el nexo causal expresa que "los daños en la viviendas....fueron directa e indudablemente causados por las filtraciones de agua que producía el represamiento de las aguas de la quebrada la Mansión" (fl 541-550).

La apoderada del Municipio elabora un cuadro comparativo de la cuantía de los perjuicios materiales solicitados con "el valor patrimonial declarado en 1986" para concluir "que no existe la concordancia que impone la Ley 5ª para la tasación de los perjuicios". Manifiesta que no está probado el lucro cesante ni los prejuicios morales (fls 551-557).

La apoderada de Seguros Alfa reiteró las afirmaciones que había hecho al comienzo del proceso (fls 558-559).

El mandatario judicial de CARDONA Y ASOCIADOS LTDA estima que en este caso no procedía el llamamiento que se le ha hecho al proceso porque: "a) La firma CARDONA Y ASOCIADOS LIMITADA, no es garante del Municipio de Medellín; no celebró contrato con esta entidad para asegurarla o protegerla de algún riesgo;... b) Tan solo... realizó el contrato Nº 044 de 1986 que se orientaba a la construcción de la cobertura de la quebrada La Mansión (Barrio San Miguel) de las calles 61-62 con carrera 46 ....c) el contrato.....celebrose....con motivo de la grave situación que creó el represamiento de la quebrada La Mansión".

De esta circunstancia, de la inspección judicial y del concepto pericial concluye que "...en ningún instante la gestión encomendada a CARDONA Y ASOCIADOS fue la causante del represamiento" (fls 560-561).

5. Las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal para adoptar la decisión impugnada son las siguientes:

"2 Interesan para la decisión las siguientes declaraciones:

"2.1 FRANCISCO DARIO BUSTAMANTE LEDESMA, Ingeniero jefe de Estructuras Hidráulicas en el Municipio de Medellín, manifiesta que el Municipio hacía el mantenimiento en el sector donde se producían los encharcamientos, por intermedio de la cuadrilla de coberturas, personal especial ayudado de equipo moderno, váctor, para extraer gran cantidad de sedimentos, consistentes en basuras y materiales de diversa procedencia. La parte cubierta, por encontrase en propiedad privada, era de difícil operación, de imposibilidad casi de tipo legal. Más abajo de la calle 62 también se hizo mantenimiento permanente por obstrucciones debidas a materiales de consistencia sólida aún a llantas de vehículos, produciendo taponamiento en el interior de algunas propiedades, construidas encima de la cobertura. Los represamientos se producían en época de invierno. Las construcciones levantadas sobre la tubería aceleraron los procesos de asentamiento. El nuevo tramo de cobertura se construyó al fallar la tubería antigua (f 207 a 300).

"2.2 LEON JAIME ARAGON JOHNSON expresa que, por comentarios con profesionales expertos en suelos, se pudo constatar que muchas de la grietas fueron causadas por filtraciones de la quebrada La Mansión, porque en algunos sitios, una cuadra más arriba, se pudo comprobar que la cobertura se había roto y el agua estaba corriendo libremente a través del suelo; supone que la tubería se rompió por varios factores: poco tamaño; la cantidad de desperdicios y de basuras que recogía la quebrada en el cruce con la calle Urabá y una posible falla de los terrenos que pudo producir hundimiento y posterior rotura. Que la causa principal de las obstrucciones fue la falta de civismo de los usuarios de la parte superior de la quebrada La Mansión, quienes arrojaban toda clase de basuras al lecho de la misma; en esa época se venían grandes piedras, madera y hasta colchones (fls 303 a 306).

"2.3 En el informe técnico sobre daños a la residencia de la señora Alicia Rodríguez de Villa se leen las siguientes conclusiones:

"Los asentamientos y deformaciones excesivas de la vivienda mencionada se han debido a la pérdida de capacidad portante y resistencia al deslizamiento de los suelos de relleno del antiguo cauce de la quebrada La Mansión, ocasionados por las infiltraciones desde el lago arriba de la calle 62 y fugas de las tuberías existentes. Los daños en las tuberías y represamientos aguas arriba de la calle 62 han resultado más desfavorables por falta de un adecuado y oportuno mantenimiento de las obras por parte de la entidades oficiales responsables" (fls 62).

"Los ingenieros Civiles autores del informe lo reconocieron: Carlos Acero A., Ignacio Arbeláez R. y Fabio Villegas G.; este último (f 185 a 188) dice que

algunas casas, como la de Alicia Rodríguez de Villa, están parcialmente construidas sobre rellenos en el viejo cauce de la quebrada La mansión, que se humedeció probablemente por el efecto de las aguas represadas en la calle 62 y fugas en un alcantarillado de 24 pulgadas por el que se canalizó la quebrada; por el humedecimiento del relleno se presentó reptación del mismo y asentamientos. Le comentaron los dueños **que la casa fue construida cerca de cuarenta años atrás y es de presumir que en esa época se colocó la alcantarilla**, sin poder precisar si a cargo de los constructores de las casas o del Municipio. Se le preguntó sobre la duración probable de la tubería y contestó.

"**Es muy interesante su pregunta porque con aguas contaminadas que tienen un alto contenido de sulfato o sales son azufres ciertamente en un período de cuarenta años una alcantarilla prácticamente se destruye** o a menos que hubiera sido hecha con un cemento especial (tipo V) que estoy seguro no se fabricaba en Colombia en esa época y aún hoy es de fabricación muy limitada" (f 188). Se le preguntó si técnicamente es recomendable o permisible contruir una casa de habitación sobre una alcantarilla o tubería como la referida y contestó:

"Normalmente, perdón: yo no creo que hayan normas precisas, pero de acuerdo con mi criterio profesional, **yo no haría construcciones sobre canalizaciones de quebradas permanentes excepto en condiciones muy especiales con obras especialmente diseñadas**..." (f. 188).

"En atención a lo solicitado por la parte demandante, el Tribunal dispuso se recibiera declaración a Rodrigo López Ríos, Luciano Londoño López y Mauricio Duque Jaramillo, quienes conocieron los hechos por ser empleados de la secretaría de Obras Públicas, lo mismo que a Alicia Henao de R., carmelina Angela Restrepo y Horacio Ordoñez, señalando para el efecto el 17 de septiembre de 1987 (f.173), oportunidad en la cual no concurrieron, limitándose el apoderado a manifestar que posteriormente solicitaría nueva fecha (fl 309). El despacho señaló el 24 de marzo de 1988 (f. 335). El señor apoderado expresó:

"Con el mayor respeto solicito al H. Tribunal fijar nueva fecha para recibir los testimonios de algunos funcionarios del Municipio de Medellín que son testigos definitivos en este proceso, y cuya citación nos fue prácticamente imposible hacer en el día de ayer". Con criterio de amplitud se aceptó lo pedido y fue previsto el 21 de julio de 1988 (f 519).

"A pesar de que el mismo apoderado expresó que tales testigos **son definitivos en este proceso**, ni siquiera concurrió en la fecha señala (f. 529), lo que permite concluir que las declaraciones no fueron recibidas por su falta de iniciativa o colaboración.

"2.4. En general los testigos manifiestan que la nueva obra solucionó los problemas creados; por ejemplo, Marco Antonio Barrientos Moreno dice que cuando

se dio cuenta de esto tan maravilloso, ya la gente estaba aterrada con las rajaduras de las casas; que la nueva cobertura solucionó el problema de la laguna (f 329).

"Los peritos dicen que los trabajos de construcción de la cobertura no causaron perjuicios a los inmuebles referidos y que no pueden precisar sobre los represamientos por falta de información sobre el manejo y control de aguas.

"3. En comunicación de mayo 29 de 1986 el Dr. Rodrigo López Ríos, Secretario de Obras Públicas Municipales, manifestó al apoderado inicial de los demandantes:

"1. La tubería de la quebrada La Mansión, en la actualidad, no pasa por la carrera 46, entre las calles 62 y 61, de esta ciudad.
La citada dirección es aproximada, puesto que la tubería de la quebrada pasa por debajo de las residencias del sector, las cuales se construyeron desacatando claras disposiciones de Planeación Metropolitana.

"2. El mantenimiento y limpieza de la Quebrada La Mansión, concretamente en el sector ubicado en la carrera 46, entre calles 61 y 62, ha sido realizado por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Medellín.

"3. A juicio de los ingenieros civiles de esta Secretaría, las causas de la obstrucción, que se ha presentado en dicha tubería, son:

"a) El asentamiento de la tubería que produjo la discontinuidad de la misma, motivo que impide la normal evacuación del las aguas, disminuyendo la sección hidráulica.

"b La botada de basuras, de todo tipo, al lecho de la quebrada, producto de la indisciplina social, lo que produce obstrucciones y empeora la disminuida capacidad de evacuación....." (f. 66).

"4. En oficio 22042-05929, de septiembre 4 de 1987, la Jefe del Departamento de Control Urbanístico y la Interventoría de Construcción de Planeación Metropolitana, expresan al despacho:

"Por medio de la presente informamos a usted, que mediante visita ocular efectuada en las direcciones anotadas en el memorial en referencia, con encontramos información alguna acerca de la existencia de licencia de construcción en las diferentes propiedades, ni tampoco hemos encontrado licencias en nuestro archivo....." (f. 179).

"5. Los peritos opinan que los impedimentos a la entrada de la cobertura se deben a la "depositación" y acumulación en dicho sitio de materiales arrastrados por la quebrada y/o arrojados a ésta, en el tramo descubierto y que se presentaron dificultades en uno o varios sitios a los largo de la cobertura, con-

sistentes en discontinuidades o agrietamientos de la misma, ocasionados por asentamientos del terreno, por debilitamiento y deterioros propios de la antigüedad (de la cobertura) y de las desfavorables condiciones de operación. Que los trabajos de limpieza de la entrada sí se efectuaron en cierta medida, lo que se corrobora con referencias sobre la realización de labores de mantenimiento y limpieza y sobre la entidad encargada, sin que se pueda establecer el alcance y frecuencia de los trabajos; al momento de la inspección no fue posible precisar si existieron obras de control y es muy difícil establecer si se tomaron medidas que previnieran o detectaran oportunamente discontinuidades o agrietamientos de la cobertura (f 507 y 508).

"6. En la diligencia de Inspección Judicial, en asocio de peritos ingenieros, se precisó lo siguiente:

"6.1. En cuanto a la propiedad de JOSE DELIO GOMEZ:

"Aquella parte ubicada sobre la carrera 46, número 62-4 (N° 62-2, como se anotó a f 501), **por su altura** no podía ser alcanzada por los represamientos (f 501). Además, no se pudieron observar en paredes y pisos señales de agrietamiento, como que la casa estaba en plan de construirla nuevamente. Las propiedades de la calle 62, Nos 45D 54 y 45D 60 no fueron inspeccionadas por encontrarse desocupadas y se observan situadas por debajo del nivel de la calle. Visitadas por los peritos no pudieron constatar daños o perjuicios porque fueron sometidos a trabajos de gran magnitud. La propiedad de la calle 62 N° 45D 64 fue objeto de grandes reparaciones, por lo que no se pudo establecer si sufrió hundimientos o agrietamientos.

"6.2. Las otras propiedades se encuentran construidas encima o próximas al antiguo cauce de la quebrada y próximas a la alcantarilla, tubería o colector interno (f. 65 y 536), construido por particulares hace más de 40 años, tiempo suficiente para el desgaste o destrucción como lo declara el ingeniero Fabio Villegas R.

"7. A pesar de que fue decretada la prueba pericial solicitada a folios 111-B para determinar el valor de los perjuicios materiales (f. 171), la parte demandante no realizó gestiones encaminadas a su realización.

"8. En síntesis:

"8.1. No se demostró que para la construcción de los inmuebles relacionados en la demanda se hubiera obtenido la licencia o autorización respectiva de la autoridad Municipal.

"8.2. En cuanto a José Delio Gómez, la construcción ubicada en la carrera 46 N° 62-4, por su altura no podía ser alcanzada por los represamientos; tales represamientos pudieron afectar las otras propiedades, pero no se originaron

por falla imputable al Municipio de Medellín sino en época de invierno, principalmente por la indisciplina de los vecinos, quienes arrojaban al lecho de la quebrada en la parte descubierta toda clase de basuras y materiales sólidos como piedras, madera, llantas y hasta colchones. El Municipio realizó labores de mantenimiento y limpieza.

"8.3. Las propiedades de los demás demandantes se encuentran encima o próximas al antiguo cauce, lo que facilita las infiltraciones de agua, y próximas al colector interno, tubería o alcantarilla, construido por particulares hace más de 40 años, tiempo suficiente para su desgaste o destrucción, por lo que el agua empezó a correr libremente a través del suelo. Por encontrarse en propiedad privada, en forma subterránea, el mantenimiento de la tubería era prácticamente imposible. Debe tenerse en cuenta que sobre la causa indudable o más o menos probable de los daños, los peritos dicen:

"En opinión de los peritos, los daños ocasionados a los inmuebles de los demandantes se debieron fundamentalmente a la pérdida de capacidad de soporte del suelo sobre el que están construidos, como resultado de fenómenos ocasionados por el aumento de humedad de dicho suelo" (f.512).

"Como lo dice el ingeniero Fabio Villegas G.,"...**yo no haría construcciones sobre canalizaciones de quebradas permanentes excepto en condiciones muy especiales con las obras especialmente diseñadas**...." (f 188).

"8.4. La nueva cobertura fue construida **por el Municipio** para solucionar el problema ya existente -no es un causa-.

"En tales condiciones no se ha demostrado falta o falla en el servicio imputable a la entidad demandada. Ni es del caso hablar de responsabilidad por el daño especial, o por trabajos públicos (f. 1140).

"8.5. Agréguese a lo anterior que no fue demostrado el daño indemnizable, a pesar de que fue decretada la prueba pericial pedida" (fls. 581 a 588).
.6. El recurso de apelación se monta sobre estos argumentos:

....."La sentencia omite analizar las declaraciones y dictámenes a partir de los cuales es fácil concluir, que pese a esas circunstancias, el MUNICIPIO DE MEDELLIN cometió graves fallas de servicio por no haber tomado a tiempo las medidas necesarias para evitar los daños.

"Es absurdo que un fallador se lance al acervo probatorio para tratar de justificar su decisión, olvidando que el juez tiene la obligación de analizar toda la prueba y explicar porque acoge una, y desecha otra.

"Aquí nadie estaba diciendo que era el MUNICIPIO quien había obstruido las canalizaciones. Lo que se afirma es que el MUNICIPIO es el encargado de la limpieza y mantenimiento de la quebrada que causó los daños. Y si teniendo

ese poder de control sobre la quebrada, y teniendo los medios suficientes para hacer su limpieza, o para implementar dispositivos que impidieran la entrada de objetos a la canalización, nada hizo, entonces esa es su falla del servicio.

"La mejor prueba de que el MUNICIPIO DE MEDELLIN podía haber impedido el daño, y que tenía la obligación de impedirlo, es el hecho de que cuando a bien lo quiso, pudo reconstruir completamente la canalización. Si no lo hizo antes pese a su conocimiento de los daños que se estaban presentando, es porque hubo una omisión de su parte" (fls. 591-592).

Entre los medios de prueba cuyo análisis no hizo el Tribunal, señala el impugnante las declaraciones rendidas por TULIO MARIO BOTERO y el Inspector Segundo de Control de Obras; la respuesta de los peritos a la pregunta N° 2 "en la que los peritos afirman que el daño se pudo evitar fácilmente..."; la declaración de RAFAEL MARIANO ORTIZ "en la cual manifiesta que para la época en que las casas fueron construidas, no había plano regulador y no se requería licencia para construir"; la respuesta de los peritos según la cual las edificaciones se podían levantar en el sitio "sin peligro alguno, pese a las deficiencias del terreno".

Del daño, hace la distinción entre la prueba relativa a su existencia y la de su cuantía; señala que la existencia del daño está demostrado por lo cual es procedente la condena en abstracto, y concluye:

"En conclusión, apelo la sentencia de primera instancia porque se desconoció la existencia de una falla del servicio consistente en que el MUNICIPIO omitió prevenir y solucionar las fugas de agua que dieron lugar a la ocurrencia de los daños de los demandantes.

"También fundamento la objeción en el hecho de que el legislador colombiano en parte alguna exige a los demandantes probar la licencia de construcción de unas viviendas que ellos no construyeron, y que cuando fueron construidas, no requerían licencia alguna.

"Finalmente, rechazo el fallo de primera instancia, porque en él se afirma que el daño no fue demostrado, pese a que el Magistrado que conoció del proceso, tuvo que tomar medidas de precaución, para que las tapias de las casas no se le vinieran encima" (fls. 605-606).

Posteriormente en escrito adicional amplió sus razones y agregó que no se había demostrado la existencia de las normas locales que exigen la licencia de construcción.

7. En el concepto del Procurador Delegado ante la Corporación se lee:

...."Se observa que, en verdad, como acertadamente lo dice el Tribunal de primera instancia, los daños ocasionados a los inmuebles de los demandantes se

debió a la ausencia de firmeza del terreno sobre los cuales estaban construidas las propiedades, y , por esa causa, su destrucción.

"También es de observar que estas construcciones se realizaron sin licencia o su autorización del Municipio de Medellín.

Al no existir la licencia de construcción, no se puede responsabilizar a la administración de los daños causados a las construcciones que se realizaron sin el previo estudio. Pues se requiere la autorización.

"Por lo tanto, se solicita al H Consejo de Estado se confirme la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de febrero de 1990 (fl. 616).

LA SALA CONSIDERA

A. Siguiendo la lógica utilizada por el apoderado judicial de los demandantes, la Sala analizará, de entrada, la existencia del daño reclamado por estas razones fundamentales:

1. Porque uno de los motivos de la decisión impugnada, que no comparte el recurrente, es precisamente la ausencia de prueba relativa a la existencia del daño.

2. Porque a términos del artículo 90 de Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.

La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión.

Con anterioridad, el examen judicial de esta controversias, por lo general, enfocaba inicialmente la comisión de una falla del servicio, conducta consecuente con el concepto del daño que tradicionalmente se había venido manejando, según el cual la antijuricidad del daño de deducía de la ilicitud de la causa.

En este orden de ideas y apartándose de la estimación del a quo, la Sala considera que varios de los demandantes lograron demostrar de manera suficiente, la existencia de los daños materiales, así no existan probanzas relativas a la cuantía de los mismos. Sobre este particular asiste razón al recurrente en cuanto distingue estos dos fenómenos: la existencia del perjuicio cuya prueba resulta indispensable para la declaratoria de la responsabilidad patrimonial, y su cuantía que puede liquidarse a

posteriori en trámite incidental; en otros términos, la declaratoria de responsabilidad requiere, si ne qua non, que en el proceso aparezca probado el daño (su existencia); no su cuantía; si no hay prueba de la primera, las pretensiones no pueden prosperar; si las dos figuran probadas, puede haber declaración de responsabilidad (si la imputación está igualmente probada) y condena en concreto; si está probada la primera y no la segunda, habrá lugar, en las mismas condiciones, a declarar la responsabilidad y a proferir condena en abstracto.

Con esas premisas, se tiene:

a) El 18 de marzo de 1986, el departamento de bomberos de Medellín dirigió al Inspector 2 de Control de Obras el siguiente mensaje:

> "Personal adscrito a esta Institución, llevó a efecto una inspección ocular al inmueble ubicado en la carrera 46 60-32 de propiedad de la señora ALICIA RODRIGUEZ DE VILLA, con el fin de apreciar riesgos relacionados con la construcción.
>
> "Le comunicamos que realizada la inspección, se pudo constatar el serio peligro que se cierne sobre los moradores de la vivienda, debido al total agrietamiento que presentan todos sus muros, y en algunos casos cierto grado de inclinación, motivo por el cual, la edificación ofrece in inminente riesgo de derrumbarse".
>
> (".....").
>
> Es de notar, que en idénticas circunstancias se encuentran la residencias contiguas, marcadas con el 60-40/50/60/22 y 12.
>
> "Por lo tanto, es necesaria la presencia de personal de ese despacho, para que se apersonen del caso y se tomen las medidas tendientes a solucionar este problema (fls. 54).

Este documento está debidamente reconocido por el jefe de Bomberos PEDRO NEL CORREA VELEZ (fl. 316) quien, además declaró:

> "Si, ese es un problema que se conoce desde hace muchos años y sí es verdad que han habido daños en varias oportunidades. Yo no se la numeración, pero en la parte derecha de la quebrada de norte a sur, fueron las más afectadas o han sido las más afectadas. PREGUNTADO: Qué daños pudo Ud. observar personalmente en esas viviendas? RESPONDIO: Que el agua se entró a las casas y que varias de ellas tuvieron que ser evacuadas. Exactamente no me acuerdo que daños vi. PREGUNTADO: Díganos quién dió la orden de desocupación de esas viviendas y de cuáles? RESPONDIO: Yo no me acuerdo de los nombres ni de los números de las casas, pero en Bomberos, en varias oportunidades dieron la orden de evacuación. Yo no recuerdo nada en concreto" (fls. 315 y 316).

b) En la Inspección Ocular practicada por la Inspección Segunda de Aseo y Control, se dejaron estas constancias:

"...el suscrito Inspector en asocio de su Secretario y del Agente Miguel Patiño, se trasladó a la carrera 46 N° 60-32 propiedad habitada por la señora ALICIA RODRIGUEZ DE VILLA y la señora BEATRIZ VILLA, se procedió a revisar dicha residencia la cual en el primer salón entrando de la calle los muros se encuentran completamente tarjados o sea el sitio que en estos momentos ocupa la Biblioteca lo mismo que la 1ª pieza, la segunda presenta agrietamientos en dos de sus partes, la 3ª pieza reventó viga y tiene muro tarjado y lo mismo el muro vertical, los servicios como el corredor a todo su largo de la casa presenta agrietamientos, la 4ª y 5ª piezas se encuentran totalmente agrietadas en todos sus muros tienen tarjaduras de más de 6 milímetros, el comedor presenta pequeños agrietamientos, el cuarto de servicios, la cocina, el techo, está deteriorado y en mal estado lo mismo los muros de estas partes, esta propiedad con el estado que en estos momentos presenta hay que ordenar la evacuación de inmediato hasta tanto no se le dé solución al problema que allí existe para entrar a las reparaciones o la demolición de acuerdo a como siga presentándose dicho problema ya que el mismo está avanzando día a día, se dejó orden de citación seguidamente se revisó la residencia marcada con el número 60-40 de propiedad de la señora GILMA VILLA esta propiedad también presenta grietas en todos sus muros, en la sala como también en la 1ª pieza lo mismo en la 2ª, la 3ª presenta pequeñas grietas, en la 5ª pieza como en el patio de atrás presenta agrietamiento de mayor consideración es por lo que el mayor peligro se concentra en la parte de atrás, según la propietaria las grietas van apareciendo día a día con mayor intensidad, es aconsejable recomendar a estas personas que deben desalojar por completo la parte de atrás y estar pendientes de el resto de la residencia para ver si las tarjaduras van en aumento. Se citó a la propietaria de dicha residencia. En la propiedad marcada con el N° 60-50 se entró a la misma y se revisó en todo su largo los mismo que el garaje y en esta propiedad todavía no se ha observado ninguna clase de perjuicio, es factible que si aumenta en las demás también esta propiedad vaya presentando grietas en sus muros o pisos, se le dejó cita porque se creyó no ser necesario. Seguidamente en la residencia marcada con el N° 60-60 tampoco se citó ya que la misma está en perfecto estado como la anterior. Se siguió a la residencia marcada con el N° 60-22 habitada por el señor JORGE ROBLEDO ORTIZ, esta propiedad en la parte de adentro sus pisos que son de tablilla al uno colocarse encima del piso hay (sic) mismo trata de hundirse debido a lo que ha bajado sus soportes o parales esto debido al asentamiento de la tierra que hay en el zotano (sic) de dicha residencia, esta propiedad también presenta grietas en sus muros, lo mismo que el baño que queda en la parte de atrás y se pudo observar que han tratado de resanar estas grietas, el muro del patio se encuentra en muy mal estado y a lo largo del corredor se pueden apreciar agrietamientos, es aconsejable de que se debe accesorar (sic) de ingeniero y tratar el problema para así entrar a hacer los arreglos para que el problema no vaya aumentando y se debe quitar el peso de los presos (sic) de las piesas (sic) que están entabladas y estar

pendientes de las nuevas fallas que se presenten, esto se podría detectar mucho más fácil estando la propiedad desocupada, se procedió a citar el señor Jorge Robledo Ortiz propietario. La residencia marcada con el N° 60-12 de propiedad del Dr. Jairo Osorio, se encuentra habitada por la señora Angélica Valencia quien es la persona encargada de ciudarla únicamente ya que allí no vive nadie más, es la propiedad que ofrece uno de los mayores riesgos y se encuentra completamente deteriorada y tarjada la fachada y toda la propiedad por lo que hay que ordenar el desalojo y por consiguiente su demolición, claro está que muy importante es el concepto del ingeniero de obras públicas que son personas capacitadas e indicados para dar esta clase de conceptos en estos casos ya que únicamente este despacho se ciñe a los deterioros que se observen a simple vista pero no da un dictamen concreto ya que no tenemos personal experimentado en la materia a todas estas personas se citaron para hacerle notificación del oficio de bomberos" (fls. 55-56).

Posteriormente, citado a declarar el Inspector Tulio Mario Botero Uribe (fls. 317-320), reconoció el documento mencionado y explicó las razones del procedimiento adelantado.

c) El mismo Inspector se dirigió al Secretario de Obras Públicas Municipales, el 2 de abril de 1986 y expresó:

"De la manera más comedida me permito solicitar a usted, que se designe una comisión de Ingenieros de ese despacho y con carácter urgente a la carrera 46 propiedades marcadas con los números 60-32, 60-40/50/60/22 y 12 ya que las mismas en estos momentos ofrecen un inminente riesgo de derrumbarse, ya que todos los muros de estas residencias están completamente agrietados y en algunos casos inclinación de dichas propiedades" (fl. 57).

En la declaración posterior (fl. 319) el inspector reconocerá haber enviado el oficio que se ha transcrito parcialmente.

d) En el llamado "informe técnico sobre a la residencia de la señora Alicia Rodríguez de Villa (fls. 59 - a63), se dice:

"La residencia ubicada en la carrera 46 N° 60-32, ha sufrido un notorio y peligroso corrimiento en sentido norte-sur y ha sido afectada por el empuje ejercido por la residencia ubicada al norte la cual se encuentra un poco más alta, fenómenos que se reflejan claramente en las grietas presentadas. En el esquema N° 2 puede observarse esta situación. Hasta la fecha, los movimientos presentados han ocasionado los siguientes daños: deformación de los marcos de ventanas y puertas impidiendo el cierre y ajuste normal de las mismas; desprendimiento del baldosín de enchape en la cocina; formación de múltiples grietas horizontales en trazos cortos haciendo 45° con la horizontal en los muros de la sala, dormitorios y patios; formación de grietas verticales por separación de muros en esquinas y entre columnas y muros; rotura de columnas por empujes

horizontales; grietas inclinadas 45° sobre dinteles de puestas y ventanas; deformación de vigas de madera sometidas a esfuerzos excesivos de compresión; rotura de los sitemas actuales de alcantarillado de aguas lluvias y aguas negras y del acueducto domiciliares con sus graves consecuencias y el deterioro de los muros por infinidad de grietas debido a esfuerzos excesivos producidos por movimientos diferenciales. En las grietas pueden observarse zonas de compresión y de tracción debido a la ubicación de los muros y columnas con respecto al movimiento del terreno.

"En las fotografías Nos. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 se observan algunas de las grietas y deformaciones antes mencionadas.

ESTABILIDAD DE LA CASA

"Las grietas, asentamientos y deformaciones de la casa mencionada afectan seriamente su estabilidad y por tanto su utilización y valor comercial. Aunque sería difícil estimar si parte de la casa se desplomaría y cuando ocurriría tal cosa, es claro que la residencia no es habitable de acuerdo con la práctica corriente y la opinión de entidades expertas como el Cuerpo de Bomberos de Medellín. Por otra parte, la forma y materiales de construcción de la casa hacen que sea muy difícil planear y diseñar modificaciones que aseguren la estabilidad futura de la vivienda por lo que su valor comercial solamente es el del lote correspondiente" (fl. 62).

El informe anterior suscrito por tres Ingenieros Civiles fue reconocido por dos de ellos al rendir testimonios en el proceso; son FABIO VILLEGAS GUTIERREZ (fls. 184) e IGNACIO JOSE ARBELAEZ (fls. 189).

c) En la Inspección Judicial que practicó el a quo el 8 de octubre de 1987, constató:

"En la calle 62 entre carreras 45D y 46, encuentra un canalón por donde pasa la Quebrada la Mansión, cubierta en su mayor parte y cercano a la calle 62 tiene una zona descubierta, en canal, de unos 40 metros y que, luego sigue por cobertura de aproximadamente 1,50 mts. de altura por 1,30 de ancho, orientada en forma normal hacia dicha calle 62. Examinó el Tribunal, en segundo lugar, un grupo de casas situadas en la calle antes referida y con cercanías a la carrera 46-San Martín, con el siguiente resultado: Casa N° 45-D54 con un frente apreciable en mts. no se observaron deterioros en su exterior más no se pudo inspeccionar porque se encuentra cerrada y al parecer desocupada. Luego, la N° 45-D-60, también desocupada, piso bajo, y con trabajadores haciendo las conexiones de acueducto "domiciliarias" la cual tampoco se pudo inspeccionar. En la parte de encima de la anterior, está ubicada la N° 45D64, habitada por la señora Mery Ramírez, con 25 mts. de frente por 6.00 mts de fondo. Inspeccionada ésta, se encontró que los pisos de baldosa fueron cambiados, el patio está hecho en arenón delgado, los techos nuevos en tablilla, los muros refaccionados.

Al respecto los señores peritos constatarán después las fotografías que obran en el proceso, los daños ocasionados a este bien inmueble ya que al momento de la diligencia no fue posible precisar agrietamientos ni hundimientos debido a su reconstrucción reciente. Casa número 62-4, en esquina de la calle 62 con carrera 46 y cuya nomenclatura aunque no la tiene en la fecha de la inspección, es la que corresponde al inmueble ya que el contiguo aparece con el N° 62-6 hacia el norte. Se trata de una casa en plan de construirla nuevamente sin que se haya podido observar en paredes y pisos señales de agrietamiento. Es de anotar que las anteriores casas quedan enseguida de la hondonada o canalón de la Quebrada la Mansión. En ese lugar no se observan señales de drenajes realizados para permitir la evacuación parcial de las aguas represadas por el tiempo y porque seguramente fueron cubiertos con trabajos posteriores. En tercer lugar y ya sobre la carrera 46 con calle 61 se pudo apreciar y visitar otro grupo de viviendas como a continuación se determina: N° 45-D-75. Debe precisarse que este inmueble corresponde al que en la demanda está señalado con el N° 46-D-75. El antecitado corresponde a un solo piso, con un frente aproximado de 40 metros por un fondo de diez metros, hace esquina con la cra. 46 y muestra los siguientes desperfectos: **Sala**: grietas verticales en paredes cercanas a la puerta de entrada y partes de encima y de abajo de un ventanal. Hundimientos en el piso de baldosa. **Corredor** - hacia el oriente - muestra piso hundido y grietas cerca a puerta de acceso a la sala; se nota un tramo del techo o cielo razo reparado o modificado; patio frente al corredor con agrietamientos en el piso (pero es menester significar que al parecer estos agrietamientos son naturales pues su piso esta revestido con piedras grandes y empates de cemento y arena) no tiene grietas en los muros laterales. **Alcobas: 1ª** -hacia el norte- muestra grieta horizontal que da a la fachada por la calle 61. **2ª** - hacia el sur - tiene hundimientos en el piso. **3ª** -hacia el sur - no se observan daños. **Comedor**: no se observan daños. **4ª** alcoba - hacia el norte- no tiene daños. **5ª** alcoba - hacia el norte- una grieta en la pared divisoria de la pieza de los servicios. **Hol (sic) y lugar de costuras**: unas grietas en empates de paredes norte y este y sobre la puerta de acceso. **Cocina**: Grietas en paredes del norte y oriente y en el piso del corredor frente a ésta, con hundimientos pronunciados en el mismo. En el garaje perteneciente a este inmueble en carrera 46 hacia la calle 62 se aprecian grietas en partes cercanas a columnas norte y sur y en piso de cemento, grietas largas pero sin que pueda precisarse en el momento si se deben a asentamientos o por refracción del cemento. Debe advertirse que la longitud existente entre las calles 61 y 62 por la carrera 46 es de aproximadamente 80 metros. Prosigue el tribunal la inspección en la casa N° 60-40, carrera 46 y encontró: grietas en alcobas 1 y 2 hacia el sur; **alcoba 1ª** hacia el norte en iguales condiciones a la anteriormente descrita; piso de entrada a la casa con hundimientos; paredes del **corredor** con grietas pronunciadas hacia el occidente. **Sala**: sin daños. **3ª alcoba** - sur con agrietamientos y daños iguales a las primeramente anotadas (1ª y 2ª); **Alcoba 4ª** hacia el sur, con agrietamientos en paredes norte y oriente. **Patio** con hundimientos en el piso que es de piedra grande con empates de cemento y arena. **Comedor**: Lado norte, paredes totalmente agrietadas. **Pieza de servicios sanitarios y lavamanos**: No se ob-

servan daños. 5ª **Alcoba** -lado sur- totalmente agrietada. Es de advertir que tanto en los muros como en sus pisos continúan las grietas y los hundimientos hasta el final de este inmueble.

Las dos primeras alcobas lado sur - se encuentran desocupadas según los informan sus moradores entre ellas: Olga Hernández debido a que no hay quien las ocupe ni ellas tienen orden para alquilarlas; su sobrina fue la persona que tomó la casa toda en arrendamiento. No fue posible inspeccionar el garaje de este inmueble, el cual tiene por número 60-38 por falta de llaves de la puerta en el momento de la diligencia. Se trasladó después el Tribunal, por una puerta "falsa" la cual hecha en la parte de atrás de la casa anteriormente detallada, a la casa contigua, N° 60-32 y allí constató que está colmada de grietas y hundimientos y casi semidestruida; le fueron retiradas las puertas, los marcos, las ventanas, los servicios sanitarios y lavamanos, instalaciones eléctricas, etc. etc. posiblemente por acción de los delincuentes. Es de anotar, además, que no se observan placas de nomenclatura en razón del muro de adobe que hubo que colocarse para evitar el vandalismo. La anterior nomenclatura puede aceptarse teniendo en cuenta las direcciones contiguas. En seguida se hizo inspección al inmueble demarcado con el N° 61-22 y allí se pudo establecer: **Corredor de entrada** con agrietamientos en pared da (sic) la parte sur. Agrietamientos en las paredes norte y sur de la **primera alcoba**. Agrietamiento en la pared encima de la puerta que da a la **sala de recibo**. Deformación pronunciada en piso de madera de las alcobas 2ª, 3ª y 4ª, lado sur, con agrietamientos horizontales en paredes sur y oriental de alcobas 2ª y 4ª. En el lado norte de la propiedad la pared muestra una grieta horizontal que comienza en el corredor cercano al comedor y va hasta el fondo de la casa. También tiene grietas en la pared del lado sur hasta el terminal de la casa. Por último se visitó casa N° 60-12 en carrera 46 y se observó qué, en sentido general, abundan los agrietamientos en las paredes o muros, el piso que es de baldosa se encuentra totalmente deformado y ondulado; el inmueble está deteriorado en forma muy marcada hacia el lado sur y aunque existen dentro del mismo algunos muebles y enseres, éste se encuentra desocupado, esto es sin habitantes, y cuidado por un vigilante" (fls. 497 a 500).

f) Todo lo anterior está corroborado con los testimonios de BELEN SANCHEZ RESTREPO (fls. 333), MARIA ELENA SANDINO URIBE (fls. 332), ROCIO ARANGO RENDON (fls. 329), MARCO ANTONIO BARRIENTOS MORENO (fls. 328), RAFAEL MARIANO ORTIZ ARANGO (fls. 324), MANUEL SALVADOR OTALVARO RESTREPO (fls. 322)... etc.

De estos medios de prueba se deduce que lograron probar los daños materiales los siguientes demandantes:

1. ALICIA RODRIGUEZ DE VILLA, LUIS GUILLERMO VILLA RODRIGUEZ, BEATRIZ VILLA RODRIGUEZ Y MARIA EUGENIA VILLA RODRIGUEZ, por el inmueble situado en la carrera 46 N° 60-32 del cual son propietarios (fls. 12 y 19-33), en el cual se encontró:

- Agrietamiento total de los muros, viga rota, riesgo de derrumbe, deformación, desajuste de puertas y ventanas, desprendimiento del baldosín, rotura del sistema de alcantarillado que afectan de tal modo el bien que se pierde totalmente el valor comercial de la construcción, conservando únicamente el precio del lote.

2. AURA SOLIS DE OSORIO, propietaria del inmueble situado en la carrera 46 N° 60-12 (fls. 13 y 34-38) el cual se encontró completamente deteriorado y con los mayores riesgos de derrumbe.

3. AURELIO TOBON MEJIA, propietario de la casa marcada con el N° 46-D-75 de la calle 61 (fls. 14 y 39-40) en el cual se encontró agrietada la sala y hundimientos.

4. JOSE DE JESUS ORTIZ propietario de la casa situada en la carrera 46 N° 60-22 (fls. 15 y 41-43) que se encontró agrietada, inclinada, con riesgo de derrumbarse y con hundimientos en el piso.

5. HECTOR, GILMA, HORACIO, RAMIRO Y LUIS FERNANDO VILLA ZEA, dueños de las edificaciones marcadas con los Nos. 60-40 y 60-38 (garaje) de la carrera 46 demostraron que el primero de tales inmuebles está agrietado, inclinado y con amenaza de derrumbe.

El segundo no se pudo inspeccionar y, sobre él, no existe prueba del daño.

6. En los inmuebles situados en la calle 62 Nos. 45D-54, 45D-60, 45D-64 y en la carrera 46 N° 62-4 de JOSE DELIO GOMEZ tampoco se logró establecer el daño, lo cual impide continuar examinando su pretensión.

B. Respecto de la imputación del daño se tiene:

1. Respecto de la causalidad material de los daños señalados:

- El informe técnico elaborado por los Ingenieros FABIO VILLEGAS, IGNACIO ARBELAEZ y CARLOS ACERO, visible a folios 59 a 65 y reconocido por los dos primeros al momento de rendir su declaración en el proceso (fls. 184 y 189), expresa en relación con la residencia de ALICIA RODRIGUEZ DE VILLA:

> "Fue construida antes de 1940 conjuntamente con otras residencias que conforman la manzana ubicada en la carrera 46 entre ellas 60 y 61, sobre un relleno del antiguo lecho, corredero o cañada de la quebrada La Mansión, la cual había sido desviada previamente por una tubería de 24". Esta tubería inicia en la calle 62, cruza diagonalmente la manzana entre calles 62 y 61 y carreras 46 y 45 D, para continuar hacia el sur por la carrera 46 y otras vías hasta desembocar a la quebrada la Loca. En el esquema N° 1 puede observarse esta disposición en forma esquemática.
>
> "En los últimos años, la entrada a la tubería de 24" se ha taponado frecuentemente con basuras y desperdicios que arrastra la quebrada La Mansión aguas

arriba de la calle 62 debido a que en esa zona la quebrada se encuentra corriendo por su cauce natural sin ningún tipo de cobertura; lo anterior ocasiona el represamiento de las aguas negras y lluvias formando un gran lago adyacente a la calle 62 que ha causado gravísimos problemas de inundación de las residencias adyacentes y principalmente la generación de múltiples infiltraciones por el cauce antiguo, según se aprecia en las fotografías 1, 2, 3 y 4.

"Debido al taponamiento y al deficiente trabajo de la alcantarilla entre las calles 62 y 61, el Municipio de Medellín ejecuta, por medio del Contratista Cardona y Asociados Ltda, la cobertura en concreto (box-culvert) entre esas mismas calles, según fotografías 5, 6 y 7.

SITUACION ACTUAL

"Las infiltraciones que se originan desde el lago o represa, conjuntamente con las fugas de agua de las tuberías existentes (foto 8), se han concentrado en el cauce antiguo de la quebrada y han producido la saturación del suelo que conforma el relleno del cauce con la consecuente reducción de la capacidad portante y resistencia a deslizamiento del suelo que sirve de fundación a la residencia N° 60-32 como también a las vecinas. Así mismo, debido a lo inclinado del lecho de la cañada, se ha originado la reptación o movimiento del lleno que conforma la fundación de las residencias, originando los esfuerzos que producen las grietas en los muros y pisos de las mismas" (fls. 59 y 60).

- Al momento de rendir su testimonio, el Ingeniero FABIO VILLEGAS dijo:

"Algunas de las casas de este sector, como la de la señora Alicia Rodríguez de Villa, y la siguiente hacia el norte, que tuve oportunidad de visitar, están parcialmente construidas sobre rellenos en el cauce de la quebrada La Mansión (en el viejo cauce). Ese relleno se humedeció probablemente por el efecto de las aguas represadas arriba de la carrera, corrijo, calle 62 y de fugas de un alcantarillado de 24 pulgadas por el que se canalizó la quebrada. Debido al humedecimiento del relleno, se presentó reptación del mismo y asentamientos - de las aguas casas. Reptación: una masa de suelo blando colocado o depositado sobre un terreno duro en una zona de pendiente moderada, puede empezar a desplazarse muy lentamente, generalmente por efecto de humedecimiento. Los órdenes de ese movimiento son en milímetros por mes, muy pequeños" (fls. 184-185).

- El Arquitecto LEON JAIME ARANGO JOHNSON, quien dice conocer del problema porque sus suegros habitaban una casa vecina, la marcada con el N° 60-60 de la carrera 46 y porque "por invitación de algunos vecinos entre ellos la señora VILLA, pudimos constatar en dos casas más...", manifiesta:

"Por comentarios con profesionales expertos en suelos, se pudo constatar que muchas de las grietas fueron causadas por filtraciones de la quebrada La Man-

sión, porque en algunos sitios se pudo comprobar, una cuadra más arriba, que la cobertura se había roto y el agua estaba corriendo libremente a través del suelo. PREGUNTADO: A su vez, por qué motivo se rompió la tubería, si tiene conocimiento? RESPONDIO: La razón técnica no la se; supongo que puedan haber varios factores que puedan haber influido en el rompimiento de la cobertura: el poco tamaño de la misma, la cantidad de desperdicios y basura que recogía la quebrada en el cruce con la Calle Urabá y una posible falla de los terrenos que pudo producir hundimiento y posterior rotura de la cobertura" (fl. 304).

- El arquitecto RAFAEL MARIANO ORTIZ ARANGO quien dice haber conocido de los daños y haber sido consultado sobre el particular, luego de hacer una descripción de los mismos declara:

"Paralelamente a eso y como yo vivo más arriba en este sector, comencé a observar que una quebrada que posteriormente fue canalizada, se había represado en el sector comprendido entre las calles San Martín y Chile por la calle Urabá. Esta quebrada ha ocasionado numerosísimos daños y entonces comencé a investigar el efecto que podía tener en esas casa bajas, yo llegué a la conclusión, que fue confirmada posteriormente, que las aguas que se habían infiltrado desde el lago formado por el agua represada, tenían que ver con dichos daños en esas casas. Yo vi confirmado esto cuando al canalizar el Municipio las aguas, desapareció la filtración y se suspendió todo el movimiento de muros, tierras, etc. no sólo en estas casas sino en todo el sector" (fls. 324-325).

- Precisa el dictamen pericial practicado en el proceso:

"En opinión de los peritos los represamientos de la quebrada a la entrada de la cobertura si influyen en los daños de los inmuebles de los demandantes. Esta influencia se presenta en la siguiente forma:

"a) Para los inmuebles de la calle 62, marcados con los Nos. 45D54, 45D60 y 45D64 y el de la carrera 46 N° 62-4, la influencia es directa y sobre sus cimientos al quedar éstos al mismo nivel y aun por debajo del nivel del agua represada. Al inundarse, el terreno sobre el que están construidas las residencias pierde capacidad de soporte, desestabilizando los inmuebles y produciendo daños en los mismos.

"b) Los inmuebles de la carrera 46, marcados con los números 60-40, 60-38, 60-32, 60-22 y 60-12 y el número 46D-75 de la calle 61 están localizados sobre el relleno del antiguo lecho de la quebrada, siguiendo el curso por el que tiende a correr el agua que se filtra desde el represamiento o se escapa a través de discontinuidades de la cobertura.

"En caso de represamiento de corta duración, la influencia se da principalmente por la mayor capacidad del agua para escaparse por discontinuidades o grietas

e infiltrarse en el terreno. Para represamientos de larga duración, además de la influencia anterior, se tiene la del agua infiltrada desde la entrada, que alcanza a llegar a las zonas de los inmuebles.

"Esta agua, como en el caso anterior, desestabiliza el suelo y hace que pierda capacidad de soporte produciendo fallas en las construcciones" (fls. 510-511).

Y en relación con las circunstancias que originaron las obstrucciones en la cobertura de la quebrada La Mansión, estiman:

"En opinión de los peritos, las obstrucciones que se presentaron pueden recogerse en dos grupos, cuyas causas, a su vez, pueden diferenciarse:

"a) Impedimentos a la entrada de la cobertura. Causados por la depositación y acumulación en dicho sitio de materiales arrastrados por la quebrada y/o arrojados a ésta, en el tramo descubierto de la misma.

"b) Dificultades en uno o varios sitios a lo largo de la cobertura. Creemos que tales dificultades consistieron en discontinuidades o agrietamientos de la misma, ocasionados fundamentalmente por asentamientos del terreno.

"Las causas del primer grupo son obvias, teniendo en cuenta los tramos descubiertos de la quebrada, arriba de la cobertura. Además, y aparte de las numerosas referencias del expediente (folios 59, 66, 192, 298 y 415, entre otros), se obtuvo información al respecto con personas conocedoras de la zona.

"En cuanto a las causas del segundo grupo, debe anotarse que aunque éstas no fueron constatadas por los peritos, la evaluación de la información allegada en el cese de los movimientos y daños en los inmuebles situados abajo de la cobertura, nos lleva a conceptuar que sí se presentaron discontinuidades en la cobertura. Estas debieron ocurrir como resultado del asentamiento del terreno, sometido a filtraciones de agua desde el sitio de entrada a la cobertura y fueron facilitadas además, por el debilitamiento y deterioro propios de la antiguedad de la cobertura y de las desfavorables condiciones de operación" (fls. 506-507).

Sobre este primer aspecto, por consiguiente, se impone la siguiente conclusión:

Los daños se ocasionaron como consecuencia del represamiento de la quebrada La Mansión a la altura de la calle 62 de la ciudad de Medellín; éste, a su vez, se formó por el taponamiento de la tubería con basuras y desperdicios arrastrados por la quebrada a lo largo de su recorrido descubierto, es decir, antes de la calle 62.

El fenómeno descrito produce filtraciones de agua en el terreno adyacente, las que buscan salida por el cauce natural de la quebrada que subyace sobre algunas de las construcciones o inundan los predios situados al mismo nivel o a niveles más bajos del agua represada.

En otros términos, está demostrada la causalidad material de los daños de la manera que se deja dicha.

2. Resta por establecer el título jurídico de imputación del daño a la entidad demandada; ese título, para el caso sub examine, no puede ser distinto de la falla del servicio; en otros términos, para que la responsabilidad patrimonial del Municipio de Medellín pueda ser declarada como lo pretende la parte actora, es menester que existiese a su cargo la obligación de mantenimiento sobre la quebrada y descuido en el desarrollo de la misma.

Sobre el particular muestra el proceso:

- El oficio suscrito por la Secretaría General de las Empresas Públicas de Medellín (fls. 68) informa que "el Municipio de Medellín, por intermedio de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, es el encargado del mantenimiento de las quebradas".

- El Municipio demandado nunca contradijo esta aseveración ni expresó no estar encargado de tales funciones: por el contrario, la conducta del inspector segundo del control de obras, al dirigir a la Secretaría de Obras Públicas el oficio de 2 de abril de 1986 (fls. 57) en el cual da cuenta del inminente riesgo de derrumbe que presentan las construcciones, ratifica la atribución Municipal.

- Finalmente, el contrato que celebró el Municipio con la firma Cardona y Asociados Ltda (fls. 123-139), el 21 de marzo de 1986 para "la construcción de la cobertura quebrada La Mansión - Barrio San Miguel - Calle 62-61 carrera 46...", no deja dudas sobre el particular.

- De otra parte, es claro que las autoridades municipales conocían del problema; por percepción directa, como es el caso de los bomberos y del inspector segundo de control de obras; o por informes de los funcionarios y entidades indicadas o de los propios damnificados, para la Secretaría de Obras del Municipio.

- También hay prueba de que se presentaron notables defectos de mantenimiento sobre la quebrada La Mansión, en su parte descubierta, y en el sitio de taponamiento, pues, a juicio, no contradicho, de los técnicos, y por deducción de simple sentido común, los daños no solamente eran previsibles sino fácilmente evitables con un poco de diligencia en la limpieza del cauce de la quebrada para que su caudal fluyera sin represarse, fenómeno que al fin de cuentas, es el causante de los perjuicios; para el caso, es indiferente que las basuras y desperdicios que generaron la represa no hayan sido lanzadas por el Municipio (sería gravísimo si así fuese), y que dicha circunstancia sea el fruto de la insolidaridad del vecindario. Por ello, el Municipio no se exonera de su obligación de mantenimiento de la quebrada ; por el contrario, es precisamente allí donde surge.

Los testimonios calificados de los Ingenieros FABIO VILLEGAS GUTIERREZ e IGNACIO JOSE ARBELAEZ (fls. 184-191) señalan que los perjuicios pudieron prevenirse y evitarse con facilidad; esta conclusión está respaldada también con el

concepto de los peritos que dictaminaron sobre el asunto, sin objeción de las partes; se les preguntó: "¿cuáles con las medidas técnicas aconsejables para evitar que dichas obstrucciones se presenten?" y respondieron:

"a) Las obstrucciones debidas a la depositación de materiales se evitan, en general, mediante la limpieza y remoción de los elementos que llegan hasta la entrada. Usualmente estos trabajos se facilitan mediante la construcción de un pozo que, a manera de "trampa" reduzca la entrada de elementos sólidos a la cobertura. Las labores de limpieza deben tener una frecuencia y alcance consecuentes con la cantidad de material a remover y con la necesidad de mantener libre de desechos la entrada.

"b) Las fallas -discontinuidades o grietas- de una cobertura son hechos que fundamentalmente deben prevenirse o detectarse oportunamente.

"- Las fallas se previenen, haciendo que la obra funcione y opere dentro de las suposiciones y criterios que consideraron en su diseño, es decir, dentro de las condiciones para las cuales se construyó. En especial, su tamaño o capacidad debe corresponder a los caudales que debe evacuar; también ser debe impedir, mediante aletas o muros laterales a la entrada, que el agua se infiltre por el terreno aledaño a la cobertura y pueda alterar las condiciones de humedad del terreno.

"- Por otro lado y dado que en general estas fallas son progresivas, iniciándose en pequeñas fisuras, es posible detectarlas con oportunidad mediante la inspección regular de la cobertura misma y de su funcionamiento.

"Particularmente opinamos que en la cobertura de la quebrada La Mansión, las labores de revisión antes mencionadas eran lo más aconsejable desde el punto de vista técnico, máxime habida cuenta de la falta de protecciones, densificación urbana en las laderas de la quebrada, pendiente de la cobertura, represamientos en la entrada, sumado todo esto a una antigüedad superior a los treinta (30) años, que consideramos excesiva" (fls. 507-508).

Frente a la acción preventiva del Municipio, estimaron:

"a) Con respecto a trabajos de limpieza de la entrada, los peritos opinan que sí efectuaron en cierta medida. Esto, además, es corroborado por algunas referencias que sobre la realización de labores de mantenimiento y limpieza y sobre la entidad encargada de éstos, se tienen en el expediente (folios 66, 68 y 298).

"Sin embargo, la información recolectada, no permite establecer el alcance y frecuencia de tales trabajos.

"b) Con respecto a obras de control, como entrada provista de aletas adecuadas o pozos -trampas-, no es posible determinar en la fecha si ellos existieron.

En el sitio no se observan indicios de tales elementos y el pozo de retención que actualmente se observa en la entrada parece corresponder a obras ejecutadas en 1986, como se desprende de lo indicado en el expediente, a folios 193.

"c) En relación con medidas que previnieran o detectaran oportunamente discontinuidades o agrietamientos de la cobertura, es muy difícil establecer a la fecha, qué acciones se tomaron. Sin embargo estimamos conveniente indicar algunos conceptos al respecto:

"- En el sitio de entrada a la cobertura no se observan indicios de obras o trabajos especiales que impidieran que el agua represada cerca de la calle 62, se infiltrara siguiendo la dirección del antiguo cauce de la quebrada.

"- Los trabajos de mantenimiento realizados mediante equipos tipo Vactor, a los que se hace referencia en el expediente, tienen unos efectos limitados, muy reducidos en condiciones como las de la cobertura en cuestión.

"- En relación con labores de inspección y revisión, las distintas referencias (folios 192/193,298) dan a entender que éstos prácticamente no se realizaron" (fls. 508-509).

En suma, está probada la falla del servicio como título jurídico de imputación del daño al Municipio de Medellín; el servicio de limpieza de la quebrada La Mansión funcionó mal; permitió la obstrucción y con ella, su represamiento con la consiguiente filtración del agua, fenómeno generante del perjuicio reclamado.

En otros términos: concurren los elementos que, a tono con el articulo 90 de la Constitución Política determinan a declarar la responsabilidad patrimonial del demandado, a saber: el daño indemnizable y su imputación al Municipio.

"C. Carece de incidencia, para los efectos propios de este fallo, que los demandantes hubiesen obtenido o no la licencia de construcción, exigencia que ni es clara para la época de las construcciones averiadas, ni está probada con la copia del acto administrativo local correspondiente.

No existe, pues, a juicio de la Sala, culpa de la víctima.

D. No hay, en cambio, prueba alguna relativa a la cuantía de los perjuicios reclamados y probados por los actores, por esta razón, la condena se hará en abstracto para que se liquide en incidente posterior que precisará en la parte resolutiva de este fallo, con arreglo a las siguientes bases:

1. Sobre el daño emergente:

- Se tendrán en cuenta los valores de los inmuebles que figuran en las declaraciones de renta de los demandantes.

- De dicho valor se deducirá el precio del lote.

- El procedimiento anterior se cumplirá por medio de peritos.

- La suma resultante se actualizará con la fórmula

$$Ra = R \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

El índice final corresponderá al que certifique el DANE para los índices de precios al por mayor para la fecha de la liquidación; el inicial, para la fecha de presentación de la demanda.

Se reconocerá el interés técnico del 6% sobre el monto histórico teniendo en cuenta de no liquidar intereses de intereses.

3. Tampoco, y por la misma razón, se reconocerán perjuicios morales.

E. **Sobre el llamamiento en garantía**. Todo el proceso indica que los trabajos realizados por la Sociedad Cardona y Asociados Ltda, no fueron causantes del perjuicio reclamado; por el contrario, se emprendieron por razón del mismo, hasta el punto de que la cubierta de la quebrada La Mansión, desarrollada por dicha sociedad, solucionó el problema existente. Así lo sostiene, por ejemplo, el médico MARCO ANTONIO BARRIENTOS MORENO (fls. 328) y lo confirma el dictamen pericial en estos términos:

"a) Por un lado, consideramos que los trabajos de construcción de la cobertura propiamente dicha no causaron perjuicios a los inmuebles referidos. Debe anotarse que con excepción de los ubicados en la calle 62 y el de la carrera 46 con calle 62, los restantes están relativamente alejados del sitio de construcción.

"b) Por otro lado debe llamarse la atención sobre los represamientos que se presentaron durante la construcción de la cobertura (folios 86, 91, 185, 356 y 370 del expediente) y cuya relación de causalidad con esta construcción no estamos en capacidad de establecer claramente, dada la falta de información sobre el manejo y control de aguas. Como se indicó anteriormente, estos represamientos sí tienen incidencia en la estabilidad y daños de los inmuebles" (fl. 513).

Y más adelante, al momento de aclarar el dictamen, precisa:

"Entendiendo que se nos interroga la "conexión entre los daños de los inmuebles y la obra de cobertura", la respuesta es que los daños son el resultado de una situación que se buscaba arreglar con la cobertura" (fl. 515).

A la pregunta de "Si al verter las aguas encontradas al paso de la obra al manhole situado en el cruce de la calle 61 con carrera 46, dichas aguas podrían filtrarse afectando los inmuebles de los demandantes" (fl. 516) responden los peritos:

"Las aguas que eran captadas al paso de la obra y se conducían al manhole de la calle 61, no podían infiltrarse hacia los terrenos de los inmuebles de la carrera 46 entre calles 60 y 61. Por el contrario, el vertimiento a dicho manhole de las aguas recogidas a medida que la construcción avanzaba hacia el norte por la carrera 46, significaba que tales aguas tomaban, de una vez, el curso y destino que se buscaba con la ejecución de la cobertura.

"Para los inmuebles de la calle 62 y de la carrera 46 con calle 62, dada su proximidad (horizontal y vertical) al embalsamiento formado por la entrada de la cobertura, la situación no es tan clara, por el desconocimiento de los peritos de la forma en que tales embalsamientos y la desviación de la quebrada se manejaron durante la construcción de la obra" (fl. 516).

En síntesis, no existe prueba del nexo causal entre los trabajos cumplidos por la firma llamada en garantía y los perjuicios reclamados, razón que conduce a exonerarla de responsabilidad. La absolución de los SEGUROS ALFA S.A.

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

FALLA

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada.

SEGUNDO. DECLARASE, en el abstracto, la responsabilidad patrimonial del Municipio de Medellín por los perjuicios materiales sufridos por ALICIA RODRIGUEZ DE VILLA, LUIS GUILLERMO VILLA RODRIGUEZ y MARIA EUGENIA VILLA RODRIGUEZ en el inmueble situado en la carrera 46 N° 60-32 de la ciudad de Medellín, en las proporciones indicadas en la demanda; AURA SOLIS DE OSORIO, por el situado en la carrera 46 N° 60-12; AURELIO TOBON MEJIA, por el situado en la calle 61 N° 46D-75; JOSE DE JESUS ORTIZ por el situado en la carrera 46 N° 60-22; y HECTOR, GILMA, HORACIO, RAMIRO Y LUIS FERNANDO VILLA ZEA, por el situado en la carrera 46 N° 60-40

TERCERO: Los perjuicios, en la modalidad de lucro cesante, se liquidarán en incidente que debe iniciar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obedecimiento de este fallo y se tramitará conforme al artículo 137 del C. de P.C., siguiendo las bases trazadas en la parte motiva.

CUARTO: ABSUELVESE a la Sociedad Cardona y Asociados Ltda. y a Seguros Alfa S.A., llamados en garantía en este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

MIEMBRO DE LA FUERZA PUBLICA/CENTRO DE RECLUSION/FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO/DAÑO ANTIJURIDICO

En el caso *sub examine* no hay espacio para la duda que impida concluir que se dio la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica el *ad quem* hace suya la valoración probatoria que el Tribunal presenta en la sentencia calendada el cuatro (4) de septiembre de 1992, en cuyos considerandos quedó bien definido que el señor Luis Eduardo García Orrego fue encontrado muerto, el día 21 de diciembre de 1987, en los patios de la Cárcel Nacional Bellavista, donde se hallaba detenido, sin que la administración haya podido demostrar una causal eximente de responsabilidad como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. Pero lo que resulta con universo de mayor negligencia o gravedad, es la circunstancia de que en tratándose de un miembro de la fuerza pública se le haya trasladado a un centro penitenciario donde corría especial riesgo, con olvido de lo preceptuado en el artículo 427 del Código Penal, vigente para la fecha en que ocurrió la tragedia. La víctima había anunciado su muerte en la diligencia de ampliación de indagatoria que rindió ante el Juez Treinta y Siete de Instrucción Criminal, el día veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987). Proceso Penal. Frente al anterior anuncio, la administración se mostró, indiferente, indolente. No quiso ver en el detenido a una persona sino a una simple cosa, con olvido de que ésta tiene precio, pero el hombre DIGNIDAD. A sabiendas de los riesgos se le dejó en prisión en donde podía ser fácil víctima de sus enemigos, convirtiéndolo así en un juguete del destino. Su suerte estaba echada pues no tenía libertad para evitar el riesgo. Así las cosas, la responsabilidad de la administración por el DAÑO ANTIJURIDICO se torna clara.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y tres

Consejero Ponente *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expedientes números 7947 y 8211 Actor: María Dioselina Raigoza y Pedro Antonio García, en su orden. Demandado: La Nación - Ministerio de Justicia.

- 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 las sentencias calendadas los días septiembre cuatro (4) y diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992), proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro de los procesos del rubro, y en virtud de las cuales el a quo DISPUSO:

EXPEDIENTE Nº 7947

"PRIMERO. Declárase responsable a la Nación (Ministerio de Justicia) de la muerte del señor Luis Eduardo García Orrego, hecho ocurrido en la cárcel Nacional Bellavista de Medellín, el día 21 de diciembre de 1987.

"SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, la Nación pagará a cada uno de los demandantes el equivalente a 1000 gramos de oro por concepto de perjuicios morales, de acuerdo con la cotización a la fecha de la ejecutoria del fallo.

"TERCERO. En incidente que deberá presentarse dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que ordene cumplir lo resuelto por el superior, se liquidarán los perjuicios materiales atendiendo las pautas trazadas en la parte motiva.

"CUARTO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

"QUINTO. Si no fuere apelada, consúltese. (folios 175 y 176 del cuaderno número 1 del expediente 7947).

EXPEDIENTE 8211

"1. Declárase a LA NACION -Ministerio de Justicia-, administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a PEDRO ANTONIO GARCIA y ANA RITA ORREGO DE GARCIA, con la muerte de LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO.

"2. Como consecuencia, de acuerdo con lo anotado en la parte motiva, se condena a la Nación -Ministerio de Justicia-, a pagar a PEDRO ANTONIO

GARCIA y ANA RITA ORREGO DE GARCIA, como indemnización por perjuicios morales, el equivalente a mil (1.000) gramos de oro, para cada uno, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

"3. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

"4. La Nación -Ministerio de Justicia- dará cumplimiento a este fallo dentro del término y con las consecuencias indicadas en los artículos 176 y 177 del C.C.A." (folios 170 y 171 del cuaderno número 1, del expediente 8211).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de la sentencia dictada dentro del expediente número 7947, en la cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"María Dioselina Raigosa Cañaveral, Juan Guillermo, Luis Eduardo, Erika María, María Patricia y Beatriz Helena García Raigosa, asistidos por mandatario judicial solicitan que se declare responsable a la Nación de la muerte de Luis Eduardo García Orrego y que como consecuencia, se le indemnice los perjuicios sufridos.

HECHOS

"Como fundamento fáctico de la demanda, se aducen los siguientes hechos y omisiones:

"1. "LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO ingresó, en detención preventiva, a la cárcel nacional de BELLAVISTA, situada en el municipio de BELLO, Antioquia, el 19 de noviembre de 1987, por cuenta y orden del Juzgado 37 de Instrucción Criminal".

"2. "Un mes después, al amanecer del 21 de diciembre, personas que hasta ahora no han sido identificadas, franquearon la entrada a uno de los Pabellones del Segundo Patio de dicho establecimiento carcelario para que otros, igualmente desconocidos, lo acometieran a puñaladas, causándole la muerte "por las heridas de corazón y de vena yugular interna derecha", según la necropsia.

"3. "La muerte de LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO se debió al concurso de hechos comisivos y omisivos imputables, a un mismo tiempo, a los servicios públicos de Administración de Justicia y Carcelario.

"4.1 "2.1. Hechos imputables a la administración de Justicia.

"Una y otra vez, LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO, en declaración de inquirir y de ampliación de indagatoria, y, en declaración también, su hermano

HECTOR JAIME, dejaron constancia en el expediente contentivo de proceso penal seguido contra el primero (fs. 33 vto., 64 vto. y 65 y 103), del propósito de los ofendidos con el hecho que dio lugar a su formación. (sic) de darle muerte tan pronto cayera en la Cárcel Nacional de BELLAVISTA.

"5. "No obstante lo anterior la Juez 37 de Instrucción Criminal, doctora CARMEN GUZMAN de SILVA, mediante oficio número 1.783, del 12 de noviembre de 1987, dirigido al Asesor Jurídico de la Cárcel de BELLAVISTA, de la fracción de Machado, en Bello, remitió a LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO en detención preventiva a la Cárcel Nacional de BELLAVISTA.

"Comedidamente, le escribe, estoy solicitando a usted mantener en calidad de detenido, por cuenta de este despacho y hasta nueva orden, el individuo LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO, quien se encuentra sindicado del delito de homicidio.

"Lo anterior se encuentra con auto de detención vigente. COMO SE TRATA DE UN AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL QUIEN HA PRESTADO SERVICIOS EN LA CIUDAD DE MEDELLIN, EN LO POSIBLE SE RUEGA MANTENERLO EN UN PATIO DONDE NO CORRA MUCHO PELIGRO".

"...

"...

"CARMEN GUZMAN de SILVA

Juez"

"(Mayúsculas y resaltado del texto).

"6. Con manifiesta desobedicencia del mandato contenido en el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 0050 del 13 de enero de 1987, que señala el "Cuartel de la Unidad a que pertenezcan", y, en su defecto "el Comando donde se adelante la investigación", como los lugares de detención para los miembros de los cuerpos armados, y,

"...

"2.2. Hechos imputables a los servicios penitenciarios.

"- "A sabiendas de que los miembros de los cuerpos armados no pueden permanecer detenidos en las cárceles del país, la Administración de la Cárcel Nacional de BELLAVISTA, fracción de Machado, municipio de Bello, recibió como detenido al agente de la Policía Nacional LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO y le asignó el Segundo Patio;

"- "no le dio celda individual, y,

"- " a pesar de que apenas estaba detenido preventivamente, lo juntó con peligrosísimos delincuentes condenados por los más variados delitos, incumpliendo la obligación legal de mantenerlo separado de ellos, impuesta por los artículos 24 y 232 del Decreto número 1817 del 17 de julio de 1964, o Código Carcelario.

"La cárcel Nacional de BELLAVISTA, en la fracción de Machado, municipio de Bello, Antioquia, es una de las cárceles con mayores índices de muertes y lesiones violentas en el país.

"En BELLAVISTA, inexplicablemente en una cárcel, todo el mundo anda armado, hasta de revolveres y de pistolas.

"O explicablemente por la pasividad, traducida en la falta de vigilancia y control adecuados al fin de evitar que allí se produzcan atentados contra la integridad personal de los detenidos, o por la complicidad de Guardianes y directivos...

"En los últimos tiempos el promedio anual de muertes violentas ha estado por el medio centenar, y las lesiones por encima de los dos o trescientos.

"Construida inicialmente para mil doscientos presos, hoy sobrepasan los tres mil los que la pueblan, y en veces mucho más.

"El hacinamiento que allí existe constituye uno de los más graves y permanentes atentados a la dignidad humana, y,

"hacen de tal establecimiento de reclusión carcelaria, un antro criminal que, de tiempo atrás, la Administración debió haber erradicado.

"pues, como se sabe, la razón de ser del Estado, es velar por la seguridad de los residentes en el país, y los detenidos no son una excepción a este principio". (folios 160 a 163 del Cuaderno número 1 del expediente 7947).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"I. Se encuentran acreditados en el proceso los siguientes hechos:

"a. Que el señor LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO fue detenido como sindicado del delito de homicidio (véase anexo 1).

"b. Que en razón de su condición de agente de policía, inicialmente su retención se llevó a cabo en la Estación de Policía de Carabineros (anexo 1. fl: 28, 29, 30, 31, 66, 71 y ss).

"c. Que el 9 de noviembre de 1987 el Comandante de Distrito Uno de Medellín le solicitó a la Juez 37 de Instrucción Criminal que trasladara al detenido "a otro centro carcelario que ofrezca mayor seguridad para garantizar su reclusión".

"Lo anterior teniendo en cuenta la calidad de delito, además porque ésta no reúne las medidas de seguridad para tal caso" (fl. 223 anexo 1).

"Mediante auto del 12 de noviembre de 1987, la citada funcionaria ordenó el traslado del detenido a la cárcel de Bellavista (fl. 224 - Anexo 1).

"d. Que el 21 de diciembre de 1987 fue encontrado muerto en uno de los patios de la cárcel Nacional Bellavista donde se hallaba detenido (fl. 80, 81 y 85).

"e. Que al momento de su muerte ostentaba la condición de agente de policía (véase anexo 2).

"II. Como lo señala el apoderado de los demandantes, no existen antecedentes Jurisprudenciales en el país sobre la responsabilidad que le incumbe al Estado en razón del funcionamiento de los centros penitenciarios.

"En el presente caso se trata de deducir responsabilidad al Estado por la actividad jurisdiccional, que tradicionalmente no ha sido admitida por la Jurisprudencia del Consejo de Estado y por una función administrativa: los daños causados en las prisiones del Estado.

"Hay que resaltar que de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional hoy día no existe ningún fundamento jurídico para excluir la actividad jurisdiccional o inclusive la función legislativa, como fuente de responsabilidad del Estado. Prueba de ello son los artículos 242 y 414 del Nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991) que consagran la responsabilidad del Estado cuando prospera el recurso extraordinario de revisión y en los casos de privación injusta de la libertad.

"En estas condiciones el principio de responsabilidad del Estado por actividad jurisdiccional, sólo es un recuerdo histórico.

"La doctrina francesa (Cfr. Jacques Moreau. "La Responsabilité de l'etat a raison du fonctionement de etalissements pénitentiarires") ha señalado cinco clases de accidentes provocados por el funcionamiento del sistema carcelario:

"a. Servicio médico de las prisiones.

"b. Trabajos efectuados por los detenidos.

"c. Muerte, deceso accidental o heridas graves causadas entre los detenidos.

"d. Daños sobrevinientes en razón de la evasión o de las salidas de los detenidos y

"e. Perjuicios diversos.

"Refiriéndose a la tercera clase de daños enunciados, el tratadista citado expresa: "la composición de la población penitenciaria y el sistema mismo de encarcelación explica el número relativamente importante de actos de violencia perpetrados entre co-detenidos. Estos hechos son apreciados por la jurisdicción administrativa siempre que una **falta** pueda ser imputada al establecimiento (se destaca).

"Esta falta de servicio corresponde en forma genérica a los múltiples casos de defecto de vigilancia, sea que un detenido hiera o dé muerte a otro con la ayuda de instrumentos utilizados por la mano de obra penal, sea que la administración penitenciaria haya cometido un "error de localización al dejar, por ejemplo, en una celda colectiva a un condenado particularmente peligroso o sujeto a tendencias suicidas".

"III. El artículo 427 del anterior Código de Procedimiento Penal, similar al art. 402 del actual Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991) preceptúa: "**lugar de detención para los miembros de los cuerpos armados.** Los miembros de los cuerpos armados cumplirán la medida de privación de la libertad en el **cuartel de la unidad a que pertenezcan. A falta de ésta, en el respectivo comando donde se adelante la investigación.** De lo resuelto se comunicarán por escrito al superior jerárquico del procesado" (se subraya).

"A no dudarlo la finalidad de esta norma es preservar la integridad personal del procesado y garantizarle su seguridad, al sustraerlo de las posibles retaliaciones a que pudiere verse sometido, de encontrarse en la cárcel con algunos de los delincuentes a quienes hubiere retenido.

"En este sentido la Resolución 00216 de 1974 expedida por el Director General de Prisiones, por medio de la cual se señala el lugar de reclusión para el personal de la Policía Nacional, expresa en sus considerandos:

"Que la detención del personal de Policía Nacional, por violación del Código Penal Militar, se hace con irregularidad en las cárceles comunes, lo que conlleva un peligro para su integridad personal o la vida, ya que les ha correspondido por su misión la captura, detención de los delincuentes y en general, prevención del delito;

"Que por ser un personal vinculado directamente en la lucha contra la delincuencia, podría ser potencialmente víctima de retaliaciones o venganzas por parte de los delincuentes comunes, en el caso de quedar retenidos en las cárceles comunes, lo cual es necesario evitar, destinándoles un establecimiento especial.

"Que es conveniente mantener segregado el personal de la Policía Nacional, por violación al Código Penal Militar, en sitios distintos de donde está privado de la libertad el delincuente común".

"El artículo 433 del Código de Procedimiento Penal (hoy art. 488) señala que todo sindicado privado de su libertad tendrá derecho a recibir en el lugar de la reclusión un tratamiento acorde con el respeto a los derechos humanos, "todo lo cual se compendía en el respeto por su dignidad humana".

"No puede perderse de vista que el artículo 1° de la Carta Política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana. A su vez el artículo 93 del mismo estatuto señala que "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen** en el orden interno.

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

"Por su parte la Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" en el artículo 5° al referirse al Derecho a la integridad personal consagra lo siguiente:

"2... toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

"...

"4... Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas".

"En este orden de ideas, el Estado Colombiano a través de la administración de justicia cometió una falla grave del servicio, al desconocer la previsión contenida en el art. 427 del anterior Código de Procedimiento Penal que prohíbe recluir a los miembros de los cuerpos de seguridad, en las prisiones para delincuentes comunes. Incurrió pues en una falla de ubicación del detenido.

"También incurrió en falla grave del servicio de la administración penitenciaria, al no mantener al señor Luis Eduardo García Orrego como procesado sindicado, separado de los demás detenidos condenados. Se violó así lo previsto en el artículo 5° del pacto de San José de Costa Rica, citado antes.

"Debe anotarse que los establecimientos penitenciarios asumen con relación al detenido una obligación de seguridad que es de resultado y no de medio. Así lo

puntualizó el Consejo de Estado en sentencia del 25 de octubre de 1991 (expediente N° 6465. Indemnizaciones. Actor Gildardo Arteaga García):

"Esa obligación de protección a la vida, como se dijo es, en principio, de medio, se excepciona en algunos eventos para volverla de resultado.

Así, frente a las personas detenidas por la autoridad o sometidas a conscripción obligatoria o a instrucción militar **mientras permanezcan en los lugares de reclusión** o en los centros de enseñanza, **la administración deberá responder por la vida e integridad de las mismas y devolverlas, luego de esa detención** o instrucción, **en condiciones de salud similares a las que tenían cuando ingresaron. Si así no se hace se presumirá la falla del servicio y deberá responder por perjuicios causados a dichas personas o a sus damnificados.** Sucede aquí algo similar a lo que se da frente a las mercancías que por obligación legal deben depositarse en bodegas oficiales".

"Esta asimilación jurídica del ciudadano a un fardo de mercancías puede resultar poco halagadora para él, para su amor propio, pero le es muy benéfica en caso de accidente (Cfr. Louis Josserand "la evolución de la responsabilidad" en "El abuso de los derechos y otros ensayos", Bogotá. Monografías Jurídicas Temis, N° 24, 1982, p. 87).

"Hoy en día se habla de la actitud democrática de los países en materia penitenciaria: "Numerosos países consideran que las exigencias de la represión de las infracciones no se podrían impedir más que con la toma de medidas destinadas a establecer un nivel mínimo de humanismo y de dignidad en las prisiones. Así recientemente el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado (ya lo había hecho en parte de 1973) normas destinadas a inspirar las reformas estudiadas por los Estados. Sería deseable que semejante espíritu entrañara una revisión del Contencioso Administrativo de los servicios penitenciarios". (J. M. Auby, "Le contentieux du service public penitentiaire").

"IV. En relación con la responsabilidad del Estado con ocasión de los actos de los agentes judiciales, de tiempo atrás la doctrina afirma que es necesario distinguir los actos jurisdiccionales propiamente dichos, de aquellos que por su contenido se aproximan más bien a las actuaciones administrativas, respecto de los cuales no existe el obstáculo de la cosa juzgada para generar responsabilidad cuando quiera que un particular resulte perjudicado. En este caso se trataría de una actividad no jurisdiccional, imputable al servicio judicial.

"Así el profesor León Duguit expresa:

"... Como los agentes administrativos, los agentes judiciales son simples agentes de ejecución. Su modo de nombramiento, su competencia, su estatuto pueden diferir de los agentes administrativos; pero en el fondo no hay diferencia entre las dos categorías. Dado esto, si se admite, como se verá en el párrafo

siguiente, sin reserva, la responsabilidad del Estado con ocasión de los actos realizados por los funcionarios administrativos no se comprende por qué no se admitirá también respecto de los actos realizados por los agentes judiciales...

"En el sistema francés la autoridad judicial es exclusivamente competente para decidir en los procesos criminales y en todos los civiles que suscitan con ocasión del estado de los ciudadanos; de la propiedad privada y de los contratos entre los particulares. Pero no tiene solamente atribuciones Jurisdiccionales: es además competente para formular decisiones no contenciosas cuando interesen directamente a la libertad y a la propiedad; librar mandatos, ordenar detenciones, confiscaciones, pesquisas; conceder la libertad provisional, tomar medidas para proteger la libertad y la propiedad individuales, particularmente la de los incapaces. Distinguiendo los actos jurisdiccionales de los que no tienen este carácter, se comprenderá por qué la evolución hacia la responsabilidad del Estado con ocasión de los actos de la autoridad judicial apenas ha comenzado.

"...

"La cuestión de la responsabilidad del Estado se plantea también respecto de los actos no jurisdiccionales realizados por los agentes judiciales: mandato, detenciones, órdenes de prisión, pesquisas domiciliarias, en estos casos no se advierten las razones que se oponen a la responsabilidad del Estado con ocasión de los actos jurisdiccionales...

"...

"Cómo explicar esta suerte de parada en la evolución del derecho de la responsabilidad en lo que concierne a los actos jurisdiccionales de los agentes judiciales? No vemos otra razón que la asimilación errónea de dos categorías de actos en absoluto diferentes, asimilación puramente formal. Inconscientemente se cree que hay correspondencia entre la intervención del agente judicial y el carácter jurisdiccional. Error que con frecuencia ha sido denunciado; pero no obstante persiste. Sin embargo, seguimos creyendo que la realidad de los hechos será al fin más fuerte que las tradiciones y perjuicios y que se reconocerá la responsabilidad directa del Estado en razón de los actos no jurisdiccionalmente realizados por los agentes judiciales, como ocurre hoy con relación a todos los actos no jurisdiccionales de los agentes administrativos" (Las Transformaciones del Derecho Público. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 149 y ss.).

"Podría arguirse que una asunción generalizada de la responsabilidad para eventos como el que se juzga, incidiría gravosamente en el presupuesto del Estado. Esta tesis de la protección de los caudales públicos como eximente de responsabilidad fue iniciada por Hauriou y "retomada por P. Weil para quien sería peligroso considerar toda ilegalidad como una falta desde la perspectiva del empobrecimiento administrativo y la parálisis con que tal rigurosidad afectaría las iniciativas de la administración. En la práctica jurisprudencial ha jugado el

papel de un freno en la admisión de la responsabilidad de la administración por sus actos jurídicos legales.

"El argumento patrimonial ha sido completamente abandonado por los autores modernos, e incluso criticado por ellos. Así Georges Vedel afirma: "El papel del juez es pronunciar el derecho y no procura economías al Estado". (La responsabilidad de la administración por actos administrativos. A. Avelino Esteve. 2ª. edición. Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 142-145).

"V. Los demandantes invocan su condición de cónyuge e hijos, circunstancia que se encuentra probada en el proceso con los registros civiles que obran a los folios 5 y ss. Por esta razón, tienen derecho al reconocimiento de 1.000 gramos de oro cada uno para resarcir el daño moral padecido.

"En lo relativo al perjuicio material éste se reconocerá en favor de los hijos hasta que cumplan la edad de 25 años, época en la cual se presume que podrán valerse por sí mismos. Para liquidar este perjuicio a la cónyuge, como período a indemnizar se tomará la vida probable de 29 años, certificada por la diligencia de necropsia (folio 87 vto.).

"Se aplicarán las fórmulas de las matemáticas financieras para la indemnización vencida o consolidada y futura o anticipada, siguiendo en ello las pautas de la jurisprudencia, toda vez que no aparece prueba de la renta obtenida por la víctima. La liquidación deberá presentarse durante los dos meses siguientes a la ejecutoria del auto que ordene cumplir lo resuelto por el superior (art. 119 C. de P.C.), una vez se surta la apelación o consulta de la sentencia (art. 184 C.C.A.).

"No hay lugar a condena en Costas, por prohibirlo el art. 171 del C.C.A." (folios 167 a 175 del Cuaderno número 1 del expediente 7947).

- II -

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término de ley, alegó de conclusión, para EXPONER:

"Honorables Consejeros, doctrinalmente "el fundamento de la responsabilidad puede ser la culpa, o el riesgo. La responsabilidad por culpa es subjetiva, implica un juicio sobre la conducta de un individuo. La culpa, según una definición bastante aceptada y que ha sido propuesta por los hermanos MAZEUD, es un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente o diligente colocada en las mismas circunstancias. Resulta de la comparación de lograr de una persona con un tipo ideal que se toma como modelo. La culpa puede producirse por imprevisión, abstención, imprudencia, etc.".

"Por lo anteriormente expuesto solicito nuevamente a los Honorables Consejeros REVOCAR la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia proferida el 4 de diciembre de 1992, dentro del proceso instaurado por el señor PEDRO ANTONIO GARCIA Y OTRA, y en su lugar determinar que la Nación - Ministerio de Justicia no es administrativamente responsable por la muerte del señor LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO, ocurrida el 21 de diciembre de 1987 en la Cárcel Nacional de Bellavista." (folio 197 cuaderno número 1 del expediente 8211).

- III -

CONCEPTO DEL PROCURADOR DECIMO DELEGADO

El Procurador Décimo Delegado, Doctor FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"Efectivamente, dentro del expediente se acredita que el agente de la Policía Nacional LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO, fue detenido como sindicado del delito de homicidio, reclusión que inicialmente se llevó a cabo en la Estación de Policía de Carabineros, y luego, por solicitud del Comandante del Distrito Uno de Medellín, dirigida a la Juez 37 de Instrucción Criminal, el sindicado fue trasladado por parte de la funcionaria competente a la cárcel de Bellavista.

"El día 21 de diciembre de 1987, el agente García Orrego, fue encontrado muerto en uno de los patios de la cárcel Nacional de Bellavista, lugar donde se hallaba en detención preventiva (Folio 80-81-85).

"La muerte del agente García Orrego, se acredita dentro del proceso con la Necropsia y el Acta de Levantamiento de cadáver.

"En la primera consta que la víctima murió a consecuencia de heridas por arma cortopunzante. (Folio 127 y 90).

"Sea lo primero advertir que el C. de P. Penal (Decreto 0050 de enero 13 de 1987) vigente a la fecha en que ocurrieron los trágicos hechos que culminaron con la muerte del agente de Policía Nacional, estipula en su artículo 427:

"Lugar de detención para miembros de los cuerpos armados. Los miembros de los cuerpos armados cumplirán la medida de privación de la libertad en el cuartel de la unidad a que pertenezcan. A falta de ésta en el respectivo comando donde se adelante la investigación. De lo resuelto se comunicará por escrito al superior jerárquico del procesado".

"El artículo 402 del C. de P. Penal hoy vigente, establece similares lugares de reclusión para miembros de la fuerza pública.

"La finalidad de esta norma es precisamente la de proteger de eventuales atentados contra la integridad de los agentes de policía, por parte de delincuentes

que guardan contra los miembros de la fuerza pública sentimientos de venganza, por las acciones llevadas a cabo por aquéllos contra la delincuencia organizada.

"Y si a lo anterior se suma el hecho de que la víctima advirtió en su ampliación de indagatoria (folio 64 vto. proceso penal), acerca del peligro que corría su vida en la eventualidad de ingresar en calidad de detenido a la cárcel de Bellavista, aun así, se dispuso su traslado a dicho centro de reclusión, por parte de la juez competente.

"Así las cosas, no se tuvo en cuenta lo estipulado en el C. de P. Penal en su artículo 427, y más aún, no se tomaron las precauciones y medidas de seguridad en la cárcel, a fin de proteger a la víctima de posibles atentados que pusiesen en peligro su vida.

"Igualmente, no se dio cumplimiento a lo estipulado en la Resolución N° 00216 de 1974, de la Dirección General de Prisiones, transcrita en el fallo del a quo y por medio de la cual se señala el lugar de reclusión para el personal de la Policía Nacional.

"Pero aún en la eventualidad de que no se hubiesen consagrado sitios especiales de reclusión para los miembros de la fuerza pública, diferentes de los establecidos para la delincuencia común, igual surge para la administración el deber de preservar la vida e integridad de los reclusos bajo su mando.

"Y es que los centros carcelarios, no pueden seguir convertidos en lo que comúnmente se conoce como "la universidad del crimen". Si en dichos centros los reclusos tienen oportunidad de hacerse a armas cortopunzantes, esto es síntoma de que existe una falla en el servicio de vigilancia, consistente en que las autoridades penitenciarias no están ejerciendo un estricto control sobre las actividades que allí se desarrollan. Ni mucho menos están cumpliendo -como así debiera serlo- una verdadera labor educativa y correccional, que permita a los reclusos regenerarse y apartarse del camino del delito.

"Los demandantes han sufrido un daño, debido a una falla del servicio penitenciario, el cual debe ser resarcido.

"Sin más consideraciones, esta delegada solicita respetuosamente a la H. Sala la confirmación del fallo consultado" (folios 182 a 185 del Cuaderno número 1 del expediente 7947).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Los fallos consultados serán confirmados pues en ellos se hace una seria y justa valoración de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, por lo que se impone concluir que ellos, en todo su universo, se ajustan a la ley y al derecho.

En el caso sub examine no hay espacio para la duda que impida concluir que se dió la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica el ad quem hace suya la valoración probatoria que el tribunal presenta en la sentencia calendada el cuatro (4) de septiembre de 1992, en cuyos considerandos quedó bien definido que el señor LUIS EDUARDO GARCIA ORREGO fue encontrado muerto el día 21 de diciembre de 1987, en los patios de la cárcel Nacional Bellavista, donde se hallaba detenido, sin que la administración haya podido demostrar una causal eximente de responsabilidad como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. Pero lo que resulta con universo de mayor negligencia o gravedad, es la circunstancia de que en tratándose de un miembro de la fuerza pública se le haya trasladado a un centro penitenciario donde corría especial riesgo, con olvido de lo preceptuado en el artículo 427 del Código Penal, vigente para la fecha en que ocurrió la tragedia, que a la letra disponía:

> "Lugar de detención de los miembros de los cuerpos armados. Los miembros de los cuerpos armados cumplirán la medida de la privación de la libertad en el cuartel de la unidad a que pertenezcan. A falta de ésta en el respectivo comando donde se adelante la investigación. De lo resuelto se comunicará por escrito al superior jerárquico del procesado".

A todo lo anterior se agrega el hecho de que la víctima había anunciado su muerte en la diligencia de ampliación de indagatoria que rindió ante el Juez Treinta y Siete de Instrucción Criminal, el día veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987) Proceso penal, folio 64 vuelto, en la cual y en lo pertinente, se lee:

> "... ellos después de lo sucedido y por llamadas telefónicas a mi padre, a mi hermana... le dijeron que ellos buscarían la forma, que ellos tenían... millones dispuestos para que yo cayera a Bellavista, **que estaba todo arreglado en Bellavista para matarme allá o que si no matarían a mi esposa o a mi hija...**" (Subrayas de la Sala).

Frente al anterior anuncio, la administración se mostró indiferente, indolente. No quizó ver en el detenido a una persona sino a una simple cosa, con olvido de que ésta tiene precio, pero el hombre DIGNIDAD. A sabiendas de los riesgos se le dejó en prisión en donde podía ser fácil víctima de sus enemigos, convirtiéndolo así en un juguete del destino. Su suerte estaba echada pues no tenía libertad para evitar el riesgo. Así las cosas, la responsabilidad de la administración por el DAÑO ANTIJURIDICO se torna clara.

En esta oportunidad la Sala reitera las pautas jurisprudenciales que fijó en sentencia de 1° de octubre de 1992, expediente número 7058, en la cual se lee:

> "Al encontrarse privado de la libertad el ciudadano... las autoridades de la Prisión le debían protección y seguridad en su integridad corporal y mental. En otros términos, por encontrarse "a buen recaudo" de las autoridades de la prisión, éstas debían custodiarle y cuidarle para mantenerle en las mismas condi-

ciones sicofísicas que presentaba el detenido al momento de la privación de la libertad. Cualquier daño en la salud que llegasen a presentar las personas privadas de su libertad, por acción u omisión de las autoridades que vigilan y controlan, se adecúa al concepto genérico de falla de la administración y por consiguiente surge la obligación de indemnizarlas, desde luego que se presenta un daño antijurídico de los previstos en el artículo 90 de la Carta Política".

B) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, ella quedó bien demostrada. Luis Eduardo García Orrego (occiso) contrajo matrimonio con la Señora María Dioselina Raigosa Cañaveral el día ocho (8) de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), y de esa unión nacieron: JUAN GUILLERMO (julio 29 de 1972), LUIS EDUARDO (septiembre 4 de 1973), ERIKA MARIA (septiembre 25 de 1974), MARIA PATRICIA (abril 10 de 1968) y BEATRIZ HELENA (junio 14 de 1970) GARCIA RAIGOSA.

Se demostró, igualmente, que PEDRO ANTONIO GARCIA y ANA RITA ORREGO DE GARCIA, son los padres legítimos del finado.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la condena que POR PERJUICIOS MORALES hizo el sentenciador de instancia a favor de:

MARIA DIOSELINA RAIGOSA CAÑAVERAL (esposa), por un mil (1.000) gramos de oro fino;

JUAN GUILLERMO, LUIS EDUARDO, ERIKA MARIA, MARIA PATRICIA y BEATRIZ HELENA GARCIA RAIGOSA (hijos), por un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno.

PEDRO ANTONIO GARCIA y ANA RITA ORREGO DE GARCIA (padres), por un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno.

Se confirmará, igualmente, la CONDENA QUE POR PERJUICIOS MATERIALES hizo el sentenciador de instancia en favor de MARIA DIOSELINA RAIGOSA CAÑAVERAL (esposa) y de sus hijos JUAN GUILLERMO, LUIS EDUARDO, ERIKA MARIA y BEATRIZ HELENA GARCIA RAIGOSA, pero ella va sólo hasta el momento en que cumplan 18 años.

Se revoca la condena que por perjuicios materiales se hizo en favor de MARIA PATRICIA GARCIA RAIGOSA, pues en el momento de fallecer su padre ya había cumplido los dieciocho (18) años.

La condena se hace EN CONCRETO, y con sujeción a las siguientes pautas:

PRIMERA. Se toma en cuenta el salario mínimo vigente para el año de 1987 y de él se descuenta un veinticinco (25%) por ciento que es la suma que se estima dedicaba el occiso para atender a su congrua subsistencia;

SEGUNDA. El setenta y cinco por ciento (75%) restante se divide en dos partes iguales. La mitad para la cónyuge sobreviviente señora DIOSELINA RAIGOSA CAÑAVERAL y se liquida hasta el momento en que se considera que el cónyuge de mayor edad moriría primero, según las tablas de mortalidad de la Superintendencia Bancaria.

Para los hijos, la liquidación se hace hasta el momento en que cumplirían los dieciocho (18) años.

TERCERA. Se distinguen dos períodos. El vencido que corre desde el 21 de diciembre de 1987 y el 31 de julio de 1993. El futuro o anticipado que va hasta los momentos en el tiempo físico indicado en la pauta anterior.

CUARTA. Se actualiza la condena siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales de la Corporación.

Dentro del marco anterior, la condena por PERJUICIOS MATERIALES se concreta así:

1° Salario mínimo $ 20.509.80

2° -75% $ 15.382.35

3° Se actualiza:

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

$$Ra = \$15.382.35 \quad \frac{306.39}{78.34}$$

Ra $60.160.81

4° Se calculan dos períodos:

A) Vencido, Causado o Consolidado:

1- Para María Dioselina Raigosa Cañaveral:

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

$$S = \$30.080.40 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{67.33} - 1}{0.004867}$$

S = $2.389.764.50

2- Para Juan Guillermo:

$$S = \$\ 7520.1 \quad \frac{(1 + i)^{30.8} - 1}{i}$$

$$S = \$\ 7520.10 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{30.8} - 1}{0.004867}$$

S = $249.227.74

3- Para Luis Eduardo:

$$S = \$\ 7520.10 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{44.43} - 1}{0.004867}$$

S= $371.988.17

4- Para Erika María:

$$S = 7520.10 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{57.13} - 1}{0.004867}$$

S= $493.919.50

5- Para Beatriz Helena:

$$S = 7520.10 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{5.23} - 1}{0.004867}$$

S= $39.737.10

B) Futuro o anticipado:

$$S = \$30.080.40 \quad \frac{(1 + i)^{29.48} - 1}{i\,(1 + i)^{29.48}}$$

$$S = \$30.080.40 \quad \frac{0.153881102}{0.005615939}$$

S = $ 824.226.38

Conforme a la anterior liquidación la condena por perjuicios materiales queda:

1° **Para MARIA DIOSELINA RAIGOSA CAÑAVERAL** (esposa), la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS ($3'213.990.88);

2° **Para ERIKA MARIA GARCIA RAIGOSA** (hija), la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($493.919.50);

3° **Para LUIS EDUARDO GARCIA RAIGOSA** (hijo), la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON DIEZ Y SIETE CENTAVOS ($371.988.17);

4° **Para BEATRIZ HELENA GARCIA RAIGOSA** (hija), la suma de TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($39.737.10);

5° **Para JUAN GUILLERMO GARCIA RAIGOSA** (hijo), la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS ($249.227.74);

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 (1°), segundo (2°), cuarto (4°) y quinto (5°) de la sentencia calendada el día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con la precisión de que las personas favorecidas con la condena por PERJUICIOS MORALES, son las siguientes:

MARIA DIOSELINA RAIGOSA CAÑAVERAL (esposa), mil (1.000) gramos de oro fino;

JUAN GUILLERMO, LUIS EDUARDO, ERIKA MARIA, MARIA

PATRICIA y BEATRIZ HELENA GARCIA RAIGOSA (hijos), mil (1.000) gramos de oro para cada uno.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio del referido metal en el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

2° **REVOCASE** el numeral tercero (3°) de la misma sentencia, el cual quedará así:

TERCERO. **CONDENASE,** igualmente, a LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, las siguientes cantidades de dinero y a las personas que se relacionan, así:

A MARIA DIOSELINA RAIGOSA CAÑAVERAL (esposa), la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS ($3'213.990.88);

A ERIKA MARIA GARCIA RAIGOSA (hija), la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($493.919.50);

A LUIS EDUARDO GARCIA RAIGOSA (hijo), la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON DIEZ Y SIETE CENTAVOS ($371.988.17);

A BEATRIZ HELENA GARCIA RAIGOSA (hija), la suma de TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($39.737.10);

A JUAN GUILLERMO GARCIA RAIGOSA (hijo), la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS ($249.227.74);

3° **CONFIRMASE** la sentencia calendada el día cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

4° Expídanse las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

5° 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.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia del 1° de octubre de 1992. Exp. 7058. Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

La institución del llamamiento en garantía no se encuentra regulada por el C. C. A., aunque sí autorizada por el artículo 217 de dicho estatuto, modificado por el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989 "siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". Por consiguiente, habrá de recurrirse al C. de P. C., más concretamente a los artículos 54 a 57, dado que allí sí se encuentra ampliamente tratada dicha institución.

FUERO DE ATRACCION/EMPRESA DE ECONOMIA MIXTA/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA

Resultaría contrario a la lógica de lo razonable, y a los principios de ECONOMIA, CELERIDAD Y EFICACIA, cualquier conclusión que llevara a definir que, por resultar solo responsable, en casos como el presente, la Empresa Industrial y Comercial del Estado, se perdió la jurisdicción que nació en virtud del FUERO DE ATRACCION. "Si bien es cierto la jurisprudencia reiterada de Sala indica que las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se juzgan ante la jurisdicción ordinaria, dada la normatividad especial que rige a este respecto (art. 31 del Decreto 3130 de 1968) no es menos cierto que cuando en la demanda se citan éstas al proceso en *litis consorcio* con un establecimiento público, que, como tal, está dotado de fuero especial, al cual también se le imputa responsabilidad solidaria, el juez competente será el de este último para todos los efectos, dándole así lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como fuero de atracción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 8549 Actor: Gloria Amparo Corredor Sánchez. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa Nacional y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la empresa de AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S. A. -AVIANCA- contra el auto calendado el día veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva DISPUSO:

"1. Cítese a la EMPRESA AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S. A., AVIANCA, para que intervenga en el proceso. En consecuencia, notifíquese personalmente esta providencia haciéndole entrega de copia de la demanda y sus anexos.

"2. Fíjese el negocio en lista por cinco (5) días para que el llamado intervenga en el proceso.

"3. Decrétase la suspensión del presente proceso hasta cuando se cite el llamado y haya vencido el término para que éste comparezca, sin exceder de 90 días.

"4. Tiénese al abogado HUGO DADEY MORENO CANO, como apoderado judicial de la Nación- Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en los términos del poder visible a folios 140 y 141 del expediente." (folio 166).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 179 y siguientes, obra el escrito en que el apoderado de AVIANCA 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:

"FALTA DE JURISDICCION

"IMPROCEDENCIA DE LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

"1. **La ley aplicable.**

"La vinculación de un tercero llamado en garantía, es procedente únicamente en cuanto exista competencia del juez que conoce del asunto respecto de ese

tercero; toda vez que la aceptación del tercero como parte procesal introduce una acumulación de pretensiones respecto de las cuales deben cumplirse las reglas del art. 82 del C.P.C., que reza así:

"Art. 82. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:

"1. Que el juez **sea competente para conocer de todos**, sin embargo podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía." (Enfasis y subrayas fuera de texto)".

"Mi poderdante, la sociedad AVIANCA de derecho privado, no puede ser juzgada por la jurisdicción contencioso-administrativo, conforme lo establece expresamente el art. 82 del C.C.A.

"La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituída por la constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos y originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas".

"Por lo anterior, resulta entonces que el llamamiento en garantía no es procedente, toda vez que la jurisdicción y competencia de lo contencioso-administrativo está determinada por normas de orden público, cuya inobservancia generaría nulidad del proceso, como lo establece el art. 140 del C.P.C.

"2. **Jurisprudencia en la materia.**

"Jurisprudencialmente se ha reafirmado lo anterior en reiteradas oportunidades:

"La figura del llamamiento en garantía está íntimamente ligada con las normas que regulan la acumulación de pretensiones y más concretamente la de sujetos (Art. 82 del C.P.C.) por eso cuando se habla de llamamiento en garantía, se entiende que con él ingresa al proceso un tercero en calidad de parte principal, bien por activa o por pasiva, y todo por existir un título previo que así lo permite.

"La viabilidad de un llamamiento en garantía muestra en principio, que los terceros llamados bien pudieron ser considerados como partes desde un principio; es decir, como demandantes o demandados iniciales.

"En desarrollo de esta idea se entiende porqué el llamamiento en garantía no se puede desligar de la regla que regula la acumulación de pretensiones o de sujetos. Y en ésta se observa que para ser posible esta acumulación, los asuntos deben ser del conocimiento del mismo juez...

"En otros términos, so pretexto del llamamiento en garantía no pueden desconocerse las normas sobre competencia ("que el juez sea competente para conocer de todas", dice el Art. 82 del C. de P.C.) y menos de las de jurisdicción, salvo algunos casos de excepción que tienen que ver con la conexidad por indivisibilidad de la causa.

"Por estas razones aunque el llamamiento tenga su justificación en la economía procesal, este motivo es valedero en tanto y en cuanto se respeten las reglas de la acumulación de pretensiones y de sujetos. Si ellas se vulneran, no puede pensarse en la viabilidad del llamamiento propuesto..." (auto de 21 de julio de 1987. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 5093) Anexo 1.

"3. **Doctrina.**

"En igual sentido, se ha pronunciado la Doctrina, por ejemplo el Dr. Javier Tamayo Jaramillo ha señalado que el llamamiento en garantía exige que tanto el demandado como el llamado en garantía puedan comparecer a la misma jurisdicción. De la Responsabilidad Civil. Javier Tamayo Jaramillo. Tomo I. Temis. pág. 472. (Anexo 2).

"Conforme a las razones anteriores, respetuosamente ruego al Honorable Consejo de Estado revocar la providencia apelada, y en su lugar negar el llamamiento en garantía alegado por ser improcedente". (folios 179 a 181).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El auto apelado será confirmado, pues él se ajusta, en todo su universo, a la ley y al derecho.

Sobre la misma realidad procesal que se discute en el presente proceso la Sala ha tenido oportunidad de manifestarse. Así, en proveído de 23 de julio de 1993; Expediente número 7998: Actor: Adolfo León Uribe y otro; Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta, se dijo:

"La providencia impugnada será confirmada, pues ella se ajusta, en todo su universo, a la ley y al derecho.

"Aunque el llamamiento en garantía aquí propuesto, no es un modelo que deba imitarse, es lo cierto que del universo de la demanda, de la literatura que se recoge en la contestación a la misma, puede inferirse que se cumplen los requisitos exigidos en los artículos 55 y 56 del Código de Procedimiento Civil. Se sabe que el nombre del denunciado es la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A: "AVIANCA": nadie desconoce que tiene también domicilio en

Bogotá, por lo que puede afirmarse que tal circunstancia es un hecho notorio. Los hechos en que se apoya la denuncia fluyen del texto del contrato número 3304-IV-29-81 que obra al folio 86. La Sala, por lo demás, no encuentra reparo alguno al hecho de que el llamamiento en garantía se haga en el texto mismo del escrito en que se contesta la demanda.

"La oportunidad se muestra propicia para recordar a los profesionales del derecho que en el manejo del proceso se deben hacer esfuerzos para permitir el acceso a la jurisdicción, pues la filosofía contraria lleva a sacrificar el fondo, por rendirle culto a la forma. Esta perspectiva jurídica es la que se recoge en providencia de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), Expediente N° 8241, Actor RUTH PATRICIA RODRIGUEZ, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, en la cual, para una situación bien similar a la presente, destacó:

"PRIMERO. La institución del Llamamiento en garantía no se encuentra regulada por el C.C.A. aunque sí autorizada por el artículo 217 de dicho estatuto, modificado por el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989 "siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". Por consiguiente, habrá de recurrirse al C. de P.C., más concretamente a los artículos 54 a 57, dado que allí sí se encuentra ampliamente tratada dicha institución.

"SEGUNDO. Se está en presencia de un proceso de reparación directa, en donde se pretende indemnización por los daños irrogados a los demandantes, con ocasión del accidente aéreo del HK 1803 ocurrido el 27 de noviembre de 1989. La demanda fué dirigida contra la Nación -Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil- Ministerio de Defensa Nacional.

"Al contestar la demanda el señor apoderado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en el último de sus capítulos, de manera lacónica, propone llamamiento en garantía a Aerovías Nacionales de Colombia S.A. -AVIANCA- para que "ante la eventual y remota posibilidad de que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil pueda ser declarado responsable por los daños y perjuicios ocasionados a los dolientes de los pasajeros de la aeronave HK 1803 de propiedad de AVIANCA... indemnice los perjuicios a que puede ser condenada mi representada". No hace especial énfasis en los hechos fundamento de tal llamamiento pero si acompaña copias del contrato N° 3304-IV-29-81, mediante el cual el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil entrega a título de Comodato el inmueble en el que actualmente se encuentra y funciona el llamado "PUENTE AEREO" de la ciudad de Santafé de Bogotá.

"TERCERO. De la lectura de la contestación de la demanda hecha por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, especialmente en los argumentos fácticos de las excepciones de mérito allí propuestas, la Sala deduce los fundamentos de hecho que se tuvo en mente al efectuar el llamamiento en garantía. Por otra parte al allegar la copia del contrato de Comodato que se

acaba de referir, también se impone concluir que AVIANCA S.A. es la tenedora y explotadora económica del "PUENTE AEREO", lugar en donde decoló la aeronave accidentada el 27 de noviembre de 1989, muriendo en tan fatídico acontecimiento el señor Fernando Enrique Lara Gómez.

"En la parte final de la cláusula Tercera del negocio jurídico Comodato, a folio 36 se lee lo siguiente: "AVIANCA se compromete a tomar las medidas normales de seguridad tendientes a evitar riesgos o peligros para la integridad física de las personas o daños materiales a las mejoras o propiedades de terceros". Esta estipulación negocial justifica de suyo el llamamiento en garantía dado que a voces del artículo 57 del C. de P.C., se trata de una institución que opera a instancia de "quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia..." Es así como bien puede llegar a ocurrir que surtido el plenario, según los hechos, alegaciones y pruebas, bien podría darse el caso de producirse sentencia condenatoria contra la parte demandada, a la vez que conforme a derecho ésta pudiera tener lugar al rembolso del pago que se viere precisada a hacer en virtud de dicho fallo condenatorio.

"Lo anterior no significa que desde este mismo momento se vislumbre responsabilidad de la parte demandada y, mucho menos que se esté pensando en que el llamado en garantía tuviere que responder por la eventual condena. No. Lo que se exige para ordenar el llamamiento es al menos la existencia de la remota posibilidad de tales presupuestos. El acreditamiento de la razón esgrimida por el llamante sólo podrá deducirse después de surtidas todas las actuaciones propias del proceso de conocimiento. Pero, se repite lo existente hasta ahora es suficiente para aceptar el llamamiento en garantía y por lo mismo confirmar el auto apelado."

B) A la verdad jurídica que se deja expuesta bastaría agregar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sí es competente para conocer del llamamiento en garantía que se ha hecho, en virtud del llamado FUERO DE ATRACCION, respecto del cual ha dicho la Corporación:

"El anterior recuento sobre el desarrollo del proceso lleva al sentenciador a concluir que, habiendo sido también demandados LA NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE y el Municipio de Popayán, de cuyos actos, hechos y operaciones administrativos conoce esta jurisdicción, tales centros de imputación jurídica arrastraron a la jurisdicción especial en virtud del fuero de atracción, a las personas jurídicas SOCIEDAD CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. "CEDELCA" y EMPRESAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYAN, cuya responsabilidad extracontractual, en principio, debería ser conocida y decidida por la justicia ordinaria.

"Resultaría contrario a la lógica de lo razonable, y a los principios de ECONOMIA, CELERIDAD y EFICACIA, cualquier conclusión que llevara a definir que, por resultar sólo responsable, en casos como el presente, la Empresa Industrial y Comercial del Estado, se perdió la jurisdicción que nació en virtud del FUERO DE ATRACCION.

"La filosofía jurídica que se deja expuesta lleva a la Sala a fallar, en el fondo, el presente conflicto de intereses.

"En la materia que se estudia la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de cuatro (4) de febrero de 1993, Expediente N° 7506. Actor MAXIMILIANA CESPEDES. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se discurre dentro de la siguiente óptica:

"a) LA JURISDICCION

"Si bien es cierto la jurisprudencia reiterada de la Sala indica que las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se juzgan ante la jurisdicción ordinaria, dada la normatividad especial que rige a ese respecto (art. 31 del Decreto 3130 de 1968) no es menos cierto que cuando en la demanda se citan éstas al proceso en litis consorcio con un establecimiento público, que, como tal, está dotado de fuero especial, al cual también se le imputa responsabilidad solidaria, el juez competente será el de este último para todos los efectos, dándole así lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como fuero de atracción. A este respecto la Sala sigue la orientación marcada por esta misma Sala, en el sentido de que al darse el aludido fuero todas las partes llamadas al proceso pueden ser juzgadas por el mismo juez. (Sentencia marzo 8 de 1979, proceso 2230, ponente Jorge Valencia Arango). Se entiende para estos efectos que exista razón legal y fáctica que justifique la pretensión contra todos los citados al proceso". (Sentencia de marzo 26 de 1993; Expediente número 7476: Actor: ANA MARIELA CHAMORRO DE FLOR; Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta).

C) La Sala llama la atención al Tribunal por la mora en sustanciar el recurso. Si el auto impugnado se dictó el día veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), por qué causa, motivo o razón se vino a conceder la apelación casi un año después, esto es, el veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Para proferir un auto de cajón, de sólo once renglones, será necesario esperar tanto tiempo. Actuaciones como la que se glosa son las que contribuyen a desacreditar a la administración de justicia.

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

FALLA:

CONFIRMASE el auto calendado el día veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia de 23 de julio de 1993, Exp. 7998. Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

NOTA DE RELATORIA. Reiteración jurisprudencial de la Sentencia de 1979, proceso 2230, Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Sentencia de marzo 26 de 1993, Exp. 7476, Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Uso de Armas/DETENCION DE PERSONAS

El hecho generador de la responsabilidad de la administración radica en este caso en el uso innecesario, excesivo y carente de legitimidad de las armas oficiales. La situación descrita, evidencia una grave falla o falta del servicio público a cargo del Ejército Nacional, que teniendo a cargo la obligación de rango Constitucional de respetar y preservar la vida de la persona retenida, o sea, de devolverlo ileso, sin causa justificada real o aparente se optó por desconocer esa garantía fundamental, al darle muerte en forma inmisericorde. Por tanto, el resarcimiento de los perjuicios causados a la parte actora correrá a cargo de la demandada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ref: Expediente número 8435. Actor: Francisco Yugue Jorge y otros. Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Cauca, el 18 de marzo de 1993, por medio de la cual doptó las siguientes decisiones:

"1. Declárase a la Nación - Ministerio de Defensa Ejército Nacional, administrativamente responsable de la muerte de LUIS ENRIQUE YUGUE YACUECHIME, ocurrida el día 3 de diciembre de 1988, en el corregimiento de San Andrés de Pisimbalá, municipio de Inzá-Cauca.

«2. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, apagar a los damnificados los perjuicios morales reconocidos a los solicitantes así:

- El equivalente a un mil gramos (1.000) de oro fino a cada uno de los padres es decir a Francisco Yugue Jorge y Rosa Yacuechime Yugue.

- El equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino a cada uno de los hermanos, es decir a María Mónica Yugue Yacuechime y Tobias Yugue Yacuechime (menores representados por sus padres).

«3. Niegánse las demás pretensiones del líbelo.

«4. Dése cumplimiento a las previsiones contenidas en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

«5. Consúltese sino fuere apelado». (fls. 171-172, c.1)

La acción propuesta en el caso que se examina es la de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. y fué incoada en oportundiad legal, el 11 de agosto de 1989, con el fin de obtener que la entidad pública fuera declarada patrimonialmente responsable de la muerte violenta e injusta del indígena Enrique Yugue Yacuechime, según hechos ocurridos el 3 de diciembre de 1988 en jurisdicción del municipio de Inzá, Departamento del Cauca, los cuales fueron protagonizados por los cuerpos armados del Ejército Nacional acantonados en esa localidad.

El petitum buscó fumdamento en los siguiente s hechos:

1. Según el libelo introductor del proceso, los demandantes FRANCISCO YUGUE y ROSA MARIA YACUECHIME contrajeron matrimonio; de esa unión, entre otros, nacieron, además de la víctima, los demandantes. TOBIAS Y MARIA MONICA YUGUE YACUECHIME.

2. Los integrantes de este grupo familiar, indígenas, labriegos de sanas costumbres, convivían, bajo el mismo techo, prestándose mutua ayuda y colaboración, el difunto trabajaba desde hacia más de diez (10) años en la finca de Tobias Nasayo y destinaba una parte de sus ingresos para atender a sus cóngrua subsistencia y el resto, como ayuda a la subsistencia de sus padres y hermanos.

«3. El 3 de diciembre de 1988 en San Andrés de Pisimbalá, a eso de las 8:30 p.m. cuando se celebraban las fiestas patronales por parte de sus moradores y vecinos, se presentó un grupo, de aproximadamente 30 hombres, pertenecientes al «Batallón José Hilario López», algunos de civil, otros encapuchados, los más con prendas militarese y todos apertrechados con arma de dotación oficial (fusiles Galil y granadas), comandados y dirigidos por el teniente Jorge Enrique Bautista, quienes en el día y hora aquí mencionados se transportaron desde el comando al cual pertencían, ubicado en Inzá (Cauca) hasta San Andrés de Pisimbalá en la volqueta que pertenece

al municipio de Inzá y en el carro-chiva de propiedad de Fabio Chalco, vehículos en los que se movilizaron con las luces apagadas.

«5. La sorpresa de los festejantes en ese momento no fué poca. Los intrusos, quienes se autoidentificaron como miembros del grupo guerrillero «Quintin Lame», abarcaron todos los espacios y órbitas del pequeño caserío y suspendieron toda la actividad que con alegría, bullicio y bebida se desarrollaba. Fueron separados del colectivo, uno a uno, a los jóvenes, acción que acompañaron con frases golpeantes y temerarias, «guerrilleros», «dónde están los demas guerrilleros», «a qué grupo pertenecen, canten h.p.». Se «les vío el cobre» y quizas los amilanados ya intuían la procedencia de estos inquisidores. Entre los escogidos, para su desgracia y la de su familia, estuvo LUIS ENRIQUE YUGUE YAGUECHIME.

«6. La unidad militar retuvo así, aproximadamente a 12 personas, entre las que estuvo LUIS ENRIQUE YUGUE YACUECHIME, a quienes, luego de haber caminado un kilómetro aproximadamente los obligaron a tenderse en el suelo boca abajo. Allí los seguían acusando de ser guerrilleros, y no contentos, ante el miedo que se apodero de los ultrajados, simularon empezar a ejecutar a los allí indefensos, haciendo algunos disparos al aire, situación ésta del todo injusta, absurda y arbitraria que originó al parecer, en LUIS ENRIQUE YUGUE YACUECHIME, el deseo de ponerse a salvo de aquellos asesinos, (miembros de el Ejército Nacional). Sus pasos alcanzarían los 5 ó 10 metros, cuando los militares, entre quienes se encontraban el teniente JORGE ENRIQUE BAUTISTA decidieron atravezarlo fulminantemente con un tiro de fusil (galil), perdiendo su vida al instante. Este homicidio perpetrado por las Fuerzas Militares acantonadas en Inzá, fuera de las irregularidades y abusos ya mencionados, enluta hoy una familia de indígenas, pobre y sencilla.

7. No contentos con lo hecho, los militares prosiguieron su «operativo» golpeando y torturando a quienes retuvieron injustamente. No les importó la pérdida de una vida, dejando allí, abandonado el cadáver de LUIS ENRIQUE YUGUE. Posteriormente, ante las diligencias que adelantó la Secretaría de Gobierno del Departamento del Cauca y la dirección de Instrucción Criminal seccional Cauca en el sitio de los acontecimientos, el teniente Jorge Enrique Bautista, admitió lo sucedido con una desfachatez sin precedentes en la siguiente frase: «LO MATAMOS POR SER GUERRILLERO. ASÍ DE SENCILLO». Se encontraban presentes al momento de ser pronunciado tan descarnado e inhumano veredicto, entre otras personas, la doctora MARIA CECILIA BALDICH PAREDES y el doctor HERNANDO MUÑOZ PARRA» (fl. 13 y 14, C. 1).

Concluido el trámite de primera instancia y después del estudio prolijo tanto de los antecedentes del proceso como de los distintos aspectos de la controversia, el a quo atendió favorablemente la mayoría de las súplicas de la demanda, según se vio en la transcripción que se hizo de la parte resolutiva al principio de este fallo; las partes no expresaron inconformidad con la decisión, motivo por el cual el proceso fué remitido a esta corporación a fin de que se surtiera el grado de consulta.

En la etapa de alegatos de conclusión de este segundo grado, la parte actora y el Ministerio Público guardaron total mutismo; la parte demandada presentó el escrito que corre a los fl. 182 a 184, en el cual pide a la corporación revocar la providencia en cuestión y en su lugar, denegar las súplicas de la demanda, por tres razones fundamentales. La primera, que no está acreditada la legitimación en la causa por activa; la segunda, que por sindicación que le hicieron sus propios compañeros está plenamente demostrado que el occiso pertenecía al grupo subversivo Quintin Lame y que el soldado se vio obligado a dispararle dado que, después de golpear y arrebatar el fusil a otro conscripto, pretendía huir; es decir, que la tropa actuó en cumplimiento de sus deberes Constitucionales; y en tercer y último lugar que el proceso disciplinario no sirve de fundamento para condenar al ente demandado, pues él se deriva de aspectos formales y no de los sustanciales de operativo militar.

LA SALA CONSIDERA

La Sala confirmará en lo fundamental el fallo objeto de la consulta, pues a su juicio, resultan acertadas las reflexiones y conclusiones que tuvo en consideración el fallador de primer grado para declarar la respoonsabilidad estatal por la retención ilegal, la agresión injusta y el asesinato final del ciudadano indígena LUIS ENRIQUE YUGUE YACUECHIME; la evaluación hecha de los perjuicios morales excede las orientacioens jurisprudenciales sobre la materia y, por tanto, será objeto de los ajustes correspondientes.

El interés para obrar en el proceso, se encuentra acreditado con las declaraciones rendidas por Corpus Achicué, Tobias Nasayo y Arquimides Guaraca (fl. 210 y 212 y ss del C. 2), quienes además de suminsitrar la razón de su dicho, ilustran ampliamente la condición de damnificados de los demandantes al referirse a la convivencia, ayuda, colaboración, auxilio mutuo en la espiritual y material y principalmente, en el trato filial y fraternal que se prodigaban la parte actora y la víctima.

La situación fáctica que narra la demanda está probada y configura la falla del servicio atribuida a la parte demandada, la cual fué objeto de exhaustiva investigación el a quo.

El haz probatorio, visto de conjunto, converge a demostrar que los hechos ocurrieron en las horas de la noche del 3 de diciembre de 1988 y que fueron protagonizados por una compañía integrada por 30 militares adscritos al Batallón José Hilario López del Ejército Nacional. La tropa se encontraba nominalmente a cargo del Teniente Bautista Ramírez Fabio, pero la operación fué realizada bajo las órdenes del Sargento Reynel Machado; para su ejecución, algunos estaban encapuchados, otros portaban ruanas, sacos y sombreros y el resto, vestía prendas militares. Toda la unidad militar, portaba sus armas de dotación oficial (fl. 37, 394 a 417 del C. 2).

Al mismo tiempo en la localidad de San Andrése de Pisimbalá se celebraban en completa paz y tranquilidad las fiestas patronales. Hacía las 7 y media de la noche, irrumpió la tropa, y se identificaron sus integrantes como miembros del grupó guerri-

llero Quintín Lame; ante la consternación general procedieron a la retención de siete jóvenes entre los que se hallaba la futura víctima de 26 años de edad; estas personas fueron conducidas a las afueras del caserío hasta un kilómetro aproximadamente.

Ya en campo abierto, los sindicaron de ser guerrilleros y los atacaron a patadas y puños, y para culminar, los hicieron tender boca abajo, simulando su ejecución mediante disparos efectuados al aire; según la versión de los profesioanles que realizaban el operativo, el mecanismo de coacción y tortura empleado, trajo como fruto que por descuido de quien lo vigilaba, la víctima le arrancara el fusil de las manos e intentara fallidamente evadir a sus captores; en el intento le dieron muerte.

El concripto afirma que el iterfecto le lanzó un golpe en la cara y «salió asustado llevándose el fusil mío, al ver los soldados que se llevaba el fusil abrieron fuego dándolo de baja y se recuperó el fusil»; la confesión del victimario, Fernando Arredondo, afirma que «se escucho una ráfaga que hizo el soldado Díaz Pasaje Alfredo porque se había volado un capturado con un fusil que le había arrebatado al saldado Jaramillo. El capturado tropezó conmigo al mismo tiempo que gritaba que se había volado uno y yo reaccioné y le hice cinco disparos porque lo alcancé a ver que llevaba camisa blanca, mi sargento Machado gritó que no dispararan más y fuimos a ver a los quince metros estaba tirado boca abajo» (fl. 434, 430, C.1).

Como oportunamente lo advierte el tribunal, es bien difícil de aceptar que una persona desarmada, colocada en el piso boca abajo y en absoluta condición de indefensión, rodeado por treinta militares perfectamente armados, hubiera podido arrebatarles un fusil.

De otra parte la coartada del homicida está rebatida, pues de haber hecho los disparos letales a la distancia y en las circunstancias que afirma, las heridas no podrían presentar la dirección y localización que en ellas se observa, es decir, luego de recorridos aproximadamente quince metros del sitio donde se encontraban el agresor, los impactos no podrían aparecer recibidos de abajo hacia arriba y menos al frente del cuerpo de la víctima, sino que indefectiblemente deberían tener su punto de entrada por la espalda del occiso.

Según el acta de levantamiento del cadáver y la necropsia, al cuerpo de la víctima le fueron hechos tres tiros con arma de fuego de largo alcance; todos los recibió en el tórax, produciéndose lesiones de naturaleza esencialmente mortal; este documento las describe de la manera siguiente: «1. herida ovalada de bordes irregulares de 3 x 4 cms. que correseponde a orificio de entrada en homo tórax izquierdo región pulmonar a nivel de 5° espacio intercostal izquierdo con línea axilar posterior. No se observa tatuaje; 2. Herida de 4 x 3 y 2 x 3 cms. ovalada de bordes irregulares que corresponden a orificio de entrada en hemotórax anterior izquierdo a nivel de 3° y 4° espacios intercostal izquierdo con línea medio clavicular, con fractura completa de 4° costilla». (fl. 67-81 del C. 2).

Los proyectiles destruyeron los pulmones y desgarraron el ventrículo cardiaco izquierdo; el cadáver fue abandonado por la fuerza pública, hasta el día siguiente,

cuando el inspector de policía practicó la correspondiente diligencia de levantamiento; según la certificación que al efecto la inspección de policía del municipio de Inzá, la víctima «no registra antecedente alguno y tampoco se tiene conocimiento de que esta persona haya o no tenido vínculos de índole subversivo» (fl. 247 C. 2).

Las personas retenidas conjuntamente con la víctima, también carecían de antecedentes y al no encontrárseles nada que indicara su vinculación con grupos armadados irregulares, concluido el simulacro de ejecución fueron dejados en libertad.

La directora de Instrucción Criminal, anota que al interrogar al teniente Jorge Enrique Bautista por los hechos ocurridos, respondió. «Todo está muy claro hice un operativo y metimos las patas, pero dígame doctora quien no se equivoca, que levante la mano el que no se ha equivocado (fl. 145 del C. pricipal y 221 del C. 2).

Cumplidas las diligencias preliminares, las fuerzas militares optaron por exonerar de cargos a los autores del óbito. En el proceso disciplinario, adelantado a raiz de los sucesos, mediante providencia del 23 de enero de 1989, se les sanciona por motivo las irregularidades que cometieron al realizar el operativo militar, en lo concerniente a la toma de la población y a los malos tratos de palabra y obra a que sometieron a todas las personas allí aprehendidas.

Huelga advertir que el hecho generador de la responsabilidad de la adminsitración radica en este caso en el uso innecesario, excesivo y carente de legitimidad de las armas oficiales. La situación descrita, evidencia una grave falla o falta del servicio público a cargo del ejército Nacional, que teniendo a cargo la obligación de rango constitucional de respetar y preservar la vida de las persona retenida, o sea, de devolverlo ileso, sin causa justificativa real o aparente se optó por desconocer esa garantía fundamental, al darle muerte en forma inmisericorde. Por tanto, el resarcimiento de los perjuicios causados a la parte actora correrá a cargo de la demandada.

Conforme a las orientaciones de la Sala y a la prueba de su interés que obra en el plenario, los demandantes tienen derecho al reconocimiento de los perjuicios morales que reclaman, pero en condición de damnificados. Por estas consideraciones, a cada uno de los sedicentes padres de la víctima, se les concede por concepto de perjuicios morales la suma equivalente en pesos colombianos a ochocientos (800) gramos de oro fino; a los sedicentes hermanos del occiso, por el mismo concepto, se les concede la suma equivalente, en pesos colombianos, a doscientos (200) gramos de oro fino, a cada uno de ellos. Para su pago, el precio del oro será el interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia, oportunidad a partir de la cual las sumas así liquidadas devengarán los intereses comerciales y de moera que prevé el artículo 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. CONFIRMANSE los ordinales 1° y 3° a 5° de la sentencia apelada, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Cauca en marzo 18 de 1993.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal 2° del mismo fallo, el cual quedará así:

2° Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal 1° CONDENASE a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de LUIS ENRIQUE YUGUE YAGUECHIME y ROSA YACUECHIME YUGUE, la suma equivalente, en pesos colombianos, a ochocientos (800) gramos de oro fino, a cada uno de ellos; a MARIA MONICA YUGUE YACUECHIME y TOBIAS YUGUE YACUECHIME, o a quien represente sus intereses, la suma equivalente en pesos colombianos a doscientos (200) gramos de oro fino, a cada uno de ellos.

TERCERA. El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de los perjuicios morales, sera el que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo y a partir de esa misma oportunidad, las sumas así concretadas, devengarán los intereses que establece el artículo 177 del C.C.A.

CUARTO. Expídanse copias a las partes para su cumplimiento (artículo 115 del C. de P.C.).

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.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y tres (1993)

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Vehículo oficial/EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Inexistencia/CONSCRIPTO

Con acierto manejó el *a quo* el caso *subjúdice*, encuadrándolo dentro del régimen de responsabilidad extracontractual administrativa por falla presunta del servicio, en razón a que el daño se ocasionó con un vehículo cuya peligrosidad es suficiente para comprometer la responsabilidad de la entidad oficial a la que pertenece el automotor, sin que se haga necesario acreditar la falla del servicio, para estructurar aquella, siempre y cuando, desde luego, el hecho dañoso y la relación de causalidad se hayan demostrado, así como que el nexo instrumental era propiedad de la entidad pública o por lo menos se encontraba a su disposición a la ocurrencia del hecho. Ahora bien, frente al régimen de presunción de falla del servicio, puede la Administración exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de alguno de los elementos que desvirtúen esa presunción a saber: el hecho o culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, ninguna de ellas acreditadas por el ente demandado en este proceso. Por el contrario, de las manifestaciones testimoniales en el proceso penal se hace ostensible la improvisión y ligereza para seleccionar al conductor del camión accidentado, dejando de lado al que regularmente lo había manejado, con el agravante de que el Sargento Córdova Valencia se afirma que había ingerido licor horas antes de iniciar su misión como conductor. En tratándose de la muerte de un joven que prestaba servicio militar, ha sostenido la Sala "que de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares. Si no sucede tal cosa, y muere o sufre daños por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción militar, como sucedió aquí, el patrimonio estatal deberá responder por tal resarcimiento".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativ.- Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*
Referencia: Expediente N° 8065. Actor: Luis M. Cañizales. Demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional

Se decide el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 13 de octubre de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. Declárase responsable a la Nación (Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional) de la muerte del señor Wilson Marino Canizales Vásquez, hecho ocurrido el 25 de octubre de 1987 en el Municipio de Santa Bárbara al volcarse el camión militar modelo 73 F600, de placas EJC N2108.

"SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, la Nación pagará al demandante el equivalente a cien (100) gramos de oro por concepto de perjuicios morales, de acuerdo con la cotización a la fecha de ejecutoria del fallo.

"TERCERO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

"CUARTO. Si esta providencia no fuere apelada consúltese"

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1° Las pretensiones

En escrito presentado el 23 de octubre de 1989 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el actual apoderado de Luis M. Canizales, entonces su agente oficioso, presentó demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. La Nación (Ministerio de Defensa Nacional), es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados al señor Luis M. Canizales B., con la muerte de su hijo Wilson Marino Canizales (o Cañizales) Vásquez, el 24 de octubre de 1987, en un accidente de tránsito ocurrido en la carretera troncal de Occidente, en inmediaciones del Municipio Antioqueño de Santa Bárbara.

1.1. Condénase a la NACION (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar,

"A. Al señor LUIS M. CANIZALES B.,

"11.1. **Daños morales**, con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de mil gramos de oro-fino.

"11.2. **Perjuicios patrimoniales**,
"112.1 Por lo que le cueste el pleito, valor que se demanda como empobrecimiento consecuencial al hecho fundamental de la acción, es decir, como un daño, incluyendo, desde luego, el valor de los honorarios que deberá pagarle a los abogados indispensables para hacer valer procesalmente sus derechos, fijado el monto, de acuerdo con las tarifas de los Colegios Antioqueño de Abogados "COLEGAS" y de Abogados de Bogotá, sobre su resultado económico.

"**En subsidio**:

"112.2. La fijación de los honorarios de los abogados se hará por el Tribunal, dándole aplicación a los artículos 4° y 8° de la Ley 153 de 1887 y 164 del C. de P. Civil.

"B. Al demandante LUIS M. CANIZALES B. se le pagarán también los perjuicios patrimoniales resultantes de:

"112.3. La pérdida del valor de la crianza, educación y establecimiento de la vida del hijo fallecido;

"112.4 La frustración de la ayuda económica que de él venía recibiendo y que de no haber muerto prematuramente con seguridad le habría dado hasta el fin de sus días, y,

"112.5. La pérdida del derecho alimentario, en sí mismo considerado.

"Los perjuicios materiales que por los anteriores conceptos se le están debiendo al demandante LUIS M. CANIZALES B., se le pagarán por el monto que se pruebe en el curso del proceso, junto con sus intereses, que se demandan como parte del lucro cesante, y en pesos de valor constante en relación evolución del Indice Nacional de Precios al Consumidor de Bajos Ingresos.

"**En subsidio**:

"112.6. Si no hubiere en los autos bases suficientes para hacer la liquidación matemática de lo que valen los anteriores perjuicios, en todos o en algunos o alguno de sus aspectos, el Tribunal, por razones de equidad será servido de fijarlos 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 4° y 80 de la Ley 153 de 1887 y 107 del C. Penal.

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

2° Fundamentos de hecho

Se refiere en la demanda que el 24 de octubre de 1987, cuando transportaba efectivos militares del Batallón Nutibara hacia el suroeste de Antioquia, el camión en

que se movilizaban, entre otros, el soldado Wilson Mariño Cañizales, presentó una falla en los frenos que originó el accidente cuando el vehículo pretendía tomar una curva. El occiso era hijo de Luis M. Cañizales y trabajaba en labores agrícolas y "ayudaba a su padre con no menos de la mitad de lo que se ganaba".

3° Actuación procesal

Con la determinación de que el agente oficioso prestara caución de $ 300.000, la demanda fue admitida y notificada al ente oficial cuya apoderada sostuvo que la parte actora debía probar la falla del servicio "puesto que la responsabilidad presunta de la Administración no ha sido acogida aún como jurisprudencia, por encontrarse las sentencias que intentaron esbozarla, sometidas al recurso extraordinario de súplica". El demandante ratificó la actuación del agente oficioso y le otorgó poder especial para este proceso.

Al alegar de conclusión la parte demandada sostuvo que la falla en el sistema de frenos obedeció a un hecho imprevisto e irresistible, con mayor razón cuando el vehículo iba descendiendo y el conductor no tenía otra posibilidad de maniobrar distinta de chocar contra la barranca, pues de lo contrario la caída al precipicio hubiese causado daños más graves que los conocidos. Con relación a los perjuicios reclamados por el padre, estima que los materiales no fueron acreditados y que a los morales no hay lugar por cuanto vivía alejado de su hijo desde varios años atrás.

4° La sentencia apelada

Para el Tribunal en el caso examinado se presentó una falla de servicio presunta por el accidente de un automotor del Ejército en el cual pereció el soldado Wilson Marino Canizales Vásquez en el servicio y por causa y razón del mismo, sin que la entidad demandada se exonerara de responsabilidad con la prueba de alguna de las eximentes. Por el contrario, considera el a quo que "no se actuó con la suficiente prudencia y diligencia", pues el conductor habitual del vehículo fue cambiado por otro que carecía de la experiencia necesaria y que al parecer se hallaba alicorado al momento de los hechos. De otra parte descarta que sí hubo falla en los frenos del automotor, ella pueda catalogarse como fuerza mayor, y aún aceptando que se tratara de un caso fortuito, tal circunstancia no exonera de responsabilidad.

Considera igualmente el Tribunal que por encontrarse la víctima prestando servicio militar, conforme a reiterada orientación jurisprudencial, si había ingresado a prestar el servicio en buenas condiciones de salud, también debe dejar el servicio en condiciones similares, de modo que si muere o lesiona por fuera de los riesgos normales de la instrucción militar, corresponde al Estado indemnizar los perjuicios.

Con relación a los perjuicios morales, estima el a quo que si bien el daño moral se presume entre padres e hijos por el solo hecho del parentesco, en este caso la presunción si bien no se desvirtúa, sí se debilita considerablemente en razón a que "según consta en el informativo prestacional allegado al proceso, el actor había abandonado a

su compañera María Isabel Alomia y a su hijo Wilson Cañizales Alomia desde hace muchos años..." por tal razón condenó al pago del equivalente a 100 gramos de oro. Con respecto a los perjuicios materiales encontró el Tribunal que no se había probado el auxilio económico supuestamente brindado por el hijo a su progenitor. Así mismo rechazó la indemnización por perjuicios derivados de la pérdida de los valores invertidos en la crianza y educación del occiso, dado que los mismos son inherentes a las obligaciones legales de los progenitores para con sus hijos.

5° Razones de la apelación

Cuestiona la parte demandante el fallo anterior en razón a que para reconocer el valor de los perjuicios morales, el Tribunal tuvo en cuenta dos testimonios recaudados en una tramitación prestacional, los que no fueron aportados legalmente, de acuerdo con el artículo 185 del C. de P.C., pues no se ratificaron, ni pudieron ser controvertidos en este proceso, por lo que concluye que tales pruebas carecen de todo valor para demeritar la presunción del daño moral.

6° El concepto del Ministerio Público

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, conceptúa en el sentido de que se confirme el fallo apelado, cuyas consideraciones para declarar la responsabilidad de la administración y disponer de indemnización reconocida comparte.

Igualmente el apoderado del Ministerio de Defensa en su alegato de conclusión solicita la confirmación del fallo apelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Sala que el fallo recurrido se confirmará, dado que los razonamientos jurídicos y la valoración probatoria que le sirvieron de fundamento, acompasan con un acertado criterio jurídico y con las orientaciones jurisprudenciales que sobre el particular ha señalado la Corporación.

En el proceso se estableció suficientemente que el 25 de octubre de 1987, cuando se trasladaba personal de la Compañía Caldas, en el vehículo F-600, de placas N° 2108, modelo 1973, al parecer por daños en el sistema de frenos y para evitar el volcamiento por un precipicio, el conductor lo estrelló contra un barranco, a consecuencia de lo cual el soldado Wilson Marino Canizales Vásquez resultó con lesiones craneales y otras fracturas que le produjeron la muerte. Así se desprende de las informaciones procesales visibles a los folios 4, 5, 6, 52, 66, 74, 75, 76, 77, 78, 88, 93, 94 y 105. Se acreditó igualmente que la víctima prestaba su servicio militar en el Batallón de Infantería N° 11 "Cacique Nutibara", como integrante del 4-C-87 y perteneciente a la Compañía Caldas.

Con acierto manejó el a quo el caso subjúdice, encuadrándolo dentro del régimen de responsabilidad extracontractual administrativa por falla presunta del servicio,

en razón a que el daño se ocasionó con un vehículo cuya peligrosidad es suficiente para comprometer la responsabilidad de la entidad oficial a la que pertenece el automotor, sin que se haga necesario acreditar la falla del servicio, para estructurar aquella, siempre y cuando, desde luego, el hecho dañoso y la relación de causalidad se hayan demostrado, así como que el nexo instrumental era propiedad de la entidad pública o por lo menos se encontraba a su disposición a la ocurrencia del hecho.

Ahora bien, frente al régimen de presunción de falla del servicio, puede la Administración exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de alguno de los elementos que desvirtúen esa presunción a saber: el hecho o culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, ninguna de ellas acreditadas por el ente demandado en este proceso. Por el contrario, de las manifestaciones testimoniales en el proceso penal se hace ostensible la improvisación y ligereza para seleccionar al conductor del camión accidentado, dejando de lado al que regularmente lo había manejado, con el agravante de que del Sargento Córdova Valencia se afirma que había ingerido licor horas antes de iniciar su misión como conductor. (fls. 55, 61, 69, 99 y 105 del cuaderno N° 2), de donde concluye la Sala que faltó prudencia y diligencia en el personal militar a cuyo cargo estuvo la operación de transporte trágicamente desarrollada.

No resulta de recibo como eximente de responsabilidad el supuesto daño en la manguera del sistema de frenos que "presenta una talladura y estallamiento por un elemento extraño", cuya reparación según el mismo perito ha debido realizar en anteriores ocasiones en otros vehículos. (fl. 330 c. 2). Su propia manifestación hace ver la previsibilidad del daño, y la correspondiente obligación de control y mantenimiento respecto de esa pieza clave en el sistema de frenado del carro accidentado.

Por lo demás, si hipotéticamente llegara a considerarse como caso fortuito la falla mecánica anotada, que no lo es, aquel no configura dentro del régimen de falla presunta causal eximente de responsabilidad. Complementa lo anterior la precisión que hace el a quo en el sentido de que conforme al artículo 261 del Código Nacional de Tránsito, "en el ejercicio de las actividades peligrosas el demandado sea persona jurídica de derecho público o privado, sólo se libera mediante la prueba de una causa extraña, con lo cual se quiere hacer referencia sólo al hecho externo o fuerza mayor".

Aparte de lo anterior, en tratándose de la muerte de un joven que prestaba servicio militar, ha sostenido la Sala "que cuando una persona ingresa al servicio militar en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares. Si no sucede tal cosa, y muere o sufre daños por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción militar, como sucedió aquí, el patrimonio estatal deberá responder por tal resarcimiento". (Sentencia de 28 de abril de 1989. Consejero Ponente, Doctor Carlos Betancur Jaramillo).

Son entonces dos motivaciones diferentes las que convergen en el subjúdice para declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado, frente a las cuales este último no acreditó alguna causal eximente de aquella.

Ahora bien, con fundamento en su condición de padre extramatrimonial del occiso, el demandante reclama el reconocimiento de perjuicios materiales y morales. En cuanto a los primeros, con toda razón el a quo se abstuvo de reconocerlos por cuanto en el proceso no se demostró que la víctima colaborara económicamente con su progenitor, menos aún se probó la actividad económicamente productiva del occiso y los ingresos provenientes de la víctima. Comparte igualmente la Sala la negativa del Tribunal para disponer el pago por los costos del proceso y el valor de los honorarios profesionales del abogado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 171 del C.C.A. y 392 del C. de P. C.

Por último, en relación con los perjuicios de carácter moral, cuya cuantía el a quo la tasó en el equivalente en pesos a 100 gramos de oro, en razón a que el padre demandante había abandonado a María Isabel Alomía y a su hijo Wilson Canizales Alomía desde hacía varios años, el impugnante cuestiona tal decisión por cuanto se basó en pruebas testimoniales "practicadas sin la participación del demandante LUIS M. CANIZALES B., en un proceso administrativo de carácter prestacional, con una finalidad distinta a la del proceso administrativo de tendencia indemnizatoria... y que en este último no fueron ratificados los testimonios de la Señora MARIA ELY VINASCO DE POSSO y el Señor JOSE DESIDERIO POSSO, ni tampoco se cumplió el rito que permitiera la contradicción de dicha prueba en el proceso administrativo...". Concluye el apelante que dichas pruebas "no tienen fuerza probatoria para desvirtuar la presunción de daño moral o debilitarla en gran medida".

Para la Sala los cuestionamientos de la parte actora no deben prosperar, dado que, en el curso del proceso tuvo suficiente oportunidad para referirse a las pruebas criticadas y controvertirlas en cuanto a su contenido. En efecto, el informativo prestacional en el que se recaudaron los testimonios cuestionados fue solicitado como prueba desde el 23 de octubre de 1989, se decretó el 30 de marzo de 1990, y fue allegado al proceso el 14 de noviembre de 1990. Si el período probatorio se clausuró el 24 de octubre de 1991, ello significa que desde su solicitud hasta cuando se dispuso el traslado para alegar en primera instancia, transcurrió un lapso de dos años, durante el cual quien ahora censura las declaraciones no hizo manifestación alguna de desacuerdo con tales pruebas, ni procuró de alguna forma controvertirlas sino estaba de acuerdo con las mismas. Pero, lo que más llama la atención de la Sala es la conducta procesal del apoderado apelante, al pretender desconocer y eludir las consecuencias probatorias de un elemento de convicción solicitado por él mismo, como se deduce del escrito demandatorio, en el cual, en el capítulo de "prueba documental", solicitó: "2.3. Que se oficie al Oficial Jefe de la División de Prestaciones Sociales, del Comando General del Ejército, Ministerio de Defensa Nacional, **para que remita copia completa del informativo prestacional correspondiente al soldado del Ejército Nacional, WILSON MARINO CANIZALES (o CAÑIZALES) VASQUEZ**, muerto el 24 de octubre de 1987, en accidente de tránsito..." (fl. 15). (subraya la Sala).

En las anteriores condiciones considera la Sala que no pueden prosperar las críticas del apelante frente al fundamento probatorio del fallo recurrido, el cual, consecuencialmente deberá mantenerse, todo con base en el principio llamado de la "comunidad de la prueba" o "asunción de la prueba".

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, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público.

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 13 de octubre de 1992 por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de septiembre 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.

INCORA/ADQUISICION DE TIERRAS/PREDIO RURAL/CABIDA/CUERPO CIERTO/AVALUO/DISMINUCION EN EL PRECIO-Improcedencia

El artículo 58 de la Ley 135/61 que fué modificado por el 24 de la Ley 30/88, señala los pasos a seguir para que el Incora adquiera tierras y mejoras de propiedad privada de los particulares para el cumplimiento de los fines y ejecución de los programas de la Ley 30/88. En el numeral 3° indica la forma de identificar el predio que se va a adquirir, identificación que se logra a través de los estudios, visitas, mensuras o elaboración de planos y demás diligencias que sean necesarias para el efecto. De esos pasos corresponde el señalado número 4, que consiste en el avalúo del predio por experto del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Si existió una diferencia en la cabida del predio, ello se debió a los planos elaborados por el propio Incora, como en efecto se admite en la demanda, donde se endilga toda la responsabilidad al funcionario de esa entidad que levantó el plano. Pero los demandantes nunca pretendieron vender por cabida, sino como cuerpo cierto y así lo anunciaron en la promesa y lo ratificaron en la escritura de compraventa y en aquella mediante la cual aclararon y ratificaron la primera. La disminución en el precio que pretende el ente demandante, no procede sino para cuando la venta se hace en consideración a la cabida del predio, conforme lo dispone el artículo 1888 del C.C.; en consecuencia, como aquí la venta se hizo fué como cuerpo cierto, el Incora no tiene derecho a solicitar la disminución del precio. Al no haberse demostrado la existencia del objeto ilícito, no se declara la nulidad absoluta pretendida. Tampoco habrá lugar a lograr disminución en el precio, por cuanto el predio no se vendió en consideración a su cabida.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y tres

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente N° 8073. Actor: Incora. Demandado: Alfredo Orjuela Russi y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 23 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1° Lo que se demanda

En escrito presentado el 13 de diciembre de 1990, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora- a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el art. 87 del C.C.A., formuló demanda en contra de las siguientes personas: ALFREDO ORJUELA RUSSI, LUZ ELENA HERRERA PEREZ, ALBA MARY HERRERA DE DUQUE, MARIELA HERRERA PEREZ, INES HERRERA PEREZ, FERNANDO HERRERA PEREZ, MERY HERRERA PEREZ, ADIELA HERRERA PEREZ, HERIBERTO HERRERA PEREZ y MYRIAM HERRERA PEREZ; con el fin de lograr las declaraciones que aparecen relacionadas a folios 41 a 44 del cuadero N° 1, y que en síntesis, se concretan a lo siguiente:

1° Que es nula de nulidad absoluta, la parte final, de la cláusula primera, de la escritura pública N° 530 del 12 de diciembre de 1989, de la Notaría Primera de Sevilla (Valle), en la que se lee: "...Es entendido que la venta se hace como cuerpo cierto, transfiriéndose la totalidad de los terrenos comprendidos dentro de los linderos técnicos anteriormente descritos...".

2° Que son nulas, de nulidad absoluta, las cláusulas TERCERA y CUARTA, de la escritura pública N° 74 del 13 de febrero de 1990, de la Notaría Primera de Sevilla (Valle), mediante la cual se aclara y ratifica el contenido de la compraventa contenida en la escritura N° 530 de 1989.

3° Que es nula de nulidad absoluta, la parte del acta de fecha 17 de octubre de 1989, de entrega material de la Finca Berlín, en cuanto establece: "TERRENOS: Ley 135 de 1961, artículo 58 numeral 4b 821 Has. 9843 M2. Ley 135 de 1961, artículo 58 numeral 4b: 821 Has. 9843 M2" y la parte final que dice: "En esta forma los representantes del INCORA, Regional del Valle del Cauca y sus propietarios del predio BERLIN declaran los primeros haber recibido y los segundos haber entregado a satisfacción la finca...".

4° Que se declare que la compraventa se celebró fué en consideración a la cabida del predio rural BERLIN y no de ninguna otra manera contraria a esta modalidad.

5° Que los vendedores deben entregar el predio Berlín con un área de 813 Has, pero como no es posible porque sólo tiene 720 Has, que restituyan del precio de la venta, el valor de la diferencia de la cabida, 92 Has, a razón de $195.249 cada una, conforme al avalúo oficial, para un total de $18.121.215.89.

6° Declarar que las demás partes del contrato son válidas.

7° Ordenar que la sentencia se inscriba en el folio de matrícula N° 380-0009950.

8° Condenar en costas a los demandados.

2° Los hechos

Se narraron 18 hechos que permiten ser resumidos así:

1. Con el fin de cumplir con la función pública de adelantar la Reforma Agraria Nacional, mediante la Resolución 106 de diciembre de 1988, se facultó al Gerente General del Incora para adquirir predios rurales en los municipios de Tuluá y Bugalagrande, quien a su vez delegó esa facultad a los gerentes regionales, a través de la Resolución N° 04700 del 12 de julio de 1989.

2. Mediante el acta 688 del 4 de septiembre de 1989, en razón del ofrecimiento de los propietarios del predio Berlín, la Junta Directiva del Incora autorizó, a la Gerencia Regional del Valle del Cauca, para ofrecer compra a los propietarios del predio Berlín, situado en la vereda Altaflor del Municipio de Tuluá, departamento del Valle del Cauca, por una cabida de 821 Has 9823 M2, conforme al plano G-439-340 de mayo de 1989, por valor de $ 176.960.000 incluídos tierras y mejoras.

3. El 3 de octubre de 1989, se firmó entre las partes la promesa de contrato de compraventa y el 17 del mismo mes, se hizo la entrega material del predio Berlín, al Incora.

4. El contrato de compraventa se formalizó a través de la escritura pública N° 530 del 13 de diciembre de 1989, de la Notaría Primera Principal del Círculo de Sevilla, aclarada y ratificada a través de la número 74 del 13 de febrero de 1990, de la misma notaría.

5. El Incora pagó el precio a los vendedores, en la forma establecida.

6. En el mes de mayo de 1990, el Incora realizó un nuevo levantamiento topográfico del terreno, constatándose que la cabida real del predio, era 720 Has, 7184 M2 no 813 Has, 9823 M2, como aparecía en el plano levantado inicialmente por el Incora y que estuvo a cargo del topógrafo Holmes Sánchez Herrera, a quien se le adelantó un procedimiento disciplinario, trámite en el que admitió haber alterado los planos. Por esta razón ese funcionario fué destituído mediante la Resolución N° 03096 del 14 de junio de 1990.

7. Con la actuación irregular del funcionario hizo incurrir en error al Incora, en la compra del predio Berlín.

8. La diferencia de la cabida real del inmueble es de 92 Has 8108 M2, a razón de $ 195.249 Ha, para un total de $ 18.121.215.89, que como se pagó en exceso a los vendedores, deben ser devueltos.

9. El objeto del contrato es ilícito, por cuanto las Leyes 135/61, 30/88 y el Decreto 2107/88, dicen que el Incora sólo puede adquirir inmuebles rurales por cabida y en ninguna otra forma, como de cuerpo cierto.

3° Concepto de violación

Asegura el ente actor, que con las cláusulas cuya nulidad absoluta se persigue, se violaron las siguientes normas:

- Ley 135/61, art. 58, letra a) numerales 3° y 4°, subrogado por el artículo 24 de la Ley 30 de 1988; y artículo 61, literal a), subrogado por el artículo 26, de la misma ley.

- D.R. 2107/88, arts. 16 y 19, literal a).

- Código Civil, artículos 1546, 1884 y 1887.

4° Actuación procesal

El auto admisorio de la demanda, se notificó por conducta concluyente, al contestar la demanda, la señora LUZ HELENA HERRERA, quien a su vez obraba en nombre y representación de sus hermanos: ALBA MARY HERRERA DE DUQUE, MARIELA, INES, FERNANDO, MARY y ADIELA HERRERA PEREZ.

A través de curador ad litem, se notificó a HERIBERTO y MYRIAM HERRERA PEREZ (fl. 129).

Al señor ALFREDO ORJUELA RUSSI, se le notificó personalmente el 6 de marzo de 1991. Mediante apoderado judicial, respondió a través del escrito que obra a folios 107 y 109 del cuaderno N° 1, en el que se opone a las súplicas de la demanda.

Oportunamente quienes se notificaron por conducta concluyente, a través de un mismo abogado, mediante el escrito que obra a folios 93 y ss del cuaderno N° 1, se oponen a las pretensiones del INCORA y argumentan que no es cierta la disposición legal según la cual los predios que adquiera ese instituto, han de serlo exclusivamente en razón de su cabida. Plantean además la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, por cuanto la demandante pretende que se declare la nulidad absoluta del contrato por existir objeto ilícito y a la vez pide que se declare la validez del contrato. También encuentra inepta la demanda, porque a ella no se acompañó el acta de entrega cuya nulidad se pide.

ALFREDO ORJUELA RUSSI, contestó por separado, a través del escrito que obra a folios 107 y ss del cuaderno N° 1, allí se opuso a las peticiones, afirmó que la venta es perfectamente válida, cuando las partes han convenido cosa y precio, por tanto las escrituras 530 y 74 del 13 de diciembre de 1989 y del 13 de febrero de 1990, son ley para las partes.

El curador ad litem de HERIBERTO HERRERA PEREZ y MYRIAM HERRERA PEREZ, también contestó la demanda, en el sentido de que no le constaban los hechos.

El Tribunal intentó fracasadamente la conciliación, en dos oportunidades (fls. 158 y 166 del cuaderno N° 1). Con el mismo resultado, las partes intentaron transar (fls. 175 a 177 idem).

Dentro del término concedido a las partes para presentar sus alegatos de bien probado, el Incora relató nuevamente los hechos e insistió en que la cláusula primera de la escritura N° 530 del 13 de diciembre de 1989, así como la tercera y cuarta de la escritura de ratificación violan la Ley 135/61, arts. 58, literal a), N° 3 y 4 y 61, modificados por la Ley N° 30/88, arts. 24 y 26 y el D.R. 2107/88, artículo 19, letra a), violación que se presenta porque la venta del predio Berlín se hizo como cuerpo cierto y no por cabida conforme lo ordenan esas normas. Pidió aplicar los arts. 1546, 1884 y 1887 incisos 2 y 4 del C.C., por cuanto tiene la calidad de contratante cumplido al haber pagado el precio, en consecuencia, puede pedir a los demandados que cumplan entregando la cabida real del inmueble, hecho que al resultar imposible, debe conllevar a la rebaja del precio en lo pagado de más.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5° La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, puso fin a la controversia en primera instancia, a través de la sentencia proferida el 23 de octubre de 1992, en la cual empezó por definir que era competente para conocer del proceso por cuanto se demandó un contrato de compraventa de inmueble rural, realizado por el Incora, para los fines señalados en la Ley 135/61.

Despachó desfavorablemente la excepción de inepta demanda, por cuanto el análisis de las pretensiones no mostraba que su acumulación era indebida.

Negó las súplicas de la demanda, porque llegó a la conclusión de que el contrato no violaba ninguna disposición legal, por cuanto, no hay ley ni agraria, ni civil, que prohíba al Incora realizar compras de inmuebles rurales, como cuerpo cierto. Además se negó a ordenar la rebaja del precio, dado que la negociación se hizo como cuerpo cierto y en ese caso, ni el comprador, ni el vendedor, gozan de los derechos consagrados en el artículo 1889 del C.C., para cuando la venta se realiza por cabida.

Por último, enseñó al demandante que podía repetir contra los funcionarios que alteraron los planos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 290 del Decreto 222/83.

6° El recurso de apelación

Inconforme la parte actora con lo así decidido, apeló para que se revocara la sentencia y en su lugar se accediera a las súplicas de la demanda, por cuanto en esa sentencia se desconoció que en el contrato se violó el artículo 58 de la Ley 30/88, irregularidad que conlleva nulidad absoluta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto 222/83, al violar normas de derecho público; alega también, que el fallo quebrantó el artículo 1887 del C.C., que autoriza la rebaja del precio, cuando la cabida real resulta inferior, como ocurrió en este caso, según se comprobó en el proceso disciplinario adelantado en contra del funcionario del Incora HOLMES SANCHEZ HERNANDEZ que reposa en el cuaderno N° 3 del expediente.

En la oportunidad concedida a las partes, para que presentaran sus alegaciones finales en esta instancia, la demandada guardó silencio. La actora, defendió la posibilidad de pedir la nulidad parcial del contrato, para el efecto, citó algunos tratadistas. Insistió en que las cláusulas demandadas están viciadas de nulidad absoluta, por cuanto hay objeto ilícito, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1523 del C.C., existe cuando el contrato está prohibido por la ley.

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, pide que se confirme el fallo apelado, por cuanto en nuestra legislación no existe ninguna disposición que prohíba al Incora adquirir un inmueble como cuerpo cierto. Aclaró que la Ley 30/88 y el Decreto 2107 del mismo año, que se señalan como violados, simplemente se refieren a los trámites o procedimientos que se deben seguir para la adquisición de terrenos por parte del Incora, pero en ninguna parte se prohíbe la compra como cuerpo cierto, en consecuencia, no existe objeto ilícito. Finalmente, coincidió con el Tribunal, en que el Incora podía hacer uso del derecho consagrado en el artículo 250 del Decreto 222/83, para repetir en contra del funcionario que lo hizo incurrir en el error.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirma la sentencia apelada, dado que comparte las conclusiones a que se llegó, después de un serio y juicioso análisis de los presupuestos fácticos, probatorios y normativos que informan el proceso.

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala lo analizará siguiendo este derrotero: 1° Las cláusulas cuya nulidad se pretende. 2° El concepto de violación. 3° La consecuencia que se persigue. 4° La conclusión.

1° Las cláusulas cuya nulidad se pretende. El ente demandante pretende que se declare la nulidad de unas cláusulas pertenecientes a un contrato de compraventa

que celebró con los demandados, mediante el cual adquirió el predio rural denominado Berlín, ubicado en la vereda de Altaflor, jurisdicción de Tuluá (Valle).

El contrato de compraventa se perfeccionó mediante la escritura pública N° 530 del 13 de diciembre de 1989, de la Notaría Primera de Sevilla (Valle), escritura que fue aclarada y ratificada mediante la N° 74 del 13 de febrero de 1990, de la misma notaría.

Se pide la nulidad absoluta de la parte final de la cláusula primera de la escritura N° 530 y de las cláusulas tercera y cuarta, de la escritura N° 74, las que textualmente dicen:

ESCRITURA N° 530, Cláusula primera, parte final:

"Es entendido que la venta se hace como cuerpo cierto, transfiriéndose la totalidad de los terrenos comprendidos dentro de los linderos técnicos anteriormente descritos..." (fl. 132, Cuaderno N° 2).

ESCRITURA N° 74, Cláusula tercera, "Que esta ACLARACION tiene por objeto definir que las cifras de extensión y valores, son las mismas que aparecen corregidas en el instrumento N° 530 mencionado, y las que corresponden a la realidad de la negación efectuada dentro del instrumento aquí RATIFICADO y ACLARADO, y que por consiguiente estas correcciones fueron aceptadas por las partes, conjuntamente, y en ningún momento se hicieron unilateralmente." (fl. 184 vto y 184, Cuaderno N° 2).

ESCRITURA N° 74, Cláusula Cuarta, "Que las correciones allí efectuadas fueron necesarias por la RECTIFICACION DE PLANOS Y MEDIDAS hechas por la misma División Técnica de Ingeniería del Incora; que alteró lo escrito en razón del primer plano levantado por la misma entidad para la negociación." (fl. 185 Cuaderno N° 2).

2° El concepto de violación.

La parte actora pide la nulidad de esas estipulaciones, por encontrar que ellas se hicieron en contra de la ley, por cuanto existen disposiciones legales que le prohíben al Incora comprar como cuerpo cierto, debiendo hacerlo por cabida. Las normas que señala como violadas son las siguientes:

A) Ley 135/61, art. 58, Nos. 3 y 4, letra a, modificado por el art. 24 de la Ley 30/88.

"El artículo 58 de la Ley 135 de 1961, quedará así:

"...3. Reunión de los elementos para adquisición de predios. Aprobado el programa anual de actividades del INCORA y determinadas las zonas de reforma

agraria, el Instituto practicará los estudios, visitas, mensura, o elaboración de planos, avalúos y demás diligencias que considere necesarias para identificación, determinación de la aptitud y valoración de los predios que pretenda adquirir, dentro de las áreas geográficas delimitadas en el programa anual, para lo cual podrá requerir de las oficinas seccionales de Catastro, Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Notarías, Instituto Geográfico Agustín Codazzi y otras entidades públicas, los documentos, informes, o certificaciones que estime pertinentes para los expresados fines. Por cada predio se determinará el área de las unidades agrícolas y la porción excluible".

"Los dueños de predios, poseedores, tenedores, sus representantes, socios, intermediarios, empleados y en general, cualquier persona que se encuentre en el predio, estarán obligados a prestar toda su colaboración para la práctica de las diligencias que el Instituto requiera en cumplimiento de este artículo, y si se opusieren o las obstaculizaren, el Instituto podrá apremiarlos con multas sucesivas hasta por un valor de diez salarios mínimos o medidas de arresto previstas.

"4. Avalúo. El avalúo del predio que se pretende adquirir será efectuado por dos expertos sorteados de la lista del Cuerpo Especial de Peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, quienes emitirán el dictamen sobre el valor comercial del inmueble teniendo en cuenta como criterios determinantes de su experticio, los siguientes factores:

a) El valor intrínseco de la tierra según su ubicación, la calidad de los suelos, disponibilidad de aguas, la infraestructura física de vías públicas de acceso y dotación de servicios públicos;..."

b) Ley 135/61, artículo 61, literal a), modificado por el artículo 26 de la Ley 30/88:

"El artículo 61 de la Ley 135 de 1961, quedará así:

"Artículo 51. Las tierras y mejoras que adquiere el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, las pagará de la siguiente manera:

"a) El valor de la tierra, en bonos de deuda pública con vencimiento final a 5 años, parcialmente redimibles en 5 vencimientos anuales iguales y sucesivos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de su expedición libremente negociables y sobre los cuales se causará y pagará semestralmente un interés igual al 80% del índice nacional de precios al consumidor certificado por el DANE para cada período".

C) D.R. 2107/88 artículo 16:

"Avalúo-Revisión. El avalúo de los predios que se pretenda adquirir por parte del INCORA será realizado por dos expertos sorteados de la lista del cuerpo

especial de peritos del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", quienes examinarán conjuntamente el inmueble y emitirán su dictamen teniendo en cuenta los criterios de evaluación del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 y lo presentarán de tal manera que se precise en forma independiente el valor intrínseco de la tierra y el de las mejoras en ella incorporadas".

D.R. 2107/88, artículo 19.

"Artículo 19. Contenido de la oferta. La oferta de compra se podrá formular al propietario sobre la totalidad o parte del predio, teniendo en cuenta los requerimientos de tierra previstos en el programa".

"La oferta de compra deberá hacer referencia a los siguientes aspectos:

"a) Identificación del predio con su nombre, linderos, colindancias, cabida total y ubicación;

"b) Naturaleza del programa para el cual se requiere el inmueble;

"c) Area requerida por el Instituto que es objeto de negociación;

"d) Area excluible, si a ello hubiere lugar;

"e) El precio de compra y forma de pago;

"f) Determinación de las servidumbres necesarias;

"g) Término para suscribir la promesa de compraventa y perfeccionar la negociación;

"h) Indicación del plano que tendrá el propietario para decidir o proponer condiciones alternativas de negociación, allegar la documentación que considere conducente y solicitar la exhibición y revisión del avalúo del estudio técnico, si lo estimare conveniente para la defensa de sus intereses".

Parágrafo 1°. Cuando el propietario se niege a recibir la oferta de compra o a firmar el acta respectiva, se dejará constancia de ello suscrita por un testigo y el funcionario respectivo".

Parágrafo 2°. Cualquiera que sea su cuantía, la oferta de compra de un predio debe ser autorizada por la junta directiva del Instituto".

En las normas aquí transcritas no encuentra la Sala ninguna prohibición para que el Incora compre como cuerpo cierto, o a contrario sensu, alguna disposición que le ordene comprar sólo por cabida. En efecto, el artículo 58 de la Ley 135/61 que fué modificado por el 24 de la Ley 30/88, señala los pasos a seguir para que el Incora

adquiera tierras y mejoras de propiedad privada de los particulares para el cumplimiento de los fines y ejecución de los programas de la Ley 30/88. En el numeral 3° indica la forma de identificar el predio que se va a adquirir, identificación que se logra a través de los estudios, visitas, mensuras o elaboración de planos y demás diligencias que sean necesarias para el efecto. De esos pasos, corresponde el señalado en el N° 4, que consiste en el avalúo del predio por expertos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. El literal a, de ese numeral, señala que en el avalúo se deberá tener en cuenta el valor intrínseco de la tierra según su ubicación, la calidad de los suelos, disponibilidad de aguas, la infraestructura física, de vías públicas de acceso y dotación de servicios públicos.

Esa norma dice cómo debe realizarse la identificación y el avalúo, previo a la compra, pero no prohíbe la compra como cuerpo cierto.

Por su parte el artículo 61, literal a), de la Ley 135/61, modificado por la misma Ley 30/88, artículo 26, señala la forma cómo el Incora debe pagar las tierras que adquiere.

Por último, el D.R. 2107/80, en el artículo 16, señala cómo debe hacerse el avalúo y en el 19, el contenido que debe tener la oferta de compra.

3° La consecuencia que se persigue.

El Incora demandó, dado que con posterioridad a la suscripción de las escrituras de compraventa, encontró que el predio no tenía la cabida de 821 Has, 9843 M2 a que se hacía referencia en el avalúo y en la escritura 530, sino que la cabida real era de 720 Has, 7184 M2.

Esa situación, lleva al instituto a pedir que se reduzca el precio, en proporción a la diferencia de la cabida real del predio Berlín.

Para la Sala no existe duda alguna de que la venta del predio Berlín no se realizó en razón de su cabida, sino como cuerpo cierto, esa fué siempre la intención de las partes, y tal convenio es perfectamente lícito, conforme se concluyó al analizar el concepto de violación.

Así es, a folio 186 y ss, del cuaderno N° 2, reposa el contrato de compraventa, que suscribieron las partes el 3 de octubre de 1989, en el parágrafo de la cláusula segunda, el promitente vendedor manifiesta que era su voluntad vender el predio como cuerpo cierto. Esa promesa tomó como base, los linderos técnicos y la extensión que fueron determinados por el mismo Incora, y que constan en el plano de la División de Estudios de Ingeniería del Incora, con número de archivo G-439.340 de mayo de 1989.

Si existió una diferencia en la cabida del predio, ello se debió a los planos elaborados por el propio Incora, como en efecto se admite en la demanda, donde se endilga toda la responsabilidad al funcionario de esa entidad que levantó el plano.

Pero los demandantes nunca pretendieron vender por cabida, sino como cuerpo cierto y así lo anunciaron en la promesa y lo ratificaron en la escritura de compraventa y en aquella mediante la cual aclararon y ratificaron la primera.

La H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que debe entenderse que todas las ventas de predios rurales, se hacen como cuerpo cierto, y que si es voluntad de las partes hacerlo en consideración a la cabida, deben manifestarlo en forma expresa, sino se hace así, se entenderá que se usó la primera de las modalidades.

En sentencia del 14 de junio de 1976, dijo esa Corporación:

> "Para que la venta de un fundo rústico se entienda hecho con relación a su cabida, es indiferente, según los incs. 2° y 4° que su precio se fije de manera global, o que se deduzca del número de medidas que se expresa y del precio de cada medida; como es intranscendente también que se indique una cabida total, o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio. Pero en todo caso y por tratarse, como queda dicho de una situación excepcional, la venta por cabida debe quedar clara e inequívocamente determinada en el contrato; y, por lo mismo, en caso de duda, debe el juez decidir que el predio se vendió como cuerpo cierto y no en consideración a su cabida" (Sent. 14 junio 1976, CLII, 210).

Ahora bien, la disminución en el precio que pretende el ente demandante, no procede sino para cuando la venta se hace en consideración a la cabida del predio, conforme lo dispone el artículo 1888 del C.C.; en consecuencia, como aquí la venta se hizo fué como cuerpo cierto, el Incora no tiene derecho a solicitar la disminución del precio.

A la Sala le llama la atención, en relación con este caso, que el Incora recibió el predio con anterioridad a la firma de la escritura de compraventa y aun así, firmó la escritura en los términos que ahora demanda. El acta de entrega cuya copia obra a folio 119 del cuaderno N° 2, da cuenta dé que ésta se realizó el 17 de octubre de 1989, y las escrituras 530 y 74, son del 13 de diciembre de 1989 y el 13 de febrero de 1990, respectivamente. Esta circunstancia indica que cuando se firmaron las escrituras, el Incora había tenido tiempo suficiente de saber qué era lo que estaba comprando.

4° La conclusión.

Al no haberse demostrado la existencia del objeto ilícito, no se declarará la nulidad absoluta pretendida. Tampoco habrá lugar a ordenar disminución en el precio, por cuanto el predio no se vendió en consideración a su cabida.

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, aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 23 de octubre de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, diecisiete (17) de septiembre 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 ENERGIA-Inexistencia

Ni siquiera por parte del dueño de la casa donde murió la víctima se refieren antecedentes de alteraciones en el servicio eléctrico, ni se acreditó que en las otras casas de la vereda se hubieran presentado dificultades de ese orden, lo que permite deducir un funcionamiento normal en el servicio conductor de energía. Si bien en múltiples pronunciamientos, para decidir sobre responsabilidad por daños ocasionados con elementos conductores de energía eléctrica se ha dado aplicación a la teoría del riesgo excepcional, en el subjúdice no se manejará lo sucedido con esa misma tesis, en razón a que el hecho dañoso aconteció dentro del inmueble y las instalaciones eléctricas del mismo antes que ser responsabilidad del Municipio de Yarumal, lo era del propietario de la casa, dado que el ente oficial apenas se había obligado al tendido de las redes primarias, colocadas en el exterior del inmueble, en cuyo funcionamiento, según se advirtió, no se probó que se hubiera presentando alguna irregularidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santafé de Bogotá, D.C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente N° 8217. Actor: Jose Isaías Chavarría Jaramillo. Demandado: Municipio de Yarumal

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, fechada el 13 de noviembre de 1992, mediante la cual se denegaron las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1° Las pretensiones

En escrito presentado el 11 de julio de 1990, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores José Isaías Chavarría Jaramillo y Marha Nelly Gutiérrez de Chavarría, en sus propios nombres y en representación de sus menores hijos José Ignacio y Claudia María Chavarría Gutiérrez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra el municipio de Yarumal, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1.1. El municipio de Yarumal es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a José Isaías Chavarría Jaramillo y Marta Nelly Gutiérrez de Chavarría, en su calidad de padres legítimos, Claudia María y José Ignacio Chavarría Gutiérrez, en su calidad de hermanos, con la muerte de Marta Lucía Chavarría Gutiérrez, ocurrida en Yarumal el día 18 de julio de 1988, como consecuencia de una fibrilación ventricular que le causó la muerte por descarga eléctrica por culpa del municipio en la instalación de las redes eléctricas.

"1.2. Condénase al municipio a indemnizarles:

"1.2.A. A José Isaías Chavarría Jaramillo y Marta Nelly Gutiérrez de Chavarría, José Ignacio y Claudia María Chavarría Gutiérrez.

"1.2.A.1. **Los perjuicios morales,**

Padecidos por cada uno de ellos, como consecuencia de la muerte de MARIA LUCIA CHAVARRIA GUTIERREZ con el equivalente, individual de mil gramos de oro fino, de la fecha de ejecutoria de la sentencia, y

"1.2.A.1. **Los perjuicios patrimoniales,**

"1.2.A.2.a. Por lo que cueste el pleito, incluyendo lo que deben pagarle a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijado el monto dándole aplicación a las tarifas de los colegios Antioqueño de Abogados (COLEGAS) y abogados de Bogotá, para la especie en litigio.

"En subsidio:

"El daño resultante de lo que deberán pagarle a los abogados se fijará, dándole aplicación a los artículos 4° y 8° de la Ley 153 de 1887 y 164 del C de P.C. y,

"1.2.B. A los demandantes José Isaías Chavarría Jaramillo y Marta Nelly Gutiérrez de Chavarría, se les indemnizarán también: los derivados de:

"1.2.B.1. La pérdida de la ayuda económica que iban a recibir de su hija, capitalizado su valor por el monto que resulte de las bases demostradas en el curso

del proceso, y pagadero, junto con sus intereses en pesos de valor constante de la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

"1.2.B.2. La pérdida del derecho a exigirle alimentos, en sí mismo considerada, y que de acuerdo con universal doctrina, constituye un daño resarcible por excelencia.

"En subsidio:

"Si no hubiere en los autos bases suficientes para hacer la cuantificación matemática de lo que valen los perjuicios cuya indemnización se pretende en los numerales anteriores, el Tribunal, por razones de equidad, los fijará en lo equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia, en cuatro mil gramos oro fino, a dos mil para cada uno de los progenitores del finado, dándole aplicación a los artículos 4° y 8° de la Ley 153 de 1887 y 107 del C.P.

"1.3. El Municipio dará cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 176, 177 y 178 del C.C. Administrativo".

2° Los hechos

De los relatados en la demanda, en la sentencia impuganda se hace el siguiente resumen:

"El municipio de Yarumal extendió la prestación del servicio de energía a la vereda Santa Isabel -donde reside la familia de la víctima-, pero sus empleados distribuyeron irregularmente los cables, invirtiendo la polaridad, en forma tal que, especialmente en época de invierno, las descargas eléctricas se hacían a tierra y, por ende, los aparatos eléctricos tenían que ser desconectados inmediatamente para evitar, de alguna manera, una tragedia. Igualmente, la mala instalación atraía los rayos o descargas eléctricas, por lo que los electrodomésticos tenían que ser desconectados por el temor a morir en su propia casa.

"Egidio Pino, trabajador del Municipio, advirtió la irregularidad al ingeniero encargado de la distribución de las redes, quien hizo caso omiso. También varios empleados y los habitantes del barrio enteraron de la peligrosa situación.

"Varias personas, entre otras Amalia de Castrillón y Marta Nelly Gutiérrez, fueron víctimas de los efectos de energización del neutro, como que sufrieron descargas eléctricas al desconectar sus electrodomésticos en época de lluvias.

"El 18 de julio de 1988, enterada como estaba Marta Lucía de los efectos nocivos de la defectuosa instalación, para evitar tragedias en su residencia se aprestó a desconectar la nevera y recibió una descarga eléctrica que le produjo la muerte minutos después.

"Transcurridos 6 meses el Municipio revisó las instalaciones, corrigió el error advertido por su servidor y nunca se volvieron a presentar los peligros y los accidentes en las veredas.

"Entre los hechos 2.12 y 2.17, inclusive, se realizan planteamientos relacionados con la falla en el servicio".

3° Actuación procesal

Inicialmente, por auto de 19 de julio de 1990 fué admitida la demanda incoada por José Isaías Chavarría Jaramillo y Marta Nelly Gutiérrez de Chavarría en sus propios nombres y en representación de sus hijos mejores José Ignacio y Claudia Chavarría Gutiérrez. Posteriormente, mediante proveído del 31 de julio del mismo año, se modificó el auto anterior "en el sentido de ADMITIR LA DEMANDA SOLO EN CUANTO A LOS MENORES DE EDAD, JOSE IGNACIO y CLAUDIA MARIA CHAVARRIA GUTIERREZ...", por cuanto el poder sólo lo otorgaban los padres en nombre de sus hijos, pero no a nombre de los progenitores.

Con fecha 13 de Agosto el apoderado de los demandantes interpuso recurso de reposición y acompañó un nuevo poder. El Tribunal repuso el auto recurrido y mantuvo así la vigencia del proveído admisorio del 19 de julio de 1990.

El municipio demandado constituyó apoderado para que lo representara en este proceso. Al contestar la demanda propuso la caducidad de la acción pues "cuando se adjuntó el nuevo poder.. ya la acción había caducado en cuanto a ellos (los padres), pues ese poder se recibió en el Tribunal el 13 de Agosto, y ya habían transcurrido más de dos años desde la ocurrencia de los hechos...". Igualmente adujo la falta de legitimación en la causa por activa por cuanto para probar el matrimonio de los demandantes se aportó una copia del acta eclesiástica y no el registro civil de matrimonio.

Al alegar de conclusión sostuvo que de la prueba testimonial "no se infiere que la menor hubiere sido víctima de una descarga eléctrica que se produjera al momento de desconectar un electrodoméstico...". Afirma que la causa de su fallecimiento la atribuye a una descarga eléctrica por un rayo y en tales condiciones no se da ninguna relación de causalidad entre la instalación de las líneas monofásicas y la descarga -rayo- que mató a la menor. Así mismo sostiene que la colocación del neutro como superior o inferior no incidía en la prestación del servicio, ni representaba ningún peligro. Aduce en favor de la parte demandada los informes rendidos por la empresa Antioqueña de Energía (EADE) y las Empresas Públicas de Medellín, acordes con lo expresado por el ingeniero Pedro Pineda, con respecto a que una línea monofásica con neutro inferior no representa peligro alguno, pues normalmente así se construyen los circuitos monofásicos. Para concluir manifiesta que no se probó la falla del servicio por parte del municipio de Yarumal y que fuera determinante del daño.

La parte actora en su alegato sostuvo que las líneas fueron erradamente instaladas dado que el ingeniero encargado de la instalación hizo caso omiso del concepto de sus subalternos, pues de haberlos atendido, "seguramente no se hubiera presentado la descarga eléctrica". Descarta la posibilidad de un rayo como causante de la muerte de la menor porque ésta "no quedó carbonizada, ni existían evidencias o huellas de un rayo". Sostiene además que en el hipotético caso de admitir la existencia del rayo, si el neutro hubiese estado por encima, la descarga hubiera ido a tierra y no hubiera continuado por las redes de la energía.

Para el agente del Ministerio Público las peticiones de la demanda deben prosperar, pues encuentra "de simple lógica que si la línea fase es receptora de descargas eléctricas, esa potencia se fuga por las domiciliarias, de ahí que para evitar esos riesgos, el neutro vaya por encima y no por debajo, como erróneamente lo hizo el ingeniero Pineda, omitiendo elementales normas de carácter técnico".

4° La sentencia apelada

Con fundamento en la información procesal recaudada, constituída fundamentalmente por testimonios, diligencia de necropsia e informes técnicos rendidos por las Empresas Públicas de Medellín y la empresa Antioqueña de Energía Eléctrica, el Tribunal sintetizó así su criterio:

"No está demostrado que Martha Lucía hubiere recibido la descarga eléctrica cuando se aprestaba a desconectar la nevera: de las declaraciones recibidas y del acta de necropsia se infiere que fué electrocutada por un rayo (descarga atmosférica).

"También de las declaraciones recibidas y de los informes enviados por Empresas Públicas de Medellín y Empresa Antioqueña de Energía Eléctrica se concluye que no representa ningún inconveniente o peligro la línea monofásica con neutro inferior -lo que en la demanda se entiende como polaridad invertida-; inclusive, la Empresa Antioqueña de Energía S.A. manifiesta que:

"...De hecho esta configuración es la que se tiene normalizada para zonas urbanas en EADE como en EPM" (f. 43):

"En tales condiciones, no se da la falla en el servicio invocada. Posiblemente Martha Lucía, según lo acreditado en el proceso, fué electrocutada por un rayo (descarga atmosférica).

"No prosperan, entonces, las pretensioens de la demanda.

"Nota: Las subrayas son de la Sección".

5° Razones de la apelación

Como sustento de su inconformidad, aduce la parte demandante que la causa de la muerte no fué un rayo y que, en cambio sí lo fué la instalación de la energía por

cuanto las redes se encontraban mal tendidas. Así mismo se refiere a la obligación que tiene el Estado de prestar unos buenos y eficientes servicios públicos y preservar la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos.

De otra parte plantea la tesis de la responsabilidad por riesgo excepcional "en este tipo de actividades de índole altamente peligrosa", respaldado en providencias de la Sala, para concluír con la tesis del daño especial como aplicable igualmente al caso bajo estudio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia apelada debe confirmarse en razón a que la misma es resultado de una atinada valoración probatoria y de una acertada interpretación de las normas y principios que regulan la responsabilidad por falla del servicio.

Para efectos de establecer lo sucedido y determinar si el Municipio de Yarumal debe responder por el fallecimiento de la joven Martha Lucía Chavarría Gutiérrez, se recaudaron los testimonios de aquellas personas que por razón de su profesión, vecindad y residencia, pudieron conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar anteriores, concomitantes y posteriores al deceso de la señorita mencionada, entre las cuales cabe destacar las siguientes:

Jesús Amado Restrepo Pérez (fls. 95-97), propietario del inmueble rural donde falleció la víctima, relata que de común acuerdo con el Municipio de Yarumal, éste instaló la energía hasta los transformadores y "ya para llevarla a la casa era por cuenta de cada uno", y para esta última labor contrató en forma particular a dos trabajadores del Municipio, quienes hicieron la instalación entre sábados y domingos. Manifiesta que desde febrero hasta julio cuando se presentó el fallecimiento de la joven no había tenido conocimiento de problemas "ni ellos nunca me manifestaron ningún problema en la casa vivía don José Isaías y su familia...".

Alberto Restrepo Parra (fls. 97-99), de profesión electricista y conocedor de la región manifestó que no había escuchado comentarios sobre dificultades con las instalaciones, "ni tampoco ha habido problemas en esa vereda". Considera que el cambio de la línea fase por debajo y la neutra por encima no va a mejorar la situación "porque todo ese sistema de la subestación, los Llanos, la Línea, la Argentina, todo eso va con la línea neutra por debajo... Nada nos ganamos cambiar la línea viva por debajo o por encima porque el sistema que nos estamos pegando siempre ha estado por encima la línea viva o fase, a mi conocimiento en Santa Isabel no se ha presentado ningún problema... Es la misma (polaridad) esté la fase por encima o por debajo, insisto, mientras en (sic) sistema no se organice o modifique vamos a caer en el mismo vicio...".

El ingeniero Pedro Armando Pineda, Jefe de Redes y Energía de Yarumal (fls. 99v-103), expresa que para la constitución de línea se dan varios sistemas, el horizontal "donde las tres fases y el neutro van en forma horizontal", el Delta o triángulo,

"donde las tres fases forman un triángulo y el nuetro puede ser inferior o superior...". Con referencia a la construcción de la primaria con el neutro inferior, sostiene que en nada influye sobre los tomacorrientes de la casa de Amado Restrepo, "porque son dos sistemas diferentes que son acoplados atraves (sic) del transformador y si esto existiera pues sería común para los tres usuarios, lo cual no sucede..". Señala este declarante que como la muerte fué cuatro meses después de haberse construído la línea primaria, "si hubiera existido algún problema por esa inversión inmediatamente al energercisar (sic) la línea se nos hubiera disparado todo el sistema desde la subestación...".

Por su parte Jesús Argiro Henao Pulgarín (fls. 105-108), uno de los instaladores de energía a la casa de Amado Restrepo, manifiesta que "este señor nunca me llegó a decir que las instalacioens internas le estuvieran presentando algún problema...", como tampoco se enteró de quejas por parte de los otros propietarios de los predios a donde llegaron los servicios de energía. Afirma que escuchó a Oscar Pino cuando le comentó al ingeniero Pedro Pineda que este sistema no era confiable y el ingeniero le manifestó que era igual. Dice el testigo que se enteró de la muerte de la joven Martha Lucía por comentarios y que "No tengo la suficiente capacidad técnica para poder dar un criterio si en realidad el sistema de la línea pudo ser causa de la muerte de la mencionada niña".

Gustavo de Jesús Castrillón Gómez, relata que se encontraba jugando parqués con la joven, al ir hacia su habitación para ver las noticias de las siete, cuando volvía, "por ahí en la mitad del zaguán cuando sentí un trueno y se fue la luz, cuando ya salía del corredor ví que ella corrió como que venía de la cocina, pero estaba oscuro llamó al papá y a la mamá y dijo papá y mamá que me cogió esto se sentó en un taburete al pié de la mesa... ellos salieron y él le preguntó que qué le había pasado y ella le respondió es que fué que me cogió, entonces él le dijo no no le pasó nada mija y entonces ahí mismo cayó la muchacha al suelo... la recogimos y la llevamos hacia una cama y ella desmayada y cuando menos pensamos ella inspiró (sic) y murió...". Con referencia a los aparatos eléctricos de la casa, dice el testigo que "todos los aparatos trabajaban normalmente; los aparatos que ellos tenían era los siguientes: televisor, nevera, estufa de cuatro puestos con horno, grabadora y un equipo de sonido dañado, ellos no tenían más", y no supo que se hubieran dañado por descargas eléctricas y expresa que en época de invierno los dueños los desconectaban para que no se dañaran.

También obran en el proceso el oficio N° 076651 de 11 de febrero de 1991, suscrito por el Subgerente Técnico de la Empresa Antioqueña de Energía S.A. y el N° 314048 de 18 de febrero del mismo año, suscrito por el Jefe de Sección de Daños y el Jefe del Departamento de Operaciones y Daños de Energía, de las Empresas Públicas de Medellín, los cuales, en su orden, expresan:

"Aunque debido a la falta de información del oficio del pasado 29 de enero de 1991, es difícil precisar el comportamiento del sistema en particular, y suponiendo que se trata de una línea de distribución primaria de 7.620 voltios bien construída,

podemos afirmar que no existe inconveniente alguno en su operación y en cuanto a la seguridad contra daños a terceros por poseer la configuración de neutro inferior y la fase o línea viva en la parte superior. De hecho esta configuración es la que se tiene normalizada para zonas urbanas tanto en EADE como en EMP".

"En el supuesto caso de que la fase haga contacto con el neutro, de tal manera que se trate de energizar este último, si la red se encuentra en perfectas condiciones de operación (bien aterrizada, buena conductibilidad de los cables, bien protegida, etc.), la protección debe actuar rápidamente para eliminar dicha anomalía".

"Una línea monofásica con nuetro inferior no representa ningún inconveniente ni peligro, normalmente así se construyen los circuitos monofásicos.

"En algunas zonas que se presenta robo de cable o que el nivel isoceráunico es elevado, se construyen líneas con neutro superior".

Aparte de las anteriores comprobaciones, toma en consideración la Sala lo expresado por la Médica Legista, quien con fundamento en los hallazgos que relaciona, conceptúa "que la causa de muerte de quien en vida respondió al nombre de Martha Lucía Chavarría Gutiérrez fue consecuencia natural y directa de la fibrilación ventricular secundaria a descarga eléctrica por rayo;...".

En las anteriores condiciones probatorias mal podría aceptarse la presencia de una falla del servicio por parte del Municipio de Yarumal. Si bien la parte actora fué muy explícita en el relato de los hechos que según la demanda originaron la muerte de la joven Chavarría, lo cierto es que sus afirmaciones quedaron huérfanas de demostración, no se acredió técnicamente que en relalidad el tendido de la línea primaria hubiera sido la causa directa del fallecimiento. Los cargos contra el ingeniero del municipio por supuestos errores en el tendido de las líneas quedaron sin respaldo técnico frente a las manifestaciones de los funcionarios de las Empresas Públicas de Medellín y de la Empresa Antioqueña de Energía Eléctrica, en el sentido de que no representaba inconveniente o peligro alguno la línea monofásica con neutro inferior, de la cual surgen los reclamos de la parte demandante.

En cambio, observa la Sala, que ni siguiera por parte del dueño de la casa donde murió la víctima se refieren antecedentes de alteraciones en el servicio eléctrico, ni se acreditó que en las otras casas de la vereda se hubieran presentado dificultades de ese orden, lo que permite deducir un funcionamiento normal en el servicio conductor de energía.

Por último, con respecto a la causa de la muerte, según dicho de un presencial, la joven resultó afectada en un momento en que hubo un trueno, se fué la luz, pero luego continuó en servicio, de donde se infiere que sí pudo sufrir los efectos de una descarga eléctrica de un rayo, siempre antecedente del trueno, cuyas consecuencias pudo indirectamente soportar. Obsérvese cómo en la necropsia ninguna lesión o quemadura se señala en las manos de la occisa y sí, por el contrario, del examen

general interno y externo de su cuerpo se concluye que "fué consecuencia natural y directa de la fibrilación ventricular secundaria a descarga eléctrica por rayo;...". Mal podría entonces la Sala, frente al material probatorio referido, patrocinar los cargos de la demanda contra el muncipio de Yarumal, cuando no se probó satisfactoriamente que fué por una falla en la prestación del servicio de energía eléctrica que la joven Martha Lucía Chavarría Gutiérrez falleció.

De otra parte debe la Sala precisar que si bien en múltiples pronuncamientos para decidir sobre responsabilidad por daños ocasionados con elementos conductores de energía eléctrica se ha dado aplicación a la teoría del riesgo excepcional, en el sub júdice no se manejará lo sucedido con esa misma tesis, en razón a que el hecho dañoso aconteció dentro del inmueble y las instalaciones eléctricas del mismo antes que ser responsabilidad del municipio de Yarumal, lo eran del propietario de la casa, dado que el ente oficial apenas se había obligado al tendido de las redes primarias, colocadas en el exterior del inmueble, en cuyo funcionamiento, según se advirtió, no se probó que se hubiera presentado alguna irregularidad.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala confirmar la providencia objeto de la apelación.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia recurrida, esto es, la de 13 de noviembre de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de septiembre 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.

LICITACION PUBLICA/PLIEGO DE CONDICIONES/OFERTA/INTERESES POR MORA.

La pauta jurisprudencial contenida en el exp. 4303 del 13 de mayo de 1988 impide que el proceso de licitación se convierta en amplia vía para que cada proponente, a su sola voluntad, se salga del PLIEGO DE CONDICIONES, haciendo contra-ofertas, o introduciendo factores extraños a lo querido por la administración. Por ello se enseña que las ofertas deben ajustarse a él. Con lo anterior no se quiere significar que en pliego de condiciones no puedan existir elementos variables, cuya determinación se deja librada a los proponentes, como lo es el precio. Pero no tiene ese temperamento asuntos de tanta trascendencia en el manejo de la relación negocial, como lo son la cláusula penal, las arras, los intereses de mora, etc., etc., puntos que al ser propuestos unilateralmente por los licitantes, los llevan a correr el riesgo de que sus ofertas sean rechazadas por la administración por no ajustarse al PLIEGO DE CONDICIONES, como ocurrió en el caso de comento, o sencillamente, porque hacen más oneroso el contrato para el ente público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitres (23) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 6263. Actor: Suministros Eléctricos Ltda. "Sumelec Ltda." Demandado: Empresas Municipales de Cali "Emcali"

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de APELACIÓN, interpuesto

por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que DENEGO 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 impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

"1. Mediante apoderado judicial, la Sociedad SUMINISTROS ELÉCTRICOS LIMITADA "SUMELEC LTDA.", domiciliada en Bogotá y representada por Mauricio Sarria Barragán, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código C. Administrativo, demandó al establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI", representado por su gerente general, en orden a que se declarara la nulidad de la Resolución N° 000114 de 22 de octubre de 1984 dictada por la junta directiva de la entidad oficial por medio de la cual se declaró desierta la licitación pública internacional GE-11-84: y para que a manera de restablecimiento del derecho se adjudicara a la demandante el contrato relacionado con tal licitación y se le pagaran los perjuicios sufridos por los hechos que relata la demanda y las costas del proceso.

"2. La demanda se fundamntó en hechos que pueden resumirse así:

"EMCALI" abrió la licitación pública N° GE-11-84 con miras al suministro y financiación de elementos eléctricos. La licitación se cerró el 19 de julio de 1984 habiendo concurrido las firmas Westinghouse International Power Sistem Co.. Motores S.A., y Sumelec Ltda., siendo el valor de sus ofertas respectivamente $ US 7.185.826 FOB Puerto de Embarque, $US 5.430.481 FOB Puerto de Embarque y $US 5.340.422 FOB Puerto de Embarque. Por medio de la Resolución acusada "EMCALI" declaró desierta la licitación y autorizó a la administración de la entidad para adquirir los equipos requeridos por contratación directa. La resolución le fue notificada a la actora el 8 de noviembre de 1984. La resolución no fue debidamente motivada y ello comporta quebrantamiento de la ley. La actora reunió todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y por ello debió ser favorecida con la adjudicación del contrato. Y por tal hecho, la demandante sufrió perjuicios que deben serle indemnizados.

"3. La demanda cita como violadas las siguientes disposiciones de orden constitucional y legal:

1° Los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, por cuanto la no adjudicación conlleva la privación de un derecho adquirido por la sociedad demandante. Se afirma que respecto de ella el Estado no cumplió con su deber de protegerle sus derechos.

2° El artículo 30 también de la Constitución Nacional, pues, por cumplir los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y tener su oferta en menor precio la actora adquirió un derecho para ser favorecida en la licitación, no obstante lo cual, le fue desconocido por "EMCALI".

3° El artículo 33 del Decreto 222/83 ya que no se tuvieron en cuenta los criterios de adjudicación señalados en esa norma, y en especial: que la propuesta de la demandante era la de menor precio y la más razonable y técnica, sus antecedentes de cumplimiento; y su solvencia económica, y

4° Los artículos 35 y 59 del Decreto 01 de 1984 que exigen motivar así sea sumariamente los actos administrativos; por cuanto la resolución cuestionada no contiene explicación, criterio, o fundamento alguno de la decisión de rechazar la oferta de "Sumelec".

"4. Se admitió la demanda y se notificó el auto admisorio al Agente Fiscal (Fiscal 1°) y el representante legal de la entidad demandada.

"La demandada constituyó apoderada judicial que contestó en tiempo admitiendo en parte los hechos, negándolos en parte, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones. Para fundamentar la defensa, señaló la apoderada que Emcali cumplió a cabalidad las normas y disposiciones que regulan la licitación; que la sola apertura de las ofertas no constituye ni crea derecho alguno en favor del licitante y que en tal acto no es dable decir cuál oferta es la más completa y cuál no; que la resolución de adjudicación no es acto estrictamente reglado, como lo tiene establecido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ya que el factor conveniencia debe abrir un margen a la discrecionalidad de la administración; y que la actora no cumplió con todos los requisitos del pliego de condiciones, en los órdenes jurídico, fiscal y financiero, como se expresa en la contestación al hecho séptimo de la demanda.

"5. Alegaron de conclusión la parte demandada y la fiscalía. La primera reiteró sus iniciales planteamientos y destacó su cumplimiento en el proceso de la licitación, así como el incumplimiento de la actora. Sobre esto último se dice que "SUMELEC LTDA" no respondió debidamente a la solicitud de financiación formulada por "Emcali" para la adquisición de los elementos objeto de la licitación (adjuntó carta de financiación extemporáneamente); que advirtió que cobraría intereses de mora al 3% mensual, siendo que el pleigo de condiciones no los había estipulado (la administración no puede pactar intereses por su incumplimiento); y que no dió cumplimiento al númeral 4.13 del pliego de condiciones sobre alteraciones y correcciones del texto, pues, la proponente las efectuó sin que las explicara o aclarara,

"El colaborador fiscal compartió los planteamientos de la señora apoderada de "Emcali" y con fundamento en ellos solicitó denegar las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

"Como se halla cumplido el trámite legal y no se advierte causal de nulidad que pudiera invalidar lo actuado, ni se observa impedimento procesal que frene el fallo de fondo, se procede a resolver y para ello, SE CONSIDERA:

"1. Se ejercita en este proceso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (en la nomenclatura legal actual), consagrada en el artículo 85 del Código C. Administrativo. Es la que se da a toda persona que se cree lesionada en un derecho por un acto administratio, para que se declare la nulidad de éste, se le restablezca en el derecho y se le indemnice si es del caso por el daño recibido. Supone, pues, la existencia de un derecho, la expedición de un acto administrativo y una violación del derecho. Aquí se averiguará por la existencia de estos elementos.

"2. En el caso a estudio, la sociedad actora estima tener derecho a que por el establecimiento público demandado le fuera adjudicado el contrato relacionado por la licitación pública internacional N° GE-11-84, por haber cumplido todas las exigencias contenidas en el pliego de condiciones. Corresponde en consecuencia establecer cuál es la normatividad aplicable al caso y si en verdad, en favor de la actora se consolidaron los beneficios que ahora reclama.

"De conformidad con el artículo 273 del Código de R.M., los contratos que celebren los municipios y los establecimientos públicos del orden municipal están sometidos a la ley (en el momento Decreto 222/83) en los aspectos relacionados con su clasificación, definición, inhabilidades, claúsulas forzosas, interpretación y otros; pero, en lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, están sujetos a las disposiciones fiscales expedidas por los Concejos y demás autoridades locales competentes. En este orden de ideas, como aquí el conflicto ha surgido en razón de la formación y no adjudicación de un contrato de un establecimiento público del orden municipal, su normatividad es preciso buscarla en el Decreto Extraordinario N° 1091 de 1979 expedido por el Alcalde Municipal de Cali, que constituye el Código Fiscal del Municipio.

"La licitación es uno de los requisitos indispensables previos a la contratación administrativa, cuando la ley no exonera de ella; la definen los artículos 268 del D.E. 1091/79 y 27 del Decreto 222/83 y no es nada distinto al procedimiento mediante el cual la entidad pública que desea contratar invita a seleccionar al contratante. Entre sus propósitos están los de evitar la realización de negocios amañados, ofrecer igualdad de oportunidades a todos los posibles contratantes y, desde luego, escoger las mejores propuestas. Puede ser pública o privada, según la importancia de los asuntos o lo que determine la ley (artículo 269 D.E. 1091/79 y artículo 28 D. 222/83). Será pública cuando no estén autorizadas la privada o la contratación directa.

"Entendida la licitación como un medio para la selección de contratista como paso previo a la celebración del contrato, deben señalarse los pasos correspon-

dientes que la administración debe agotar para el logro de esos propósitos. Aquéllos para efectos de este estudio, se hallan señalados en el artículo 271 del D.E. 1091/79, siendo el primero, la orden de apertura de la licitación impartida por la autoridad competente. Luego se elaborará el pliego de condiciones que es de la mayor importancia porque a él deberán referirse las propuestas; y vendrán otros pasos no menos importantes como los avisos de publicación, el transcurso del término de la licitación, el recibo y depósito de las propuestas y el cierre de la licitación y apertura de la urna que contiene las propuestas. Como en nuestro caso, el conflicto reza más que todo con el cumplimiento de las exigencias contenidas en el pliego de condiciones, se determinará a continuación qué debe contener aquél. Al respecto estatuye el artículo 271-2 del Decreto Extraordinario 1091/79:

"2. La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones que, además de lo que considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa:

"a) Las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato.

"b) La cantidad y calidad de dichos bienes o servicios de la obra.

"c) Las calidades que se exijan a las personas que deseen licitar y la manera de acreditarlas.

"d) El lugar, sitio, día y hora en que se abra y cierre la licitación.

"e) Las condiciones y formas de cumplimiento de la obligación por el contratista y las condiciones y forma de pago.

"f) Las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de la seriedad de la misma.

"g) El término dentro del cual se hará la adjudicación una vez cerrada la licitación y el plazo para la firma del contrato una vez efectuada aquella, términos que deberán señalarse teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato.

"h) La minuta del contrato que se proyecta celebrar.

"i) El número mínimo de participantes que se exige para que la licitación no sea declarada desierta.

"j) Los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación.

"k) El valor de los pliegos de condiciones".

"Etapas subsiguientes serán la adjudicación del contrato, o la declaratoria de licitación desierta. Para lo primero, y en el caso del municipio de Cali, deberán atenderse los criterios referidos en el artículo 274 del Código Fiscal; lo segundo procederá cuando se dan las causales previstas en el artículo 279 del mismo código de las cuales hay que destacar las señaladas en los numerales 3 y 5 ("Cuando se hubiere incumplido alguno de los requisitos exigidos en este código o en sus normas reglamentarias" y "cuando, a su juicio, las diferentes propuestas se consideraren inconvenientes para la entidad contratante o se hubiere violado la reserva de las mismas").

"3. En el presente caso, la abundante documentación recogida en oportunidad probatoria. (cuadernos 2° y 3°), pone de manifiesto la apertura por "EMCALI" de la licitación pública internacional GE-11-84, con el siguiente objeto: Suministro y financiación de equipo de flexibilidad, protección, regulación y condensadores tipo poste. También, el desarrollo de la misma y su cierre que ocurrió el 19 de julio de 1984 y la consiguiente apertura de la urna y relación de las propuestas de lo cual se dejó constancia en el acta de esa fecha (fls. 29-35 cdno. 3°). Hasta aquí no se observa anomalía: y desde luego respecto de este desarrollo no se ha presentado controversia alguna. Ahora como el conflicto se origina en vista de la declaratoria de licitación desierta y sobre el supuesto de que la actora no cumplió todas las exigencias del pliego de condiciones, es preciso destacar lo siguiente:

"1° El 30 de agosto de 1984 se reunió el comité de licitaciones de la gerencia de Energía ("Emcali") a fin de analizar las propuestas recibidas a la licitación N° GE-11-84 y en el acta de reunión se consignó:

"Del estudio realizado por el Departamento Jurídico de EMCALI y la auditoria se obtiene:

"MOTORES S.A. cumple con todas las condiciones jurídicas y fiscales exigidas en los pliegos de la licitación.

"SUMELEC 1. El acta de los socios para autorizar al gerente de la firma a presentar oferta no está firmada por todos los socios.

"2. La vigencia de la sociedad es desde septiembre 31 (sic) de 1976 hasta el 3 de septiembre de 1986 y no cumple el requisito exigido en el Decreto 222 de estar vigente la firma un año después del vencimiento del contrato.

"3. El oficio RB.A-84-074 condiciona la oferta en los siguientes aspectos:

"A) El punto III forma de pago: Numeral 2 relativo a los intereses. Estos al no pagarse en su oportundiad, incrementan dichos pagos en un 3% de interés, lo cual es inaceptable.

"B) Al punto IV-Financiamiento: Numeral D- tiene enmendadura hecha a mano:

"C) Al punto 12. Las órdenes de compra deben ser giradas a nombre de Mc. Graw y no Sumelec Ltda., quien es el oferente.

"D) Al punto 4. Se debe tener en cuenta al evaluar lo técnico del equipo si éste es aceptable.

"WESTINGHOUSE la oferta se aparta en los siguientes aspectos de los pliegos de la licitación:..." (fls. 26-27, cdno. 2°).

"2° El mismo comité se reúne el 18 de septiembre de 1984 para analizar las condiciones técnicas y financieras de las propuestas recibidas a la licitación GE-11-84, y en la correspondiente acta se dejó anotado:

"El gerente de Energía indica que la propuesta de financiación de Sumelec de acuerdo a la información contenida en el cuadro de condiciones comerciales y particulares no cumple los requisitos exigidos por EMCALI por cuanto la carta de intención de la entidad financiera, en este caso, Mc Graw Edison Co., viene firmada por el gerente de mercadeo internacional pero no está autenticada su firma tal como lo exigen los pliegos en el Numeral 4.07.1-13.

"Se aclara igualmente con relación a la oferta de Sumelec, que el acta de asamblea de socios para autorizar al gerente a presentar oferta requiere la presencia de la mayoría absoluta de los socios y no de la totalidad de los mismos.

"El comité de licitaciones concluye que sólo la oferta de Motores S.A. cumple con todos los requisitos exigidos por Emcali pero hace resaltar el hecho de que es la oferta más cara y superior a las demás en dos millones de dólares" (fl. 30, cdno. 2°).

"3. Con base en los análisis anteriores y en el estudio comparativo de las propuestas presentadas, la comisión técnica concluye:

"Con base en el cuadro N° 1 que compara las condiciones comerciales y particulares y los documentos exigidos en el pliego de condiciones, con lo ofrecido y presentado por los proponentes y las propuestas propiamente dichas.

El comité de licitaciones llevó a cabo varias reuniones de estudio sobre estos aspectos concluyendo que la única oferta que cumple con las condiciones comerciales, de financiación y particulares de la licitación es la presentada por la firma MOTORES S.A., motivo por el cual la evaluación técnica sólo se hizo a esta propuesta". (fls. 33-34, cdno 2°).

"4° Los expresados son los antecedentes de la Resolución N° 000114 de 22 de octubre de 1984 expedida por la junta directiva de Emcali, mediante la cual se declaró desierta la licitación GE-11-84. Esta resolución expresó entre sus considerandos, los siguientes:

"Que en la fecha de cierre prevista, se recibieron ofertas de las firmas WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS CO.. MOTORES S.A. y SUMELEC LTDA.

"Que realizada la evaluación por parte del comité de licitaciones y de la comisión técnica de la junta directiva de Emcali, se concluyó que la única oferta que cumple con los requisitos técnicos jurídicos, fiscales y de financiación exigidos por EMCALI es la de MOTORES S.A.

"Que de acuerdo con los análisis, el valor presente de comparación de la oferta de MOTORES S.A. supera a la siguiente en $ 185.695.000 y la junta directiva no considera conveniente su adjudicación".

"5° Del pliego de condiciones para la licitación N° GE-11-84 es preciso destacar los siguientes items, pues, respecto de ellos se atribuye incumplimiento a la licitante inconforme:

"1. Página 4-4, numeral 1.13: "Carta del representante legal de la persona natural o jurídica que se compromete a conceder a EMCALI crédito para financiar la licitación y en la cual se estipularán las condiciones y características exigidas para el crédito en los términos fijados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. La firma del representante legal deberá ir autenticada por las autoridades del país de origen y por el cónsul de Colombia en el mismo y a su vez éste deberá ser refrendado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia". (fl. 212. cdno. 2°).

"Página 3-8, literal B: "PARTE PAGADERA EN PESOS COLOMBIANOS.

"1. INGENIERÍA

"Un 30% del valor de ingeniería dentro de los treinta (30) días siguientes a la legalización del contrato respectivo, y el 70% restante, a la entrega y recibo satisfactorio por parte de EMCALI de los planos, diseños, cálculos y memorias de cálculos, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la solicitud de elaboración de la cuenta de pago.

"Seguros marítimos y terrestres, gastos de nacionalización, Impoventas, transporte terrestre, comisión agente de aduanas, fondo común del café y demás gastos en pesos colombianos distintos a la ingeniería: Un 30% del valor cotizado contra presentación de documentos de embarque de los equipos y el 70% restante al recibo de los equipos a satisfación de EMCALI dentro de los sesenta (60) días siguientes a la solicitud de elaboración de cuenta de pago. Este valor se liquidará de la siguiente manera: a) el proveedor presentará una lista detallada de todos los gastos en que halla (sic) incurrido soportada en documentos que comprueben esos pagos. b) A este valor total se le añadirá un diez por ciento (10%) que EMCALI reconoce por administración e imprevistos. c) Este nuevo valor

se comparará con el valor cotizado en el formulario de precios por este concepto y se pagará el menor de los dos valores" (página 209, cdno 2°).

"3. Página 4-6 numeral 4.13: "..No se permitirá ninguna alteración en el texto de los PLIEGOS DE CONDICIONES. En caso de correcciones a las cifras escritas por el proponente, éstas deberan ser explicadas o aclaradas al margen seguidas por la firma del proponente".

"4. Como sobre los items que se dejan descritos en el ordinal que antecede habrían versado los incumplimientos de la licitante, se examinará a continuación si en realidad aquella desatendió dichas exigencias, pues, de ello dependerá en parte la decisión. Se tiene:

"1) Para dar cumplimiento al pliego de condiciones, en el numeral 1.13 de la página 4.4, la sociedad "SUMELEC LTDA", acompañó a la oferta la carta de 17 de julio de 1984 suscrita por Luciano Compagnoni como gerente de mercadeo internacional de Mc. Graw-Edison Company, Systems División, ofreciendo financiación para la licitación GE-11-84, siempre que la adjudicación se hiciera a "SUMELEC LTDA." (fls. 46, cdno 2° y 1°, cdno 4°). El documento no aparece autenticado en la forma prevista en el pliego de condiciones. Tampoco se acompañó a esta carta, prueba de la calidad de gerente del señor Compagnoni. Sin embargo, a 22 de octubre de 1984, con carta remisoria, la sociedad por medio de su gerente hizo presentación de la carta ya autenticada en la forma prevista, y la prueba de la representación de quien firma la carta, al final de la cual expresa:

"Estos documentos no fueron entregados en la oferta inicial ya que consideramos que habiendo respaldado la propuesta con una póliza de $ 71.000.000 de pesos, era garantía más que suficiente para "EMCALI" (fls. 45-51 cdno. 2°).

"2) En la página 3 de la oferta, punto III FORMA DE PAGO (cont.), numeral 2°, la licitante expresó: (fl. 10, cdno. 4°).

"Aceptamos en su totalidad las condicioens exigidas en la página 3-8, parte B, de los pliegos. Sin embargo, cobraremos intereses del 3% mensual sobre las sumas cuyos pagos no se hayan efectuado dentro de los plazos estipulados".

"3) En la misma página de la oferta citada en el ordinal anterior, en el punto IV financiación, numeral 1, literal d), se observa una corrección en la primera línea, salvada con una rúbrica, pero sin que aparezca anotada explicación o aclaración alguna.

CONCLUSIONES Y RESOLUCIONES:

"El estudio que se acaba de realizar permite al Tribunal llegar a las siguientes clarísimas conclusiones:

"1ª No todas las normas citadas por la Sociedad demandante como violadas son aplicables al caso referido en la demanda. No lo son los artículos 30, 33, 42 y 43 del Decreto 222/83 y por tanto, no puede hablarse de violación de estas disposiciones.

"2ª Evidentemente la actora no dió cumplimiento a algunas de las exigencias del pliego de condiciones, según se analizó en el numeral 4° de estas consideraciones. Por ello, no adquirió ningún derecho a la adjudicación y no puede alegar violación de los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional. Y,

"3ª Carece de fundamento la afirmación de que la resolución cuestionada no fue motivada. Sí lo fue, pues, en ella se expresó un motivo para la declaratoria de licitación desierta: no cumplir dos de las licitantes todas las exigencias del pliego de condiciones, y ser inconveniente la propuesta de la otra licitante. Era suficiente esa razón tanto más cuando se hacía remisión a las evaluaciones realizadas por el comité de licitaciones y por la comisión técnica, cuyas actas podían ser conocidas por los proponentes. La motivación de una decisión no depende del tamaño del discurso o del número de razones que se enuncien como fundamento, sino que se exprese un razonamiento lógico y ceñido a la verdad, aun cuando el discurso ocupe sólo dos líneas. En el caso si no se reunían todos los requisitos exigidos, no era menester otra consideración para rechazar la propuesta. Por consiguiente, no existió violación de los artículos 35 y 59 del Decreto 01 de 1984". (folios 126 a 136 del cuaderno número 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folio 139 del cuaderno número 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"I. Requisitos previos cumplidos y aceptados. La sociedad SUMELEC LIMITADA cumplió con los requisitos previos para intervenir en la licitación N° GE-11-84, tal como se probó administrativamente, puesto que de no haber cumplido con tales exigencias NO HUBIERE INTERVENIDO EN LA LICITACION. Las empresas municipales de Cali, según los procedimientos internos, admitió al oferente SUMELEC LTDA, como uno de los intervinientes para cubrir la licitación mencionada, y, como puede observar, nunca lo desestimó ni le objetó la documentación presentada. Es decir: la consideró como interviniente y oferente válido, con el lleno de los requisitos.

"II. PERJUICIOS CAUSADOS SE DEMOSTRARON. Durante el proceso, y, según el acervo probatorio allegado, se comprobó plenamente que la sociedad demandante, SUMELEC LIMITADA, si sufrió perjuicios de orden económicos, y, en virtud a los mismos, le asiste el derecho para solicitar la

indemnización al ente jurídico que violó lo previsto en la licitación GE-11-84. Estos perjuicios se detallaron en la demanda, y, conforme a las pruebas allegadas y practicadas, se demostraron su cuantía. Por tanto, con todo respeto, expreso que no comparto la decisión tomada por los honorables magistrados en la sentencia 023 de abril 23 de 1990.

"III. CONTRATACIÓN DIRECTA CON MOTORES S. A. FUE DECLARADA NULA. La contratación directa que hiciera las empresas municipales de Cali con la firma MOTORES S.A., luego de haber declarado la licitación GE-11-84, fue declarada NULA, por el Consejo de Estado. Así las cosas, con claridad meridiana, se demuestra el interés de SUMELEC LTDA. para presentar esta demanda, y, se está demostrando el derecho que tiene para que las pretensiones sean atendidas favorablemente. Al decretarse la nulidad de la contratación directa con MOTORES S.A., como secuencia lógica y de principio administrativo, queda EN FIRME LA LICITACIÓN, y, debe procederse según el valor MENOS COSTOSO de los oferentes intervinientes, quien fue SUMELEC Ltda." (folio 139 y 139 vuelto del cuaderno número 1).

- III -

CONCEPTO FISCAL

A folios 188 y siguientes del cuaderno número 1, obra el concepto emitido por la fiscal séptima de la corporación, doctora MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, en el cual OBSERVA:

"El 30 de agosto de 1984 el comité de licitaciones de gerencia energía, analizó las condiciones jurídicas fiscales y comerciales de las ofertas recibidas (fl. 29 C. N° 2) consignando los reparos encontrados a tales ofertas (los correspondientes a SUMELEC LTDA. aparecen a folios 26 a 28 del C. N° 2) y concluyendo que sólo MOTORES S.A. cumple con los requisitos en mención.

"El mismo comité se reunió el 18 de septiembre de 1984 para analizar las condiciones técnicas y financieras de las propuestas. En el acta respectiva se dejó memoria de los valores al cierre de la licitación (fl. 22 del C. N° 2) y de los valores de comparación (fl. 22 C. N° 2), e hizo dos declaraciones en relación con los reparos hechos a la oferta de SUMELEC LTDA. en el acta anterior, arriba reseñada.

"Las consideraciones que aparecen en las actas de la junta se encuentran respaldadas por los cuadros de análisis correspondientes y por los documentos que sirvieron de base a los reparos hechos al cumplimiento de los requisitos (ver folios 32 y siguientes del C. N° 2).

"Ahora bien, el pliego de condiciones, aceptado por los oferentes, establece que la administración se reserva el derecho de adjudicar el contrato a la oferta

más conveniente desde el punto de vista técnico y económico hablando, una vez cumplidos los requisitos expuestos dentro del mismo pliego con anterioridad (ver fls. 214 vto., C. N° 2).

"En consecuencia para la fiscalía resulta claro que la empresa obró ajustada a derecho al declarar desierta la licitación por el motivo que señaló en la resolución impugnada cuya validez debe mantenerse.

CONCLUSION

"Por lo expuesto la fiscalía considera que la sentencia de primera instancia debe ser CONFIRMADA".

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunas precisiones, de alcance jurídico y probatorio, por las razones que más adelante se destacarán.

En el caso sub examine el ad quem encuentra debidamente probadas las siguientes circunstancias particulares del caso, a saber:

PRIMERA. Que autorizada por la junta directiva de EMCALI, la gerencia de la citada empresa abrió la licitación pública internacional GE-11-84 para la adquisición de reconectadores, seccionalizadores, switches de transferencia, reguladores de voltaje y condensadores tipo poste, para ser instalados en sus circuitos a 13.2 KV. precisando en el PLIEGO DE CONDICIONES, entre otras cosas, la siguiente:

"Los proponentes deberán ofrecer financiación de proveedor o por intermedio de un banco, que cubra al menos el 85% del costo de los materiales y equipos de importación, transporte marítimo y reajuste de precios pagaderos en moneda extranjera".

SEGUNDA. Que el aviso de licitación se publicó en la prensa para apertura el día 18 de mayo de 1984 y fecha de cierre el día 29 de junio de 1984. Posteriormente se anunció el aplazamiento de este último para el día 19 de julio de 1984.

TERCERA. Que al cierre de la licitación se recibieron ofertas de las siguientes firmas:

MOTORES S.A.

SUMELEC LTDA,

WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS CO.

Inc. (WIPSCO).

CUARTA. Que el día 30 de agosto de 1984 se reunió el comité encargado de hacer el análisis de las condiciones JURÍDICAS, FISCALES Y COMERCIALES de las distintas propuestas, habiendo llegado a las siguientes conclusiones:

"La gerente financiero informa que las propuestas presentan los siguientes valores a la fecha de cierre de la licitación:

"PROPONENTE		VALOR
	Dólares ($)	Col. ($)
"Motores S.A.	8.517.675.60	114.325.858.00
"Westinghouse	5.696.941.00	127.845.961.00
"Sumelec	5.527.922.00	999.478.00 US
		+ 1.200.000.oo

"Como puede apreciarse existe una diferencia de más de dos millones de dólares entre las propuestas presentadas por Westinghouse y Sumelec comparadas con la presentada por Motores S.A.

"Los valores de comparación en pesos teniendo para la devaluación las expectativas de Planeación Nacional (25% para 1984, 22% para 1985, 19% para 1986 y 13% para 1987) y una tasa de interés de oportunidad del 34% anual y las condiciones de pago y de financiación de cada una de las ofertas, son las siguientes:

"Proponente	**Valor de comparación**
"Motores S.A.	754.805.532.oo
"Westinghouse	561.959.211.oo
"Sumelec Ltda.	569.110.541.oo

"El gerente de energía entrega para análisis el cuadro de las características técnicas de los equipos ofrecidos por Motores S.A. obteniéndose que no cumplen los requisitos técnicos exigidos por EMCALI los siguientes items.

ITEM	DESCRIPCION	OBSERVACIONES
"55	Esquema para transferencia automática de carga tipo interior.	No cumple el nivel de aislamiento a frecuencia industrial de 38 KV durante un minuto en seco. Ofrece 35 KV.
"58/59 60/61	Suiches trifásicos para 34.5 KV	No cumplen el nivel de aislamiento a frecuencia industrial. Ofrecen 80/70 KV y se exige 95/80 KV.
"62	Reconectador para 34.5 KV	No cumple el nivel de aislamiento a frecuencia industrial. Ofrecen 80/70 KV y se exige 95/80 KV.
"63	Seleccionador para 34.5 KV	No cumplen el nivel de aislamiento a frecuencia industrial. Ofrecen 80/70 KV y se exige 95/80 KV.

"En este punto se suspende la reunión.

"Se reúnen nuevamente las personas indicadas anteriormente en la gerencia general de EMCALI para continuar el análisis de las propuestas recibidas a la licitación pública internacional GE-11-84.

"El gerente de energía indica que la propuesta de financiación de Sumelec de acuerdo con la información contenida en el cuadro de condiciones comerciales y particulares no cumple los requisitos exigidos por EMCALI por cuanto la carta de intención de la entidad financiera, en este caso, Mc. Graw Edison Co., viene firmada por el gerente de Mercadeo Internacional pero no está autenticada su firma tal como lo exigen los pliegos en el numeral 4.07. 1-13.

"Se aclara igualmente con relación a la oferta de Sumelec que el acta de la asamblea de socios para autorizar al gerente a presentar oferta requiere la presencia de la mayoría absoluta de los socios y no de la totalidad de los mismos.

"El comité de licitaciones concluye que sólo la oferta de Motores S.A. cumple con todos los requisitos exigidos por EMCALI pero hace resaltar el hecho de que es la oferta más cara y superior a las demás en dos millones de dólares". (folios 26 y 27 del cuaderno número 3).

SEXTA. Que la junta directiva de las empresas públicas de Cali, en su sesión del día 22 de octubre de 1984 declaró desierta la licitación pública internacional N°

GE-11-84 y autorizó a la administración para "...adquirir estos equipos por medio de contratación directa...". Con tal motivo se expidió la Resolución N° 000114 de 22 de octubre de 1984, en cuyos considerandos se lee:

> "Que dentro de los programas debidamente aprobados figura la adquisición de equipo de flexibilidad (reconectadores y seccionalizadores) protección (Switches), regulación (reguladores de voltaje) y condensadores de tipo poste.
>
> "Que para tal efecto, la gerencia de energía abrió la licitación pública GE-05-84 para la cual se presentó un solo oferente y fue declarada desierta mediante Resolución N° 062 de julio 11 de 1983 (sic) emanada de la junta directa de EMCALI.
>
> "Que con base en la autorización consignada en la Resolución JD-062, la gerencia de energía abrió la licitación pública GE-16-83 para la cual no se recibió oferta alguna y fue declarada desierta mediante Resolución N° 121 de noviembre 7 de 1983 emandada de la junta directiva de EMCALI.
>
> "Que autorizada por la junta directiva de EMCALI la gerencia de energía abrió la licitación pública internacional GE-11-84.
>
> "Que los pliegos de condiciones, fueron adquiridos por las firmas WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS CO., GENERAL ELECTRIC CO., MOTORES S.A., Y SUMELEC LTDA.
>
> "Que en la fecha de cierre prevista, se recibieron ofertas de las firmas WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS CO., MOTORES S.A, Y SUMELEC LTDA.
>
> "Que realizada la evaluación por parte del comité de licitaciones y de la comisión técnica de la junta directiva de EMCALI, se concluyó que la única oferta que cumple con los requisitos técnicos, jurídicos, fiscales y de financiación exigidos por EMCALI es la de MOTORES S.A.
>
> "Que de acuerdo con los análisis, el valor presente de comparación de la oferta de MOTORES S.A. supera a la siguiente en $ 185.695.000 y la junta directiva no considera conveniente su adjudicación" (folio 5 del cuaderno N° 1).

SEPTIMA. Que el día 17 de diciembre de 1984, la junta directiva de las Empresas Municipales de Cali "EMCALI", por Resolución N° 138, resolvió adjudicar o contratar directamente, con la firma "MOTORES S.A.", el suministro de los equipos materia de la licitación. Esta resolución, a su turno, fue demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, habiéndose decretado la nulidad de la misma por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia calendada el día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Expediente N° 5380, actor: MAURICIO SARRIA BARRAGAN. En los considerandos de este proveído se destaca que: "El actor solicitó la suspensión provisional del acto demandado, la que fue concedida por el a quo al mismo tiempo que se admitió la demanda

(auto de abril 11, 1985, folios 6 a 21 del cuaderno número 1)". Esta realidad jurídica explica muy bien la causa, razón o motivo por la cual el citado acto jurídico nunca se puso en ejecución.

B) Dentro del marco probatorio anterior la Sala encuentra que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues la firma demandante, en puridad de verdad, no cumplió con lo dispuesto en el punto 4.07 aparte 1.13 que bajo el rubro "DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA", precisa que ella está integrada por los que allí se relacionan, entre los cuales aparece el siguiente:

"1.13. Carta del representante legal de la persona natural o jurídica que se compromete a conceder a EMCALI crédito para financiar la licitación y en la cual se estipularán las condiciones y características exigidas para el crédito en los términos fijados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. La firma del representante legal deberá ir autenticada por las autoridades del país de origen y por el cónsul de Colombia en el mismo y a su vez éste deberá ser refrendado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia". En el sub lite se observa que la firma demandante pretendió cumplir con el anterior requisito acompañando la carta suscrita en Pittsburgh el día 17 de julio de 1984, por el gerente de mercado internacional de Mc Graw Edison Company Power Systems Div. y dirigida al gerente de las empresas públicas de Cali, en la cual y en lo pertinente, se lee:

> "En relación a la licitación de la referencia, mucho nos complace ofrecerles la siguiente financiación para la compra de nuestros equipos, SIEMPRE Y CUANDO QUE EL PEDIDO NOS SEA ADJUDICADO A TRAVÉS DE NUESTRO REPRESENTANTE EN COLOMBIA, SUMELEC LTDA.
>
> "Estamos dispuestos a financiar el 85% de la parte correspondiente de precio Fob Puerto Costa Este de los Estados Unidos y fletes hasta Puerto Colombiano, a ocho (8) años, contados a partir de la firma del contrato de préstamo, incluido un período de gracia de dos (2) años, durante los cuales Emcali pagará solamente intereses. Las cuotas serán pagadas semestralmente y devengarán un interés del 12% anual sobre saldos.
>
> "Emcali garantizará los pagos mediante la suscripción de pagarés y prenda industrial sin tenencia de los equipos. Los pagarés deberán ser de forma y contenidos aceptables a MC. Graw Edison y deberán ser transferibles y negociables. Se adjunta modelo de pagaré para su referencia". (Subrayas de la Sala).

En este momento del discurso judicial la Sala vivencia que para EMCALI resultaba jurídicamente imposible atender los requerimientos de la anterior nota y aceptar que en ella se hacía una propuesta seria para financiar la licitación, pues el gerente de mercadeo de la firma Mc Graw Edison Company lo que exigía, ni más ni menos, era que se le adjudicara a tal sociedad el contrato, a través de su sedicente representante en Colombia, Sumelec Ltda. Sólo dándose esa circunstancia, haría la financiación. La problemática parece sutil, pero en realidad no lo es. Y se afirma esto, porque Sumelec Ltda no presentó oferta en representación de Mc Graw Edison Company.

Siendo así las cosas, cómo se le habría podido ADJUDICAR EL PEDIDO a ésta firma? Y si no se cumplía la condición, registrada por ella en la nota a que antes se hizo referencia, cómo entender que la licitación estaba financiada?.

Del ACUERDO DE VENTAS suscrito por la firma MC. GRAW con SUMELEC LTDA, y que entró en vigencia el día 19 de febrero de 1982, se vivencia que esta última sociedad es simplemente el agente de ventas de la primera, habiéndose estipulado en el punto 11 del mismo que: "El agente conviene en que, como agente de ventas de Mc. Graw, **no tiene autoridad para actuar como representante de Mc Graw...**" (subrayas de la Sala).

Y que SUMELEC LTDA. presentó su oferta en su propio nombre, y no en el de la firma Mc Graw, se aprecia también del universo que tiene el acta de socios N° 21 de esta compañía, en la cual expresamente se lee que el gerente NESTOR RAMIRO BONILLA A. quedaba autorizado "...para presentar a nombre de Sumelec Ltda. nuestra oferta para la adquisición de reconectadores, seccionalizadores, switches de transferencia, reguladores de voltaje y condensadores tipo poste, objeto de la licitación pública internacional GE-11-84 convocada por las Empresas Municipales de Cali, y firmar el contrato en caso de que nuestra oferta sea la favorecida".

Finalmente, en la carta de 18 de julio de 1983, dirigida por el señor Nestor Bonilla A. al gerente de energía -Empresas Municipales de Cali, en la cual se recoge el alcance de la propuesta, nuevamente se insiste en que ésta se hace "... EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD SUMINISTROS ELÉCTRICOS LTDA. - SUMELEC LTDA..", es decir, que por todas partes brilla por su ausencia la CONTEMPLATIO DOMINI de la firma Mc Graw.

Para el ad quem el envío tardío de la carta de 17 de julio de 1984, debidamente autenticada, suscrita por el señor Luciano Compagnoni, en nada enmendó el desfase jurídico, pues ella tiene el mismo universo de la que se acompañó a la propuesta, sin autenticación de firmas, es decir, se insiste en que la financiación se otorgará "SIEMPRE Y CUANDO QUE EL PEDIDO NOS SEA ADJUDICADO A TRAVÉS DE NUESTRO REPRESENTANTE EN COLOMBIA, SUMELEC LTDA.".

Por lo que hace relación con la alternativa de financiación que se recoge en el punto 14 de la carta de julio 19 de 1984, que precisa el universo de la propuesta, ella no satisface los requerimientos del pliego, pues el Banco Cafetero, en su comunicación DCEX-1236 de julio 11/1984 se limita a decir que: "... esta operación sería estudiada si se cumplen las siguientes condiciones".

C) La Sala considera de interés dejar claramente definido que cualquiera que sea la posición jurídica que se tenga sobre la materia, fue serio el estudio realizado por el departamento jurídico de EMCALI y la auditoría de la misma entidad cuando al analizar la propuesta de la firma SUMELEC LTDA. destacaron:

"3. El oficio RB A-84-074 condiciona la oferta en los siguientes aspectos:

"a) Al punto III forma de pago: numeral 2 relativo a los intereses. Estos al no pagarse en su oportundiad, incrementan dichos pagos en un 3% de interés, lo cual es inaceptable".

Si se lee la carta de 19 de julio de 1984, en la cual se recoge la propuesta de SUMELEC LTDA., se vivencia que en puridad en el punto III, bajo el rubro FORMA DE PAGO, se precisa:

"2. Parte pagadera en pesos colombianos. "Aceptamos en su totalidad las condiciones exigidas en la página 3-8, parte B de los pliegos. **Sin embargo, cobraremos intereses del 3% mensual sobre las sumas cuyos pagos no se hayan efectuado dentro de los plazos estipulados**" (subrayas de la Sala).

Y se predica lo anterior, porque es cierto que la Sala de Consulta de la Corporación, en reiteradas oportunidades, ha puesto de presente que sin autorización legal no es posible que la administración pacte el pago de intereses de mora. De estos conceptos el ad quem retiene el que la apoderada del centro de imputación jurídica demandado transcribe en su alegato de conclusión ante el tribunal, en el cual se destaca:

"Pueden las entidades públicas para los eventos en que no se paguen dentro del plazo contractual las obligaciones dinerales, pactar en los contratos un interés de mora.

"Respuesta: "no existe autorización expresa de la ley conferida a las entidades públicas para pactar en favor de los contratistas particulares el reconocimiento y pago de intereses de mora.

"Al contratista particular se reconocen por la ley las siguientes garantías: el equilibrio financiero del contrato, el reajuste de precios, al índice de reajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, a la celebración de contratos adicionales, así como el derecho de acudir para ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo con el fin de ejercer las acciones previstas en el Decreto Ley 01 de 1984. Todo en la forma términos y condiciones que la misma ley señala". (filio 109 del cuaderno número 1).

Aunque la Sala tiene matices de discrepancia con la anterior perspectiva jurídica, es lo cierto que en providencia de 13 de mayo de 1988: expediente N° 4303; actor URBANIZADORA VILLA ALICIA; consejero ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo, se definió que sí es posible acordar el pago de intereses de mora, pero bajo el entendido de tal requisito accidental del negocio jurídico se autorice en el PLIEGO DE CONDICIONES, circunstancia que no se dió en el caso sub examine. En el citado proveído se dijo:

"De lo anterior se infiere que en los contratos de la administración existen unas cláusulas obligatorias impuestas por la ley, no susceptibles de ser modificadas o negociadas por las partes contratantes: y otras, que podrán ser pactadas o convenidas por ser propias o usuales según la naturaleza de cada contrato. En

estas últimas existe cierta libertad, pero sus condiciones y alcances deberán fijarse en el PLIEGO DE CONDICIONES O PROPUESTAS QUE HACE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO INVITA A ALGUIEN A CONTRATAR".

La anterior pauta jurisprudencial se reitera ahora, pues ella impide que el proceso de licitación se convierta en amplia vía para que cada proponente, a su sola voluntad, se salga del PLIEGO DE CONDICIONES, haciendo contra-ofertas, o introduciendo factores extraños a lo querido por la administración. Por ello se enseña que las ofertas deben ajustarse a él. Dentro de esta óptica el profesor José Roberto Dromi, enseña:

"Del objeto. El contenido de la prestación (obra, servicio, suministro, etc.) que se ofrece, debe ajustarse a las cláusulas generales y particulares del pliego de condiciones y demás normas reglamentarias de las contrataciones administrativas... Las ofertas deben ajustarse a los pliegos. REQUISITOS SIN EL CUAL NO PODRAN SER ACEPTADAS...." (La licitación pública. Editorial Astrea, 1985, págs. 338 y 339). (Subrayas de la Sala).

Con lo anterior no se quiere significar que en el PLIEGO DE CONDICIONES no puedan existir elementos variables, cuya determinación se deja librada a los proponentes, como lo es el precio. Pero no tienen ese temperamento asuntos de tanta trascendencia, en el manejo de la relación negocial, como lo son la cláusula penal, las arras, los intereses de mora, etc. etc., puntos que, al ser propuestos unilateralmente por los licitantes, los llevan a correr el riesgo de que sus ofertas sean rechazadas por la administración por no ajustarse al PLIEGO DE CONDICIONES, como ocurrió en el caso en comento, o sencillamente, porque hacen más oneroso el contrato para el ente público.

En mérido 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 día veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

2. Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Juan de Dios Montes Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Jairo Parra Quijano,* Conjuez; *Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ADJUDICACION DE BALDIOS/OPOSICION-Trámite/BALDIO-Inexistencia

Para la corporación este es un proceso más, de los muchos que suelen registrarse, en que se vivencia que el INCORA tiene algunos funcionarios que gustan de poner en marcha la filosofía del NO-DERECHO, con el fin de definir, por la vía más rápida los conflictos de interés que suelen presentarse entre los particulares. Para no tramitar el proceso de sucesión, a los orientados a recuperar la posesión o el dominio, se acude al expediente de pedir la adjudicación del inmueble, a lo cual se presta el citado Instituto, con olvido de que transitado por esa vía puede llevarse de un tajo de normatividad jurídica y por contera los derechos subjetivos de los asociados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera-. Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N° 7691. Apelación. Actor: Bertha Yolanda Gil Panqueva. Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la adjudicataria e impugnante, Sra. MARIA EUGENIA LONDOÑO OSPINA, contra la sentencia calendada el día ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que en su parte resolutiva **DISPUSO:**

"PRIMERO: Declarar la Nulidad de las Resoluciones: 1) N° 0011 del 20 de Enero de 1988 (sic); 2) Resolución N° 0025 del 27 de Enero de 1989 y 3) Resolución N° 0320 del 21 de Abril de 1989, expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, como consecuencia ordénase la cancelación en el Registro de los Actos mencionados.

"SEGUNDO: Negar las demás peticiones.". (fls. 339-340).

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

"BERTHA YOLANDA GIL PANQUEVA, por intermedio de apoderado comparece ante el H. Consejo de Estado, para que llevando su representación se le restablezca en su derecho y se decrete la Nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), Seccional Regional del Meta, adjudicó un predio de su propiedad a María Eugenia Londoño Ospina.

"DEMANDA:

"El apoderado de la Actora solicita:

"Que se declare la nulidad de las resoluciones 0011 de 20 de enero de 1988 (sic); 0025 de 27 de enero de 1989, que aclaró la anterior en cuanto a su fecha y 0320 de 21 de abril de 1989 por medio de la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra las indicadas resoluciones y se declaró que "Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno por la vía gubernativa". Que se restablezca en su derecho a la actora a quien mediante estas resoluciones se le priva de su propiedad sobre la finca que tiene títulos de propiedad cuyo valor no ha sido desconocido judicialmente.

"HECHOS:

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) dictó la Resolución número 0011 de 20 de enero de 1988 (sic) "por medio de la cual se decide una oposición y se adjudica un predio". Por la Resolución 0025, de 27 de enero de 1989, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) "revoca parcialmente una Resolución "..."en cuanto ésta hace alusión al año 1988 como fecha de emisión del mismo, en su lugar irá como año el de 1989".

"El mismo Instituto, por medio de la Resolución N° 0320, de 21 de abril de 1989 "decide un recurso de reposición", que es el interpuesto por la actora contra las dos (2) resoluciones anteriormente indicadas, por las cuales se adjudicó una finca en el Municipio de Villavicencio a María Eugenia Londoño Ospina, no obstante la oposición de la dueña del predio. Las referidas resoluciones fueron notificadas por el Incora".....

"DECLARACIONES:

"Tramitada la instancia conforme a Derecho, encuentra la Sala, que es procedente entrar a decidir lo probado y pedido.

"Dentro de la actuación se tiene que la Actora impetra, la Nulidad para las Resoluciones:

"1°). N° 0011 del 20 de Enero de 1988 (sic)

"2°). N° 0025 del 27 de Enero de 1989, y

"3°). N° 0320 del 21 de Abril de 1989.

"Además solicita el Restablecimiento de su Derecho derivado de la pretensa Nulidad de los Actos expedidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-.

"Surtidos los obstáculos de la Competencia Funcional, este Tribunal admitió la Demanda y negó la medida de la Suspensión Provisional.

"Trabado el Litigio, dentro del término, concurrió El Demandado y dentro de su escrito de refutación, informó que para este evento se presenta la Excepción, que en su sentir, la denomina:

"...Falta de requisito formal de la designación del nombre del demandado (numeral 2 artículo 75 del C.P.C.)..." (Fol. 194).

"Por rigor Procesal la Sala se ocupará de la anterior solicitud, anunciando que el vicio no se presentó, lo que hace negar la excepción.

"En efecto, aunque la argumentación del excepcionante es sencilla, el razonamiento para la Sala es distinto, porque si nos atenemos meramente a leer el Numeral "X) DESIGNACION DE LAS PARTES" que corre al final del libelo (Fol. 37); tal reparo podría intuirse en el evento de que el Juzgador inobservara el complemento de la Demanda, que sin llegar a desbordar su facultad de interpretación -porque no lo puede hacer-, en lo que se examina se encuentra que desde el Poder que corre a Folio primero, se lee:

"...DEMANDADO: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria ("Incora")...", y, en el texto del libelo incoatorio a folio 20 se repite idéntico señalamiento, recogiendo todo lo anterior la preceptiva del Artículo 137 del C.C.A., que impone dentro del contenido de la Demanda: "La designación de las partes y sus Representantes", lo escrito hará decir que la excepción es impróspera.

"Como antecedente, se tiene que de acuerdo a lo que obra en autos el 21 de Diciembre de 1987 (Fol. 760, la Señora María Eugenia Londoño Ospina solicitó

en Adjudicación ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- en su calidad de colono el predio baldío denominado "SAN JUDAS".

"La anterior petición tuvo como resultado los Actos aquí demandados, Resoluciones que culminaron la actuación administrativa y se dispuso, en su orden:

"Por la primera Resolución N° 001 del 20 de Enero de 1988 (sic), conforme a encabezamiento se dice:

"...Por medio de la cual se decide una oposición y se adjudica un predio...".

"Por la Segunda -N° 0025 del 27 de Enero de 1989- se revocó parcialmente la anterior y su esencia del revoque la contrae a esclarecer que la data correspondiente a la Resolución N° 0011 corresponde al año de 1989 más no a 1988, como se plasmó en el citado acto; por lo demás, el mismo artículo segundo precisa que:

"...La Resolución N° 0011 del presente año, en lo que no sea contraría ésta, sigue vigente..." (Fol. 9).

"Y por la Tercera -N° 0320 del 21 de Abril de 1989-, la Administración decidió el Recurso de Reposición, que la hoy Actora ejerció ante la sede gubernativa, teniendo como Resolutiva el negar el reclamo solicitado y cerrar la vía gubernativa (Fol. 19).

"Conforme a lo expuesto en el proemio, se tiene que las resoluciones acusadas corresponden al desarrollo de la petición antes indicada y a la adjudicación en ellas contenida. Fue así como además del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, quien se hizo presente dentro de este asunto, argumentando la legalidad de la actuación administrativa y en consecuencia solicitando la denegatoria de las súplicas; también concurrió por intermedio de Apoderado judicial, la adjudicataria de los actos examinados y en escrito que corre a fols. 202 y ss., detalla que el trámite surtido ante el Incora para la adjudicación se adecuó en un todo a la Ley.

"El Fiscal Segundo, ante esta Corporación, en su oportunidad procesal manifiesta que:

"...dentro de este caso el Incora no podía adjudicar el inmueble a favor de la Señora Londoño porque ciertamente existían títulos de propiedad en cabeza de la señora Bertha Yolanda Gil Panqueva, como lo acredita la respectiva hijuela de la sucesión de su padre (...) Así las cosas, como no se trata de un inmueble baldío sino que tiene como propietario a un particular, no procede la adjudicación, en consecuencia solicito al H. Tribunal Administrativo decretar la nulidad de las resoluciones demandadas..." (fol. 277).

"La demanda trae dentro de las Normas violadas y el concepto de violación los Arts. 2, 26, 30 y 55 de la Carta del 86; los Arts. 756, 762, 783, 786 y concordantes del C.C.; el Artículo 17 del C.P.; el Artículo 1°. de la Ley 200 del 36; el 3°. de la Ley 135 de 1961; el 1°. y el 15 del Decreto 59 de 1938 y por último los Arts. 1°, 3°, 5°, 6°, 8°, 9°, 11 y 12 del Decreto 389 de 1974.

"En este momento se precisa referir, que aunque la Demanda fué presentada ante la Secretaría de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado el 15 de agosto de 1989 (fol. 37) y para esa época se encontraba vigente tanto la Ley 30 de 1988 como el Decreto 2275 del mismo año, éste último en su artículo 71 dispuso:

"El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga el Decreto 389 de 1974, 2703 de 1981, 533 de Febrero 17 de 1986 y las demás disposiciones que le sean contrarias...", no puede significar que la actora haya invocado normas derogadas como lo serían las atinentes al Decreto 389 de 1974, pues es el mismo Artículo 69 del Reglamentario antecitado el que dispuso el "Tránsito de Legislación" al señalar en el inciso tercero que:

"... Se aplicarán las disposiciones de la Ley 30 de 1988 y el presente Decreto, a las situaciones jurídicas que se iniciaron bajo el imperio de la Ley anterior, pero que aún estaban en curso o no se habían definido cuando aquella entró a regir, lo mismo que a sus efectos. No se aplicará la Ley 20 de 1988 a las situaciones que se produjeron bajo el dominio de la ley antigua...".

"Es menester entonces puntualizar el gobierno de las Normas para efectos de su aplicación en lo que se estudia:

"La Ley 30 de 1988, se sancionó el 18 de Marzo y fue publicada en el Diario Oficial N° 38.264 del 22 de Marzo de 1988.

"El Decreto Reglamentario 2275 de 1988 fué expedido el 3 de Noviembre y publicado en el Diario Oficial N° 38.563 el 4 del mismo mes de 1988.

"La Solicitud de adjudicación, se formuló el 21 de Diciembre de 1987 (Fol. 76).

"La Resolución que decidió la oposición y adjudicó un predio N° 0011 de 20 de Enero de 1988 (sic), que posteriormente fué revocada en lo que se refería a la fecha, para corresponder a 1989 y la N° 320 tiene como data el 21 de Abril de 1989.

"Quepa decir en este caso que es procedente abordar el Concepto de Violación conforme a las disposiciones señaladas.

"De la argumentación traída por la Demandante se debe resumir en que la facultad que tiene la administración para adjudicar, procede para con los bal-

díos más no para propiedades privadas, y desplaza su inconformidad en decir que en la oportunidad administrativa formuló la oposición con fundamento en que otrora oponente comportaba la propiedad particular del inmueble objeto de solicitud, adquirida mediante la adjudicación que se le hizo en la sucesión del Señor Juan Felipe Gil.

"A su vez en esa misma pertenencia invocó posesión, para lo cual adjuntó copia de una diligencia de entrega que sobre el predio "El Triángulo" efectuó el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio por intermedio de la Inspección Tercera Municipal de Policía.

"Del mismo modo opugnó la solicitud en cuanto a la indicación de un lindero imaginario, ya que se señaló colindancia con un terreno perteneciente al Poder Judicial del Meta y tal persona natural o jurídica no existe.

"La administración al desatar la oposición y otorgar la adjudicación, lo mismo que al resolver la Reparación en la sede gubernativa, sostuvo que:

"...se tratará de soslayo el tema de la propiedad privada, a la luz del artículo 3 de la Ley 200 de 1936, porque sobre el inmueble en cuestión no existe título originario del Estado, ni tradiciones inscritas entre particulares, por el término que ordena el artículo de la Ley de tierras (concordante con el artículo 44 del Código Fiscal). El tema del derecho de dominio particular a la luz del derecho agrario (artículo 3°. Ley cit.), no fue cuestionado por el memorialista en la oposición y en el recurso que aquí se estudia..." (Fol. 12), es verdad, la opositora no interesó al respecto, pero si lo hizo en cuanto a que el predio comportaba propiedad particular en virtud de la adjudicación que se le había hecho; y aquí fue donde se desvió la actuación administrativa, porque como lo advierte claramente la Demanda al informar sobre la violación del Artículo 11 del Decreto 389 de 1974, relata:

"...El artículo 11 es muy claro en el sentido de que el Jefe de la Comisión de Baldíos enviará el expediente administrativo a la Gerencia del Instituto... 2) Para estudiar y desatar la oposición oportunamente formulada cuando el opositor sea otro colono, pero 3) "CUANDO EL OPOSITOR RECLAME DOMINIO SOBRE EL PREDIO (como ocurre en este caso) EL INSTITUTO ADELANTARA UN TRAMITE DE CLARIFICACION DE LA SITUACION JURIDICA DEL FUNDO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU PROPIEDAD DURANTE EL CUAL SE SUSPENDE EL PROCESO DE ADJUDICACION. SI SE DECIDIERE QUE EL PREDIO ES BALDIO, SE PROCEDERA A SU ADJUDICACION; EN CASO CONTRARIO SE NEGARA LA PRETENSION DEL SOLICITANTE". Nada de eso se hizo..." (fl. 34 y 35).

"Es verdad, de lo anterior no se muestra en autos que se hubiere hecho por el Incora y, aquí es donde se rompe la ilación que de acuerdo a la ley ha debido tener el trámite Administrativo, pues la opositora argumentó su derecho, adujo y

presentó documentos para su sustento; a este respecto es pertinente lo expuesto en la Sentencia del 11 de Octubre de 1983 en el expediente N° 3329 de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en la que se dijo:

"Como lo ha dicho ya esta Sala (proceso 3606 Domingo Antonio Bermúdez) en principio tiene derecho a la adjudicación de un baldío toda persona que lo haya explotado con cultivos o ganado en las condiciones y plazo de la Ley 200 de 1936 y las que lo adicionan o reforman. Por esta razón el solicitante debe acreditar ante el Instituto esa explotación prolongada en el tiempo. Hecha la solicitud, los terceros pueden oponerse a esa adjudicación, presentando pruebas que justifiquen su actitud. Como es lógico, esa oposición puede tener como respaldo un título anterior a una explotación material de ese predio, sin reconocer derecho alguno al solicitante inicial. Pero como el Incora no puede resolver o definir un conflicto de intereses sobre posesión material o sobre un mejor derecho a la explotación de ese predio, si encuentra fundada la oposición tendrá que suspender el trámite administrativo y remitir las diligencias a la justicia ordinaria para que ante ella se ventile el litigio posesorio. Ya ante el Juez ordinario se pueden presentar estas hipótesis: a) el opositor del trámite administrativo no formula la demanda, o la formula extemporáneamente o sin el lleno de los requisitos; b) El Juez ordinario resuelve el litigio en favor del solicitante de la adjudicación; y c) El Juez falla a favor del opositor..." (Anales. - Tomo CV. Año LVIII.- Nos. 479-480.- Pág. 474).

"En estas condiciones, se estima que la Administración pretermitió la normatividad remitida y como consecuencia se deberá decir que las Resoluciones acusadas son nulas. No obstante, la Sala debe recavar en que ante las disposiciones informadas como vulneradas, las meras Constitucionales, pueden llegar a transgredirse mediante el desarrollo que de ellas hagan las normas legales; fué así como dentro del enfoque traído por la Actora se desató la actuación aquí expuesta.

"Se debe destacar también que la prevención referida al Artículo 17 del C.P.P., no se sucedió, pues obra en el expediente a folios 97 y ss. copia autorizada por el Secretario del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Villavicencio, de la providencia en la que se resolvió:

"...Ordenar la cesación de todo procedimiento adelantado contra MARIA EUGENIA LONDOÑO OSPINA, CRISTOBAL DIAZ GONZALEZ y CARLOS ALFONSO JIMENES RIVERA...".

"No debe pasar por alto la Sala, que aún cuando la Ley 135 de 1971 ha sido objeto de sucedáneas reformas desde su expedición, no obstante la última consignada en la Ley 30 de 1988 y su reglamentario, sigue intacta en lo plasmado en los literales "a) y d)", sobre los cuales la Sala Plena del H. Consejo de Estado en Sentencia del 31 de Julio de 1985, expuso:

"... Finalmente, quiere la Sala hacer especial hincapié en que entre las funciones que le fueron adscritas al Incora, en virtud de lo previsto en la Ley 135 de 1961 que fué inspirada "en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural de la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social", deberá resaltarse la contenida en el artículo 3°. cuyo tenor es: "a) Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional o construir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo a las normas vigentes y con las disposiciones de esta Ley. b)... c)... d) Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la utilización privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales".

"Con base en la norma anterior le corresponde al Incora buscar las tierras absolutamente vírgenes que carezcan de titulación, demarcarlas y declarar que son baldías; adjudicar tierras que han sido baldías y carecen de titulación, a quienes las están explotando económicamente; buscar tierras con titulación en las cuales se haya producido la extinción y ordenar las cancelaciones de inscripciones en el Registro..." (Jurisprudencia y Doctrina.- Tomo XV. N° 169. Pág. 80. Enero de 1986, LEGIS). Significando, lo anterior, que las funciones deferidas por la Ley al Incora conservan su imperiosa vigencia.". (fls. 324-339).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 342 y siguientes aparece el escrito en que el apoderado de la parte impugnante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, para defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo pertinente se lee:

"a) Se ha dicho y vuelve y se repite que al proferir la resolución de adjudicación no hubo violación de normas procesales ni constitucionales citadas, pues la resolución fué proferida por la entidad competente en virtud de la Ley 135/61 y teniendo en cuenta la modificación introducida por la Ley 30 de 1988 o sea proferida por la entidad competente con observancia de las normas que indican el trámite administrativo, aplicando las normas agrarias cuyos supuestos legales se acreditaron, entre otros la de ocupación que señala la Ley 200/36 y sin infringir derechos de propiedad legalmente adquiridos.

"Se sostiene lo anterior en virtud de haber sido expedida la resolución el día 20 de enero de 1988, es decir bajo la vigencia del imperio de la Ley 30/88 en armonía con el artículo 32 del Decreto 2275 de 1988 que sostiene el Decreto 389 de 1974, posición que se aclara al estudiar detenidamente las direcciones fundamentales que gobiernan la aplicación de las leyes en el tiempo. Sobre ésto

se recaba en virtud de haberlo esbozado el Honorable Tribunal en la decisión que por este recurso se impugna.

"Doctrinaria y legalmente se ha sostenido que "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir", lo que implica la invulnerabilidad de lo ya actuado.

"Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de agosto de 1974 ha dicho: "Tratándose de procesos terminados, tramitados bajo el imperio de la legislación anterior, sus efectos son intangibles; en el caso de procesos no iniciados o futuros, se regulan por la nueva ley cuando el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de su vigencia; y, finalmente, cuando se trata de procesos pendientes o en curso al advenimiento de la nueva normación positiva, son intangibles los actos procesales ya surtidos y sus efectos, pero los preceptos nuevos vendrán a regular los actos futuros.

"Como la nueva Ley no se aplica a los hechos procesales realizados antes de que ella entre en vigor, los efectos que a ellos atribuye la norma jurídica entonces imperantes continúan subsistiendo y por ende su eficacia no puede desconocerse so pretexto del cambio de legislación".

"Es tan evidente lo anterior que el artículo 69 del Decreto reglamentario 2275 de 1988 estipula que "de conformidad con el artículo 5°. de la Ley 4ª. de 1973, las disposiciones que se dicten en materia agraria, tienen efecto general inmediato con arreglo a los preceptos de la Ley 153 de 1.887, salvo lo que expresamente exceptúe la Ley".

"Por ello en el inciso segundo del artículo en comento se dice que en los procedimientos de titulación de baldíos "iniciados antes de la vigencia de la Ley 30 de 1988, las situaciones jurídicas definidas o consumadas bajo la vigencia de la ley anterior, lo mismo que los efectos producidos por tales situaciones antes de que entrara a regir la ley nueva, quedan sometidos a la Ley 135 de 1961 con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 4ª. de 1973".

"Culmina el citado artículo diciendo que las disposiciones de la Ley 30 de 1988 y del presente Decreto se aplicarán a las situaciones jurídicas que se iniciaron bajo el imperio de la ley anterior pero que aún estaban en curso o no se habían definido cuando aquélla entró a regir lo mismo que a sus efectos. "No se aplicará la Ley 30 de 1988 a las situaciones que se produjeron bajo el dominio de la ley antigua".

"Cuando la Ley 30 de 1988 y el Decreto 2275 del mismo año empezaron a regir la resolución de adjudicación aún no había sido proferida pues se encontraba para decir la oposición y la adjudicación del predio si era de rigor es decir, se encontraba dentro de la etapa señalada para los efectos que contiene el artículo

11 del Decreto 389 de 1974 pues estaba el expediente administrativo en la Gerencia del INCORA para decidir sobre cualquiera de los tres eventos que tal norma consagraba.

"Y es bueno destacar que el competente ya en este momento de conformidad con la Ley 30 de 1988 era el Gerente Regional en uso de sus facultades legales y estatutarias quien debía resolver como en efecto lo hizo.

Ahora bien, si como bien lo dice la misma CORPORACION de que es verdad, el de que la opositora no se interesó al respecto sobre el tema del Derecho de dominio particular a luz del Derecho Agrario, no puede llegarse a la conclusión de que hubo desvío de la administración al no tener en cuenta documentos allegados y que son demostrativos de propiedad privada, pues como lo dice la resolución la opositora tiene como base de su pretensión la posesión que le diera el Juzgado 2° Civil del Circuito de Villavicencio, y no obstante ello se hizo el análisis completo la posesión a la luz de la legislación agraria y del dominio que presume tales disposiciones entre otras la Ley 200 de 1936, por ello no se ve la razón y fundamento para considerar que con la resolución de adjudicación aludida se hayan violado normas constitucionales y procesales citadas o consideradas violadas por la demandante y así recogidas en la decisión que por medio de este recurso se impugna.

"En virtud de lo brevemente expuesto y con el de que sea concedida la apelación interpuesta, es por lo cual le reitero al Honorable Magistrado Ponente se sirva conceder el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, contra la providencia calendada en julio 8 de 1992 para ante el Honorable Concejo (sic) de Estado, siendo además interpuesto dentro del término legal para ello".

- III -

VISTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Doctor FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo **OBSERVA:**

"...C) Esta delegada se permite señalar que en el caso en comento, no se trata, como lo afirma el apelante, de un bien baldío.

"El punto central del debate consiste en determinar ciertamente, si el predio objeto de adjudicación, era o no de propiedad privada.

"En tales circunstancias, con base en las diligencias administrativas del Incora, se presentarían las siguientes situaciones:

"1°) El predio materia de adjudicación, no resulta ser de propiedad privada, por tanto, es baldío.

"2°) El predio es de propiedad privada, teniendo en cuenta los títulos de propiedad aportados al procedimiento.

"En la primera situación (el predio resulta ser baldío), el trámite se adelanta hasta culminar con la resolución de adjudicación a favor del solicitante.

"En el segundo evento (el predio presenta título de propiedad o indicios que acreditan tal hecho), el Incora ha debido ajustar su conducta al artículo 31 del Decreto 2275 de 1988, numeral 3° inciso 1° negando la titulación al peticionario para que los interesados acudieran ante la justicia ordinaria. O, en el mejor de los casos, con base en el inciso 3° del mismo numeral, suspender el trámite de adjudicación y adelantar sobre los terrenos, un procedimiento de clarificación de la situación jurídica del inmueble, desde el punto de vista de su propiedad.

"Dentro de este marco jurídico, advierte esta delegada que no se observó el debido proceso administrativo previsto en la legislación agraria, toda vez que si la parte opositora en las diligencias administrativas, aportó prueba o al menos principio de prueba de la propiedad del predio adjudicado, lo razonable era que el Instituto hubiese clarificado tales títulos.

"Son las razones que anteceden, las que llevan a esta delegada a solicitar de la Honorable Sala, la confirmación del fallo apelado". (Fls. 355-357)

- 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. Por lo demás, la decisión resulta ser justa.

En el caso **sub-exámine** resulta bien probado que la señora MARIA EUGENIA LONDOÑO OSPINA solicitó al Jefe de la Comisión de Baldíos, el día 21 de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) (C. 1, fol. 76), que se le adjudicara, en su calidad de COLONO, el predio denominado SAN JUDAS, ubicado en el paraje de Apiay, Municipio de Villavicencio, con una extensión aproximada de CINCUENTA (50) hectáreas. Se afirmó entonces, por la solicitante, que tenía una explotación económica del mismo de NUEVE AÑOS (9). Ese mismo día el Jefe de la Comisión dictó la providencia ACEPTANDO la solicitud y ordenando la práctica de algunas diligencias. (C. 1, fol. 81).

El día 25 de mayo de 1988, el apoderado de la Señora BERTHA YOLANDA GIL PANQUEVA, actuando en nombre y representación de ésta, presentó al Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Proyecto Meta, el escrito que obra al folio 83 del expediente, en el cual, y en lo pertinente, se destaca:

"...respetuosamente me opongo a la solicitada adjudicación de la referencia, por las siguientes razones:

"**Primera:** El predio materia de la solicitud no es baldío sino de propiedad particular. Su dueña es doña BERTHA YOLANDA GIL PANQUEVA, y lo adquirió por adjudicación que se le hizo en el proceso sucesorio de su padre, don Juan Felipe Gil, como lo acredita con fotocopia auténtica de la hijuela correspondiente, expedida por Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio.

"**Segunda:** El inmueble materia de la solicitud no se llama "San Judas" sino "EL TRIANGULO". El cambio hecho en la solicitud de adjudicación es un viejo truco consistente en cambiar el nombre a los inmuebles para que no los reconozcan fácilmente su verdadero dueño. Tan evidente es ello en este caso que las declaraciones adjuntas por la solicitante, rendidas por JORGE HERNANDEZ BARRIOS y LUIS MIGUEL NAVARRO GUZMAN hablan del lote de terreno "EL TRIANGULO", que hace parte de otro de mayor extensión llamado LA PALMA Y BELGICA. Es de anotar que la declaración de ROSA PINO PALACIOS la presentó mutilada la solicitante por lo que no se sabe cómo se refirió a este terreno.

"**Tercera:** En cuanto a los linderos cabe decir lo que se afirmó respecto al nombre: Que han sido habilidosamente modificados para dificultar su identificación. Veámoslo: Dice: "Por el Norte con lote de terreno perteneciente al Poder Judicial del Meta, carreteable y antiguo camino ganadero que conduce de la carretera central Villavicencio Puerto López a la finca Bruselas y otras de por medio. Es obvio que no existe una persona natural ni jurídica que se llame "Poder Judicial del Meta", por tanto se está indicando un lindero imaginario. Por ese lado linda el terreno con propiedad de Mercedes Gil de Mendoza y de Rafael Antonio Gil.

"Por el Oriente dice que limita con terrenos pertenecientes a la Compañía Ordilon Ltda., cercas de por medio; pero las declaraciones extraproceso adjuntas a la solicitud de adjudicación dicen otra cosa.

"Por el Sur Este que linda que con terrenos de Marcos Torres, cercas de alambre de púas de por medio. Habría que establecer en legal forma cómo conoce don Marcos Torres el terreno materia de la solicitud y a quién como su verdadero dueño.

"**Cuarta: Posesión:** Como lo acreditó con fotocopia auténtica de la diligencia de entrega del terreno "EL TRIANGULO" expedida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, ese Juzgado, por medio de la Inspección Tercera Municipal de Policía de Villavicencio, comisionada al efecto, hizo entrega legal, sin oposición ninguna, de ese terreno a Bertha Yolanda Gil Panqueva, representada por su apoderado, Jaime Rafael Pedraza. Ello ocurrió el 29 de julio de 1987.

"**Quinta:** Delitos: El 26 de noviembre de 1987 la señora María Eugenia Londoño y sus peonas destruyeron la cerca de alambre de púas sobre postes de madera que separan la finca "EL TRIANGULO" de la que ella dice pertenece a la

sociedad Ordilon Ltda., sacó más de cien (100) cabezas de Ganado que en "EL TRIANGULO" pastaban, introdujo maquinaria agrícola y luego hizo oposición armada a las autoridades de policía que trataron de proteger a la víctima de estos delitos. Por todo ello cursa investigación penal en el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Villavicencio contra María Eugenia Londoño y otros. Le pido solicitar información en legal forma a dicho Juez".

B) Frente al universo jurídico que se le dió a la OPOSICION, el Incora ha debido dar aplicación al artículo 11 del Decreto 389 de 1974 que claramente preceptúa que si el OPOSITOR RECLAMA DOMINIO debe tal entidad adelantar un **TRAMITE DE CLARIFICACION DE LA SITUACION JURIDICA DEL FUNDO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU PROPIEDAD DURANTE EL CUAL SE SUSPENDE EL PROCESO DE ADJUDICACION.** Si se decidiere que el predio es baldío, se procederá a su adjudicación; en caso contrario se negará la pretensión del solicitante" (Subrayas de la Sala). Ocurre, sin embargo, que el centro de imputación jurídica demandado pretermitió el procedimiento de ley y resolvió entregarse a divagaciones que habrían sido de mejor recibo en el trámite de clarificación, pero que no pueden explicar ni justificar la violación del ordenamiento positivo en antes citado. Por ello le asiste la razón al **a-quo** cuando al vivenciar ese vacío procedimental, en la tramitación de la solicitud de adjudicación del predio, discurre dentro de la siguiente óptica:

"...no se muestra en autos que se hubiere hecho por el Incora **y, aquí es donde se rompe la ilación que de acuerdo a la ley ha debido tener el trámite Administrativo, pues la opositora argumentó su derecho, adujo y presentó documentos para su sustento**..." (C. 1, fol. 337).

Dentro de la misma perspectiva razona el Señor Fiscal Décimo de la Corporación cuando en su concepto de fondo, afirma:

"Dentro de este marco jurídico, advierte esta delegada que no se observó el debido proceso administrativo previsto en la legislación agraria, toda vez que si la parte opositora en las diligencias administrativas, aportó prueba o al menos principio de prueba de la propiedad del predio adjudicado, **lo razonable era que el Instituto hubiese clarificado tales títulos**" (C. 1, fol. 356 y 357). (Subrayas de la Sala).

Las críticas que el Gerente Regional del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, Meta le hace al calificado por él como **"VIEJO Y DECADENTE DERECHO NATURAL"** y que lo llevan a negar la reposición de las resoluciones Nos. 011 del 20 de enero de 1988 (sic) y 025 del 27 de Enero de 1989, sólo sirven para que el **ad-quem** vivencie el manejo acomodado, contra legem, que se le dió a toda la actuación administrativa que culminó con la resolución de adjudicación del predio. Por lo demás, pone de presente su poca información filosófica e histórica. Se puede ser o no partidario del Derecho Natural, lo que no resulta de recibo es que para desconocer el derecho de propiedad se abra un frente de crítica que no viene al

caso, pues nuestra Constitución Nacional ha reconocido siempre el derecho de propiedad como fundamental. Para los funcionarios del Instituto que suelen discurrir dentro de la óptica que se glosa, vienen bien las enseñanzas del Profesor Alessandro Passerin E'Entreves quien enseña:

> "Plantearse la cuestión de los valores que inspira, sostienen y confirman el orden jurídico y político, significa abrir una investigación que puede tener un cierto interés y que no puede dejar de ser aprovechable. **Significa comprender también la función que el Derecho natural ha jugado en el pasado histórico, la que puede ser llamada a jugar en un futuro próximo y la que juega quizá sin nosotros saberlo en este mismo instante, asegurando la validez del orden establecido o minando silenciosamente sus bases.** El Derecho natural, en cuanto que traducción normativa de esos valores, visto de cerca, no es sino el intérprete de la conciencia moral" (Cita tomada de "Estudios de Etica Jurídica" Eusebio Fernández, Editorial Debate, pág. 40).

C) Para darle a la sentencia no sólo fuerza legal sino también fuerza de convicción, el sentenciador destaca la circunstancia de que la adjudicataria Señora MARIA EUGENIA LONDOÑO OSPINA no tenía la calidad de COLONO en el momento en que presentó ante el Incora la solicitud de adjudicación del predio. A esta verdad jurídica se llega después de valorar el universo que tienen las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, el día diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, el día primero (1°) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), en virtud de las cuales se condenó "...a la demandada MARIA EUGENIA LONDOÑO a restituir a la demandante la posesión del lote del terreno que se describe en el hecho 9° de la demanda en el término de seis días contado (sic) a partir de la ejecutoria de este fallo... Condenar a la demandada a destruír las obras efectuadas por ella sobre el lote de terreno de que trata el punto anterior, realizados a partir del 26 de noviembre de 1987, en el término de seis días a partir de la ejecutoria de este fallo".

De los considerandos de la sentencia proferida por el citado tribunal, la Sala retiene los siguientes apartes, por resultar bien explicativos de la realidad fáctica. En ellos se lee:

> "4° Examinada la actuación a que se contrae la presente acción restitutoria o de recobro de la posesión, aparece claro que a la señora Bertha Yolanda Gil Panqueva, dentro de la causa mortuoria de su progenitor Juan Felipe Gil, se le adjudicó el lote de terreno a que hace referencia el hecho 9° del libelo y cuya partición se aprobó mediante sentencia de 21 de septiembre de 1985 e inscrita en la Oficina de Registro correspondiente.
>
> "5° Demostrado está igualmente que dicho lote de terreno le fué entregado en forma material a la heredera Bertha Yolanda Gil Panqueva, por intermedio

de su apoderado por el Inspector 3° de Policía de la ciudad, comisionado para el efecto, en diligencia de fecha 29 de julio de 1987 en la que no hubo oposición. Según cuenta el acta, en la misma oportunidad el apoderado de la demandante dió en arrendamiento el inmueble al señor Gabriel Alfonso Sabogal quien fué autorizado para reforar las cercas, meter ganados y realizar todos los actos propios de arrendatario para facilitar la explotación agrícola y ganadera del inmueble (fls. 51 a 53).

"6° Aparece igualmente demostrado que a partir de aquella fecha -29 de julio de 1987 el arrendatario Sabogal Mojica ejerció los actos de arrendatario e introdujo ganados en el terreno por sí y por intermedio de Jesús Emigdio Sabogal a quien sub-arrendó para pastoreo de semovientes vecunos (sic). Pero el 16 de noviembre del mismo año 87, por orden de la demandada María Eugenia Londoño fueron sacados los ganados del predio y arrojados sobre la carretera pública o llevados a la finca de Cristóbal Díaz.

"Dos días después, el Inspector de Policía que acudió a prestar el amparo respectivo verificó que doña María Eugenia había introducido en el inmueble maquinaria y alegaba tener derecho sobre el mismo. Presentó en aquella ocasión un contrato de arrendamiento que había suscrito con el señor Alirio Parra Saavedra, quien según lo expresa el acta actuaba como secuestre de los bienes mortuorios de Juan Felipe Gil. El contrato de arrendamiento obra al folio 117. El simple lapso del tiempo no muda la tenencia en posesión, dice el artículo 777 C.C.

"7° De este modo, si la señora María Eugenia Londoño recibió el inmueble a título de arrendataria de manos de quien oficiaba como secuestre de la sucesión de Juan Felipe Gil y quiso hacer valer el contrato aquél 26 de noviembre de 1987, tal circunstancia revela claramente su calidad de mera tenedora frente al predio EL TRIANGULO hasta la fecha en que el Juzgado de la sucesión hizo entrega, por medio de comisionado, al apoderado de la señora Bertha Yolanda Gil Panqueva quien reasumió la posesión que para la sucesión venía ejerciendo el secuestre. De ahí el por qué carece de fundamento el ataque que formula el apelante respecto de la carencia de derecho sustancial por no haber poseído la demandante un año completo. En efecto posee a nombre de la sucesión y en virtud de la administración da en arrendamiento un inmueble, ello no puede significar que la sucesión deja de poseer, pues aquél lo hace a nombre de ella.

"8° Ahora bien, en la hipótesis de que con la entrega que realizó el juez de la sucesión -por medio de comisionado-, se hubiesen desconocido o vulnerado derechos de la demandada relativos al contrato de arrendamiento o derivados de éste; o cualquiera otro derecho en general, la ley adjetiva ha proporcionado los mecanismos suficientes para ejercitar las acciones correspondientes; pues en nuestro estado de derecho está vedado que los particulares se hagan justicia con sus propias fuerzas. De ahí también, la razón que asiste al Profesor Valencia Zea

cuando afirma que "Aún el que posee ilícitamente no puede ser desposeído sino mediante la intervención de los jueces".

"9° Resulta de lo dicho, que si la demandada despojó de la posesión a la señora Gil Panqueva del predio a que se refiere el diligenciamiento, la pretensión ejercida por medio de este interdicto posesorio tiene que prosperar para que le sea restituída". (fls. 318-320 CdN° N° 1).

Frente a la realidad que se recoge en las providencias citadas, producen grima diligencias de INSPECCION OCULAR como la que el Incora practicó el día 15 de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en las cuales se registran hechos que no resultan ciertos. Así, cómo afirmar que: "Los pastos artificiales como el braquiaria fueron instalados por cuenta de la interesada hace aproximadamente 3 años según información del adminsitrador del Predio? Si esto fuera cierto, se desnaturalizaría el secuestro que del bien se hizo por el juzgado que tramitó el proceso de sucesión del causante Sr. JUAN FELIPE GIL. También la diligencia de entrega que a la heredera BERTHA YOLANDA GIL PANQUEVA hizo la Inspección Tercera Municipal de Policía de Villavicencio por orden del Juez que tramitó el proceso de sucesión, en la cual consta que el bien fué recibido por el apoderado de la adjudicataria a entera satisfacción.

D) Para la Corporación este es un proceso más, de los muchos que suelen registrarse, en que se vivencia que el INCORA tiene algunos funcionarios que gustan de poner en marcha la filosofía del NO-DERECHO, con el fin de definir, por la vía más rápida, los conflictos de intereses que suelen presentarse entre los particulares. Para no tramitar los procesos de Sucesión, o los orientados a recuperar la posesión o el dominio, se acude al expediente de pedir la adjudicación del inmueble, a lo cual se presta el citado Instituto, con olvido de que transitando por esa vía puede llevarse de un tajo la normatividad jurídica y por contera los derechos subjetivos de los asociados. Por ello la Corporación ha recordado, citando al Profesor Jean Carbonnier, que el NO-DERECHO.

"...es la ausencia del derecho en cierto número de relaciones humanas, en que el derecho tenía una vocación teórica bastante para estar presente... Lo esencial de la hipótesis del no-derecho es el movimiento del derecho hacia el no derecho, el abandono por el derecho de un terreno que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocupar. El no-derecho, en lo que tiene de más significativo, es la reducción o la retirada del derecho... El no-derecho no viene a mezclarse con el derecho. El no-derecho está de un lado, y el derecho en otro. Hay muchos largos días de no derecho, por sólo algunos instantes de derecho. El no derecho es la esencia, y el derecho, el accidente. Lo más frecuente es que el derecho sólo entre en escena cuando se le llama por voluntad expresa de uno, por lo menos, de los interesados, mientras que la voluntad implícita basta para tenerlo apartado... la aventura pudo revelar una de las mayores dificultades del no-derecho: La dificultad de mantenerse en él. Nada más natural: muchos de los que se refugian en el no derecho sienten en seguida la tentación de unir a sus ventajas

algunos de los beneficios del derecho. Las parejas no casadas quieren establecer un régimen matrimonial, y las asociaciones de anarquistas registrar sus estatutos... (Derecho Flexible. Editorial Tecnos, pp. 33 y ss.).". (Extractos de Jurisprudencia octubre, noviembre y diciembre de 1991, Segunda parte, Tomo XIV. Pág. 165).

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 día ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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 - Vehículo Oficial/DERECHO A DECIDIR/ACTIVIDAD PELIGROSA

Se han perdido las tradiciones de respeto hacia los semejantes, lo que explica que muchas personas no saben qué es lo que deben hacer. Por ello optan por ATROPELLAR a los seres racionales y también a los irracionales. Personas sin ningún equilibrio ocupan cargos en la explotación de actividades peligrosas, resultando a la postre bien difícil definir si el riesgo está en la empresa o en los hombres encargados de cumplir determinadas tareas. En los momentos de dificultad el hombre debe DECIDIR LO QUE DEBE HACER, pero al hacerlo no debe OPTAR por eliminar del escenario natural a la persona humana. Conductas tan irresponsables, como la que se deja cuestionada, no hacen otra cosa que consolidar la afirmación de que hubo falla del servicio.

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

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

Referencia: Expediente N° 8221. Apelación. Actor: Rafael Córdoba y otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de APELACION interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

"1°. Declárase a la Nación-Policía Nacional administrativamente responsable de las lesiones sufridas por HUGO ALDEMAR CORDOBA CASTRO en el área urbana de Popayán el 30 de enero de 1991 al ser arrollado por un camión adscrito a la entidad.

"2°. En consecuencia condénase a la Nación-Policía Nacional a pagar a los demandantes los perjuicios morales producidos por el hecho así:

"a) A RAFAEL CORDOBA Y PRAXEDES CASTRO (padres) el equivalente en pesos a seiscientos (600) gramos oro para cada uno.

"b) A JESUS EDILBERTO CORDOBA CASTRO, LUCY MILBA CORDOBA CASTRO, SEGUNDO RAFAEL CORDOBA CASTRO y ZITA ROSA CORDOBA CASTRO (hermanos), el equivalente en pesos a doscientos (200) gramos oro para cada uno.

"c) A HUGO ALDEMAR CORDOBA CASTRO (víctima) el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos oro.

"d) A LUCY MAGOLA SOLIS (esposa de la víctima) el equivalente en pesos a setecientos (700) gramos oro.

"e) A CLAUDIA SOLIS y RICARDO ANDRES CORDOBA SOLIS (hijos), el equivalente en pesos a trescientos (300) gramos oro para cada uno.

"Los valores anteriores se considerarán como condena en concreto y se liquidarán conforme a certificado que sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia expida el Banco de la República.

"3°. Condénase a la Nación-Policía Nacional a pagar a la víctima HUGO ALDEMAR CORDOBA CASTRO los perjuicios materiales causados, según la liquidación efectuada en la parte motiva, los que ascienden a la suma de $71'823.219.09.

"4°. Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"5°. Sin costas (artículo 171 del Código Contencioso Administrativo).

"6°. Consúltese si no fuere apelada (artículo 184 del Código Contencioso Administrativo)" (fls. 147-149 Cdno. N°. 1).

Posteriormente, en providencia de quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1.992), el **a-quo** corrigió el fallo así:

"e) A CLAUDIA ALEXANDRA CORDOBA SOLIS, ADRIANA PATRICIA CORDOBA SOLIS y RICARDO ANDRES CORDOBA SOLIS,

(hijos), el equivalente en pesos a trescientos (300) gramos de oro para cada uno.". (fl. 157 Cdno. N° 1).

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:

"Rafael Córdoba y Praxedes Castro (padres), Jesús Edilberto Córdoba Castro, Lucy Milba Córdoba Castro, Segundo Rafael Córdoba Castro, Zita Rosa Córdoba Castro (hermanos), primer grupo familiar, y Hugo Aldemar Córdoba Castro y Lucy Magola Solís (esposos) en nombre propio y en representación de sus hijos menores Adriana Patricia y Ricardo Córdoba Solís, y Claudia Alexandra Córdoba Solís (hijos), segundo grupo familiar, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, dirigida contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, solicitan al Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:

"1° La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, es responsable de todos los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a los actores con las graves lesiones corporales de que fue víctima Hugo Aldemar Córdoba Castro, su hijo, hermano, esposo y padre, en hechos sucedidos el 30 de enero de 1.991 en el área urbana de Popayán y protagonizados por un miembro de la Policía Nacional, en una evidente falla del servicio, al conducir en forma imprudente un camión de la institución, lesiones que le produjeron una merma del 95% de su capacidad laboral de por vida y la destrucción de una bicicleta y un reloj de su propiedad.

"2° Condénase a la entidad demandada a pagar a los demandantes los daños y perjuicios, así:

"a) $ 120.000.000 por lucro cesante al lesionado Hugo Aldemar Córdoba Castro por las sumas que dejará y dejó de producir en razón de la elevada merma laboral que lo aqueja, por todo el resto de vida probable, en la actividad económica a que se dedicaba, empleado del poder judicial.

"b) $ 30.000.000 por daño emergente, gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, drogas, terapias, cirugías plásticas o estéticos y, en fin, todos los gastos que ha tenido que afrontar y afrontará el lesionado para recuperar y conservar la salud, y por la destrucción de una bicicleta y un reloj de su propiedad.

"c) El equivalente de un mil gramos oro fino para cada uno de los demandantes por perjuicios morales.

"d) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

"3° La Nación dará cumplimiento a la sentencia, dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria.

"Para fundamentar fácticamente las pretensiones el apoderado de los actores, se refirió a las relaciones de familia existentes entre los demandantes y el lesionado, a la unidad familiar entre ellos a la actividad laboral del herido, a las circunstancias del accidente constitutivas de la falla en el servicio, la cual en este caso es presunta, y a las consecuencias del mismo. Al respecto señaló que el 30 de enero de 1991 madrugó Hugo Aldemar Córdoba Castro a practicar ciclismo en la autopista Norte de Popayán, donde solían concurrir con el mismo fin cerca de treinta personas, muchas de ellas miembros del poder judicial. Hacia las 6:30 avanzaba en su vehículo en sentido Norte-Sur sobre la calzada derecha de la autopista, en inmediaciones del Seminario Conciliar, cuando fue atropellado y arrastrado por más de sesenta metros por el camión de la Policía de placas 01265, conducido a velocidad excesiva por el Agente Guillermo Beltrán Pedreros, quien se encontraba en servicio. El herido fue trasladado de urgencia al Hospital San José de Popayán y luego al Hospital Departamental de Cali, con lesiones en la columna vertebral, costillas, pulmones, clavículas, brazos, piernas, rostro y otros órganos vitales, que le dejarán una disminución de su capacidad laboral cercana al 100%. El lesionado perdió además, su bicicleta avaluada en $ 400.000 y un reloj "CITIZEN" (sic) de $100.000

".....

"5o. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"No encontrando causal de nulidad que pudiera invalidar lo actuado, procede el Tribunal a resolver el presente asunto.

"5.1. La competencia:

"Por la naturaleza del proceso, el lugar donde ocurrieron los hechos y la cuantía de la mayor de las pretensiones ($ 6.000.000), el Tribunal es competente para decidir el proceso en PRIMERA INSTANCIA (artículo 132. 10 del Código Contencioso Administrativo).

"5.2. El hecho generador de la responsabilidad:

"El apoderado pretende responsabilizar a la Nación Policía Nacional por las lesiones inferidas en la autopista Norte de Popayán el 30 de enero de 1.991, hacia las 6:30 A.M., a Hugo Aldemar Córdoba Castro al ser arrollado, mientras practicaba ciclismo en la vía pública, por un camión de la policía cuyo conductor oficial en ejercicio de funciones públicas se desplazaba a excesiva velocidad, con los consiguientes daños y perjuicios materiales y morales para los demandantes.

""5.3. Los hechos probados.

"El Tribunal encuentra debidamente acreditados los siguientes hechos:

"1° La ocurrencia del accidente con la fotocopia del informe respectivo número 527912 fechado el 30 de enero de 1991, remitido en fotocopia auténtica por el Secretario General del I.D. Cauca mediante oficio número 069 S.G. de 21 de Enero de 1993 (folios 167 y 168 cuaderno de pruebas).

"En el informe aludido consta que el accidente ocurrió a las 06.20 del día miércoles 30-01-91, en el área urbana de Popayán Avenida Panamericana, frente a la bomba de (ilegible) en un camión de propiedad de la Policía Nacional de placas 01265 de la entidad, marca Ford, modelo 89, conducido por Guillermo Beltrán Pedreros, domiciliado en el Cuartel Policía "Cauca" de Popayán y una bicicleta marca Rutero Buga conducida por Hugo Aldemar Córdoba Castro, propietario de la misma residente en la carrera 14 número 13-59 de Popayán, quien resultó herido.

"La causa del accidente fué código 116 para vehículo número (01), el camión oficial (exceso de velocidad) y código 107 para vehículo número (2) (cambio de carril sin indicación).

"2° Las lesiones sufridas por Hugo Aldemar Córdoba y su tratamiento, con los datos clínicos de la historia número 219312 remitida por el Director del Hospital Universitario San José de Popayán (folios 196 a 210), según la cual ingresó a ese centro el 30 de enero de 1991 politraumatizado con fractura de 1ª, 2ª, y 3ª costillas derechas, de peroné derecho y listesis de médula espinal L-2, L-3, permaneció dos días y salió sin cambio (folios 203 cuaderno de pruebas). Se remitió a Cali "para intervenciòn neuroquirúrgica por falta de recursos en este centro" (folios 204).

"El motivo de la consulta fue "traumas múltiples por accidente de tránsito al ser arrollado por un camión cuando conducía una bicicleta" (folio 204).

"Su ingreso al Hospital San José se produjo a las 6:45 A.M. del 30 de enero de 1991 según anotación obrante a folios 205.

"Su remisión a Cali aparece registrada a las 12:30 horas del 01-02-91 (folios 210).

"Según oficio ES-3526-91 del 13 de diciembre de 1.991, suscrito por Durley Pérez López, Tec. Reg. Med. del Hospital Universitario del Valle (folio 119), se hizo la búsqueda de la historia clínica del paciente Hugo Aldemar sin resultados positivos. Sin embargo al revisar el libro de minuta de Policía desde el mes de diciembre hasta enero de 1.991, que llevan en la puerta de urgencias se encontró el registro que anexa en fotocopia simple en el que aparece: "fecha 01-02-

91, hora: 15:10 90; asunto 910X94 Hugo Córdoba 39 años, natural de Mercaderes (Cauca) profesión Secretario del Juzgado 19 Instrucción Criminal de Popayán cédula de ciudadanía número 10.523.831 de Popayán presenta fractura en la columna. Golpe en la cabeza laceraciones en la cara el señor se movilizaba en una bicicleta y fue atropellado por un carro de la policía según versión de el (sic) señor 910X acompañado de la señora esposa Magola Solís de Córdoba natural de Mercaderes (Cauca) residente en la calle 10 número 13-59 Popayán - viene remitido de la ciudad de Popayán" (folio 120).

"3° La condición de agente de la Policía de Guillermo Beltrán Pedreros con la resolución de nombramiento como alumno, el acta de posesión y extracto de la hoja de vida, remitidos por el Jefe Sección Personal DEUIL mediante oficio 0513/HSPIC-C/150 de 26 de febrero de 1991, en los que consta que ingresó a la Institución el 30-01-89 como alumno y fue dado de alta el 01-08-89 como agente conductor (folio 219).

"Hay constancia de que el 26 de julio de 1989 tomó posesión del cargo de agente conductor en período de prueba (folio 22).

"Obra igualmente fotocopia de la Resolución número 5326 de 1.989 por la cual nombran como agentes profesionales a un personal de alumnos entre los cuales está el señor Beltrán Pedreros Guillermo (folios 226-228) e informe número 2204 BISARGE suscrito en Santafé de Bogotá el 29 de abril de 1992 por el Jefe Sección Archivo General de la Policía Nacional de que "revisado el Kárdex de esta dependencia, figura el señor Beltrán Pedreros Guillermo, en servicio activo en la dirección General" (folio 231).

"El Departamento de Policía Cauca, por oficio número 154/ACONADECAU de 13 de diciembre de 1991, suscrito por la Asesora Jurídica Asuntos Contenciosos remitió a este despacho: "1. Proceso Penal; 2° Oficio 1141 del 06 12 91 de la Oficina de Inspección y Disciplina. 3° Oficio 353 del 11 12 91 enviado por el Comandante del Cuerpo Especial Armado, (Compañía Bufalo (sic)" (fol. 23). De estos documentos extracta la Sala, concretamente el oficio número 353 COMAN BUFALO, de 11 de diciembre de 1.9?? suscrito por el Comandante de la Compañía Búfalo: "1° El Agente Guillermo Beltrán Pedreros el día 300191 sí se encontraba de servicio adscrito al Cuerpo Especial Armado, Compañía Búfalo destacada en esta ciudad; (sic) en calidad de motorista; conducía el vehículo camión Ford de siglas 01-265; (sic) trasladar personal hacia el centro Penitenciario de San Isidro" (folios 24 cuaderno 2).

"4° La propiedad del camión de placas 01-265 por parte de la Policía Nacional, con el punto 2 del documento últimamente relacionado en el numeral anterior en el que se lee:

"2. El camión de siglas 01-265, si (sic) es de propiedad de la Policía Nacional y se encuentra adscrito al Cuerpo Especial Armado destinado a la Compañía Búfalo" (ib).

"5.3.1.- Las circunstancias del accidente:

"Sobre la forma como ocurrió el accidente hay, según es común en estos casos, dos versiones, la de los agentes de la Policía y la de los civiles.

"La versión de los agentes aparece sólo en el proceso penal iniciado en el Juzgado Segundo Penal Municipal y proseguido, por competencia, en el Juzgado 62 de Instrucción Penal Militar adscrito al Departamento de Policía Cauca, porque los agentes policiales no ratificaron sus declaraciones en este proceso.

"Sin embargo esta versión se inició con el informe del accidente rendido al Comandante de la Compañía Búfalo por el C.S Reemplazante 3ª Sección, el 30 de enero de 1991, en la cual expresa que el 30 01 91, aproximadamente a las 06:30 hs., luego de practicar un registro a la Penitenciaría San Isidro, ordenado por el Comando de Departamento Decau, viniendo en caravana los vehìculos a la altura del puente sobre el río Cauca colisionó el vehículo FORD 350 de siglas 01-265, conducido por el Agente Beltrán Pedreros Guillermo, contra Aldemar Córdoba Castro quien se movilizaba en bicicleta, tipo carrera por la acera izquierda y "repentinamente comenzó a tambalear en la carretera confundiendo al conductor y no dejándole más opción a atropellarlo..." (fol. 26 cuaderno de pruebas).

"En el mismo sentido expuso en su indagatoria el conductor Guillermo Beltrán Pedreros (folio 86 ib):

"... viniendo de regreso aproximadamente a las 06.00 horas a.m. en el Puente del Río Cauca iba la Compañía Búfalo (sic) en carabana (sic) delante de mí iban cinco carros por delante (sic) cada uno observando una distancia visual cuando en esas un señor ciclista iba por el lado izquierdo de pronto empezó a culebriar (sic) en la mitad de la vía fue cuando le mandé los frenos al carro al vehículo y tratando de esquivarlo dirigí el vehículo hacia la sera (sic) del lado derecho también le estaba pitando pero él iba en una cicla de carrera fue cuando de un momento a otro se botó hacia el lado derecho, fue cuando de un momento a otro le dí la dirección hacia el lado izquierdo tratando de no atropellarlo a la persona ya que me era imposible salirme hacia el lado derecho porque había un poste entonces le dí al lado izquierdo y fue cuando lo cogí con la punta del carro..."

"Avalan su exposición los testimonios rendidos ante el Juez 62 de Instrucción Penal Militar, adscrito al Departamento de Policía, Cauca, por el CS. Juan Edilberto Ortiz quien también manifiesta que el ciclista iba por el lado izquierdo y como que no sabía manejar porque empezó a andar en zig zag e imprudentemente se le atravesó al vehículo siendo atropellado (folio 106): por el agente Gustavo Hernando Osorio Loaiza, quien dice que el ciclista no se percató del último vehículo de la caravana y cuando lo hizo dudó en desviarse hacia la derecha o hacia la izquierda, el conductor frenó, pero el frenazo fue insuficiente y lo atropelló en mitad de la calzada (folio 111): por el agente Leonardo Lupaco

Reyes quien afirma que todos los ciclistas transitaban por el lado izquierdo y que el del accidente iba rezagado; el daño se produjo porque por imprudencia se atravesó en la vía a pesar de que el carro oficial pitó y frenó, el camión lo cogió por el lado derecho y el ciclista quedó todo raspado y herido (folio 112): y por el C.S. Ariel Tapiero Tapias, quien depuso en el Juzgado 91 de Instrucción Penal Militar de Medellín y afirmó que el accidente se produjo por imprudencia del ciclista porque el conductor le pitó aproximadamente doscientos metros antes y el ciclista comenzó a cruzarse de un lado a otro confundiendo al conductor por lo que no quedó más remedio que atropellarlo porque de otra forma se ponía en peligro la vida de todo el personal que iba en el vehículo (folio 114).

"Los civiles, por su parte, todos compañeros de práctica de ciclismo del lesionado y algunos de ellos funcionarios o empleados de la Rama Judicial en Popayán como aquel, testimoniaron que el ciclista se desplazaba por su derecha y que el camión oficial iba a gran velocidad, alrededor de 120 kilómetros por hora, siendo esta la presunta causa del percance.

"Así declararon en el proceso penal los doctores Carlos Benavides y Tomás Bucheli, Juez 1° Superior de Popayán y Juez 29 de Instrucción Criminal radicado en la misma ciudad, en su orden, quienes, sin embargo afirman no haber sido testigos del momento proceso de producción del accidente porque éste ocurrió en la autopista en el carril Norte-Sur y ellos se desplazaban por el carril Sur-Norte y cuando llegaron, a los pocos segundos de acaecido el hecho, ya sacaban al herido en vilo de debajo del camión. Presumen que la causa fue el exceso de velocidad por la huella de frenada que dejó el automotor que embistió por detrás al ciclista, 66 metros que ellos mismos midieron, en sentido oblicuo de izquierda a derecha.

"Su afirmación de que el ciclista de desplazaba por la derecha obedece, en el caso de Carlos Benavides, a que a pesar de no haber ido ese día con el herido, por experiencia propia y porque en muchas ocasiones anduvo con él y con otros ciclistas por ese lugar, sabe que ellos siempre se arriman al andén de la derecha, y en el caso de Tomás Buchelli a comentarios de otras personas y que pueden comprobarse con las huellas del accidente.

"Carlos Benavides depuso en igual sentido ante el Tribunal (folios 174).

"Darío Enrique Torres, contador público, habla también de exceso de velocidad del vehículo policial, pero afirma que el herido iba por el lado izquierdo y el carro de la policía por la derecha (folios 83).

"Pedro Susman, médico practicante del ciclismo recreativo depuso que no fue testigo presencial pues se desplazaba unos quinientos metros atrás del lesionado y cuando llegó ya había sido recogido. Supone que el camión se desplazaba a alta velocidad por la ráfaga de viento que sintió al ser sobrepasado por él (folio 107).

"Al deponer en este proceso manifestó que en numerosas ocasiones había visto al herido practicando ciclismo en condiciones de normalidad, guardando las normas, colocándose al lado derecho de la vía y avanzando en forma moderada debido a su peso (folios 172).

"Julián Andrés Narváez Ortega fue el denunciante en el proceso penal (folios 280 y 29), con ampliación a folios 30-32, empleado del Juzgado 11 de Instrucción Criminal de Popayán y también aficionado al ciclismo, declaró que el ciclista iba bien orillado por su lado derecho y que el camión frenó no sabe por qué motivo metiéndose en el lado derecho de la vía y arrollando al ciclista, dice ser testigo presencial porque se desplazaba unos cien o ciento cincuenta metros detrás del lesionado, no oyó que el camión pitara, el ciclista conservó su derecha y el camión le embistió por ese mismo lado.

"De similar manera testificó ante el Tribunal (folios 180-182).

"Como elementos de juicio obran también el croquis del accidente elaborado por un funcionario del Instituto de Tránsito del Cauca (folio 167) al que ya se hizo alusión y el informe de la inspección ocular realizada por funcionarios del cuerpo técnico de Policía Judicial, sección criminalística de la Dirección Seccional Popayán (folio 42 a 46), obrante dentro del proceso penal.

"Según este informe el accidente se produjo al parecer por exceso de velocidad, a pesar de que hay una señal de tránsito que indica zona escolar por lo que la velocidad máxima permitida en el sector es de 40 Kms. por hora. Se indica que tal marca dejada por los neumáticos sobre el asfalto es de 67 mts. aproximadamente desde donde inicia hasta donde termina, el vehículo se fue hacia el costado derecho, sentido Cali-Popayán, lugar por donde transitaba el lesionado, y del sitio donde se produjo el impacto hasta donde fue arrastrado el cuerpo por el vehículo hay 25 metros, aproximadamente.

"El Tribunal apreciando en conjunto los testimonios y las pruebas documentales, llega a la conclusión de que hubo falla del servicio atribuible a la Nación-Policía Nacional en la causación del accidente por cuanto, teniendo en cuenta la huella de frenada, de más de 66 metros, el vehículo oficial debió desplazarse a gran velocidad en una zona demarcada como escolar en la que se debe ser más especialmente cuidadoso y respetùoso en la observancia de las normas de tránsito. Las huellas de frenada no avalan los testimonios según los cuales el ciclista sigzagueó en la vía porque lo que demuestran es una inclinación permanente y paulatina hacia el lado derecho donde fue atropellado aquel a una distancia aproximada de un metro de la acera derecha de la vía.

"Por lo demás en lo que sí concuerdan los testigos de ambas versiones es en afirmar que el día del accidente había plena visibilidad, sin lluvia ni neblina y que el hecho se produjo en terreno plano y sin obstáculos, lo que impide aceptar influjo de causa externa en la producción del daño, tanto más que el vehículo

fue encontrado en buen estado de funcionamiento. No se demostró tampoco la culpa de la víctima porque, como ya se dijo, se probó el desplazamiento permanente y paulatino del vehículo oficial hacia el lado derecho en el que atropelló a aquella.

"Prefirió el Tribunal acudir en el presente caso el análisis de la prueba tendiente a establecer la falla del servicio y no valerse de la vía más fácil de la falla presunta por considerar que también la víctima ejecutaba una actividad peligrosa, conducción de bicicleta de carreras, que si bien es de tracción humana y no de autoimpulso como los vehículos automotores se agiliza el desplazamiento y expone a su conductor a accidentes superiores a los del peatón, lo que podría dar lugar a una compensación siquiera parcial del riesgo". (fls. 113-131 Cdno. N° 1).

_II_
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 160 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el escrito en que el apoderado de los demandantes recoge los puntos cuestionados del fallo, los cuales pueden resumirse así:

A) Aspira a que se fije la indemnización por PERJUICIOS MORALES, en favor de los padres, la esposa, y los hijos del lesionado, en mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno. Igualmente, que se eleve, la que favorece a los hermanos, a quinientos gramos (500) de oro para cada uno;

B) Demanda que la liquidación por PERJUICIOS MATERIALES se ajuste a la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia "...en razón de que entre la sentencia de primera y la de segunda instancia siempre transcurren muchos meses...";

C) Finalmente, impetra que se adicione el fallo en el sentido de incluir en la parte resolutiva un numeral en el cual se contemple la condena por perjuicios materiales, por concepto de daño emergente futuro. Para sustentar su solicitud discurre dentro del siguiente temperamento:

"Lo anterior en vista de que el Sr. HUGO ALDEMAR CORDOBA tendrá que verse sometido a diversas intervenciones quirúrgicas futuras y tendrá que soportar permanentes gastos hospitalarios, por drogas, terapias, etc., lo cual se deduce fácilmente del análisis de las grandes perturbacionies funcionales que lo aquejan, siendo de justicia el que se produzca la condena "in genere" al respecto porque si bien es cierto que hasta el momento de instaurarse la demanda y adelantarse el proceso tales gastos venían siendo afrontados por la Caja de Previsión, también es cierto que al producirse el retiro del Sr. CORDOBA como empleado de la rama judicial (hoy fiscalías), el mismo ha quedado sin amparo de ninguna naturaleza, a más de que ha quedado sin sueldo alguno, debiéndose su retiro al grave estado de salud en que se encontraba.

"Los gastos futuros muy bien pueden ser acogidos en base de los experticios de medicina laboral que obran en autos o dejarse para que proceda su liquidación a través de trámite incidental.

"Esos gastos futuros por causa médica han sido reconocidos por el H. Consejo en forma habitual, en todos los procesos, recordando entre los últimos el contenido en la sentencia del 23 de octubre de 1992 (Expediente N° 6951, Actor, Pedro Pablo Contreras Jiménez; H.C. Ponente, Doctor DANIEL SUARES HERNANDEZ".

- III -

CONCEPTO DEL PROCURADOR DECIMO DELEGADO

A folios 174 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el concepto emitido por el Procurador Décimo Delegado, Doctor FERNANDO OSPINA HENAO, en el cual **OBSERVA**:

"Tanto el accidente de tránsito ocurrido el día 30 de enero 1991, como las lesiones sufridas por el señor Hugo Aldemar Córdoba Castro y de que dan cuenta los hechos de la demanda, aparecen demostrados dentro del proceso adelantado ante esta jurisdicción, a saber:

"a) Informe N°. 527912 de enero 30 de 1991 el cual da cuenta del accidente ocurrido a las 6 y 20 del día miércoles 30-01-91, en el área urbana de Popayán, Avenida Panamericana, entre un camión de propiedad de la Policía Nacional y una bicicleta conducida por Hugo Aldemar Córdoba Castro (folio 167 y 168 cuaderno de pruebas).

"b) Las lesiones sufridas por el ciclista señor Córdoba Castro, aparecen consignadas en la Historia clínica N° 219312 del Hospital Universitario San José de Popayán (folio 196 a 210 cuade. de pruebas).

"c.) Tanto la calidad de agente de la Policía Nacional como la propiedad del vehículo automotor aparecen igualmente acreditados dentro del proceso, con los siguientes documentos:

"d.) 1. Resolución N° 5326 de 1989 por medio de la cual se nombran agentes profesionales, entre los que se encuentra Guillermo Beltrán Pedreros (folio 226).

"e) 2. Informe suscrito por el Jefe Sección Archivo 61 de la Policía Nacional en la que se certifica sobre la condición de agente de la Policía Nacional de Guillermo Beltrán Pedreros (Folio 231).

"f). 3- . Oficio N° 154 (Acon-Decau de diciembre 13 de 1991) en el que se certifica que el camión de siglas 01-265 es de propiedad de la Policía Nacional (folio 24 Cuad. 2).

"Obran igualmente dentro del proceso declaraciones, tanto de los agentes como de los civiles, estos últimos deponentes no sólo en el proceso penal adelantado, sino también dentro del proceso contencioso administrativo. Según ellos, el camión de la Policía Nacional iba a exceso de velocidad y según el testigo JULIAN ANDRES NARVAEZ ORTEGA, el ciclista iba bien orillado por su lado derecho y al frenar el camión se metió en el mismo lado de la vía, arrollando al ciclista. (folios 180 y ss.).

"Aparecen también la declaración del médico Pedro Susman, quien afirma que presumiblemente el camión se desplazaba a alta velocidad, por la ráfaga de viento que sintió al ser sobrepasado, y que varias veces había visto al herido practicando el ciclismo, guardando las normas y colocándose al lado derecho de la vía (folios 107 y 172).

"Según se desprende de la inspección ocular practicada por funcionarios del cuerpo técnico de la Policía Judicial, Sección Criminalística de la Dirección Seccional Popayán, el accidente se produjo por exceso de velocidad, a pesar de existir una señal de tránsito de zona escolar, en cuyo sector la máxima velocidad permitida es de 40 kilómetros por hora. Se indica allí que la marca de los neumáticos en el asfalto es de 67 metros, desde donde se inicia hasta donde termina y de 25 metros desde donde se produjo el impacto hasta donde fue arrastrado el cuerpo por el automotor (folio 42).

"Aun cuando en el proceso penal, los militares testimonian que la causa del accidente fue la imprudencia y zigzagueo del ciclista, lo cierto es que, conforme a las huellas de frenada y del arrastre del cuerpo así como a su longitud (67 metros aproximadamente), se concluye que hubo exceso de velocidad del referido vehículo en el momento del accidente.

"Si el día del accidente no había neblina y por lo tanto la visibilidad era buena, a juicio de esta delegada hubo una conducta imprudente por parte del conductor del camión de la Policía Nacional. Fué, pues, la imprudencia del conductor la causa del accidente que produjo las lesiones al infortunado ciclista. Al configurarse la falla del servicio se comprometió la responsabilidad del Estado y con ella la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados.

"Son las anteriores consideraciones por las cuales este despacho solicita respetuosamente a la H. Sala la confirmación del fallo apelado".

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

En el caso **sub-exánime** no hay espacio para la duda que impida concluir que se dio la falla del servicio. Para llegar a esta verdad el **ad-quem** hace suya la valoración fáctica, jurídica y probatoria que hizo el sentenciador de instancia, por encontrarla seria, justa y acorde con la lógica de lo razonable. Para el fallador tiene especial fuerza de convicción lo depuesto por el declarante señor JULIAN ANDRES NARVAEZ ORTEGA, quien lo ilustra dentro del siguiente marco:

> "... Sírvase informar al despacho todo lo que le conste en relación con el accidente de tránsito ocurrido el 30 de enero de 1991 en inmediaciones del Seminario, Autopista Norte? CONTESTO: Como era costumbre casi todas las mañanas me encontraba yo en inmediaciones de la Autopista Norte de esta ciudad entrenando ciclismo con el señor Hugo Córdoba el día 30 de enero del año anterior siendo más o menos las seis y veinte de la mañana en la Autopista en mención viniendo hacia Popayán más exactamente en el Puente Tomás Castrillón alcance a divisar al señor Hugo Córdoba más o menos a 100 o 150 metros de distancia del lugar donde yo me encontraba yendo nosotros por el lado derecho de la vía cuando en ese momento sentí los frenos de un vehículo adscrito a la fuerza Elite del Departamento de Policía Cauca a una velocidad de más o menos 100 o 120 kilómetros por hora el cual me pasó frenando iba en sentido izquierdo a derecho colisonando con el señor Hugo Córdoba. PREGUNTADO: Conoce usted la clase y magnitud de las lesiones que sufrió el señor Córdoba? CONTESTO: Sí, el señor Hugo Córdoba se fracturó la pierna derecha en varias partes, como también se lesionó la columna vertebral un bazo y la cara. PREGUNTADO: Según lo que usted pudo observar, a qué cree que se debió la causa del accidente? CONTESTO: Pienso que fue o se debió a exceso de velocidad por parte del automotor policial ya que nosotros nos encontrábamos transitando por el lado derecho de la vía y el vehículo embistió al señor Córdoba por ese mismo lado lo que lo demuestran las frenadas por el carro mencionado y cerca de 120 mts. PREGUNTADO: Recuerda usted las características del vehículo referido? CONTESTO: Se trataba de un Camión Ford de color blanco y negro de estacas pero no recuerdo la numeración que se distingue como adscrito a la Policía Nacional ..... "PREGUNTADO; Sírvase informar cómo eran las condiciones de la vía cuando ocurrieron los hechos, también refiriéndose al estado de tiempo y demás circunstancias en qué ocurrió? CONTESTO: El estado de la vía era de óptimas condiciones y ya que eran más o menos las 6 y 20 de la mañana había buena visibilidad" (fls. 180 - 181 Cdno Rosado).

A todo lo anterior, se agrega la especial circunstancia de que dentro del proceso quedó bien demostrado que el agente GUILLERMO BELTRAN PEDREROS se encontraba al servicio de la institución el día 30-01-91 y que conducía el vehículo "...camión ford de siglas 01-265..." como se lee en el oficio N° 353 de 11 de diciembre de 1991, dirigido por el comandante de la Compañía Búfalo a la doctora NUVIA CECILIA SANCHEZ ARTEAGA, (C 2, fol. 24), en el cual además, se agrega:

"2o.° El camión siglas 01-265, sí es de propiedad de la Policía Nacional y se encuentra adscrito al Cuerpo Especial Armado destinado a la Compañía Búfalo...".

La Sala no podría dejar sin glosa el universo que tiene el informe que el Remplazante 3ª Sección rindió al Comandante de la Compañía Búfalo, con fecha 30 de enero de 1991, en el cual se lee:

"Es de anotar que el señor ciclista se movilizaba por la acera izquierda, cuando repentinamente comenzó a tambalear en la carretera confundiendo al conductor y no dejándole más opción atropellarlo; inmediatamente se traslado al hospital donde se recuperará de fracturas en diferentes partes del cuerpo." (fl. 26 Cdno N° 2)

En este momento del discurso judicial el fallador se pregunta: Con qué filosofía se predica que el conductor de un vehículo, que se desplaza a velocidad excesiva, **NO TIENE MAS OPCION QUE ATROPELLAR A LAS PERSONAS?** Quien así discurre olvida el valor del hombre, para dárselo a la máquina, y a quien la conduce en forma irresponsable. Se vivencia a través de ese comportamiento un vacío existencial. Se han perdido las tradiciones de respeto hacia los semejantes, lo que explica que muchas personas no saben qué es lo que deben hacer. Por ello optan por ATROPELLAR a los seres racionales y también a los irracionales. Personas sin ningún equilibrio ocupan cargos en la explotación de actividades peligrosas, resultando a la postre bien difícil definir si el riesgo está en la empresa o en los hombres encargados de cumplir determinadas tareas. En los momentos de dificultad el hombre debe DECIDIR LO QUE DEBE HACER, pero al hacerlo no debe OPTAR por eliminar del escenario natural a la persona humana. Conductas tan irresponsables, como la que se deja cuestionada, no hace otra cosa que consolidar la afirmación de que hubo falla del servicio.

B) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, ella quedó bien demostrada. Rafael Córdoba y Práxedes Castro, contrajeron matrimonio el día cinco (5) de enero de 1.950 y de esa unión nacieron HUGO ALDEMAR (lesionado), marzo 5 de 1951; LUCY MILBA, diciembre 26 de 1954; SEGUNDO RAFAEL, julio 20 de 1955 y ZITA ROSA CORDOBA CASTRO, julio 31 de 1960.

También está legitimado JESUS EDILBERTO CORDOBA CASTRO, pues fue legitimado por sus padres en el momento de contraer matrimonio.

Se probó, igualmente, que HUGO ALDEMAR CORDOBA contrajo matrimonio con LUCY MAGOLA SOLIS, el día 17 de junio de 1971. De esta unión nacieron CLAUDIA ALEXANDRA, febrero 11 de 1972; RICARDO ANDRES, marzo 30 de 1982 y ADRIANA PATRICIA, marzo 9 de 1974 CORDOBA SOLIS.

D) Dentro del proceso se demostró EL DAÑO y la RELACION DE CAUSALIDAD.

Del examen médico laboral que obra al folio 224 del cuaderno N° 2, se vivencia que el Señor HUGO ALDEMAR CORDOBA CASTRO, presentaba el día cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), las siguientes secuelas:

"Limitación en la movilidad de columna lumbar por listesis 11,12 corregido con cirugía.

"Limitación de la movilidad hombro derecho con limitación de la abducción brazo derecho por fractura de húmero clavícula escápula.

"Undimiento (sic) pómulo derecho con desfiguración leve.

"Vértigo laberíntico pos traumático.

"CONSECUENCIAS:

"Invalidez permanente parcial del 80% por ciento".

Por todo lo anterior, se confirmará la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el sentenciador de instancia, pero se modificará su monto, el cual quedará así:

Para HUGO ALDEMAR CORDOBA (lesionado), mil (1.000) gramos de oro;

Para RAFAEL CORDOBA Y PRAXEDES CASTRO (padres) setecientos (700) gramos de oro fino para cada uno;

Para LUCY MAGOLA SOLIS (esposa), ochocientos (800) gramos de oro fino;

Para CLAUDIA ALEXANDRA, RICARDO ANDRES y ADRIANA PATRICIA CORDOBA SOLIS (hijos), quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno.

Para JESUS EDILBERTO, LUCY MILBA, SEGUNDO RAFAEL y ZITA ROSA CORDOBA CASTRO (hermanos) trescientos (300) gramos de oro fino para cada uno.

Por lo que hace relación con la condena por PERJUICIOS MATERIALES a favor del Señor HUGO ALDEMAR CORDOBA CASTRO (lesionado), también se confirmará pero se actualizará su monto hasta el 31 de agosto de 1993. Por ello la misma se concreta dentro del siguiente marco:

1. Salario $ 302.300.
2. 80% $ 241.840
3. Se actualiza Ra = $ 363.378.80

4-. Se calculan dos períodos:

A) VENCIDO, CAUSADO O CONSOLIDADO:

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

$$S = \$\ 363.378.80 \frac{(1+0.004867)^{21.8} - 1}{0.004867}$$

$S = \$\ 8'335.806.62$

B) FUTURO O ANTICIPADO:

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

$$S = Ra\ \frac{(1+0.004867)^{391.2} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{391.2}}$$

$$S = Ra\ \frac{5.681563833}{0.032519171}$$

$S = \$\ 363.378.80\ X\ 174.7142888$

$S = \$\ 63.487.468.60$

Las cantidades anteriores se actualizan hasta el 31 de agosto de 1993.

$S = \$\ 71.823.275.22$

$$Ra = \$\ 71.823.275.22 \frac{310.25}{258.38}$$

$Ra = \$\ 86.241.857.49$

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 (1°), cuarto (4°), quinto (5°) y sexto (6°) del fallo calendado el día veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1.992), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso del rubro;

SEGUNDO: REVOCANSE los numerales segundo (2°) y tercero (3°) de la misma sentencia, los cuales quedarán así:

2° Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE A LA NACION-POLICIA 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 HUGO ALDEMAR CORDOBA CASTRO (lesionado) mil (1.000) gramos de oro;

A RAFAEL CORDOBA y PRAXEDES CASTRO (padres), setecientos (700) gramos de oro para cada uno;

A LUCY MAGOLA SOLIS (esposa) ochocientos (800) gramos de oro;

A CLAUDIA ALEXANDRA, RICARDO ANDRES y ADRIANA PATRICIA CORDOBA SOLIS (hijos), quinientos (500) gramos de oro para cada uno.

A JESUS EDILBERTO, LUCY MILBA, SEGUNDO RAFAEL y ZITA ROSA CORDOBA CASTRO (hermanos) trescientos (300) gramos de oro 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, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

3° CONDENASE a la NACION-POLICIA NACIONAL, a pagar al señor ALDEMAR CORDOBA CASTRO, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, la suma de OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 86.241.857.49).

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 este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL/ ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia/COSA JUZGADA.

Podía la lesionada en su oportunidad y de acuerdo con el artículo 78 del C. C. A., accionar contra la entidad, el funcionario o contra ambos. En el subjúdice prefirió inicialmente demandar civilmente dentro del proceso penal las indemnizaciones a su favor contra el autor del hecho punible y posteriormente ante esta jurisdicción contra la entidad oficial y este comportamiento procesal equivocado es el que impide la prosperidad de las súplicas de la demanda. Dentro de las opciones que la ley le otorga al perjudicado, éste puede optar por la que mejor se acomode a sus aspiraciones e intereses jurídicos y patrimoniales, pero sometido desde luego a los resultados favorables o desfavorables que esa opción pueda hacia el futuro proporcionarle. De otra forma se patrocinaría condiciones inaceptables desde el punto de vista procesal y jurídico, que le permitirían al afectado transitar por dos jurisdicciones diferentes en busca del resarcimiento más favorable y prevalido de una doble oportunidad de sacar avante su aspiración resarcitoria, en condiciones que ciertamente no se adecúan a un proceso justo y de equidad para las personas naturales o jurídicas que se vean involucradas en cada accionar del afectado, con perjuicio del principio de la cosa juzgada el que en todo caso se vería afectado con el fallo definitivo posterior.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández..*

Referencia: Expediente N° 8201. Actor: Marta Lucía Cristancho de Molano. Demandado: La Nación - Policía Nacional.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, en la cual se dispuso:

"1. CONDENASE A LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL-, POR SER ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE, A PAGAR A LA SEÑORA MARTHA LUCIA CRISTANCHO DE MOLANO EL EQUIVALENTE EN PESOS DE 600 GRAMOS ORO A LA FECHA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO QUINCE SUPERIOR DE MEDELLIN.

"PREVIO DESCUENTO O DEDUCCION DE $74.880.oo. YA RECIBIDOS POR LA DEMANDANTE, TODO DE CONFORMIDAD CON LO DICHO EN LA PARTE MOTIVA.

"COPIESE, NOTIFIQUESE Y CONSULTESE SI NO FUERE APELADA".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1° La demanda

En escrito presentado el 9 de mayo de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, posteriormente corregido por determinación de la misma Corporación, la señora Martha Lucía Cristancho de Molano, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, demandó a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1) Que se condene a la Nación Colombiana a pagar la suma de $12'500.000.oo a favor de la Sra. Martha Lucía Cristancho de Molano en virtud de la responsabilidad por las acciones realizadas por su trabajador agente de policía Fredy Hernán Ledesma Molano en hechos ocurridos el día 22 de febrero de 1.988, por los actos de LESIONES PERSONALES en el ejercicio del cargo y en vehículo perteneciente a LA POLICIA NACIONAL y que es responsable ésta en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, artículo 86 del Decreto 01 de 1.984, que la suma expresada que pagará la Nación Colombiana equivale a la totalidad de LOS DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES los cuales equiparan el daño emergente y el lucro cesante.

"2) Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C. Contencioso Administrativo".

2° Los hechos

Se relata en la demanda que el 22 de febrero de 1.988, cuando la señora Martha Lucía Cristancho de Molano se dirigía hacia el lugar donde trabajaba, fué atropellada por la camioneta Chevrolet Luv, de la Policía Nacional, distinguida con el número

469 y conducida por el agente Fredy Hernán Ledesma Molano, quien no aminoró la marcha y dejó a la víctima tirada en el suelo, mientras abandonaba el lugar del accidente para no ser descubierto, a la vez que procuraba ocultar el automotor.

En el curso del proceso penal fué identificado y el Juzgado 30 penal Municipal lo condenó a seis meses de prisión, multa de $1.157, suspensión como conductor por seis meses y pago de 2.500 gramos de oro, por perjuicios materiales. El Juzgado 15 Superior confirmó el fallo del Juzgado 30 Penal Municipal, modificándolo en el sentido de reconocer la condena de ejecución condicional al procesado y rebajar el monto de los perjuicios "al equivalente a seiscientos gramos oro liquidados al momento de la ejecutoria de esta providencia, deduciendo, claro está, lo que por este concepto ya haya satisfecho".

Como consecuencia del accidente, la demandante fué sometida a un prolongado tratamiento médico quirúrgico, a pesar del cual quedó sicológicamente afectada por la deformación que sufrió en el rostro, cuyos efectos no ha podido superar.

3° **Actuación procesal**

El apoderado de la Nación-Policía Nacional, en la oportunidad para contestar la demanda, se limitó a solicitar algunas pruebas para "demostrar que el desafortunado accidente de tránsito que sufrió la señora MARTHA LUCIA CRISTANCHO DE MOLANO, no fué consecuencia directa de una falla o falta en el servicio, sino más bien el producto de una FUERZA MAYOR o CASO FORTUITO".

En escrito separado propuso la excepción de inepta demanda por falta de los requisitos formales, dado que no se solicitó la declaratoria de responsabilidad de la Nación, ni se especificó el valor de los perjuicios morales y materiales por separado, a más de que no hizo una estimación razonada de la cuantía, ni señaló la clase de proceso que le corresponde a la demanda.

Al momento de alegar de conclusión la apoderada de la Policía Nacional admite "que se podría plantear si se quiere una Falla en el servicio... En la medida que se vinculó en el hecho a un Agente y un vehículo perteneciente a la Policía Nacional". No encuentra, en cambio, probados el daño y la relación de causalidad, por lo que cuestiona las pruebas trasladadas del proceso penal que no fueron ratificadas.

El apoderado de la actora en su alegato de conclusión antes que analizar lo sucedido frente al proceso contencioso administrativo, se dedica a cuestionar la actuación del agente Ledesma Molano y a criticar sin fundamentos de orden jurídico y legal las decisiones de los jueces penales, haciendo ostensible la confusión conceptual que tiene con respecto a los fines que en este proceso persigue.

El agente del Ministerio Público consideró que se daba la falla en el servicio y que había lugar a indemnizar por perjuicios morales en cuantía equivalente a 600 gramos oro "que fué el monto de los señalados en la sentencia penal".

4° La sentencia apelada

Previamente definió el Tribunal que la cuantía si fué razonada "porque la estimación está basada en la condena emitida a través de una sentencia penal, lo que obligaba a tener en cuenta los factores y valores que el Juez Penal consideró". De otra parte sostuvo que en la pretensión de condena va implícita una declaración de responsabilidad, por lo que la pretensión de la demanda está bien formulada.

Con relación al fondo de la cuestión, el a-quo tuvo como un hecho cierto "que efectivamente el agente Ledesma Molano en horas del servicio y conduciendo un vehículo al servicio de la Policía Nacional, atropelló a la demandante Cristancho de Molano". Igualmente encontró que el policía "no tenía ni orden ni mandamiento verbal o escrito de algún superior y la conducción de la patrulla 469 la hizo violando claras disposiciones y consignas de sus superiores". Descartó de plano la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito sugeridas por el apoderado de la Policía Nacional.

Sostiene el Tribunal que en materia de responsabilidad estatal se predica la solidaridad de los responsables y deudores de la obligación de indemnizar el daño, por tanto, la víctima o perjudicado "puede exigir la totalidad de la obligación a todos o sólo a uno de ellos". Por consiguiente cuando coexiste la falta personal y la falla en el servicio, sostiene el a-quo, "el acreedor, en cualquiera de esos casos, puede dirigirse contra la administración directamente. Para arribar a esta conclusión se basa el Tribunal en el artículo 2344 del Código Civil y 78 del Decreto 01 de 1984 que consagra la obligación de la administración de repetir contra el funcionario, si a este le cupiere responsabilidad. Esa solidaridad pasiva proviene de la ley para brindarle al acreedor una garantía de pago.

Prosigue el fallo apelado afirmando que por la solidaridad de la obligación "la demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado", de acuerdo con el artículo 1572 del Código Civil.

Plantea también el Tribunal que la renuncia a la solidaridad debe provenir de manifestación expresa o tácita del acreedor pues de lo contrario subsiste y este continúa gozando de las ventajas que de ella se derivan. Bajo este razonamiento afirma que el hecho de que el acreedor dirija su demanda contra uno solo de los deudores solidarios no le impide accionar contra los otros para obtener el cumplimiento de su obligación, si ésta no ha sido satisfecha total o parcialmente, para lo cual deberá instaurar la demanda ordinaria correspondiente.

En tales condiciones concluye que como la actora se constituyó en parte civil dentro del proceso penal y demandó al agente Ledesma Molano y a la Nación, sin renunciar a la solidaridad, y como la demanda de parte civil contra la Nación no fué admitida, "podía perfectamente entablar esta demanda", y por esta razón infiere la condena contra la Nación, pero sin exceder la impuesta en el proceso penal porque

ya fué determinada en dicho proceso, pero previa deducción de lo pagado por el agente Ledesma Molano a la víctima.

5° **Razones de la apelación**

La parte actora recurrió la decisión del Tribunal con argumentos que se dirigen más a cuestionar la determinación del Juez Superior que la decisión del a-quo, frente al cual se muestra inconforme con la cuantía de la condena, cuyo valor aspira se eleve a 6.000 gramos de oro o subsidiariamente a 2.500 gramos de dicho metal.

Al presentar su alegato de fondo en la segunda instancia, reitera los planteamientos de la sustentación pero modifica su solicitud de condena por perjuicios a la suma equivalente a 5.000 gramos de oro y subsidiariamente a 2.500 gramos del mismo metal.

La demandada alega de conclusión para solicitar que se revoque la sentencia y en su lugar se rechacen las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que la sentencia impugnada debe revocarse en razón a que sobre los hechos debatidos en este proceso ya la parte actora obtuvo un pronunciamiento judicial que hizo tránsito a cosa juzgada.

En efecto:

Al folio 3 del cuaderno No. 2, aparece el poder que Martha Lucía Cristancho de Molano otorgó para constituirse en parte civil contra Fredy Hernán Ledesma Molano y la Nación "... para que adelante todo lo pertinente a la obtención del lucro cesante y el Daño Emergente por el Delito de Lesiones Personales en accidente de tránsito de que fué víctima...".

A los folios 34 a 38 del mismo cuaderno, se encuentra la demanda de constitución de parte civil "...en contra de FREDY HERNAN LEDESMA MOLANO y solidariamente contra la NACION; para que previos los trámites legales sean condenados estos a pagar los daños y perjuicios que constituyan el daño emergente y el lucro cesante...".

A folios 124 a 126 del cuaderno mencionado se encuentra la sentencia del Juzgado Treinta Penal Municipal de Medellín, fechada el 13 de abril de 1989, mediante la cual se condenó a Fredy Hernán Ledesma Molano a 6 meses 16 días de prisión, multa de $1.157 y suspensión del oficio de conductor por seis meses. Así mismo a pagarle a la víctima Martha Lucía Cristancho de Molano, "por el doble concepto de daño material y daño moral" el equivalente en moneda nacional de dos mil quinientos gramos oro...".

A los folios 167 a 180 del cuaderno N° 2, se halla la sentencia proferida el 8 de junio de 1989, por el Juzgado Quince Superior de Medellín, mediante la cual se decidió en segunda instancia el proceso penal contra Ledesma Molano, en el sentido de confirmar el fallo recurrido, modificándolo para rebajar "el monto global de los perjuicios que deberá cancelar el acusado en favor de la Señora Cristancho al equivalente a seiscientos gramos oro (500 gramos por perjuicios materiales y 100 gramos por perjuicios morales) liquidados al momento de la ejecutoria de esta providencia, deduciendo, claro está, lo que por este concepto ya haya satisfecho".

Ahora bien, en ejercicio de la acción de reparación directa, pretende la señora Martha Lucía Cristancho de Molano el pago de $12'500.000 "en virtud de la responsabilidad por las acciones realizadas por su trabajador agente de policía Fredy Hernán Ledesma Molano en hechos ocurridos el día 22 de febrero de 1988, por los actos de LESIONES PERSONALES... que la suma expresada que pagará la Nación Colombiana equivale a la totalidad de LOS DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES los cuales equiparan el daño emergente y el lucro cesante".

Encuentra la Sala, de acuerdo con lo anteriormente relacionado, que la actora en este proceso y parte civil en el proceso penal, pretende obtener simultáneamente dos reconocimientos indemnizatorios: el primero, ya determinado por el Juez Quince Superior de Medellín en cuantía total equivalente en pesos a seiscientos gramos de oro a cargo del agente Fredy Hernán Ledesma Molano y el segundo reclamado en este proceso contra la Nación-Policía Nacional.

Para la Sala los pedimentos de la demanda no están llamados a prosperar por cuanto las sentencias condenatorias de la justicia penal ordinaria, que hicieron tránsito a cosa juzgada, ya dirimieron la responsabilidad del agente autor de las lesiones personales y dispusieron el monto indemnizatorio correspondiente en favor de la actora Cristancho de Molano.

Podía la lesionada en su oportunidad y de acuerdo con el artículo 78 del C.C.A., accionar contra la entidad, el funcionario o contra ambos. En el subjúdice prefirió inicialmente demandar civilmente dentro del proceso penal las indemnizaciones a su favor contra el autor del hecho punible y posteriormente ante esta jurisdicción contra la entidad oficial y este comportamiento procesal equivocado es el que impide la prosperidad de las súplicas de la demanda.

Dentro de las opciones que la ley le otorga al perjudicado, éste puede optar por la que mejor se acomode a sus aspiraciones e intereses jurídicos y patrimoniales, pero sometido desde luego a los resultados favorables o desfavorables que esa opción pueda hacia el futuro proporcionarle. De otra forma se patrocinarían condiciones inaceptables desde el punto de vista procesal y jurídico, que le permitirían al afectado transitar por dos jurisdicciones diferentes en busca del resarcimiento más favorable y prevalido de una doble oportunidad de sacar avante su aspiración resarcitoria, en condiciones que ciertamente no se adecúan a un proceso justo y de equidad para las personas naturales o jurídicas que se vean involucradas en cada accionar del afecta-

do, con perjuicio del principio de la cosa juzgada el que en todo caso se vería afectado con el fallo definitivo posterior.

Cabe recordar de otra parte, que ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse para descartar la nueva responsabilidad en casos como el presente y consecuentemente no acceder a lo demandado cuando la justicia penal ha impuesto condena indemnizatoria, ni siquiera por el monto fijado en dicha condena o por otros valores excedentes. Así se decidió en providencia del 10 de junio de 1993, en el proceso número 7750, de Luis Alberto Zúñiga, con ponencia del señor Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta.

Por las anteriores consideraciones se abstiene la Sala de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida y consecuencialmente, tomará una decisión inhibitoria, previa revocatoria del fallo recurrido.

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

FALLA:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 6 de noviembre de 1992, por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO. INHIBIRSE para hacer un pronunciamiento de fondo en este proceso, por cuanto existe una providencia judicial sobre los mismos hechos que ya hizo tránsito a cosa juzgada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintitrés (23) de septiembre 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.

NOTA DE RELATORIA: Hace mención a la providencia de fecha 10 de junio de 1993, Exp. 7750, sobre el mismo tema.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Arma oficial

La muerte de la menor y las lesiones de su progenitora, fueron causadas por una falla del servicio de la Policía Nacional al permitirle a uno de sus miembros que no se encontraba de servicio el porte de la carabina de dotación oficial M 1.30, con la cual, a pesar del riesgo que comportaba, se desplazó hasta la casa de su amiga, en donde, como el mismo agente lo admite, accidentalmente se le disparó con los lamentables resultados para su pequeña hija y para la progenitora de ésta. Tan ostensible es la falla del servicio, que por los hechos configurativos de la misma, el agente fue disciplinariamente sancionado por la institución demandada.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Inexistencia/FALLA PERSONAL DEL AGENTE - Inexistencia

Las condiciones de tiempo, lugar y modo como sucedieron los hechos, descartan que el hecho dañoso hubiere sido imprevisible e irresistible hasta el punto de no haberlo podido evitar el agente; en cuanto a la falta personal de éste último, derivada por la demandada de que el agente no se encontraba de servicio, no resulta admisible por cuanto su relación oficial con el servicio no había desaparecido y, de otra parte, se presenta el arma de dotación oficial como nexo instrumental causante del daño, que hace imposible desvincular como acto del servicio el comportamiento perjudicial e ilegítimo del agente.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández..*

Referencia: Expediente N° 8021. Actor: Marcos Delgado y otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 23 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"**Primero**. Declarar a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional administrativamente responsable de las lesiones sufridas por la señora Esmeralda Delgado Paredes y de la muerte de la menor Diana Mayerly Pérez Delgado, según hechos ocurridos el día 4 de junio de 1988 en la población de Rosas, Departamento del Cauca.

"**Segundo**. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a pagar a título de indemnización por perjuicios morales los valores que a continuación se indican:

"A Marcos Delgado y Carmelina Paredes Rosero el equivalente a 300 gramos de oro para cada uno por las lesiones sufridas por su hija Esmeralda Delgado Paredes y el equivalente a 500 gramos de oro para cada uno por el deceso de su nieta Diana Mayerly Pérez Delgado.

"A Esmeralda Delgado Paredes el equivalente a 500 gramos de oro por concepto de las lesiones sufridas y 1.000 gramos de oro por el deceso de su hija Diana Mayerly Pérez Delgado.

"A Berney, Carlos Alberto y Marco Aurelio Delgado Paredes el equivalente a 150 gramos de oro, para cada uno por los perjuicios morales sufridos con ocasión de las lesiones sufridas por su hermana Esmeralda Delgado Paredes.

"**Tercero**. El reconocimiento de los perjuicios morales se hará con fundamento en el precio del oro de conformidad a certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

"**Cuarto**. Se dará cumplimiento a las previsiones del artículo 177 del C. Contencioso Administrativo.

"Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"**Quinta**. Ejecutoriada la presente providencia remítase copia de ella al Ministerio de Defensa, Dirección General de la Policía Nacional, al señor Procurador General de la Nación, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1° La demanda

Los señores Marcos Delgado y Carmelina Paredes Rosero, en sus propios nombres y en representación de los menores Berney, Esmeralda, Carlos Alberto y Marco

Aurelio Delgado Paredes; y Nidia Marlén Delgado Paredes, por conducto de apoderado, el 20 de abril de 1989 formularon demanda ante el Tribunal Administrativo del Cauca, 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 MARCOS DELGADO, CARMELINA PAREDES ROSERO, NIDIA MARLEN DELGADO PAREDES, mayores y vecinos de El Bordo (Cauca), y a los menores BERNEY, ESMERALDA, CARLOS ALBERTO y MARCO AURELIO DELGADO PAREDES, representados por los dos primeros, quienes son sus padres, con la muerte violenta de que fue víctima la niña DIANA MAYERLY PEREZ DELGADO, nieta de los dos primeros, hija de ESMERALDA y sobrina de los restantes, y con las graves lesiones corporales sufridas por ESMERALDA DELGADO PAREDES, hija de los dos primeros y hermana de los restantes, en hechos ocurridos el día 4 de junio de 1988 en el casco urbano de la población de Rosas (Cauca), los cuales fueron protagonizados por un miembro de la Policía Nacional en una evidente falla en el servicio y que dejaron a ESMERALDA consecuencias de por vida, con una merma laboral aproximada del 70%.

"**SEGUNDA**. CONDENASE a LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA-Policía Nacional), a pagar a MARCOS DELGADO, CARMELINA PAREDES ROSERO, y a sus hijos NIDIA MARLEN, BERNEY, ESMERALDA, CARLOS ALBERTO y MARCO AURELIO DELGADO PAREDES, estando los menores representados por los dos primeros, quienes son sus padres, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de DIANA MAYERLY PEREZ y las lesiones de ESMERALDA DELGADO P. 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 ESMERALDA DELGADO PAREDES, la herida, dejará de producir en razón de las graves lesiones que recibió y por todo el resto posible de vida que le queda, en la actividad económica a que se dedicaba (potencial laboral futuro), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (16 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 de entierro de la niña DIANA MAYERLY PEREZ, y por gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, por drogas, etc., hechos hasta el presente y que se harán en lo futuro por los mismos conceptos, para recuperación y conservación de su salud, estimados en TREINTA MILLONES DE PESOS ($ 30.000.000).

"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 síquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del artículo 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho ha sido cometido por un miembro de la Policía Nacional, entidad que tiene como deber constitucional el velar por la vida de los asociados, y con él se ha arrebatado la vida y herido de gravedad a seres queridos como son los hijos, los hermanos, los sobrinos o nietos.

"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".

2° **Los hechos**

Lo sucedido se refiere en la demanda así:

"4. En la tarde del día 4 de junio de 1.988 el agente JAIRO PEREZ, quien había hospedado a su compañera y a su pequeña hija en casa del Sr. BETO MARTINEZ, sita en el Barrio Santander de Rosas, se fue a visitar a las mencionadas, vistiendo su uniforme reglamentario y portando su carabina de dotación oficial, y aproximadamente hacia las 6 1/2 de la tarde, cuando se disponía a colgar su arma de un clavo instalado en una pared, la carabina se le disparó accidentalmente, yendo el proyectil a atravesar el brazo izquierdo de ESMERALDA PAREDES DELGADO, causándole grave lesión que la dejó inválida de por vida de tal brazo, y una merma laboral cercana al 70%, proyectil que luego se alojó en el cráneo de la menor DIANA MAYERLY PEREZ DELGADO, ocasionándole la muerte en el acto".

Relata además que de la convivencia de Marcos Delgado y Carmelina Paredes Rosero, nacieron Nidia Marlen, Berney, Esmeralda, Carlos Alberto y Marco Aurelio Delgado Paredes. A su vez Esmeralda, en unión con el agente de la Policía Nacional Jairo Pérez, engendró a la menor Diana Mayerly Pérez Delgado. A raíz del accidente Esmeralda quedó inhabilitada para trabajar.

3° **Actuación procesal**

Al contestar la demanda el apoderado de la Policía Nacional solicita exonerar de responsabilidad al ente demandado, por cuanto considera que se presenta un caso fortuito y un acto fuera de servicio, así como la culpa personal del agente. En el alegato de bien probado, la apoderada de la institución policiva, reiteró las razones de defensa antes mencionadas, para concluir que como no se da el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño causado, las peticiones de la demanda no pueden por consiguiente prosperar.

El apoderado de la parte demandante reiteró las peticiones formuladas en su escrito inicial, dado que encuentra configurada la falla del servicio, "la cual se reputa como presunta, en razón de la calidad mortal del arma con la que se causó el insuceso", falla reconocida por la propia Policía Nacional al sancionar disciplinariamente al agente Jairo Pérez. Como consecuencia pide el equivalente a 1.000 gramos de oro para Esmeralda, Marcos Delgado y Carmelina Paredes Rosero, por los perjuicios morales. Por este mismo concepto solicita el equivalente a 500 gramos de oro para los hermanos de la lesionada.

El agente del Ministerio Público ante el Tribunal, encontró probados los elementos que estructuran la responsabilidad y por lo mismo se muestra partidario de acceder a las peticiones de la demanda.

4° **La sentencia apelada**

Encontró el Tribunal acreditado que Jairo Pérez era agente de la Policía Nacional, así como el fallecimiento de su hija menor Diana Mayerly Pérez Delgado y las lesiones de su joven compañera Esmeralda Delgado Paredes, ocasionadas con el arma de dotación oficial accidentalmente disparada.

Del porte de dicha arma dedujo el aquo que la Policía Nacional no tomó las medidas necesarias para evitar que por fuera de servicio los agentes portaran el armamento de dotación lo cual constituye una falla del servicio, concordante con la decisión sancionatoria del proceso disciplinario.

Por perjuicios morales a Esmeralda Delgado Paredes por sus propios daños corporales le reconoció el equivalente en pesos a 500 gramos de oro, y por el deceso de su hija Diana Mayerly le reconoció el equivalente a 1.000 gramos del mismo metal.

A Carlos Delgado y Carmelina Paredes Rosero les fue reconocido por concepto de perjuicios morales por las lesiones de Esmeralda Delgado 300 gramos de oro para cada uno y por el fallecimiento de su nieta 500 gramos de oro para cada uno.

Para los hermanos de Esmeralda les fué reconocida una indemnización equivalente a 150 gramos de oro, por los perjuicios morales derivados de las lesiones personales.

Con relación a los perjuicios materiales, negó el aquo los reclamados por daño emergente, dado que no fueron comprobados. Con relación al lucro cesante por la lesión de Esmeralda Delgado Paredes, no hizo el Tribunal reconocimiento alguno por cuanto "la no determinación de la merma laboral obedeció a que la señora Esmeralda Delgado Paredes no se sometió al examen médico legal ordenado por la Corporación".

De la sentencia salvó voto uno de los Magistrados, en razón a que no estaba de acuerdo con el reconocimiento de perjuicios morales para los abuelos basados en la presunción de tales perjuicios respecto de estos familiares.

5° **La apelación**

La parte actora recurrió la sentencia para que se reconozca en favor de los padres de la lesionada el equivalente a 1.000 gramos de oro y por la muerte de su nieta también la misma cantidad para cada uno. Así mismo pretende que se reconozca a Esmeralda Delgado Paredes el equivalente a 1.000 gramos de oro por razón de sus lesiones y 1.000 gramos por la muerte de su hija Diana Mayerly Pérez Delgado. Igualmente busca que para los hermanos de la lesionada se reconozca el equivalente en pesos a 500 gramos de oro para cada uno y, por último, reclama el reconocimiento de perjuicios materiales por lucro cesante en favor de la lesionada Esmeralda Delgado Paredes. Para tal efecto solicita que en la segunda instancia se determine la merma laboral de la demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se advierte que respecto de la responsabilidad extracontractual del ente demandado ninguna duda le cabe a la Sala. Sobre el particular obran en el proceso el registro civil de defunción de la menor Diana Mayerly Pérez Delgado (f. 9) y el acta de levantamiento del cadáver (fls. 65-66); así mismo, la historia clínica del Hospital Universitario San José, correspondiente a Esmeralda Delgado Paredes, donde consta la lesión que sufrió en el brazo derecho causada con arma de fuego (fls. 68 a 79).

De otra parte, en la copia del proceso disciplinario que se adelantó contra el agente Jairo Pérez (fls. 122 a 141), al folio 131 aparece el extracto de su hoja de vida, de donde se deduce su calidad de miembro de la Policía Nacional para la fecha de ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, sobre el desarrollo de los mismos, según el informe del comandante de la subestación de Rosas, en el libro de minuta de guardia aparece anotado que al agente Jairo Pérez se le disparó la carabina M-1.30 N° 29.54413 de dotación oficial, causando la muerte de su hija y lesiones a la madre de la misma.

Sobre el mismo tema, se encuentra el concepto del Oficial Investigador en el sentido de sancionar al agente Pérez, como responsable de violar el reglamento de disciplina y honor para la Policía Nacional, al "no observar el cuidado con las armas de fuego y de dotación oficial. Cuando el día 040688, en la residencia de la señora Esmeralda Delgado Paredes, cuando iba a visitar a su hija, y al colocar la carabina a un clavo para colgarla en la pared, se le disparó la misma en forma accidental, causándole la muerte a su hija de un mes y medio de nacida y lesionando levemente a su comprometida. Hechos sucedidos en la población de Rosas "Cauca". El anterior concepto, con la solicitud de sanción disciplinaria fue acogido por el Comandante del Departamento de Policía Cauca.

De lo anteriormente expuesto concluye la Sala que la muerte de la menor y las lesiones de su progenitora, fueron causadas por una falla del servicio de la Policía Nacional al permitirle a uno de sus miembros que no se encontraba de servicio el porte de la carabina de dotación oficial M 1.30, con la cual, a pesar del riesgo que comportaba, se desplazó hasta la casa de su amiga en donde, como el mismo agente Pérez lo admite, accidentalmente se le disparó con los lamentables resultados para su pequeña hija y para la progenitora de ésta. Tan ostensible es la falla del servicio, que por los hechos configurativos de la misma, el agente Pérez fué disciplinariamente sancionado por la institución demandada.

Atinadamente consideró el aquo que el caso analizado podía manejarse con la tesis de la falla presunta del servicio, por la naturaleza oficial del nexo instrumental causante del daño. Sin embargo, con razón optó por estudiar lo sucedido bajo la óptica de la falla del servicio probada, dado que del material probatorio recaudado fluye como tal esa falla de la administración.

Comparte así mismo la Sala el criterio del Tribunal para desestimar las causales eximentes de responsabilidad planteadas por la entidad demandada, a saber: la fuerza mayor o caso fortuito y la culpa personal del agente. Las condiciones de tiempo, lugar y modo como sucedieron los hechos, descartan que el hecho dañoso hubiera sido imprevisible e irresistible hasta el punto de no haberlo podido evitar el agente; en cuanto a la falta personal de éste último, derivada por la demandada de que el agente no se encontraba de servicio, no resulta admisible por cuanto su relación oficial con el servicio no había desaparecido y, de otra parte, se presenta el arma de dotación oficial como nexo instrumental causante del daño, que hace imposible desvincular como acto del servicio el comportamiento perjudicial e ilegítimo del agente Jairo Pérez.

Acreditado entonces que en este caso se dio una falla del servicio y que la misma generó perjuicios para los demandantes, se imponía declarar, como lo hizo el Tribunal, la responsabilidad administrativa de la parte demandada, así como la correspondiente indemnización de perjuicios.

Con relación al monto de los perjuicios morales reconocidos a los demandantes, observa la Sala lo siguiente:

Con respecto a Esmeralda Delgado Paredes, quien reclama indemnización por la muerte de su pretendida hija Diana Mayerly, se modificará el reconocimiento hecho por el aquo, equivalente a 1.000 gramos de oro, para dejarlo en suma que corresponde a 800 gramos de ese metal. Lo anterior obedece a que su condición de madre de la menor no aparece procesalmente acreditada conforme a la ley. Sin embargo, de las distintas constancias procesales que obran en el expediente, deduce la Sala que el fallecimiento de la niña afectó en grado sumo los sentimientos de amor y cariño hacia su presunta hija, de tal forma que puede tenérsela como damnificada por su fallecimiento y en consecuencia hay lugar a reconocerle como compensación por su dolor una suma equivalente en pesos a 800 gramos de oro.

En cuanto a los padres de la lesionada y abuelos de la menor fallecida, para efectos de la indemnización por perjuicios morales, tiene en cuenta la Sala que si bien Marcos Delgado acreditó su calidad de padre de Esmeralda y sus hermanos, mediante los reconocimientos respectivos, no sucedió igual con Carmelina Paredes Rosero, cuya maternidad no fue probada debidamente. Por esta razón y con fundamento en los testimonios recaudados, estima la Sala que puede tenerse como damnificada por las heridas de su pretendida hija y, en consecuencia, reconocer al padre de la lesionada el equivalente en pesos a 300 gramos de oro, en tanto que a Carmelina Paredes se le reconocerá una suma equivalente en pesos a 150 gramos del metal aludido. Con respecto, a los perjuicios por el fallecimiento de la niña Diana Mayerly encuentra la Sala, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, que el actor Marcos Delgado acreditó su condición de abuelo, no así Carmelina Paredes, a quien se indemnizará a título de damnificada con una suma equivalente a 300 gramos de oro. Para el abuelo se mantendrá la suma que corresponda en pesos a 500 gramos de oro, reconocida por el Tribunal.

Por los perjuicios morales de Esmeralda Delgado Paredes, el Tribunal atinadamente le reconoció el equivalente en pesos a 500 gramos de oro por las lesiones sufridas. El recurrente aspira a que dicho valor se aumente a 1.000 gramos de oro. No prospera, sin embargo, el recurso por este aspecto, por cuanto, como ya se señaló, la naturaleza, gravedad y proyección de las heridas, no implican un estado de incapacidad o invalidez permanente que justifique el valor reclamado. Este mismo criterio se aplicará respecto de la indemnización moral para los hermanos de la lesionada, a quienes el Tribunal acertadamente reconoció una compensación equivalente en pesos a 150 gramos de oro para cada uno y que el apelante pretende que se eleve a 500 gramos de dicho metal.

Por último, con respecto a los perjuicios materiales para Esmeralda Delgado, ante la insuficiencia probatoria sobre la disminución de su capacidad laboral la Sala reconocerá como indemnización el valor que corresponda a 90 días de salario, calculado de acuerdo con el mínimo legal vigente para la época de los hechos y que correspondía a $ 854.58 diarios, para un valor de $ 76.912.20 que actualizado de acuerdo con los índices de precios al consumidor equivalen a la suma de $ 257.036.74.

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 primero, tercero, cuarta (sic) y quinta (sic) del fallo recurrido, esto es, el proferido el 23 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal segundo del fallo recurrido, el cual queda así:

Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar como indemnización por perjuicios morales, los siguientes valores:

1. A Marcos Delgado el equivalente en pesos a mil quinientos (1.500) gramos de oro fino.

2. A Carmelina Paredes Rosero, el equivalente en pesos a mil cien (1.100) gramos del mismo metal.

3. A Berney, Carlos Alberto y Marco Aurelio Delgado Paredes, el equivalente en moneda nacional a ciento cincuenta (150) gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

4. A Esmeralda Delgado Paredes, el valor equivalente a mil trescientos (1.300) gramos de oro fino y, por perjuicios materiales, la cantidad de doscientos cincuenta y siete mil treinta y seis pesos con 74/100 ($257.036.74) moneda legal.

TERCERO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancias de ejecutoria, para las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintitrés (23) de septiembre 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.

SECCION

CUARTA

RESPONSABLE/SERVICIO GRAVADO/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

En el impuesto sobre las ventas el responsable del tributo es quien realiza el hecho económico que la ley prevé como generador del tributo (ventas, prestación de servicios, importación). Lo que significa, que el responsable del impuesto en la prestación de los servicios de arrendamiento de bienes corporales muebles no es el propietario de los bienes a través de los cuales se ejecuta la actividad, es quien ejecuta. Independientemente de que el arrendador tenga o no la calidad de propietario de los bienes, puede poseerlos a título de arrendamiento, acredor anticrético o prendario. Por ello, al trasladar el decreto reglamentario, a los propietarios de los juegos electrónicos, de manera exclusiva, la responsabilidad del impuesto, modificó el concepto prestablecido en la ley, que considera como responsable en forma general a quien ejecuta el servicio.

BASE GRAVABLE/SERVICIO GRAVADO-Impuesto sobre las Ventas

La base gravable consagrada por el Decreto Reglamentario 0836 inciso 2° del artículo 18, para la prestación de servicios en el alquiler de juegos electrónicos difiere de la señalada en la ley (Estatuto Tributario, art. 447) que fijó "el valor total de la operación" no el "valor total de los ingresos brutos", por tanto, para el caso sub exámine al cualificar a quien presta el servicio, vale decir restringiéndolo al propietario de los juegos electrónicos, produce como consecuencia la modificación de la base gravable.

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

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Ref.: Expediente N° 3819. Actor: Gilberto Castro C/ Ministerio de Hacienda y Crédito Público Autoridades Nacionales. FALLO.

Decide la Sala la demanda de nulidad instaurada por el ciudadano GILBERTO CASTRO, identificado con la C.C. N° 17,044,845, contra el artículo 18 del Decreto 0836 del 26 de marzo de 1991 "por la cual se reglamenta la Ley 49 de 1990 y se dictan otras disposiciones".

En la misma, se solicitó la suspensión provisional de la disposición acusada, y en auto de fecha noviembre 29 de 1991, la Sala de decisión admitió la demanda y decidió sobre la suspensión provisional, suspendiendo las expresiones "el responsable del impuesto será el propietario de los mismos y la base gravable estará constituida por el valor de los ingresos brutos provenientes de su explotación económica", contenida en el segundo inciso del artículo 18 del Decreto Reglamentario 0836 del 26 de marzo de 1991.

LA NORMA ACUSADA:

El artículo 18 del Decreto Reglamentario 0836 de 1991 que a su tenor literal consagra:

"ARTICULO 18. Impuesto de ventas en alquiler de videos y juegos electrónicos. Cuando el servicio contemplado en el numeral 11 del artículo 476 del estatuto tributario, se refiere a las cintas de video la base gravable estará configurada por el valor del servicio".

"**Para el caso de los juegos electrónicos, el responsable del impuesto será el propietario de los mismos y la base estará constituida por el valor de los ingresos brutos provenientes de su explotación económica**". (Lo subrayado corresponde al inciso acusado).

NORMAS VIOLADAS:

Señala el accionante las siguientes:

1° Artículo 120-numeral 3° de la Constitución que rigió hasta el 4 de julio de 1991 y que corresponde al artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional vigente.

2° Artículo 43 de la anterior Constitución, que corresponde al artículo 150, numeral 12 de la Constitución Nacional de 1991. Artículos 437, 447, 448, 454, 455, 483, 484 y 792 del Decreto Ley 624 de 1989 (estatuto tributario).

3° Artículo 120, numeral 11 de la Constitución anterior, que corresponde al artículo 189, numeral 20 de la Constitución Política de 1991.

4° Artículo 338 de la actual Constitución.

CONCEPTO DE VIOLACION

El accionante luego de discurrir sobre los alcances y límites de la potestad reglamentaria, tema que respalda con jurisprudencia de esta Corporación, observa que el Gobierno Nacional diciendo hacer uso de dicha facultad expidió el Decreto 836 de 1991, por medio del cual reglamentó la Ley 49 de 1990 y en el inciso 2° del artículo 18 (norma acusada) señaló el sujeto pasivo del impuesto sobre las ventas y la base gravable para efectos de la determinación del mismo, en el caso de los juegos electrónicos.

Explica, que el Decreto 624 de 1989, estatuto tributario, artículo 437, indica quienes son los sujetos responsables del impuesto, señalando entre otros a los comerciantes, a quienes presten los servicios gravados y a los importadores, sin hacer referencia alguna al propietario de un determinado bien o servicio, lo que significa que el sujeto responsable del tributo es el comerciante quien presta el servicio o el importador, independientemente de que simultáneamente sean propietarios del respectivo bien o servicio. Por ello, estima que al transferir esa responsabilidad en la persona del propietario se varía la ley.

Agrega, que el Presidente de la República no podía por un simple decreto reglamentario crear un nuevo sujeto del impuesto sobre las ventas, porque este hecho le corresponde determinarlo de manera exclusiva a la ley, y menos aún cuando como en el caso, el Estatuto Tributario de manera taxativa señala a los sujetos responsables del impuesto sobre las ventas.

Concluye, que el acto acusado al señalar al sujeto responsable del impuesto sobre las ventas distinto de los señalados en el Estatuto Tributario, es inconstitucional por desbordar la potestad reglamentaria e ir más allá de lo previsto en la ley, transgrediendo así el mandato constitucional del anterior ordinal 3° del artículo 120 de la antigua Carta, razón por la cual considera que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, solicitando se declare ésta.

Por otra parte, manifiesta que atendiendo a los principios de hermenéutica jurídica mediante un decreto reglamentario tampoco es posible como se hace en el acto acusado modificar la base gravable que había sido determinada en el Estatuto Tributario, porque ello es también competencia exclusiva de la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Únicamente el accionante, en esta oportunidad procesal presenta alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la demanda en el sentido de que el Gobierno Nacional al expedir el acto acusado excedió su poder reglamentario por dos razones:

1. Por haber creado un nuevo sujeto del gravamen, y, 2). Por haber determinado una base gravable especial para los juegos electrónicos distintos a la consagrada en el estatuto tributario.

En cuanto al primer punto, dice que salta a la vista la ilegalidad del acto acusado, y en respaldo de ello, se remite a las explicaciones expuestas por la Sala en el auto que resolvió sobre la suspensión provisional.

Sobre lo segundo, recaba que es igualmente evidente la violación por cuanto el Estatuto Tributario, había fijado la base gravable para la determinación del IVA sin hacer exclusiones ni excepciones. Por ello, observa que no podría ser otra la posición adoptada por el Consejo de Estado en el auto que admitió la demanda al advertir la contradicción entre la norma reglamentaria y la norma superior reglamentada.

Con los argumentos expuestos aquí y los señalados en la demanda solicita el accionante la nulidad de la norma accediéndose a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Ciertamente el Decreto 0836 de marzo 26 de 1991, fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada por el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, y de la consagrada en el numeral 11 ibídem, de "cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos...".

En virtud de dicha potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional, expide las órdenes, decretos, resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, constituyendo éstas un marco legal, para el desarrollo de las mismas, lo que significa que en ejercicio de dicha facultad el gobierno no puede modificar la ley y tampoco adicionarla, sino que su contenido está circunscrito a determinar el modus operandi de la norma superior reglamentada con el propósito de hacer viable su aplicación haciendo explícito lo que está implícito en ella.

En el caso sometido a consideración de la Sala, el accionante acusa el artículo 18 inciso 2° del citado Decreto 0836 de 1991, de desbordar la facultad reglamentaria, porque en su concepto en dicha disposición se creó un nuevo sujeto pasivo-responsable del impuesto sobre las ventas "el propietario de los juegos electrónicos", y además señaló una base gravable para los mismos diferente de la consagrada en la

norma superior reglamentada, la Ley 49 de 1991 plasmada, en los artículos 437, 447, 448, 454, 455, 483, 484, 792 del estatuto tributario.

Son entonces dos aspectos que debe dilucidar la Sala: 1. si efectivamente la norma acusada creó un nuevo responsable del IVA, en la prestación de servicios por alquiler de juegos electrónicos; 2. si la base gravable señalada, también difiere de la consagrada en la ley.

En cuando al primer punto observa la Sala, que de conformidad con el literal b) del artículo 420 del estatuto tributario, constituye **hecho generador del impuesto** a las ventas, entre otros, "la prestación de los servicios especificados en el artículo 476 realizados en el territorio del país", entre los cuales se encuentra "el arrendamiento de bienes corporales muebles..." como sería el caso del alquiler de los juegos electrónicos. (Bienes corporales muebles).

El artículo 437 ibídem, por su parte, enseña que los comerciantes y quienes realicen actos similares a los de ellos, y los importadores **son sujetos pasivos del impuesto**, especificando en cada uno de los hechos generadores (ventas, prestación de servicios, importaciones) en quién recae la responsabilidad del impuesto; y tratándose de la prestación de servicios, prescribe:

"Son responsables del impuesto:"

"c) quienes presten los servicios gravados".

Para la ley tributaria entonces, tratándose de la prestación de servicios, el responsable del impuesto es el comerciante que presta el servicio gravado, y quienes realicen actos similares a ellos, y los importadores -alquiler de bienes corporales muebles-, independientemente de que aquél sea o no propietario de los bienes mediante los cuales presta el servicio gravado; es decir, si es dueño o no de los mismos, lo cual resulta acorde con la naturaleza del impuesto de ventas que grava el consumo, que es el **hecho imponible** en sentido estricto, y no el ingreso o el activo mismo.

En el impuesto sobre las ventas el responsable del tributo o es quien realiza el hecho económico que la ley prevé como generador del tributo (ventas, prestación de servicios, importación). Lo que significa, que el responsable del impuesto en la prestación de los servicios por arrendamiento de bienes corporales muebles no es el propietario de los bienes a través de los cuales se ejecuta la actividad (prestación de servicios), es **quien la ejecuta**, independientemente, de que el arrendador tenga o no la calidad de propietario de los bienes, pues puede poseerlos a título de arrendamiento, acreedor anticrético o prendario, por ejemplo.

Dentro de este criterio, resulta irrelevante considerar la propiedad de los bienes corporales muebles-juegos electrónicos, que son objeto del hecho económico del impuesto, como es el alquiler de los mismos. Por ello, al trasladar el decreto regla-

mentario, a los propietarios de los juegos electrónicos, de manera exclusiva, la responsabilidad del impuesto, modificó el concepto preestablecido en la ley, que considera como responsable en forma general, a quien ejecuta el correspondiente servicio, es decir, a quien arrienda los correspondientes juegos electrónicos. De esta manera, si el servicio lo presta el propietario de los juegos electrónicos, el hecho gravado lo ejecuta él, y por ello, es el responsable, y sí lo realiza el arrendatario, el responsable será éste, porque es la persona que presta el servicio gravado (hecho económico) de donde sigue, que conforme a la ley, el responsable del impuesto es el prestatario del servicio, sin consideración del hecho de que sea dueño o no de los juegos electrónicos. Lo contrario, implica a juicio de la Sala, modificar los conceptos generales en los que se estructura el impuesto a las ventas en la ley, sobre sujeto pasivo en el hecho generador sobre la prestación de servicios.

En consecuencia, resulta evidente que el artículo 18, inciso 2° del Decreto 836 al disponer que "para el caso de los juegos electrónicos el responsable del impuesto será el propietario de los mismos..." excedió la facultad reglamentaria a través de la cual desarrolló el precepto legal contenido en la Ley 49 de 1990, creando un sujeto pasivo del impuesto diferente al contemplado en la ley, incurriendo de esta manera en las violaciones alegadas por el accionante.

Ahora bien, en cuanto a lo segundo, atinente a la base gravable, que en concepto del accionante, la norma acusada también modificó, observa la Sala lo siguiente:

El artículo 447 del estatuto tributario, respecto a la base gravable en las ventas y **prestaciones de servicios**, señala como regla general que: "la base gravable será el valor total de la operación, incluyendo entre otros gastos directos la financiación ordinaria, extraordinaria o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones, seguros, comisión, garantías y demás erogaciones complementarias aunque se facturen o convengan por separado y aunque considerados independientemente no se encuentre sometidos a imposición".

La disposición acusada por el contrario, señala "para el caso de los juegos electrónicos..." la base gravable estará constituida por **el valor de los ingresos brutos provenientes de su explotación económica**" (Subraya la Sala).

Como puede observarse con meridiana claridad, la base gravable consagrada por el Decreto Reglamentario 0836, inciso 2°, del artículo 18, para la prestación de servicios en el alquiler de juegos electrónicos también difiere de la señalada en la ley que fijó "el valor total de la operación" no el "valor total de los ingresos brutos", por tanto, para el caso sub exámine, al cualificar a quien presta el servicio, vale decir, restringiéndolo al propietario de los juegos electrónicos, produce como consecuencia la modificación de la base gravable.

La Sala advierte que no obstante que la Ley 6ª de 1992, reformó el artículo 476 del estatuto tributario, y por ende su numeral 11, y que el punto materia de examen ha sido precisado de manera clara en su Decreto Reglamentario 1107 del 2 de julio

de 1992, considera que en situaciones como ésta debe proferir fallo de fondo, reiterando así, la jurisprudencia que contiene la sentencia de agosto 17 de 1984 expediente N° 9524, en la cual se expresó:

> "Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso puede haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño o restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado".

En colorario de lo expuesto, es procedente acceder a las súplicas de la demanda declarando la nulidad del inciso 2° del artículo 18 del Decreto 836 de 1991.

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 del inciso 2° del artículo 18 del Decreto 836 de 1991.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen. Cúmplase.

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

Jaime Abella, Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS-Naturaleza/EXENCION/HECHO GENERADOR

El IVA por su naturaleza de impuesto indirecto, que económicamente se caracteriza por ser trasladable, la ley no se preocupa por identificar y señalar los contribuyentes reales, sino que controla su causación y recaudo en cabeza de los responsables que en el caso de los servicios están señalados por el artículo 437-1 del Estatuto Tributario. La ley indica en forma general el hecho generador (por eso se dice que es real, no personal) por la venta o por la importación de bienes corporales muebles y por la prestación de servicios, salvo los que hayan sido excluidos expresamente. No depende de la exclusividad de la actividad del responsable la exoneración del impuesto, sino de la clase del bien vendido o importado, o del servicio prestado con tal de que éstos correspondan a los señalados como excluidos.

SERVICIO EXCLUIDO/SERVICIO DE PUBLICIDAD/IVA EN SERVICIOS

Al ser la única disposición del decreto reglamentario referida al numeral 8 del artículo 476 del Estatuto Tributario, significa y permite entender, que la exoneración cobija sólo a los ingresos por servicios de publicidad prestados por las agencias y a los ingresos por venta de espacios que reciban los medios, estableciendo así distinciones que no surgen de la ley y restricciones a lo dispuesto por la norma reglamentada, que jurídicamente son inaceptables. Es por ello que la referencia o mejor el soporte en un factor subjetivo del responsable como es el giro ordinario de los negocios, resulta no sólo perturbador para el buen entendimiento de la norma, sino que desvirtúa el sistema consagrado en la ley que no hizo ninguna referencia a ellos, sino que simplemente se refirió a la naturaleza del servicio prestado, no a las condiciones subjetivas de quienes los prestan.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección cuarta.
Santafé de Bogota D.C., julio nueve (9) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE

Ref.: Expediente N° 4503. Actor: LIGIA SARMIENTO DE PEÑA
Autoridades Nacionales *FALLO.*

Corresponde a la Sala decidir la demanda de nulidad de algunas frases utilizadas en el artículo 9° del Decreto Reglamentario 1372 del 20 de agosto de 1992, entablada en acción pública por la abogada Ligia Sarmiento de Peña.

Mediante auto del 19 de noviembre de 1992, confirmado el 29 de enero de 1993, la Sala decretó la suspensión provisional de las expresiones acusadas de ilegalidad.

El Ministerio de Hacienda por intermedio de uno de sus abogados hizo la defensa de las normas acusadas y el Ministerio Público representado por el procurador tercero comparte su opinión al pedir que no se acceda a las súplicas de la demanda.

La demanda se fundamenta en considerar que el presidente se extralimitó en el ejercicio de su facultad reglamentaria al disponer en el decreto correspondiente, expresiones que desvirtúan la ley reglamentada.

La contrariedad entre el reglamento y a ley se sintetiza en que la Ley 6ª de 1992 mediante el artículo 25 que modificó al artículo 476 del Estatuto Tributario, dispuso que se exceptuaban del Impuesto a las Ventas -IVA- "...8 los servicios de publicidad, de radio, prensa y televisión, incluida la televisión por cable y el servicio de exhibición cinematográfica" y el Decreto Reglamentario 1372 al referirse al mismo tema en el artículo 9° dispuso:

> "Para efectos del numeral 8° del artículo 476 del estatuto tributario, Se encuentran excluidos del impuesto sobre las ventas, los ingresos **que perciban las agencias de publicidad** por la prestación de servicios de publicidad, así como los ingresos que por concepto de la venta o alquiler de espacios **perciban los medios de radio, prensa y televisión**" (se subrayan las partes acusadas).

El argumento central de la demandante estriba en que la Ley 6ª de 1992 estableció el tratamiento de excepción para los servicios de publicidad (señalados en el art. 25), sin calificación alguna en lo que respecta a quien presta el servicio; que la norma acusada viola la ley en razón a que introduce un factor discriminatorio cual es, el de que dichos servicios sean prestados por agencias de publicidad o por los medios de radio, prensa y televisión, lo cual no fue previsto en la Ley 6ª.

Por su parte la apoderada del Ministerio de Hacienda explica que la norma acusada no significa, como lo entiende la demanda, que los servicios de publicidad

sólo están excluidos cuando se presten por agencias de publicidad y relaciona el tema con lo dispuesto por el artículo 437 del Estatuto Tributario cuando al referirse a los responsables del impuesto dijo que lo son "quienes prestan servicios" y del estudio de normas sobre responsables hace las siguientes distinciones:

- agencias de publicidad con objeto exclusivo de servicios de publicidad no son responsables, son excluidos, pero por la prestación de servicios intermedios requeridos para la elaboración del producto final publicitario, que no son exentos, si son responsables.

- empresas de objeto distinto a la publicidad: su responsabilidad frente al impuesto a las ventas "está determinada en razón al contenido y desarrollo de su objeto social principal" resultando obligada a manejar contablemente los ingresos percibidos por prestación de servicios de publicidad como excluidos del impuesto".

El señor procurador tercero delegado ante lo contencioso, acoge los anteriores planteamientos y considera que el reglamento no dice que solamente los servicios que presten las agencias de publicidad y los de radio que presten los medios de comunicación están excluidos del impuesto; la norma simplemente reglamenta un caso, pero de esa circunstancia no se desprende que el beneficio fiscal o límite únicamente a este caso de las agencias y los medios.

CONSIDERACIONES:

El Impuesto sobre las Ventas -IVA- que es un impuesto real e indirecto, está regulado legalmente en Colombia bajo el esquema global del hecho generador, como norma general, y luego las exclusiones y exenciones.

En materia de servicios la Ley 6ª de 1992 modificó la estructura de la legislación anterior, para adoptar este mismo esquema que quedó así generalizado tanto para la venta e importación de bienes muebles corporales, como para la prestación de servicios. Se observa su desarrollo en el Estatuto Tributario, así:

- el artículo 420 consagra en forma general el gravamen sobre la prestación de servicios al disponer que el impuesto se aplicará sobre "...b) La prestación de servicios en el territorio nacional" (artículo 25, Ley 6ª de 1992) y,

- el artículo 476 consagra las excepciones en trece numerales referidos a servicios no a las personas que los prestan, encontrándose dentro de ellos "...los servicios de publicidad, de radio, prensa y televisión, incluida la televisión por cable y el servicio de exhibición cinematográfica" (numeral 8).

Sabido es que por su naturaleza de impuesto indirecto, que económicamente se caracteriza por ser trasladable, la ley no se preocupa por identificar y señalar los contribuyente reales, sino que controla su causación y recaudo en cabeza de los

responsables que en el caso de los servicios están señalados por el artículo 437-1 así: "Serán responsables del Impuesto Sobre las Ventas quienes presten servicios, con excepción de: a) quienes presten servicios excluidos del impuesto en la ley .... b)..."

Según la defensa del Ministerio de Hacienda, la combinación de estos dos factores estructurales del impuesto, hecho generador y responsable, fue la que inspiró al Gobierno para dictar el artículo 9° del Decreto Reglamentario 1372 de 1992, con el objeto de precisar que en el caso de las agencias de publicidad la prestación de servicios necesarios para la elaboración del producto final publicitario, pero no excluidos específicamente, las hacía responables por el impuesto causado en tales servicios. Igualmente en las empresas con objeto social distinto al servicio de publicidad, si llegaren a prestar éste, deberán "informar y manejar contablemente los ingresos percibidos por la prestación de servicios de publicidad como excluidos del gravamen".

Si ese fuere el entendimiento claro de la norma, no podría afirmarse que es incorrecto, pero sucede lo contrario, pues al ser la única disposición del decreto reglamentario referida al numeral 8 del artículo 476 del Estatuto Tributario, significa y permite entender, como lo entendió esta Sala al admitir la demanda, que la exoneración cobija sólo a los ingresos por servicios de publicidad prestados por las agencias y a los ingresos por venta de espacios que reciban los medios, estableciendo así distinciones que no surgen de la ley y restricciones a lo dispuesto por la norma reglamentada, que jurídicamente son inaceptables.

La potestad reglamentaria del Presidente está destinada primordialmente a facilitar el cumplimiento de la ley, estableciendo los detalles necesarios para su ejecución, que el legislador usualmente no se ocupa de ellos y de ahí que se haya dicho, inclusive por la jurisprudencia, que la extensión del reglamento es inversamente proporcional a los términos de la ley y que donde el legislador no distingue, no le es permitido al intérprete hacerlo.

El esquema legal a que se hizo referencia al iniciar este análisis se sintetiza en que la ley en primer lugar indica en forma general, el hecho generador (por eso se dice que es real, no personal) por la venta o por la importación de bienes corporales muebles y por la prestación de servicios, salvo los que hayan sido excluidos expresamente (art. 420 E.T.) y, en segundo lugar, que son responsables quienes realizan las ventas, las importaciones o presten servicios (art. 437). No depende de la exclusividad de la actividad del responsable la exoneración del impuesto, sino de la clase del bien vendido o importado, o del servicio prestado con tal de que éstos correspondan a los señalados expresamente como excluidos.

Es por ello que la referencia o, mejor, el soporte en un factor subjetivo del responsable como es el giro ordinario de los negocios o del objeto social, resulta no sólo perturbador para el buen entendimiento de la norma, sino que desvirtúa el sistema consagrado en la ley que no hizo ninguna referencia a ellos, sino que simple y objetivamente se refirió a la naturaleza del servicio prestado, no a las condiciones subjetivas de quienes los prestan.

Con base en las anteriores consideraciones la Sala accederá a las súplicas de la demanda.

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:

Declárase la nulidad de las expresiones **"que perciban las agencias de publicidad" y "perciban los medios de radio, prensa y televisión"**, contenidos en el artículo 9° del Decreto Reglamentario 1372 del 20 de agosto de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos, Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

SERVICIO EXCLUIDO/SERVICIO DE ASEO/IVA EN SERVICIOS

La norma acusada que reglamentó el numeral 10 del artículo 476 del estatuto tributario, restringió el alcance de la expresión "servicios prestados por las empresas de aseo" al de "servicio de limpieza en general de edificaciones" excluyendo así del beneficio consagrado en la norma reglamentada, los servicios prestados por empresas de aseo diferentes a las que se dedican a la limpieza de edificaciones. La norma demandada al precisar el concepto de empresas de aseo, lo limita al servicio prestado por "las personas jurídicas o por establecimientos de comercio", lo cual restringe el concepto previsto por la ley que fue el "empresa" para establecer la exclusión y constituye otro motivo de extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santafé de Bogotá D.C., julio veintitrés de mil novecientos noventa y tres.

Ref.:Radicación 4598. Nulidad y suspensión provisional del artículo 2° del Decreto 1372 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: Fernando Molina Grau. *FALLO.*

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

Procede la Sala a resolver la acción de nulidad ejercida por el doctor FERNANDO MOLINA GRAU, en su propio nombre, contra el artículo 2° del Decreto 1372 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

LA DEMANDA:

Las normas demandadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

1° **Artículos 189-11 y 338 de la Constitución Nacional.**

El ejecutivo, al expedir el artículo 2° del Decreto 1372 de 1992, limitó el alcance de la exclusión consagrada por el numeral 10 del artículo 476 del estatuto tributario, por cuanto impone tributos no establecidos por el legislador, al gravar con el IVA todos los servicios prestados por empresas de aseo, diferentes a las que limpian edificios, vulnerando así el artículo 338 de la Constitución Nacional, ya que es al Congreso de la República, por medio de leyes, al que le corresponde establecer el hecho gravado y los sujetos pasivos de la obligación tributaria.

La Ley 6ª de 1992, señaló expresamente que no estarán gravados los servicios prestados por las empresas de aseo y no únicamente los prestados por las empresas dedicadas a la limpieza de edificios.

2° **Artículo 28 del Código Civil**

Las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley se vulneraron, porque se limitó el contenido general de la ley que exime de gravamen el servicio prestado por la totalidad de las empresas de aseo, circunscribiendo "... arbitrariamente el beneficio a algunos de los servicios prestados por ellas". (folio 6).

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, solicitud que fue negada por la Sala, mediante providencia de 4 de marzo de 1993 (folios 11 y siguientes), por no haberse sustentado de manera "expresa", ni en la demanda, ni en escrito separado.

LA OPOSICION:

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que:

La ley hizo referencia a los "servicios prestados por las empresas de aseo" no a los "servicios de aseo" en forma general y al excluirse expresamente el servicio de aseo público, se entiende que la previsión legal parte del hecho de que las "empresas de aseo" tienen como objeto social principal la prestación del servicio de aseo con carácter particular y por consiguiente es esta la modalidad de prestación de servicio la excluida por la ley, a que se refiere la disposición acusada.

Agrega que, teniendo en cuenta que las exenciones, exclusiones y demás beneficios de carácter tributario son taxativos y de interpretación restrictiva, es necesario

precisar el alcance de la ley a través del reglamento, motivo por el cual el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1372 de 1992 definió lo que se debe entender por "servicios prestados por las empresas de aseo", circunscribiendo el beneficio sólo a aquellas empresas que pueden ser identificadas como tales, es decir, que la organización de sus elementos de producción apuntan a un fin determinado, esto es, la prestación del servicio de aseo, independientemente de que en el desarrollo de su objeto social se prevea la prestación de otro tipo de servicios que puedan ser gravados.

Al respecto cita la providencia de esta Corporación de 14 de agosto de 1992, Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

A juicio del actor, en el caso presente, el decreto reglamentario desconoció el texto de la ley al limitar la exclusión consagrada en el numeral 10 del artículo 476 del estatuto tributario en favor de todas las empresas de aseo, restringiéndola al servicio prestado por las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y privando así de un beneficio estatuido por la ley a los administrados usuarios de empresas que prestan el servicio de aseo, distintas de la limpieza de edificios, como lo son por vía de ejemplo las lavanderías de ropa de calle y de cama de hospitales, hoteles, etc.

El acto acusado vulneró el artículo 338 de la Constitución Nacional, porque al limitar la exclusión que la ley concedió a los servicios prestados por todas las empresa de aseo, a aquellos dedicados a tal actividad en edificios, creo un impuesto que afecta a los usuarios de las demás empresas de limpieza, "... siendo evidente que en Colombia, sólo el Congreso puede, en forma soberana, proferir leyes que creen impuestos". (folio 31).

Anotó, además, que de conformidad con los criterios de interpretación de la ley "cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu".

Precisó luego, que como lo dispone el artículo 28 del Código Civil, las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas y por lo anterior, "... la expresión aseo es sinónimo de limpieza en general, según se lee entre otros en el diccionario de la Real Academia de la Lengua por lo tanto el servicio prestado por toda empresa dedicada a la labor de limpieza está excluido de IVA por la ley, no pudiendo el ejecutivo restringir el sentido natural del verbo rector ni modificar o limitar el ámbito de su aplicación" (folio 33).

Por su parte, la Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación solicita que se acceda a las súplicas de la demanda, porque a su juicio, la operación de "lavar", debe clasificarse dentro del término genérico de "aseo", que es el utilizado en el numeral 10 del artículo 476 del estatuto tributario.

El Gobierno, al restringir mediante la norma acusada el alcance de la mencionada noción, al servicio de la limpieza de edificaciones, incluyendo en ellas la eliminación o recogida de basuras y desechos, lavado de paredes, pisos, puertas, ventanas y demás actividades relacionadas con la presentación adecuada y decorosa de las edificaciones, para uso individual o colectivo de las personas, está evidentemente restringiendo la noción consagrada en la norma reglamentada y que forzosamente debe comprender la actividad desarrollada por las empresas dedicadas al lavado de ropa, incluidas obviamente dentro de la noción general de aseo.

Afirma que en el ejercicio de la facultad reglamentaria hubo un exceso y se vulneró por ello el artículo 189-11 de la Constitución Nacional y el artículo 476-10 del estatuto tributario.

En relación con el artículo 338 de la Constitución, señaló que tal norma "no tiene nada que ver con el decreto acusado que simplemente pretende reglamentar una norma legal" (folio 37).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 476 numeral 10 del estatuto tributario, establece:

"Servicios exceptuados del impuesto sobre las ventas: se exceptúan del impuesto los siguientes servicios:
.....
10. Los servicios prestados por las empresas de aseo.
.....".

La norma acusada, el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1372, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, prevé que:

Artículo 2° Servicios prestados por empresas de aseo.

"Para los efectos del numeral 10 del artículo 476 del estatuto tributario, se entiende por servicios prestados por empresas de aseo, el servicio de limpieza en general de edificaciones, prestado por personas jurídicas o establecimientos de comercio, tal como la eliminación o recogida de basuras y desechos, lavado de paredes, pisos, puertas, ventanas y demás actividades relacionadas con la presentación adecuada y decorosa de las edificaciones, para uso individual o colectivo de las personas, bien sea que se preste en forma manual o mediante el empleo de máquinas o elementos especiales".

Al respecto se observa que la norma acusada, que reglamentó el numeral 10 del artículo 476 del estatuto tributario, restringió el alcance de la expresión "servicios prestados por las empresas de aseo" al de "servicio de limpieza en general de edificaciones", excluyendo así del beneficio consagrado en la norma reglamentada, los

servicios prestados por empresas de aseo diferentes a las que se dedican a la limpieza de edificaciones.

Lo anterior implica, por una parte, así como lo señaló la señora procuradora sexta delegada ante esta Corporación, la violación de la norma reglamentada y del artículo 189-11 de la Constitución Nacional, ya que el ejecutivo al expedir la norma acusada se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria; y por otra, el, desconocimiento del mandato consagrado en el artículo 338 de la Constitución Nacional, toda vez que el ejecutivo, mediante la norma acusada, al modificar los sujetos pasivos de la obligación tributaria limitando la exclusión consagrada en la ley (numeral 10 del artículo 476 del estatuto tributario), invadió la órbita del Congreso en contradicción con tal mandato constitucional.

Por otra parte, encuentra la Sala que la norma demandada al precisar el concepto de empresas de aseo, lo limita al servicio prestado por **"las personas jurídicas o por establecimientos de comercio"**, lo cual restringe el concepto previsto por la ley que fue el de **"empresa"** para establecer la exclusión y constituye otro motivo de extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Los anteriores razonamientos son suficientes para que la Sala acceda a las pretensiones de la demanda y proceda a declarar la nulidad de la norma acusada.

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:

Declarase la nulidad del artículo 2° del Decreto Reglamentario 1372 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, Publíquese, Notifíquese, Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen, Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zarata, Presidente de la Sección; *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

AJUSTE POR INFLACION/ BASE GRAVABLE/DIFERENCIA EN CAMBIO/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Para deducir si efectivamente la Superintendencia Bancaria en las circulares acusadas incurrió en violación del ordenamiento superior, es preciso analizar totalmente el sistema integral de ajustes por inflación, contenido en el título V del Estatuto Tributario vigente desde 1992, a fin de determinar si el ajuste por diferencia en cambio que por posición y certificados de cambio exige el artículo 42 de la Ley 14 de 1983 corresponde o no a los solicitados por la Superintendencia Bancaria en sus circulares, o si tales factores evidentemente corresponden a un ingreso que resulta exclusivamente del sistema de ajustes por inflación que no puede formar parte de la base gravable en el impuesto de industria y comercio. En consecuencia no se dan los supuestos exigidos por el artículo 152 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección cuarta.
Santafé de Bogotá, D.C., julio 30 de mil novecientos noventa y tres.

Consejera Ponente: Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS

Referencia: Expediente N° 4950. Actor. ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA

Nulidad y suspensión provisional del numeral 1° de la Circular Externa N° 007 del 18 de febrero de 1993, expedida por la Superintendencia Bancaria. **AUTO.**

Procede la Sala a resolver sobre la admisión de la demanda de nulidad de algunos apartes del numeral 1° de la Circular Externa número 007 del 18 de febrero de 1993 y de otros apartes de la Carta Circular número 18 del 3 de marzo de 1993, ambas expedidas por la Superintendencia Bancaria, interpuesta, mediante apoderado, por la Asociación Bancaria de Colombia.

Como la demanda reúne los requisitos exigidos por los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo habrá de admitirse.

En relación con la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, la Sala observa:

Los actos demandados disponen:

Circular Externa Número 007 del 18 de febrero de 1993, ordinal 1° Apartes subrayados.

"1. INFORMACION A REPORTAR

"**De conformidad con lo establecido en los artículos 42 y 46 de la Ley 14 de 1983 y en los artículos 207 y 212 del Decreto 1333 de 1986, los destinatarios de la presente circular deberán remitir a la Superintendencia Bancaria -División de Estadística-** para cada municipio donde se tengan oficinas abiertas al público (incluyendo aquellos municipios en los cuales los concejos municipales hayan establecido exenciones para el pago del impuesto), el número de oficinas que tiene la entidad en ese municipio y **el valor acumulado**, para el año correspondiente, **de las cuentas que a continuación se relacionan**:

"1.1. CORPORACIONES FINANCIERAS

"**Las corporaciones financieras deberán reportar en moneda total (moneda legal + moneda extranjera) las siguientes cuentas**:

CUENTA	OBSERVACIONES
Código	Descripción
"4105	Intereses
"4115	Comisiones y/o Honorarios
"**413505**	**Posición propia**
"**413510**	**Certificados de cambio**
"4195	Diversos
"410599	Ajuste por Inflación
"411599	Ajuste por Inflación
"419599	Ajuste por Inflación

"**Con los valores reportados para cada una de las cuentas anteriores, para cada municipio la Superintendencia Bancaria calculará la base gravable de la siguiente manera**:

"**Base Gravable** = 4105 + 4115 + **413505** + **413510** + 4195 - (410599 + 411599 + 419599)".

Carta Circular Número 018 de marzo 3 de 1993.

"2. El ingreso por ajuste en cambios que se registra en los códigos 413505 y 413510 del PUC, de acuerdo con las reglas establecidas en las normas legales que regulan la materia, forma parte de la base gravable. No se trata, por lo tanto, de un ingreso no gravado anteriormente, que por aplicación de los ajustes por inflación, se haya convertido en gravable, como sí ocurría si se hubiera incluido el ingreso por corrección monetaria -PAAG. Por lo tanto, en la medida en que el ingreso por ajuste de cambios se realice, se genera el impuesto de industria y comercio correspondiente, siendo del caso reiterar que tal ingreso es gravable desde la expedición de la Ley 14 de 1983".

"Antes de la expedición del régimen de ajustes integrales por inflación la diferencia en cambios se llevaba al patrimonio y el ingreso derivado de ella se producía cuando se enajenaban efectivamente las divisas. La modificación que se produjo consistió en que se cambió la regla contable de causación de este ingreso, determinándose que las variaciones en la tasa de cambio se reflejarán desde un principio en el estado de resultados. El hecho gravable, desde la óptica del impuesto de industria y comercio, se mantiene inalterado y, por tanto, no resultaría procedente la exclusión que al respecto ha sido solicitada".

"Por otra parte, teniendo en cuenta que el impuesto en comento grava los **ingresos** brutos de los contribuyentes, la excepción consagrada en el inciso tercero de artículo 1° del Decreto 2075 de 1992, de no incluir el efecto de los ajustes, hace referencia exclusivamente al incremento de que son objeto estos ingresos por razón del ajuste mensual por el PAAG. Conviene aclarar, sin embargo, que en la actualidad, de acuerdo con lo instruido en el plan único de cuentas, tales conceptos no están siendo ajustados por el PAAG" (las subrayas son del texto).

Al sustentar su solicitud de suspensión provisional, el actor precisa como normas manifiestamente violadas los artículos 207 del Decreto Ley 1333 de 1986, 330 del Estatuto Tributario, 12 y 26 del Decreto Reglamentario 2912 de 1991 y 1° inciso final del Decreto Reglamentario 2075 de 1992.

Y argumenta que mientras la primera y la última de las normas citadas consagran que el sistema de ajustes integrales "no será tenido en cuenta para la determinación del impuesto de industria y comercio", en los actos demandados se ordena incluir en la base gravable de las corporaciones financieras un concepto de ingreso que se origina en la aplicación de los citados ajustas integrales como lo es el correspondiente al "ajuste de o en cambios" respecto de los activos no monetarios expresados en moneda extranjera, ingreso éste que efectivamente se origina en tal sistema al estar expresamente consagrado en los artículos 12 y 26 del Decreto 2912 de 1991, normas que igualmente resultan violadas.

Anota que la manifiesta violación surge de comparar la clarísima negativa de las normas superiores que disponen que el sistema de ajustes integrales no surte efectos

para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio, con lo dispuesto por los actos demandados al considerar el ajuste de cambios, causado dentro de la base gravable de las corporaciones financieras, a pesar de reconocer que antes del sistema de ajustes integrales, el ajuste por cambios se registraba en el patrimonio y no como ingreso.

Y agrega que:

"Y es palmaria y apreciable a simple vista la violación manifiesta de las normas superiores invocadas, como que se reconoce que la situación no es igual (antes sólo ingreso en el momento de venta y sólo sobre la venta de posición) en tanto que ahora por razón de los ajustes integrales ingreso por "causación", desde un comienzo y sobre el valor del activo, no sobre posición alguna, con lo cual se desatiende abiertamente la restricción impuesta por las normas que se citan violadas, aduciéndose que no se les contradice por el hecho de no ajustar el ingreso así obtenido, olvidando que la restricción es predicable tanto para el ajuste del activo como para el ajuste del ingreso, si éste fuese susceptible de ajustar igualmente y no, como se sostiene por la Superintendencia, que es tan sólo predicable respecto del ajuste del ingreso".

Para resolver se considera:

A juicio de la Sala no es posible suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos demandados, toda vez que de su comparación con las normas superiores citadas como infringidas, no surge la manifiesta violación que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para que proceda dicha medida cautelar.

En efecto, el demandante funda su petición en la contradicción que a su juicio existe, entre la circular acusada y el ordenamiento superior contenido en los artículos 207 y 212 del Decreto Ley 1333 de 1986; 330 del Estatuto Tributario; 12 y 26 del Decreto Reglamentario 2912 de 1991, y 1° inciso final del Decreto 2075 de 1992, porque mientras el artículo 207 numeral 2° del Decreto 1333 de 1986, cuyo contenido es igual al del artículo 42 de la Ley 14 de 1993, señala la manera como los Concejos Municipales y el del Distrito Especial de Bogotá deben cuantificar la base gravable en el impuesto de industria y comercio para las corporaciones financieras, incluyendo sólo los rubros relacionados con los ingresos operacionales anuales expresamente señalados en los literales a) "y" d); la Superintendencia Bancaria, en la Circular 07 de 1993 y en la Carta Circular N° 18 del 3 de marzo de 1993, para efectos de informar a cada municipio el monto de la base descrita en la ley, conforme con lo ordenado en el artículo 207 del Código de Régimen Municipal exige se relacione el ingreso por el ajuste en cambio que se registra en los códigos 413505 y 453510 el cual dice, forma parte de la base gravable con lo cual contraría además el artículo 330 del Estatuto Tributario y los Decretos Reglamentarios 2912 de 1991 artículos 12 y 26 y 2075 de 1992, que expresamente establecen que el sistema de ajustes integrales por inflación no surte efectos para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio.

Para deducir si efectivamente la Superintendencia Bancaria en las circulares acusadas incurrió en violación del ordenamiento superior; es preciso analizar totalmente el sistema integral de ajustes por inflación, contenido en el Título V del Estatuto Tributario, vigente desde 1992, a fin de determinar si el ajuste por diferencia en cambio que por posición, y certificados de cambio, exige el artículo 42 de la Ley 14 de 1983 (art. 207 numeral 2° del Decreto 1333 de 1986) corresponde o no a los solicitados por la Superintendencia Bancaria en sus circulares, o si tales factores evidentemente corresponden, estrictamente, a un ingreso que resulta exclusivamente del sistema de ajustes por inflación, que no puede formar parte de la base gravable en el impuesto de industria y comercio, y precisar si, cuando en la fórmula adoptada en las circulares de la Superintendencia Bancaria para determinarla, excluye los códigos 410599, 411599 y 419591, los ajustes por inflación, está o no observando plenamente la ley.

Pues no puede inferirse prima facie que por el hecho de que el Estatuto Tributario, al establecer en el título V y capítulo II artículo 330 los ajustes por inflación y haya previsto en el artículo 335 que el procedimiento para el ajuste de activos representados en divisas no se efectué por el porcentaje de ajuste del año gravable (PAAG) sino por el valor de la divisa a la tasa de cambio para la respectiva moneda, quiera decir que haya derogado el concepto de ingreso por diferencia en cambio, para sustituirlo por el de ingreso por ajuste por inflación, que deba excluirse de la base de otros tributos.

En consecuencia no se dan los supuestos exigidos por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para que proceda la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado, cual es que la violación de las normas superiores debe ser manifiesta, y debe surgir, como lo ha reiterado la jurisprudencia, de la simple comparación del acto impugnado, con las normas superiores citadas como violadas y por lo tanto habrá de denegarse la solicitud de suspensión provisional de las circulares demadadas.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. **ADMITESE** la anterior demanda.

2. **NOTIFIQUESE** personalmente al señor Superintendente Bancario entregándole copia de la demanda y sus anexos.

3. **NOTIFIQUESE** personalmente al señor agente del Ministerio Público.

4. **FIJESE** en lista por el término legal para los efectos del artículo 207 numeral 3° del Código Contencioso Administrativo.

5. **NIEGASE** la suspensión provisional solicitada.

6. **RECONOCESE** al doctor Rafael Arenas Angel como apoderado de la parte demandante Asociación Bancaria de Colombia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Delio Gómez Leyva; Consuelo Sarria Olcos; Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

ENTIDAD DESCENTRALIZADA INDIRECTA

La sociedad entre entidades públicas, entidad descentralizada indirecta, es una persona jurídica creada bajo la forma de sociedad comercial, con participación exclusiva de entidades públicas, para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, sujeta al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. La naturaleza de las funciones que desempeña, no son de aquellas que son tradicionalmente propias y exclusivas del Estado, sino que corresponden a actividades que pueden desarrollar los particulares y que consisten en la prestación de servicios públicos, como en efecto sucede con aquellos servicios a la comunidad, que permiten obtener una rentabilidad para quien los ejecuta, tales como el transporte público, los servicios de aseo, correo, vigilancia, etc.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/SUJETO PASIVO/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La Ley 14 de 1983 reguló íntegramente en materia del impuesto de industria y comercio, todo lo relacionado con el hecho generador, los sujetos pasivos, las exenciones y las prohibiciones a los municipios de gravar con el impuesto determinadas actividades. De tal suerte que si el impuesto recae sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios, y si la ley señala en su artículo 32, como sujetos pasivos del impuesto a las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho que realicen tales actividades, sin hacer ninguna salvedad en razón a la naturaleza jurídica del ente que las realiza, no puede concluirse que las empresas industriales o comerciales no están gravadas con el impuesto.

SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/ACTIVIDAD GRAVADA/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El artículo 39 de la Ley 14 de 1983, no establece ninguna prohibición que impida a los municipios gravar con el impuesto el suministro de energía eléctrica, pues no mantuvo la prohibición de gravar en cualquier forma, las canalizaciones primarias, las redes de distribución aéreas o subterráneas que atravesaran por su territorio, etc. que consagraba el artículo 6° de la Ley 99 de 1945, ni tampoco se contempló restricción semejante en el Capítulo IV del Decreto 1333 de 1986, contentivo de las prohibiciones a los municipios. Si el legislador de 1983 hubiera querido mantener la prohibición contenida en el artículo 6° de la Ley 99 de 1945, lo habría contemplado de manera clara e inequívoca al igual que lo hizo con las contenidas en las Leyes 26 de 1904 y 29 de 1963 y en el artículo 169 del Decreto 444 de 1967.

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

Santafé de Bogota, D.C., Treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

Ref: Expediente N° 4762. Actor: ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A.

Apelación de la sentencia del 1° de febrero de 1993.

Industria y Comercio Vigencia 1983 a 1988. *FALLO.*

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 1° de febrero de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo de la Guajira denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A., contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria y comercio para los años gravables de 1983 a 1988.

ANTECEDENTES

Mediante la Resolución N° 029, expedida el 12 de julio de 1988, el municipio de Riohacha a través de su secretaría de Hacienda aforó a la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A., para las vigencias fiscales comprendidas entre los años de 1983 a 1988, por concepto de impuesto de industria y comercio al considerarla sujeto pasivo de dicho gravamen.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en reposición, alegando de una parte su carácter de entidad descentralizada indirecta vinculada al Ministerio de Minas y Energía, encargada de prestar un servicio público no sujeto al pago del gravamen de industria y comercio, y de otra, inexistencia de tarifa apropiada para la liquidación del gravamen.

El recurso fue fallado por el Secretario de Hacienda Municipal mediante la Resolución N° 039 del 12 de septiembre de 1988, que confirmó el acto acusado y concedió el recurso de apelación.

El Alcalde Mayor de Riohacha, mediante la Resolución N° 360 del 15 de septiembre de 1988 falló la apelación confirmando la Resolución de aforo N° 029 de julio 12 de 1988.

LA DEMANDA

Acudió la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A. en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de la Guajira, alegando no estar sujeta al pago del impuesto de industria y comercio porque por una parte, la Ley 14 de 1983 no incluyó dentro de los servicios gravados el de suministro de energía eléctrica, y por la otra, éste es un servicio público, según lo señala el Decreto 753 de 1956 y que su régimen era el del derecho público.

Invocó como normas transgredidas por el acto administrativo, los artículos 32, 34, 35 y 36 de la Ley 14 de 1983 y 96 del Decreto 1333 de 1986.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Adminsitrativo de la Guajira, en sentencia del 1 de febrero de 1993, denegó las súplicas de la demanda al estimar con fundamento en el concepto expuesto por el Ministerio Público ante ese Tribunal, que asistía razón a la administración municipal al considerar a la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A. como sujeto pasivo del tributo sobre los ingresos provenientes de la prestación del servicio de energía eléctrica, actividad que no estaba exencionada del tributo expresamente ni en la Ley 14 de 1983, ni el Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), sin que fuera posible extenderle la exención señalada en la ley para la Caja de Crédito Agrario y la Financiera Eléctrica Nacional, porque las excepciones son taxativas y se aplican en forma restrictiva y jamás por analogía.

LA APELACION

El apoderado judicial de la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A. apela la sentencia al no compartir la decisión errónea del a quo, pues se basó en el parágrafo del artículo 208 del Decreto 1333 de 1986, que hace parte de un artículo cuyo enunciado se refiere a las corporaciones de ahorro y vivienda, al igual que a las

demás entidades financieras como sujeto del gravamen de industria y comercio pero no de manera general a todos los contribuyentes. De manera que, como la Caja de Crédito Agrario y la Financiera Eléctrica Nacional son entidades financieras, lo que quiso el legislador y así lo dejó plasmado en la norma, fue excepcionar a dichas entidades, mas no como las únicas entidades de todas las existentes, sino en tanto son entidades que prestan el financiamiento para servicios públicos.

Alega que tampoco es cierto que el artículo 6° de la Ley 99 de 1945, modificario del artículo 17 de la Ley 126 de 1938 haya sido derogado por el artículo 90 de la Ley 14 de 1983, porque en primer lugar, no fue derogado expresamente y en segundo lugar, no se dan los supuestos exigidos por la ley para considerarlo tácitamente derogado, pues no existe incompatibilidad entre el artículo 6° de la Ley 99 de 1945 y el 90 de la Ley 14 de 1983, particularmente porque esta última reglamentación no es especial en lo pertinente al suministro de luz y fuerza eléctrica a los municipios, materia que regula la Ley 126 de 1938, y tampoco la Ley 14 de 1983, reguló esta materia, pues no existe disposición alguna en la que aparezca como materia imponible u objeto del gravamen el suministro o venta de energía, ni que consagre como sujeto pasivo a las empresas del Estado que presten ese servicio público.

Estima que el servicio público fundamental del suministro de energía eléctrica, definido por la Ley 126 de 1983 y el Decreto 753 de 1956 y más recientemente por el artículo 96 del Decreto 1333 de 1986 tiene como régimen jurídico aplicable el del derecho público, sea que lo preste el Estado o una entidad jurídica de segundo orden, y que por ello el Consejo de Estado, en sentencia de julio 1° de 1988 dentro del expediente 0213 anuló un acuerdo por medio del cual el Concejo de Fómeque (Cundinamarca) gravó con el impuesto de industria y comercio a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Reitera por último, que la actora es una entidad descentralizada indirecta del orden nacional, situación que sujeta a la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A. al interés de las entidades territoriales, de manera que, cuando el municipio de Riohacha produjo los actos demandados lo que hizo fue afectar sus propios intereses (artículo 96 Decreto 1333 de 1986), por cuanto es su deber cooperar con el establecimiento, desarrollo y financiamiento del servicio público de energía, objeto que está lejos de lograrse con los gravámenes que impuso. Y además como socio que es el municipio de Riohacha de la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A., fundió en sí misma la condición de sujeto pasivo y activo, lo que lo llevó a excederse y a transgredir la normatividad de la Ley 14 de 1983.

Pide se revoque la sentencia y se acceda a las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la procuradora sexta delegada ante la Corporación pide la confirmación de la sentencia apelada, al considerar en primer

término que la Ley 14 de 1983, encaminada a fortalecer los fiscos de las entidades territoriales, dentro de su ordenamiento jurídico contiene no sólo la restructuración y regulación de los diferentes tributos, sino la reorganización del impuesto de industria y comercio, gravando con éste no a las personas naturales o jurídicas sino a las actividades de industria, comercio y de servicios por ellas ejercidas.

Aún cuando a facultad impositiva para los Concejos Municipales está consagrada en la Constitución Nacional, en su ejercicio, éstos deben ceñirse a los lineamientos constitucionales y legales, de suerte que así como la creación de un gravamen local debe estar autorizado en la ley, también la facultad de otorgar exenciones está restringida por las condiciones que igualmente ella prevea, tal como se observa del mandato contenido en el artículo 48 de la misma Ley 14 de 1983.

Y, que de conformidad con los Acuerdos Municipales expedidos sobre el gravamen no aparece que a la actora se le hubiere dispensado exención al respecto, pues no invoca norma alguna de ese rango que fundamenta su pretensión.

Tampoco encuentra que de los artículos 43 y 39 de la Ley 14 de 1983 resulte para la actora el beneficio de exención, ni que del texto de la ley aparezca manifiesto el espíritu de mantener la prohibición establecida por el artículo 6° de la Ley 99 de 1945, para acusar de ilegales los actos administrativos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La naturaleza de la actora y régimen jurídico aplicable.

Obra, en el expediente (fls. 14 a 29) copia de la escritura pública N° 769 de la Notaría Unica del Circuito de Riohacha y el certificado expedido por la Cámara de Comercio de la misma localidad que indican que la actora se constituyó como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, bajo la forma de sociedad anónima, clasificada como entidad descentralizada indirecta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, sometida al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Consta así mismo que sus socios son: La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, el departamento de la Guajira y los municipios de Riohacha, San Juan, Fonseca, Villanueva y Barrancas. Es decir, se trata de una sociedad entre entidades públicas, entidad descentralizada indirecta, que según los términos del artículo 4° del Decreto 130 de 1976, es una persona jurídica creada bajo la forma de sociedad comercial, con participación exclusiva de entidades públicas, para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, sujeta al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo señalan expresamente sus estatutos.

La naturaleza de las funciones que desempeña, no son de aquellas que son tradicionalmente propias y exclusivas del Estado, sino que corresponden a actividades que pueden desarrollar los particulares y que consisten en la prestación de ser-

vicios públicos, como en efecto sucede con aquellos servicios a la comunidad, que permiten obtener una rentabilidad para quien los ejecuta, tales como el transporte público, los servicios de aseo, correo, vigilancia, etc.

Su régimen jurídico, contrariamente a lo alegado por el apoderado de la actora, no es el de derecho público, sino el de derecho privado, como claramente lo enseña el artículo 6° del Decreto 1050 de 1968, que dispone:

> "De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, **que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado**, salvo las excepciones que consagra la ley..." (Subraya la Sala).

En consecuencia, no procede la aplicación de las normas de derecho público a la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A., y en cuanto a las exenciones y privilegios otorgados por la ley a los establecimientos públicos, no le son aplicables, de conformidad con el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, según el cual, las empresas industriales y comerciales tienen las prerrogativas y beneficios que les reconocen las leyes, y las normas que regulan el impuesto de industria y comercio no establecen ninguna exención para dichas entidades.

2. Sujeción al gravamen de industria y comercio.

Estima la Sala que la Ley 14 de 1983, se reguló íntegramente en materia del impuesto de industria y comercio, todo lo relacionado con el hecho generador, los sujetos pasivos, las exenciones y las prohibiciones a los municipios de gravar con el impuesto determinadas actividades. De tal suerte que si el impuesto recae sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios, y si la ley señala en su artículo 32, como sujetos pasivos del impuesto a las personas naturales, jurídicas, o sociedades de hecho que realicen tales actividades, sin hacer ninguna salvedad en razón a la naturaleza jurídica del ente que las realiza, no puede concluirse que las empresas industriales o comerciales no están gravadas con el impuesto.

Tampoco puede establecerse tal conclusión del hecho de que la Ley 14 de 1983, en sus artículos 34, 35 y 36 no haya señalado expresamente dentro de las actividades gravadas el suministro de energía eléctrica, pues dichos artículos no las establecen de manera taxativa sino simplemente enunciativa, como claramente se deduce del artículo 36 de la Ley 14 cuando dice:

> "Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o **análogas actividades**..." (Subraya la Sala).

Así mismo, el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, no establece ninguna prohibición que impida a los municipios gravar con el impuesto el suministro de energía eléctrica, pues no mantuvo la prohibición de gravar en cualquier forma, las canalizaciones

primarias, las redes de distribución aéreas o subterráneas que atravesaran por su territorio, etc., que consagraba el artículo 6° de la Ley 99 de 1945, ni tampoco se contempló restricción semejante en el capítulo IV del Decreto 1333 de 1986, contentivo de las prohibiciones a los municipios.

Si el legislador de 1983 hubiera querido mantener la prohibición contenida en el artículo 6° de la Ley 99 de 1945, lo habría contemplado de manera clara e inequívoca al igual que lo hizo con las contenidas en las Leyes 26 de 1904 y 29 de 1963, y en el artículo 169 del Decreto 444 de 1967 consagradas expresamente en el artículo 139 de la Ley 14, codificado en el artículo 259 del Decreto 1333 de 1986.

Si alguna duda quedare sobre la derogatoria de la prohibición contenida en al artículo 6° de la Ley 99 de 1945, norma en la cual la actora fundamenta su no sujeción al impuesto de industria y comercio, al no haber quedado consignada ésta expresamente en el Código de Régimen Municipal, debe estimarse insubsistente a términos del artículo 385 que dispone:

> "Conforme a lo dispuesto en el artículo 76, literal b) de la Ley 11 de 1986, están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no codificadas en este estatuto".

En consecuencia, si los actos administrativos acusados al imponer el tributo tuvieron fundamento legal en la Ley 14 de 1983, que reguló íntegramente la materia relacionada con el gravamen de industria y comercio, no encuentra la Sala razón legal que permita la revocatoria de la sentencia de primer grado y por lo tanto ésta habrá de confirmarse.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida el 1° de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo de la Guajira en el juicio N° 47.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase al Tribunal de Origen Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

RESPONSABLE DEL IVA/IVA EN SERVICIOS/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Cuando el Decreto Reglamentario (D. 1107/92) señaló los responsables del impuesto sobre las ventas, por los servicios gravados prestados y estableció los parámetros para el efecto, desarrolló los artículos 19, 24 y 25 de la Ley 6ª de 1992 y que el artículo 24 excepcionó como responsable del impuesto a las personas que cumplan las condiciones exigidas para estar sometidas al régimen simplificado. Entonces cuando el Presidente trae dichas condiciones legales contenidas en el Estatuto Tributario y en la ley al decreto reglamentario para efectos de la excepción, no ha hecho cosa distinta que permitir la ejecución de la ley señalando, en forma expresa, para efectos del impuesto a las ventas por los servicios, los requisitos ya establecidos en las normas que permiten a quien presta un servicio gravado quedar excepcionado de las obligaciones inherentes a los responsables.

DERECHO DE IGUALDAD

En principio el legislador debe promover la igualdad de trato legal. Corresponde a una vieja aspiración democrática que la voluntad general, en atención precisamente a su origen, busque la generalidad e igualdad en su contenido. Los beneficios y las cargas sociales deben distribuirse equitativamente entre las personas. Sin embargo, la generalidad y la consigna de tratamiento igualitario corren el riesgo de convertirse en fórmulas vacías cuando, frente a los casos concretos, resulta procedente efectuar distinciones y clasificaciones. Cabe anotar que la creación de clasificaciones y distinciones, es algo connatural a la función normativa, cuyo desenvolvimiento sólo en teoría puede ser figurado de manera simétrica. La igualdad sustancial no es compatible con clasificaciones y distinciones entre personas y grupos basados en elementos desprovistos de justificación objetiva y razonable.

DERECHO AL TRABAJO/FACULTAD IMPOSITIVA/IVA EN SERVICIOS

No se evidencia que cuando el Estado a través de la facultad impositiva grava un servicio profesional, está lesionando los principios fundamentales contenidos en el artículo 1° de la Carta, como tampoco los artículos 25 y 26 de la Constitución Nacional, pues, una es la libertad de trabajo y la facultad de imposición que para el cumplimiento de sus fines, y para lograr la prevalencia del interés general, es inherente al Estado y que no tiene otro límite, que el establecido en la propia Carta Política y la ley, sin que a su ejercicio puede oponerse el derecho de la libertad profesional, porque entonces ningún gravamen sería posible.

ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO/RESPONSABLE DEL IVA

El artículo 7° del decreto demandado, en cuanto anticipa la obligación de los nuevos responsables para inscribirse en el Registro Nacional de Vendedores, "a más tarde el 1° de septiembre de 1992" y de cumplir desde la misma fecha con las demás obligaciones de los responsables del impuesto, sí contraría el artículo 19, parágrafo 5° de la Ley 6ª de 1992, que dispuso la aplicación de la reforma en él contenida a partir del 1° de enero de 1993, como también el artículo 338 de la Constitución. Tema que ya había sido objeto de análisis por parte de la jurisdicción en el fallo del 29 de enero de 1993, exp. 4308, por lo que siguiendo los mismos razonamientos, la expresión "a más tardar el 1° de septiembre de 1992" contenida en el artículo 7° del Decreto 1107 de 1992 deberá anularse.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección cuarta.
Santafé de Bogotá, D.C., Agosto seis de mil novecientos noventa y tres.

Consejera Ponente: Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS.

REF.: EXPEDIENTE N° 4723. ACTOR: HUMBERTO JAIRO JARAMILLO V.

Acción de nulidad contra los artículos 1°, inciso 2°, numerales 1° a 4° y parágrafo 1°, artículos 3°, parágrafo, 7° y 8° del Decreto Reglamentario 1107 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. **FALLO.**

El ciudadano Humberto Jairo Jaramillo Vallejo en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los artículos 1°, inciso 2°, numerales 1° a 4° y el parágrafo 1°; el parágrafo del artículo 3°; el artículo 7° y el artículo 8° del Decreto 1107 de 1992, proferido en ejercicio de la facultad reglamentaria por el Presidente de la República, acción que coadyuvó la ciudadana Doria Elena Echeverri Blair.

No observándose causal de nulidad alguna en el juicio, procede la Sala a dictar sentencia.

1) **El acto acusado**

Se trata de los artículos 1°, inciso 2°, numerales 1° a 4° y parágrafo 1°; 3° parágrafo y 7° y 8° del Decreto Reglamentario 1107 de 1992, cuyos textos son los siguientes:...

"**Artículo 1°**. Responsables del Impuesto sobre las Ventas.

"... En el caso de las personas naturales, son responsables por la prestación de servicios, quienes cumplan una de las siguientes condiciones:

1. Tener más de dos establecimientos de comercio; o

2. Haber obtenido ingresos netos provenientes de su actividad comercial en 1991 mayores a veintitrés millones setecientos mil pesos ($23.700.000), o

3. Haber poseído a 31 de diciembre del mismo año un patrimonio bruto fiscal mayor de sesenta y cinco millones novecientos mil pesos ($65.900.000); o

4. Si se tiene hasta dos establecimientos de comercio, cumplir alguna de las condiciones señaladas en los numerales 2° ó 3°.

Parágrafo 1°. Para los efectos de este artículo se entiende por ingresos netos provenientes de la actividad comercial, los que resulten de la prestación de servicios gravados conforme con la Ley 6ª de 1992; y para los responsables no comerciantes, se entiende por establecimiento de comercio la oficina, local o sede donde se presten los servicios.

Artículo 3°.

"...Parágrafo. A partir del 1° de enero de 1993 la tarifa del impuesto para los servicios se regirá por lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 6ª de 1992.

"Artículo 7°. Obligaciones de los nuevos responsables.
Los nuevos responsables del Impuesto sobre las Ventas que adquieren tal calidad con motivo de la Ley 6ª de 1992, se encuentran obligados a inscribirse en el Registro Nacional de Vendedores, a más tardar el 1° de septiembre de 1992 y a cumplir con las demás obligaciones inherentes a los responsables del impuesto.

Artículo 8°. Obligaciones especiales para nuevos responsables no comerciantes. Sin perjuicio del cumplimiento de las demás obligaciones tributarias que les corresponde cumplir de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Tributario, los responsables personas naturales que presten servicios y no sean comerciantes, llevarán un

registro auxiliar de compras y ventas que consistirá en conservación discriminada de las facturas de compras de bienes y servicios, y de las copias de las facturas o documentos equivalentes que expidan por los servicios prestados. Estos mismos responsables deberán efectuar al final de cada bimestre en un documento auxiliar, el cálculo del impuesto a cargo. Dicho documento junto con los mencionados en el inciso anterior, deberán conservarse para ser puestos a disposición de las autoridades tributarias cuando ellas así lo exijan.

El documento auxiliar hará las veces de la cuenta mayor o de balance, denominada "Impuesto a las Ventas por Pagar".

2. **La demanda**

La demanda pretende la nulidad de los artículos antes transcritos formulándoles cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad, que se resumen así:

1. Violación de los artículos 1°, 4°, 13, 25, 26, 189, numeral 11 y 338 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y de su preámbulo.

Las normas demandadas, en cuanto imponen obligaciones tributarias de orden económico, a las personas naturales que ejercen su profesión u oficio de manera liberal como medio de sustento, como una condición para su ejercicio no prevista en la ley, no sólo implica un exceso en la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República, por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional, sino que violan además el artículo 13 *ibídem*, que consagra la igualdad de todas las personas ante la ley, con el derecho de gozar de unas mismas prerrogativas, libertades y oportunidades sin discriminación, y el artículo 338, que determina que son las leyes, las ordenanzas y los acuerdos los que deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos y por lo tanto, no podía el ejecutivo nacional en un decreto reglamentario fijar el sujeto pasivo del impuesto a las ventas, ni los hechos y condiciones para su cobro a la persona natural no comerciante, condicionándolo a la cantidad de sitios de trabajo, renta bruta o patrimonio vinculado o no a esa actividad. Y el haberlo hecho, implica la transgresión de los artículos 3° y 4° de la Carta, al ejercer el Presidente atribuciones que no le correspondían.

2. Violación del artículo 23 numeral 5° del Código de Comercio, que indica que no son mercantiles la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales. Norma que resulta violada en razón que la filosofía del impuesto a las ventas tiene como finalidad, gravar la actividad comercial de compraventa de consumo como una meta para controlar la inflación, entre los comerciantes y quienes realizan actos de comercio de los enunciados en el artículo 20 en sus 19 numerales, pero que se contraría, al gravar a las personas que usan servicios de los profesionales liberales u oficios no mercantiles, ya que se condiciona el derecho de defensa en todos los ámbitos.

Seguidamente invoca la jurisprudencia, que en relación con la potestad reglamentaria han producido tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado.

3. La coadyuvancia

La ciudadana Doria Elena Echeverri Blair, expone que el decreto demandado excedió la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189, numeral 11 y violó el artículo 338 de la Constitución Nacional, cuando en el artículo 1°, inciso 1°, numerales 1° a 3°, indica quiénes son los sujetos responsables del recaudo y cobro de los impuestos en los servicios cuando no son comerciantes, materia que es del ámbito exclusivo del legislador, quien por mandato constitucional no lo puede delegar. Competencia que además ya había asumido el legislador en los literales a) y b) del artículo 24 de la Ley 6ª de 1992.

Afirma que también se excedió la facultad reglamentaria cuando en el artículo 3°, parágrafo, fija la tarifa del impuesto para los servicios personales no comerciales, mediante remisión a la ya consagrada por la Ley 6ª de 1992 en su artículo 19, de manera general para los servicios de los comerciantes.

Estima que al excederse en el ejercicio de sus funciones, el presidente violó además el artículo 6° de la Constitución Nacional.

Pide por último que se estudie la ilegalidad de las normas acusadas frente al artículo 4° de la Constitución Nacional vigente.

4. Oposición de la Administración

Concurrió a la defensa de la legalidad de la norma acusada, el delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para manifestar que son improcedentes los argumentos del actor porque:

a) No hay violación del artículo 13 de la Constitución Nacional ya que en ningún momento la norma demandada ha violado el principio de igualdad, tal como lo han precisado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias C-511 del 3 de septiembre de 1992, Expediente D-034, Ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz; septiembre 4 de 1990. Magistrado Ponente: doctor Eustorgio Sarria, así como la de marzo 30 de 1978, Sala Plena, Ponente: doctor Luis Carlos Sáchica, cuyos apartes transcribe.

b) Que no se vulneraron los artículos 1°, 25 y 26 de la Constitución Nacional, porque en primer lugar el actor no precisa el alcance de la violación constitucional o legal que permite acceder a sus pretensiones, y por la otra, la facultad impositiva que detenta el Estado a través del Congreso, puede ser ejercida sin más límites que los constitucionales o legales, que no han sido rebozados por la norma acusada, pues la existencia de unas obligaciones que deben cumplir quienes desempeñen su profesión

u oficio con base en lo preceptuado por una ley, no es argumento para que el Estado se despoje de su potestad impositiva y no pueda fijar el cumplimiento de obligaciones fiscales a las personas naturales, como responsables del tributo.

De manera que no es cierto que se le esté imponiendo obligaciones tributarias de orden económico, como condición del ejercicio de la profesión u oficio, puesto que la obligación tributaria impuesta a los responsables deriva de la ley, y se cumple de acuerdo con determinadas circunstancias económicas fijadas por la norma, a partir de las cuales es necesario considerar su posición frente al impuesto.

Señala que la responsabilidad frente al impuesto sobre las ventas, lo señaló la Ley 6ª de 1992 en su artículo 24, y no el decreto reglamentario, norma que analiza, para concluir, que no hubo transgresión por parte del decreto reglamentario pues éste respetó no solamente dicha norma, sino también los artículos 509, 510 y 774 del Estatuto Tributario y 53, inciso 2° del Código de Comercio.

Anota que el artículo 3° del Decreto 1107 de 1992, no crea una tarifa impositiva para los nuevos responsables del impuesto a las ventas al remitirse a los artículos 25 de la Ley 6ª de 1992, en concordancia con el artículo 468 del Estatuto Tributario, porque fueron estas normas de carácter legal las que establecieron las tarifas para los servicios, por lo que al hacerse mención de ellos en el reglamento, no se incurrió en violación alguna.

c) No se incurrió en el reglamento en violación de los artículos 515 y 516 del Código de Comercio, al asimilar para efectos del impuesto, para los responsables no comerciantes, la oficina local, o sede donde preste los servicios gravados a establecimientos de comercio; pues dada la definición que del mismo trae el artículo 515 del Código de Comercio, como "un conjunto de bienes organizados por el empresario para los fines de la empresa", que es lo que le da el carácter de establecimiento de comercio a los mismos, es claro concluir que si en la oficina local o sede en donde se presten los servicios gravados, existe un conjunto de bienes organizados por quien reste el servicio (empresario), para los fines de su empresa, se respeta la definición de establecimiento de comercio, ya descrita.

De manera que, teniendo en cuenta lo expuesto y la definición del concepto de "empresa", que también trae el artículo 25 del Código de Comercio, debe concluirse que el conjunto de bienes que conforman una oficina (como la de un abogado), un local (como el de un odontólogo o un optómetra), o la sede de cualquier persona que realiza los actos que el artículo 23 del Código de Comercio considera "no mercantiles", son claramente establecimientos de comercio.

Concluye, que la actividad que ejerce quien "presta servicios" gravados debe considerarse como empresa y a quien presta los servicios, un empresario.

5. **El Ministerio Público**

Representado en esta oportunidad por el procurador tercero delegado ante la Corporación, conceptúa que no debe accederse a las súplicas de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de las normas acusadas, porque:

1. Con relación al ordenamiento constitucional, es incuestionable que el contenido del artículo 1° de la Carta no guarde ninguna relación con el inciso 2°, numerales 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto 1107 de 1992.

El contenido del artículo 13 de la Carta, que consagra el principio de igualdad, tampoco guarda relación con la materia que comprenden las normas acusadas, y de la circunstancia de que éstas reglamenten, en materia del impuesto sobre las ventas, el caso específico de las personas naturales responsables por la prestación de servicios, no puede deducirse que contraríen tal principio constitucional.

No pudieron ser violados los artículos 25 y 26 de la Constitución Nacional, porque su materia también es diferente, pues mientras éstos consagran determinados "derechos fundamentales", concretamente los derechos al trabajo y a escoger profesión u oficio, la norma acusada reglamenta el impuesto sobre las ventas en cuanto a las personas naturales responsables por la prestación de servicios se refiere.

No se configura violación del artículo 338 de la Constitución Nacional, porque no establece el decreto reglamentario los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas del impuesto, puesto que fueron el Estatuto Tributario y la Ley 6ª de 1992, los ordenamientos legales que los fijaron, y el Presidente de la República al expedir el decreto acusado no hizo otra cosa que ejercer la potestad reglamentaria que le otorga el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional y desarrollar los principios que tal ordenamiento consagra para asegurar "la cumplida ejecución de las leyes".

2. Con relación al ordenamiento contenido en el artículo 515 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 516 *ibídem*, no se da violación alguna, porque el parágrafo 1° del inciso 2°, del artículo 1°, del Decreto 1107 de 1992. Contiene una definición similar que aclara que para los responsables no comerciantes, se entiende por establecimiento de comercio la oficina, local o sede donde se presten los servicios gravados", esto es donde realicen "los fines de la empresa".

3. Que tampoco el parágrafo del artículo 3° del Decreto 1107 de 1992, que expresa que: "a partir del 1° de enero de 1993, la tarifa del impuesto para los servicios se regirá por lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 6ª de 1992", viola el artículo 338 de la Carta, norma que establece, entre otras disposiciones, que los sujetos activos y pasivos, los hechos, bases gravables y tarifas de los impuestos sólo pueden ser fijados por la ley, las ordenanzas y los acuerdos; porque la tarifa de los nuevos responsables no la fijó el reglamento sino que lo hizo la Ley 6ª de 1992, y la norma acusada no hace más que remitirse a ella para estos efectos.

Estima que no prospera el cargo de violación de los artículos 48, 49, 50, 53, 54, 55 y 60 del Código de Comercio por parte de los artículos 7° y 8° del Decreto 1107 de 1992, porque los preceptos acusados sólo desarrollan, en ejercicio de la facultad reglamentaria, y en materia del impuesto sobre las ventas los principios sobre obligaciones de los responsables del impuesto que, sobre el mismo particular contemplan el Decreto 624 de 1989 y la Ley 6ª de 1992, y en manera alguna constituyen reglamentación de los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante la Ley 6ª de 1992, expedida por el Congreso de la República el 30 de junio del mismo año, se introdujeron reformas al sistema positivo colombiano, y entre ellas al régimen del impuesto sobre las ventas, entonces vigente.

Fue así como el capítulo III de la mencionada ley, en su artículo 19, modificó el artículo 468 del Estatuto Tributario para unificar la tarifa del impuesto sobre las ventas para bienes y servicios, y estableció la sujeción al gravamen de todos los servicios, con excepción de los expresamente excluidos por el artículo 476.

Fue así mismo voluntad del legislador de 1992, señalar taxativamente en el artículo 25 de la Ley (476 del Estatuto Tributario), los servicios excluidos del impuesto sobre las ventas, y en el artículo 24, a los responsables del impuesto sobre los servicios gravados y excepcionar de este carácter a quienes cumplan las condiciones exigidas por la ley para estar sometidos al régimen simplificado.

Dicha norma dice:

"**Artículo 24.**
"Responsable del Impuesto sobre las Ventas en los Servicios.
Adiciónese el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:
"Artículo 437-1 responsable del impuesto en los servicios.
"Serán responsables del impuesto sobre las ventas quienes presten servicios, con excepción de:

a) Quienes presten los servicios expresamente excluidos del impuesto en la ley, y

b) Quienes cumplan las condiciones exigidas para pertenecer al régimen simplificado.

"A partir del año en el cual se adquiere la calidad de responsable, se conservará dicha calidad, hasta la fecha en que el contribuyente solicite la cancelación de su inscripción en el registro nacional de vendedores, por haber cumplido las condiciones señaladas en este artículo, durante dos años consecutivos.

"Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de facturar y de las demás obligaciones tributarias diferentes a las que les corresponde a los responsables del impuesto sobre las ventas.

"Parágrafo segundo. Para efectos de control de los responsables que presten servicios gravados y no sean comerciantes, el Gobierno Nacional podrá señalar formas especiales que les permitan cumplir con las obligaciones formales contempladas en la ley para los responsables del impuesto sobre las ventas" (subraya la Sala).

Con el fin de permitir el desarrollo y cumplimiento de la ley, el Presidente de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto Reglamentario 1107 de 1992, acusado, no por transgredir la norma que reglamenta, sino la Carta Política y el Código de Comercio.

En el cargo 1° se acusa al Decreto Reglamentario en los apartes acusados, de violar los artículos 1°, 4°, 13, 25, 26, 189, numerales 11 y 338 de la Constitucional Nacional de 1991, así:

1. **Violación del artículo 13 de la Constitución Nacional. Principio de igualdad**

Al establecer desigualdades ante la ley y al imponer a las personas no comerciantes que ejercen profesiones liberales, obligaciones tributarias de carácter económico como condición para su ejercicio, no contempladas en las leyes que reglamentan el ejercicio de las diversas profesiones, haciéndolas derivar además, de circunstancias inherentes al ámbito del sitio de trabajo, la cuantía del ingreso, o patrimonio, tenga o no este último relación con el oficio o actividad profesional.

Observa la Sala que cuando el decreto reglamentario en su artículo 1°, inciso 2°, señaló los responsables del impuesto sobre las ventas, por los servicios prestados y estableció los parámetros para el efecto, desarrolló los artículos 19, 24 y 25 de la Ley 6ª de 1992, y que el artículo 24 en su literal b), excepcionó como responsable del impuesto a las personas que cumplan las condiciones exigidas para estar sometidas al régimen simplificado. Entonces, cuando el Presidente de la República trae dichas condiciones legales contenidas en el Estatuto Tributario y en la ley al decreto reglamentario, para efectos de la excepción, no ha hecho cosa distinta que permitir la ejecución de la ley, señalando, en forma expresa, para efectos del impuesto a las ventas por los servicios, los requisitos ya establecidos en las normas que permiten a quien presta un servicio gravado, quedar excepcionado de las obligaciones inherentes a los responsables del impuesto. Por lo que no puede admitirse que creó desigualdades incurriendo en violación de las normas constitucionales mencionadas en la demanda.

Fue la ley, la que estableció algunas diferencias entre los gobernados para sujetarlos en mayor o menor grado al impuesto, excepcionarlos o exencionarlos del mismo, atendiendo precisamente a sus condiciones particulares de ingreso, patrimonio, ubicación que lejos de establecer discriminaciones afianzan el concepto de igualdad ante la ley, como claramente lo ha definido la jurisprudencia y recientemente la Corte Constitucional en la Sentencia del 3 de septiembre de 1992, Expediente D-034 con Ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde precisó:

> "15. Según el artículo 13 de la constitución, "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley". En principio, el legislador debe promover la igualdad de trato legal. Corresponde a una vieja aspiración democrática que la voluntad

general, en atención precisamente a su origen, busque la generalidad e igualdad en su contenido. Los beneficios y las cargas sociales deben distribuirse equitativamente entre las personas. Sin embargo, la generalidad y la consigna de tratamiento igualitario corren el riesgo de convertirse en fórmulas vacías cuando, frente a los casos concretos, resulte procedente efectuar distinciones y clasificaciones. Cabe anotar que la creación de clasificaciones y distinciones, es algo connatural a la función normativa, cuyo desenvolvimiento sólo en teoría puede ser figurado de manera simétrica. Lo decisivo es que las clasificaciones y distinciones que se hagan no vulneren la garantía de igualdad sustancial, exigida por la constitución en el citado artículo 13 al prescribir" ... "El Estado-legislador, el Estado-administrador y el Estado-juez, están comprometidas a promover y satisfacer las exigencias de la igualdad sustancial.

"16. La igualdad sustancial no es compatible con clasificaciones y distinciones entre personas y grupos, basados en elementos diferenciales desprovistos de justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida en cuestión, debiéndose en todo caso descartar aquéllos que no guarden una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. "La promoción de la igualdad sustancial consiste en estos casos en eliminar dichas diferencias de trato, de modo que supuestos de hecho sustancialmente iguales deben recibir igual tratamiento jurídico. Así los supuestos sean distintos, y se justifique por tanto un trato jurídico diverso, la medida y su aplicación deben ser proporcionales al grado de desviación respecto del supuesto a partir del cual se hace comparación (hipótesis o término de comparación) y al grado de desviación de sus consecuencias".

Entonces, no puede decirse que cuando la ley tributaria impone cargas a los asociados, teniendo en cuenta su capacidad económica y otras particulares condiciones esté haciendo discriminaciones que impliquen la violación del derecho a la igualdad, pues es esencial en materia de impuestos el concepto de justicia tributaria en virtud del cual, al que mayor capacidad económica tiene se le exige más. En este orden de ideas, el Estado además de imponer tributos, puede obligar a las personas a que le colaboren en el recaudo del tributo, a través de las normas de la retención en la fuente y el recaudo de los gravámenes de timbre e IVA o imponer obligaciones de control o información.

No prospera en consecuencia el cargo de violación, que por supuesta transgresión del principio de igualdad contenido en el preámbulo y en el artículo 13 de la Constitución Nacional plantea la demanda.

2. **Violación artículos 25 y 26 de la Constitución Nacional**

No evidencia la Sala, que cuando el Estado, a través de la facultad impositiva grava un servicio profesional, está lesionando los principios fundamentales contenidos en el artículo 1° de la Carta, como tampoco los artículos 25 y 26 de la Constitución Nacional, pues, como bien lo precisa el Ministerio Público una es la libertad de

trabajo y la facultad de escoger libremente profesión u oficio, y otra muy distinta la facultad de imposición que para el cumplimiento de sus fines, y para lograr la prevalencia del interés general, es inherente al Estado y que no tiene otro límite, que el establecido en la propia Carta Política y la ley, sin que a su ejercicio puede oponerse el derecho de la libertad profesional, porque entonces ningún gravamen sería posible...

3. **Violación del artículo 338 de la Constitución Nacional**

Lo hace consistir esencialmente el actor, en el hecho de haber consagrado los artículos 7° y 8° del decreto demandado, las obligaciones de los nuevos responsables, y obligaciones especiales para nuevos responsables no comerciantes, especialmente la exigencia de llevar controles contables, contrariamente a lo señalado en los artículos 48, 49, 50, 53, 54, 55 y 60 del Código de Comercio.

El artículo 338 de la Constitución Nacional enseña que:
"En tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

"La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

"Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo".

Observa la Sala que fue la Ley 6ª de 1992, la que en los artículos 19, 24 y 25 fijó como nuevo hecho generador del impuesto sobre las ventas, la prestación de todos los servicios inherentes al ejercicio de profesiones liberales, salvo los expresamente por ella excluidos, determinó quiénes eran responsables por los servicios prestados; fijó en el 12% la tarifa general del impuesto sobre las ventas, previendo expresamente su aplicación para los servicios gravados.

Precisó igualmente que las nuevas obligaciones, debían entenderse sin perjuicio de la obligación de facturar y de las demás obligaciones diferentes a las que les corresponden a los responsables del impuesto, entre las cuales, el modo de empleo, señala la Sala, están las de expedir facturas (artículo 15 del E.T.) y el deber de conservar informaciones y pruebas (artículo 632 del mismo ordenamiento legal).

Resulta aplicable en el *sub-lite* el parágrafo 2° del artículo 25 de la Ley 6ª de 1992, anteriormente transcrito, que facultó al gobierno para señalar formas especiales, para efectos del control de los responsables que presten los servicios gravados y no sean comerciantes, que les permitan cumplir con las obligaciones formales.

Entonces, cuando el gobierno a través de los artículos acusados precisa tales obligaciones, no puede decirse que al tomar de la Ley 6ª de 1992, el hecho generador del tributo, el sujeto pasivo, las tarifas y demás elementos que compone la obligación tributaria haya excedido el límite de la facultad reglamentaria y violado el artículo 338 de la Constitución Nacional.

No obstante observa la Sala que el artículo 7° del decreto, demandado, en cuanto anticipa la obligación de los nuevos responsables para inscribirse en el Registro Nacional de Vendedores "a más tardar el 1° de septiembre de 1992" y de cumplir desde la misma fecha con las demás obligaciones de los responsables del impuesto, si contraría el artículo 19, parágrafo 5° de la Ley 6ª de 1992, que dispuso la aplicación de la reforma en él contenida, a partir del 1° de enero de 1993, como también el artículo 338 de la Constitución Nacional. Tema que ya había sido objeto de análisis por parte de la jurisdicción en el fallo del 29 de enero de 1993, Expediente 4308, con ocasión de la demanda instaurada contra los artículos 1° y 3°, inciso 1° del mismo decreto, por lo que, siguiendo los mismos razonamientos, la expresión "a más tardar el 1° de septiembre de 1992", contenida en el artículo 7° del Decreto 1107 de 1992, deberá anularse.

4. **Violación de los artículos 48 a 50; 53 a 55 y 60 del Código de Comercio**

No encuentra la Sala que el artículo 8° del Decreto 1107 de 1992, al reiterar la obligación de conservación de las facturas de compra de servicios y bienes, de las copias de las facturas de los servicios prestados por el responsable (obligaciones ya establecidas en el artículo 632 del Estatuto Tributario), discriminadas en un libro que se denomina auxiliar de compras y ventas, y al establecer la obligación de efectuar, al finalizar cada bimestre el cálculo del impuesto a cargo, esté transgrediendo norma alguna y menos que esté sujetando a los no comerciantes a las obligaciones señaladas por los artículos 48 a 50, 53 a 55 y 60 del Código de Comercio.

Las previsiones contenidas en el citado artículo 8° del Decreto 1107 de 1992, concretan el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, así como de la otorgada por el artículo 24, parágrafo 2° de la Ley 6ª de 1992, y constituyen desarrollo tanto de ella como de los artículos 509, 615 y 632 del Estatuto Tributario, para permitir su debida ejecución, y en el caso de autos con miras especialmente a que el Presidente pueda cumplir con su función de velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, que le asigna el artículo 189, numeral 20 de la Constitución Nacional.

Por lo anterior, no puede afirmarse la violación de normas contenidas en el Código de Comercio, toda vez que el decreto demandado encuentra su fundamento en la constitución y en la ley reglamentada.

5. **Violación del artículo 515 del Código de Comercio**

El demandante hace consistir el cargo de violación de esta norma legal, al enfrentarla con el artículo 1° del Decreto 1107 de 1992, pues en su concepto, el Gobierno excedió la facultad reglamentaria al asimilar a establecimiento de comercio, la oficina, local o sede donde se prestan los servicios de una profesión u oficio liberales, pues no compete al ejecutivo establecer definiciones sobre términos jurídicos ya establecidos por el legislador, ni derogar, modificar ni subrogar una norma de superior jerarquía como es el Código de Comercio.

Observa la Sala, que la Ley 6ª de 1992, artículo 24, literal b), excepcionó como responsables del impuesto a aquéllas personas que a pesar de prestar servicios no excluidos del impuesto, cumplan las condiciones exigidas para pertenecer al régimen simplificado.

El artículo 499 del Estatuto Tributario, establece los requisitos para pertenecer a este régimen y el numeral 4°, expresamente dispone que la persona natural no debía tener más de dos establecimientos de comercio.

Por establecimiento de comercio el artículo 515 del Código de Comercio, entiende el conjunto de bienes organizados por el empresario para los fines de la empresa. Y por oficina, el diccionario de la Real Academia entiende en una de sus acepciones como //"el sitio donde se hace, se ordena o trabaja una cosa.// 4. Parte o paraje donde se fragua y dispone una cosa no material" y al definir lo que se entiende por oficio señala: //"8. Lugar en que trabajan los empleados, oficina".

Es decir, que es el sitio en donde, previa la existencia de un conjunto de bienes organizados se permite a una persona desempeñar su actividad u oficio.

De tal suerte que, cuando la ley tributaria del impuesto sobre las ventas asimila la oficina en donde se ejercen profesiones liberales, al establecimiento mercantil del comerciante, con el único objeto de precisar uno de los requisitos que permitan excepcionar al primero como responsable del IVA, no está incurriendo en violación de la norma que define específicamente un término, sólo toma de éste su sentido y alcance, para aclarar el contenido de las palabras técnicas de otras profesiones o artes, con el fin de hacer viable la aplicación del beneficio tributario, pues en realidad tanto el establecimiento de comercio, la oficina, el local, el taller, el consultorio, sede, etc., constituyen el lugar en donde se realizan las actividades propias del sujeto responsable de la obligación tributaria. Por lo tanto, no incurrió el artículo acusado en violación del artículo 515 del Código de Comercio. No cabe duda entonces, que cuando el Gobierno expidió el Decreto 1107 de 1992, artículos 1°, inciso 2°, numerales 1° a 4°; 3°, parágrafo, y 8° al ejercer su facultad reglamentaria se subordinó a la

ley, completando y precisando aquellos detalles necesarios para la debida ejecución de la misma (Ley 6ª de 1992 y Estatuto Tributario), y por lo tanto no asiste razón al demandante cuando considera que se violaron las normas constitucionales y legales por él invocadas.

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

FALLA:

1. **DECLARASE** nulo el artículo 7° del Decreto 1107 de 1992, en la frase que dice: "a más tardar el 1° de septiembre de 1992".

2. **DENIEGANSE** las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

IMPUESTO A PARQUEADEROS/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD

Las normas constitucionales y legales que permitieron la restructuración del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá y la integración de su patrimonio, en manera alguna facultaron al Concejo Distrital para imponer un gravamen, como el establecido consistente en la venta de boletas por un valor equivalente a una treinta dozava (1/32) parte de un salario mínimo legal diario aplicable a los aparcaderos públicos que funcionen en el Distrito Capital. Con respecto al artículo 6° de la Ley 72 de 1926, invocado como soporte del gravamen establecido en la norma acusada, se encuentra que tal invocación aparentemente resulta improcedente, toda vez que con la expedición del Decreto Ley 1333 de 1986 (art. 385) quedaron derogadas las normas legales sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no codificadas en tal estatuto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece de mil novecientos noventa y tres.

REF.: Radicación 4986. Apelación auto de 16 de abril de 1993 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y suspensión provisional del ordinal a) del artículo 11 del Acuerdo N° 28 de 1992, del Concejo Distrital de Santafé de Bogotá.. ACTOR: FERNANDO OSPINA JARAMILLO. AUTO.

Magistrada Ponente: Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Capital contra el auto de 16 de abril de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del ordinal a) del artículo 11 del Acuerdo N° 28 de 1992, expedido por el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El actor, señor Fernando Ospina Jaramillo, en ejercicio de la acción de nulidad demanda el ordinal a) del artículo 11 del Acuerdo N° 28 de 1992 "por el cual se restructura el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C.".

Solicitó también la suspensión provisional de la norma citada por considerar que vulnera los artículos 338 y 313-4 de la Constitución Nacional. Al respecto citó las sentencias del Consejo de Estado de 14 de febrero de 1992, Expediente 3990, y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 9 de abril de 1992, Expediente 7382. Adjuntó copia informal de esta última y de la sentencia del Consejo de Estado de 7 de septiembre de 1990, Expediente 2938.

Así mismo, adjuntó copia informal del concepto emitido por el personero de Bogotá en 1988 dirigido al presidente del Concejo Distrital, relacionado con la ilegalidad de los tributos establecidos por el Concejo de Bogotá, y copia simple de la circular expedida por el director ejecutivo del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá en la cual señala los diferentes valores correspondientes a la treinta y dozava parte (1/32) del salario mínimo diario fijado como valor de la boleta que cada vehículo debe pagar al ingresar al parqueadero, que para el presente año es de $ 85.

Concluyó señalando dentro del escrito de suspensión provisional, que el Concejo de Santafé de Bogotá no tiene facultades constitucionales ni legales para fijar impuestos confiscatorios, ni mucho menos para obligar a los propietarios de los parqueaderos a pagar impuestos no contemplados en la Constitución ni en la ley.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la suspensión provisional solicitada, argumentando que esa misma corporación, mediante Auto de 12 de marzo de 1993 (que transcribe), Expediente 9335, Magistrado Ponente: Doctor Nelson Zulúaga, decretó la suspensión provisional del ordinal a) del artículo 11 del Acuerdo N° 28 de 1992, expedido por el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá.

EL RECURSO DE APELACION:

El apoderado del Distrito Capital interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto anterior, y lo sustentó en síntesis, así:

La actividad que se está regulando y cobrando a través de la disposición demandada, se concreta en el costo de las boletas que el Fondo de Vigilancia y Seguridad del Distrito Capital suministra a cada aparcadero público y que permite el control en el funcionamiento y prestación del servicio correspondiente.

Tal renta, a juicio del apelante, encuentra soporte como ingreso, en el artículo 6° de la Ley 72 de 1926.

Por otra parte, la norma acusada es clara al señalar que la venta de las boletas de control constituye parte del patrimonio del fondo, y corresponde a la recuperación de lo que invierte en la elaboración, distribución y venta de cada una de las boletas de control.

Además, la eficacia de la percepción económica resultante está destinada a implementar los aspectos logísticos de seguridad del Distrito Capital.

Concluyó señalando que el Concejo del Distrito Capital sí tenía facultades para expedir la norma acusada, de conformidad con lo establecido en los artículos 287, 322-2, 313-4 y 338 de la Constitución Nacional.

De otro lado, el Doctor Orlando Corredor Torres se constituyó como parte impugnante y solicitó la revocatoria de la providencia impugnada, con fundamento en los mismos argumentos planteados por el apoderado del Distrito Capital al sustentar el recurso de apelación.

A folios 85 y 86 obra un memorial presentado por el actor en el cual se pronuncia en relación con el recurso de apelación, y solicita que se confirme el auto recurrido con fundamento en las siguientes razones:

1. De acuerdo con lo previsto en los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Nacional, la facultad impositiva de los municipios está supeditada a la ley.

2. La Ley 72 de 1926, en su artículo 6° citado por los impugnantes, es una norma de carácter general e inaplicable al caso presente (impuesto de los parqueaderos), "dado que si ello fuera posible sin violar la Constitución y la ley, le bastaría al Concejo Distrital, crear los impuestos que consideraran (sic) necesarios para atender los gastos de la capital, ... ha de tenerse en cuenta que en la parte final de la citada norma se dice ... "puede además sin esa autorización (e (sic) la Asamblea Departamental), crear los impuestos y contribuciones que estime necesarios, dentro de la Constitución y las leyes (subrayé)" (fl. 85).

Al crearse el Distrito Especial de Bogotá, y más tarde el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, desaparecieron tales autorizaciones y por consiguiente la norma contenida en el artículo 6° de la Ley 72 de 1926.

3. La norma acusada es violatoria de la ley, ya que autoriza a un establecimiento público del orden distrital a recaudar un impuesto que no aparece ni creado ni ordenado en la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Con respecto a la facultad impositiva de los municipios y del Distrito Capital, la Sala en diferentes oportunidades ha precisado que el poder impositivo corresponde únicamente al congreso de la República, por lo cual las asambleas departamentales y los concejos municipales **no** pueden crear tributos que no hayan sido previamente autorizados por la ley, en una interpretación armónica de los artículos 338 y 313-4 de la Constitución Nacional.

En el *sub lite*, resultan insuficientes las facultades generales invocadas por el Concejo del Distrito Capital al expedir el Acuerdo N° 28 de 1992, para justificar la norma acusada.

En efecto, los artículos, 311 de la Constitución Nacional que se refiere a las atribuciones generales del municipio como las de prestar servicios públicos, construir obras, promover el desarrollo de la localidad, etc.; 313-5, que atribuye a los concejos municipales la facultad de dictar normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos; 313-6, relacionado con la determinación de la estructura de la administración municipal, de las escalas de remuneración, creación de establecimientos públicos, etc.; 322, sobre el régimen especial de Santafé de Bogotá como Distrito Capital; y el 323, referente a la composición del Concejo Distrital.

En este orden de ideas, se observa que las normas constitucionales y legales que permitieron la restructuración del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá y la integración de su patrimonio, en manera alguna facultaron al Concejo Distrital para imponer un gravamen, como el establecido en la disposición acusada, consistente en la venta de boletas por un valor equivalente a una treinta dozava (1/32) parte de un salario mínimo legal diario aplicable a los aparcaderos públicos que funcionen en el Distrito Capital.

Con respecto al artículo 6° de la Ley 72 de 1926, invocado por el apoderado del Distrito como soporte del gravamen establecido en la norma acusada, la Sala encuentra que tal invocación aparentemente resulta improcedente, toda vez que con la expedición del Decreto Ley 1333 de 1986 (artículo 385) quedaron derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no codificadas en tal estatuto. No obstante lo anterior, el artículo 6° de la Ley 72 de 1926 en su inciso final prevé que la creación de los impuestos y contribuciones se debe realizar dentro del marco de la constitución y las leyes, y como se indicó anteriormente, en el caso de autos, el Concejo Distrital no estaba facultado constitucional ni legalmente para imponer el gravamen discutido.

Los anteriores razonamientos son suficientes para confirmar el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahin Lizcano; Delio Gómez Leyva; Consuelo Sarria Olcos.*

LEY - Derogatoria

Si bien es cierto que la Ley 153 de 1887 en su artículo 3° estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una ley posterior que regule íntegramente la materia y que el artículo 14 de la misma ley enseña que una ley derogada no revive por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haberse abolido la ley que la derogó, para que tal insubsistencia tenga efecto es necesario que la norma que la deroga expresa o tácitamente, cumpla las condiciones requeridas para su vigencia y se mantenga, por haber reunido los requisitos de fondo y forma para su expedición, en el ordenamiento jurídico, pero si por no cumplir tales exigencias es retirada o suspendida de dicho ordenamiento, carece de aptitud para suprimir la norma anterior.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: **DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE.**

REF.: EXPEDIENTE N° 4576. ACTOR: FLORES SANTA ROSA LTDA. Y OTROS

Apelación sentencia del 16 de octubre de 1992, Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Gravamen de delineación ***FALLO.***

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 16 de octubre 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 las sociedades FLORES SANTA ROSA LTDA., FLORES HORIZONTE LTDA., CULTIVOS BUENAVISTA LTDA., FLORES DE LOS ANDES LTDA., JARDINES BACATÁ LTDA., AGRÍCOLA GUACATAY LTDA. Y FLORES MONTEVERDE LTDA., contra los actos administrativos mediante los cuales el alcalde del municipio de Funza les negó la exención de pago del "impuesto de delineación" establecido por el Acuerdo 021 de 1981 del Concejo Municipal, artículo 4° y concordantes.

ANTECEDENTES

Las sociedades FLORES SANTA ROSA LTDA., FLORES HORIZONTE LTDA., CULTIVOS BUENAVISTA LTDA., FLORES DE LOS ANDES LTDA., JARDINES BACATÁ LTDA., AGRÍCOLA GUACATAY LTDA. Y FLORES MONTEVERDE LTDA., a través de apoderado especial solicitaron del alcalde de Funza que declarara que no estaban obligados al pago del impuesto de delineación establecido por el Acuerdo 021 de 1981.

Mediante los oficios números 475 de septiembre 21 y 507 de octubre 20 de 1989, el alcalde respondió que no era posible acceder a la petición formulada en razón de que no estaba dentro de sus funciones decretar lo solicitado, ya que el acuerdo era ley del municipio y por lo tanto tampoco le competía dicho asunto a la Junta Municipal de Hacienda.

Contra dicho oficio el apoderado judicial de las sociedades interesadas interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación al cual dio respuesta el alcalde, reiterando lo manifestado en los oficios requeridos porque no era función del alcalde dictar resoluciones para exencionar de impuesto y además el Acuerdo 021 de 1981 según lo señalado por el artículo 192 de la Constitución Nacional y el Decreto 1333 de 1986, era obligatorio mientras no fuera anulado o suspendido por la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

No concedió la apelación solicitada ante la Junta Distrital en razón de que dicho ente cumplía funciones de consulta de la administración, pero no de jurisdicción y menos de segunda instancia de los actos administrativos.

LA DEMANDA:

Acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el apoderado judicial de las sociedades peticionarias, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pidiendo:

1. La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 475 de septiembre 21 de 1989.

2. La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 530 del 23 de octubre de 1989.

3. La nulidad del artículo 4° del Acuerdo 021 de 1981, expedido por el Concejo Municipal de Funza.

4. Que se declarara que el Acuerdo 021 de 1981, artículo 4°, fue derogado y sustituido por el Acuerdo 013 de 1986, el cual fue suspendido por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

5. Que como consecuencia de lo anterior se declarara que los demandantes no estaban obligados a pagar el impuesto de que trata el Acuerdo 021 de 1981, artículo 4° del Concejo Municipal de Funza.

Acusó a los actos demandados de ser violatorios de los artículos 35 del Código Contencioso Administrativo; 132 numeral 1° del Código de Régimen Municipal; 3° y 14 de la Ley 153 de 1887, y al Acuerdo 021 de 1981, de violar el artículo 197, numeral 2° de la Constitución Nacional.

Ordenada la corrección de la demanda, el apoderado de la actora desistió de la acción de nulidad contra el artículo 4° del Acuerdo 021 de 1981 contenida en la petición tercera y de la petición de declaración de derogatoria del mismo acuerdo. Reiteró entonces que la demanda se refería a los actos administrativos emanados del alcalde de Funza.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplica de la demanda al considerar que no existía la violación del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, ya que en los oficios de respuesta a la petición formulada, se dio con creces la explicación sumaria exigida por la norma.

Que de otra parte, de los cargos 3° y 4° invocados en la demanda, tenían relación directa con la tercera petición, que fue objeto de desistimiento, por lo cual, entendiendo que la acción ejercida era la del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, no atendía las peticiones 4ª y 5ª.

LA APELACION:

El apoderado judicial de las sociedades demandantes al apelar el fallo de primera instancia, lo acusa de no haber atendido las peticiones 1ª y 2ª de la demanda, frente a los mismos cargos 1°, 2° y 3° de la demanda, en especial el cargo N° 3, que es de fondo y sobre el cual, tampoco la alcaldía se pronunció.

Afirma que la sentencia apelada analiza muy brevemente las peticiones 4ª y 5ª de la demanda, al considerar que por haber desistido de la pretensión 3ª, aquéllas no tienen valor ni deben ser estimadas, que de todas maneras deben analizarse y resolverse las peticiones 4ª y 5ª del libelo a la luz de los cargos formulados, porque no cabe rechazar tales cargos que están vigentes y las peticiones respectivas so pretexto de interpretación de la demanda.

Pide se estudien y resuelvan de fondo las peticiones 4ª y 5ª.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer lugar precisa la Sala, que en razón a que la demanda, entre otras irregularidades, planteó la indebida acumulación de pretensiones, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó mediante auto del 9 de abril de 1990, la corrección del libelo demandatorio, y el apoderado judicial de la parte actora en escrito presentado el 15 de mayo de 1990 (fls. 73 y 74), con el fin de corregir tal deficiencia dijo:

> "Respecto a la indebida acumulación de acciones que observa el Tribunal pues según el auto respectivo se ha incluido la demanda de simple nulidad del Acuerdo 021 de 1981, artículo 4°, con la de restablecimiento del derecho, por la impugnación de lo resuelto por el alcalde de Funza, en los oficios 475 y 530 de 1989. Para mayor claridad y viabilidad de la demanda, por medio del presente **DESISTO de la petición tercera (3ª) de la demanda en la cual pido la declaración de nulidad del artículo 4° del Acuerdo 021 de mayo de 1981** del Concejo Municipal de Funza en la forma allí solicitada, quedando así en firme y exclusivamente la acción de impugnación de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de la Alcaldía Municipal de Funza, contenidos en las peticiones 1ª y 2ª de la demanda y también queda en firme la petición 4ª de la misma, pues se encuentra íntimamente ligada al asunto materia de la litis respecto de los mismos actos administrativos que dan lugar al restablecimiento del derecho, lo mismo que la petición 5ª de la misma demanda. **De acuerdo con lo anterior desisto del cuarto (4°) cargo contenido en la demanda respecto del artículo 4° del Acuerdo N° 021 de 1981** del Concejo Municipal de Funza, como consecuencia del desistimiento de la petición del mismo acuerdo respecto de la nulidad, como atrás lo indiqué".

Es decir, concreta sus peticiones a la 1ª y 2ª relativas a la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo contenido en los oficios 475 del 21 de septiembre y 530 del 23 de octubre de 1989, que no resolvió favorablemente la petición formulada por los demandantes en el sentido de no estar obligados a pagar el impuesto que estableció el Acuerdo 021 de 1981, artículo 4° del Concejo de Funza. La 4ª, para que se declare, que el artículo 4° del Acuerdo 021 de 1981 del Concejo Municipal de Funza, fue derogado y sustituido por el Acuerdo N° 013 de 1986 del mismo municipio, que creó el impuesto de alineación y construcción de cubiertas para las floristerías que funcionan en el municipio y la 5ª para que se declare que las demandantes no estaban obligadas a pagar el impuesto de que trata el artículo 4ª del

Acuerdo 021 de 1981.

De los cargos formulados, queda sin efecto el número 4°, relativo a la nulidad del artículo 4° del Acuerdo 021 de 1981, por violación del artículo 197 de la Constitución Nacional.

Analiza en consecuencia la Sala los cargos de violación del ordenamiento superior que la actora propone contra los oficios 475 y 530 de 1989, expedidos por el alcalde de Funza.

1. **Violación del artículo 35 del Código Contencioso-Administrativo**

Dispone esta norma:
"Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

"En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

"Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

"Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título".

Si se analizan los oficios acusados, se observa en ellos, que cuando el alcalde expresa en el Oficio N° 475 que: "en razón de claras disposiciones legales no están dentro de mis funciones decretar lo allí solicitado, ya que el acuerdo aludido es una ley del municipio y por lo tanto tampoco le compete a la Junta de Hacienda Municipal, y luego, en el oficio 530 reitera que el alcalde no puede dictar resoluciones exonerando a persona natural o jurídica del pago de algún impuesto a que esté obligada y que teniendo en cuenta lo normado por los artículos 192 de la Constitución Nacional y el 122 del Decreto 1333 de 1986, es aplicable al Acuerdo 21 de 1981", sí cumple las exigencias de motivación sumaria exigida por el artículo 35 del Código Contencioso-Administrativo. Toda vez que si el alcalde no avocó de fondo el tema de la exención pedida, se debió al hecho de considerarse incompetente para el efecto.

En consecuencia, no procede el cargo de violación del artículo 35 del Código Contencioso-Administrativo.

Además en ninguna parte del escrito demandatorio, la actora, invoca norma alguna que permita inferir que el alcalde de Funza sí era el competente para hacer la declaración pedida en razón de que las sociedades peticionarias no eran sujetos pasivos del impuesto de delineación y que al no estudiar todos los fundamentos de la

petición incurrió en violación del mismo artículo.

2. **Violación del artículo 132, numeral 1° del Decreto 1333 de 1986**

Dispone esta norma:

"Las atribuciones generales de los alcaldes son las siguientes:

"1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos que estén en vigor...".

Como concepto de violación expone que el alcalde pretendió revivir un acuerdo ya fenecido o derogado y sustituido en cuanto a los floricultores por otro acuerdo porque, si bien el Acuerdo 21 de 1981 en su artículo 4°, al establecer el gravamen de delineación para el "galpón o el cobertizo, incluía y extendía el mismo gravamen a los cultivos de flores pues todos ellos tienen galpón o cobertizo", el Acuerdo 013 de 1986, por el cual se estableció el impuesto de delineación y construcción de cubierta para las floristerías que funcionen en el municipio. Acuerdo que al reglamentar íntegramente la materia impositiva de "alineación" o "delineación" para los floricultores, necesariamente derogó el anterior, pero como este último fue suspendido por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, también dejó de regir sin que ello implique que revivió el Acuerdo 021 de 1981.

3°. A juicio de la Sala el cargo de violación por aplicación indebida del Acuerdo 21 de 1981 no está llamado a prosperar, ya que si bien es cierto que la Ley 153 de 1887 en su artículo 3° estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley posterior que regule íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería, y que el artículo 14 de la misma ley enseña que una ley derogada no revive por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haberse abolido la ley que la derogó, para que tal insubsistencia tenga efecto es necesario que la norma que la deroga expresa o tácitamente, cumpla las condiciones requeridas para su vigencia y se mantenga, por haber reunido los requisitos de fondo y forma para su expedición, en el ordenamiento jurídico, pero si por no cumplir tales exigencias es retirada o suspendida de dicho ordenamiento, carece de aptitud para suprimir la norma anterior. No puede el administrado ampararse en una nueva norma que supuestamente regula íntegramente la materia anterior para sustraerse del imperio de la primera y argumentar que por haber sido suspendida esta segunda, también se sustrae de esta última y escapar así a toda regulación jurídica sobre una materia determinada.

Por el contrario, si la norma posterior no tuvo cabida en el ordenamiento jurídico por vicio de nulidad, la primera sigue regulando la materia, ya que sería contrario al ordenamiento jurídico dejar un vacío legal al considerar válida la nueva disposición a efecto de derogar la norma anterior y no considerarla igualmente válida a efecto de regular la materia a que la anterior se refería.

4°. El cuarto cargo, no podía ser objeto de estudio no sólo en razón de referirse a una cuestión distinta a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino por

haber sido objeto de expreso desistimiento por el demandante.

5°. Como consecuencia de no prosperar los cargos de violaciones de las normas invocadas, con los fundamentos expuestos en la demanda, no procede tampoco el restablecimiento del derecho que solicita la parte actora en el numeral 5° acápite "peticiones".

En consecuencia la sentencia del Tribunal deberá confirmarse por las razones 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:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de octubre de 1992 en el juicio 7568.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Záraté, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

DESCRIPCION TRIBUTARIA/ERROR ARITMETICO

Es de naturaleza simplemente formal, no sustancial, la disposición del artículo 577 del E.T., según la cual "los valores diligenciados en los formularios de las declaraciones tributarias, deberán aproximarse al múltiplo de mil (1000) más cercano". La figura del "error aritmético" tiene ocurrencia "en las declaraciones tributarias" según el encabezamiento del artículo 697 que define los casos en que se presenta. Siendo obligatoria la aproximación al múltiplo de 1000 en estricto rigor puede entenderse que anotar en la declaración el impuesto real y no el aproximado al mil más cercano, constituye error aritmético que se clasifica en los numerales 1° y 2° contemplados en el artículo 697 que se producen cuando "se anota como valor resultante un dato equivocado" a pesar de haberse declarado correctamente la base gravable y de aplicar la tarifa respectiva".

LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA/SANCION POR EXTEMPORANEIDAD

En este caso resulta aplicable el artículo 701 que forma parte del capítulo de "liquidación de corrección aritmética" y según el cual cuando el contribuyente "no liquide" en su declaración las sanciones a que estuviere obligado "o las hubiere liquidado incorrectamente" puede la administración liquidarlas con un incremento del 30%. Norma ésta que resulta aplicable a la sociedad demandante pues la base para la sanción de extemporaneidad, no podía ser de los $479 (impuesto real) sino $0 (impuesto formal). Siendo cero, la sanción no podía ser del 5% del total del impuesto a cargo "objeto de la declaración tributaria" como reza el artículo 641, sino en proporción a los ingresos brutos, como ordena la misma disposición en su inciso final "cuando en la declaración tributaria no resulte impuesto a cargo...".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE

REF.: EXPEDIENTE N° 4627. ACTOR: MEL MIX DE COLOMBIA LTDA. IMPUESTO VENTAS. ***FALLO.***

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 6 de noviembre 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 sociedad Mel Mix de Colombia Ltda., contra los actos administrativos que corrigieron aritméticamente la liquidación privada presentada por el cuarto bimestre de 1987 correspondiente al impuesto sobre las ventas.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS:

Con fundamento en los artículos 560, 691, 697, 698, 699 y 914 del Estatuto Tributario y en la Orden Administrativa 005 del 23 de abril de 1990, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la Liquidación de Corrección Aritmética 00080 del 19 de febrero de 1991. Corrigió los valores consignados en los renglones números 07, 10 y 11 de la declaración tributaria; modificó la sanción por extemporaneidad y aplicó la sanción por incremento del 30% de conformidad con lo preceptuado por el artículo 701 del Estatuto en cita.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma administración, por Resolución 0226 del 24 de junio de 1991, confirmó la decisión oficial. Entendió el fallador que el declarante erró en la liquidación de la sanción por extemporaneidad, por cuanto a términos del artículo 641 del Estatuto Tributario ascendía a $1'282.000 y no a $13.000 como equivocadamente aquélla la declaró, luego, era precedente no sólo la corrección sino también el incremento de la sanción.

Agotada la vía gubernativa, el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cita y como restablecimiento del derecho se declare que, no hay lugar al pago de las sanciones por extemporaneidad ni de corrección aritmética en cuantía de $1'667.000. Que fue correctamente determinada la sanción por extemporaneidad establecida en la liquidación privada prestada por la sociedad.

Estima que fueron violadas las siguientes disposiciones: el artículo 641 adicionado por el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, los artículos 698, 577, 700 y 701 del Estatuto Tributario y el artículo 26 del Decreto Reglamentario 88 de 1988.

No está de acuerdo el apoderado de la sociedad con la liquidación oficial porque, la administración al convertir el impuesto sobre las ventas declarado en la suma de $479, a cero, modificó sustancialmente las bases para determinar la sanción por extemporaneidad.

Ciertamente, dice, el artículo 15 del Decreto 2503 de 1987 (hoy 577 del E.T.) ordena aproximar las cifras de las declaraciones tributarias al múltiplo de mil (1000) más cercano, pero su incumplimiento ni origina sanción, ni autoriza practicar liquidación de corrección porque no se hizo la aproximación. No existe error aritmético en los términos del artículo 697 del Estatuto Tributario.

Invoca el contenido del Concepto 23890 del 21 de noviembre de 1988, emitido sobre el particular, por la División de Doctrina Tributaria de la Dirección de Impuestos Nacionales.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 6 de noviembre de 1992 atendió favorablemente las pretensiones de la sociedad.

Para el *a quo* es evidente que la falta de aproximación al múltiplo de mil, del "impuesto generado por las operaciones gravadas", no es un hecho que encaje dentro de los que el artículo 697 del E.T. tipifica como error aritmético.

De otra parte, entiende que tal disposición no le da a la administración la facultad de cambiar a través de esta liquidación de corrección, las bases para aplicar la sanción de extemporaneidad.

DE LA APELACION:

La apoderada de la entidad demandada apela. Solicita revocar la sentencia apelada y denegar todas las súplicas de la demanda.

Admite que la errada liquidación de las sanciones no es de los casos que el artículo 697 del E.T. califica como error aritmético, pero sí es una conducta que de acuerdo con lo previsto por el artículo 701 del mismo estatuto la administración tenía la facultad de sancionar.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La apoderada de la Administración de Impuestos reitera los argumentos que sirvieron de fundamento a los actos administrativos impugnados. Solicita se revoque la sentencia y se denieguen las pretensiones de la sociedad.

De otra parte, la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación, se muestra de acuerdo con la administración. A su

juicio la sanción por extemporaneidad no fue liquidada correctamente por la sociedad, "puesto que al no dar aplicación a la pauta contenida en el artículo 577 del Estatuto Tributario, debiendo hacerlo, provocó un cálculo errado de la sanción por extemporaneidad, cuya corrección y debida imposición es facultad de la administración consagrada en el artículo 701 del E.T., disposición que así mismo autoriza el incremento de la sanción en un 30% de su valor".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

Decide dilucidar la Sala si era procedente practicar liquidación de corrección aritmética y, en caso positivo, si en ésta era viable modificar la base y la cuantía de la sanción por extemporaneidad.

APROXIMACION A MIL DE LOS VALORES DECLARADOS. Su naturaleza y consecuencias de su incumplimiento.

Es de naturaleza simplemente formal, no sustancial, la disposición del artículo 577 del E.T. según la cual "los valores diligenciados en los formularios de las declaraciones tributarias, deberán aproximarse al múltiplo de mil (1000) más cercano". Que sea deber de naturaleza formal se deduce también el recordar que el manejo práctico de las tablas de los impuestos, según la misma ley, arrojan un resultado que corresponde al gravamen. En el caso del impuesto sobre la renta, éste "es el indicado frente al intervalo al cual corresponda su renta gravable" y se puede observar que hasta la base de $10.000.000 incluye múltiplos inferiores y superiores a $1.000 (artículo 241 E.T.).

Ejemplo (año 1992) para el intervalo entre $4.750.001 y $4.800.000 al 2.76% el impuesto **es** de $131.750 pero en virtud del artículo 577 en la liquidación privada debe anotarse $132.000. Igualmente, en impuesto a las ventas, aunque la aplicación de tarifas como la del 14% o 12% arrojen fracciones de 1000, en las respectivas declaraciones deben aproximarse al múltiplo más cercano.

Tenida en cuenta esta mecánica formal de las declaraciones tributarias con el concepto del "error aritmético" proceden las siguientes observaciones:

1. La figura del "error aritmético", tiene ocurrencia "en las declaraciones tributarias", según el encabezamiento del artículo 697 que define los casos en que se presenta.

2. Siendo obligatoria la aproximación al múltiplo de 1.000, en estricto rigor puede entenderse que anotar en la declaración el impuesto real y no el aproximado al mil más cercano, constituye error aritmético que se clasifica en los numerales 1° y 2° contemplados en el artículo 697 que se producen cuando "se anota como valor resultante un dato equivocado" a pesar de haberse declarado correctamente la base gravable y de aplicar la tarifa respectiva.

Estas razones llevan a la conclusión opuesta a la que llegó el *a quo*, para el cual la falta de aproximación no configura error aritmético.

Pero además, en el caso que se resuelve, resultaba aplicable el artículo 701 que forma parte del capítulo de "liquidación de corrección aritmética" y según el cual, cuando el contribuyente "no liquide" en su declaración las sanciones a que estuviere obligado "o las hubiere liquidado incorrectamente" puede la administración liquidarlas con un incremento del 30%.

Norma ésta que resulta aplicable a la sociedad demandante pues la **base** para la sanción de extemporaneidad, no podía ser de los $479 (impuesto real), sino $-0- (impuesto formal). Siendo cero, la sanción no podía ser del 5% del total del impuesto a cargo "objeto de la declaración tributaria" como reza el artículo 641 en su primer inciso, sino en proporción a los ingresos brutos, como ordena la misma disposición en su inciso final "cuando en la declaración tributaria no resulte impuesto a cargo...".

Surge como conclusión que la actuación de la administración estuvo ajustada a derecho, debiendo revocarse la sentencia de primera instancia para negar las peticiones de la actora.

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. En su lugar, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de orígen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Záraté, Presidente, *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos, Judith López Díaz,* Secretaria (E).

ACTO REPRODUCIDO/NORMA ANULADA/ACTIVIDAD INDUSTRIAL/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Como el Consejo de Estado ya había anulado los parágrafos 1° (actividades industriales combinadas con locales comerciales) y 3° (las ventas en fábrica se tendrán como industriales si no utilizan locales comerciales) del artículo 24 del Acuerdo 021 de 1983, cuyo texto es igual a los acusados parágrafos 1° y 2° del artículo 16 del Acuerdo 11 de 1988, la conclusión obvia es la de anular también éstos, aceptando así las pretensiones de la actora. Tal anulación se produjo por esta corporación mediante sentencia del 13 de octubre de 1989, Expediente N° 2222. En consideración a lo anterior y sin necesidad de entrar al análisis de fondo, se impone la anulación de los actos acusados.

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

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: **DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE.**

REF.: EXPEDIENTE N° 4767. ACTOR: LIGIA LOPEZ DIAZ C./D.C.. ASUNTOS MUNICIPALES - FALLO -.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la señora apoderada del Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital) contra la sentencia del 23 de octubre de 1992, mediante la cual el Tribunal Contencioso-Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de los parágrafos 1° y 2° del artículo 16 del Acuerdo N° 11 de 1988 (noviembre 4) dictado por el Concejo de Bogotá Distrito Especial.

ANTECEDENTES

Con la decisión impugnada el *a quo* accedió a las pretensiones de anulación que en ejercicio de la acción pública del artículo 84 del C.C.A., presentó la ciudadana Ligia López Díaz, considerando violados varios artículos de la Ley 14 de 1983 (artículos 32, 33, inciso 1°, 34, 35 y 36) y el artículo 197-2 de la constitución vigente en la época.

Oído el Distrito y previo concepto favorable a las peticiones de la actora por parte del Agente del Ministerio Público, el tribunal en la sentencia apelada accedió a decretar la nulidad con apoyo y transcripción de lo resuelto por esta misma sección en fallo del 13 de octubre de 1989, en el Expediente N° 2222 en el cual se anularon los parágrafos 1° y 3° del artículo 24 del Acuerdo 021 de 1983 del mismo Concejo Distrital y en razón a que "las normas acusadas (artículo 16, parágrafos 1° y 2° del Acuerdo 11 de 1988), regulan en los mismos términos la misma materia que las disposiciones anuladas por el Honorable Consejo de Estado".

LA APELACION:

Reitera la apelante el punto de vista de la defensa del sistema adoptado en las normas acusadas, a saber: el de Industria y Comercio, "es un impuesto en cascada, pues grava el valor de los bienes en todos sus pasos", cuales son la producción, la distribución y la prestación de un servicio. De ahí que el industrial que cumple dos actividades, la producción y la distribución, deba pagar sobre la producción total en el municipio en donde se halla la fábrica y por la comercialización en otros municipios. Cuando es en el mismo, el parágrafo 1° acusado, rebaja a un 50% la base de la comercialización, lo cual no constituye una discriminación en su contra, sino en su favor.

Esta interpretación de la Ley 14 de 1983 la lleva a concluir que ésta permite "la acumulación de impuestos según sea el número de transmisiones dentro del proceso económico", o sea, dos si ejerce la industria y el comercio y "si fueran 3 las actividades que realizara... tendría que pagar el tributo sobre los ingresos brutos de las tres actividades" (producción, distribución y servicios), en razón a que el legislador no distinguió que un mismo sujeto pasivo desarrolle varias actividades. Y, si esto constituye falta de técnica (como lo expresó en otras oportunidades el tribunal), se debe a que la utilización de la infraestructura municipal es la que justifica el gravamen, según se expresó en la exposición de motivos de la Ley 14 de 1983.

Por otra parte, insiste en que la copia del acto acusado (Acuerdo 11 de 1988) no es la adecuada según el artículo 25 del Decreto 2304 de 1989.

EL MINISTERIO PUBLICO, representado por la señora Procuradora Sexta Delegada ante esta corporación, en primer lugar critica el enfoque dado por la entidad oficial a la Ley 14, en síntesis porque "lo que en verdad se presenta con la venta es la culminación de todo un proceso productivo", y no como lo estima el Distrito,

que la actividad de venta del fabricante es totalmente autónoma e independiente de la actividad industrial desarrollada.

Pero además concuerda con el tribunal que el aspecto controvertido ya había sido materia del fallo del 13 de octubre de 1989 en el Expediente N° 2222, por lo que "es entonces necia, por decir lo menos, la actitud de la entidad edilicia, cuando desconoce las decisiones ya tomadas por el Consejo de Estado sobre el particular e insiste en consagrar una doble tributación a todas luces inequitativa y contraria a la ley".

CONSIDERACIONES:

El artículo 16 del Acuerdo 11 de 1988 (noviembre 4) que dijo sustituir al artículo 24 del Acuerdo 021 de 1983, en realidad lo que hizo fue reproducirlo casi textualmente. Los únicos cambios notables son: al final del primer inciso agregó que "la administración no podrá exigir la aplicación de tarifas sobre la base del sistema de actividad predominante" y esto posiblemente en consideración a que ratificado el sistema de liquidación individual del gravamen por cada una de las actividades que realice simultáneamente un mismo contribuyente, quedaba proscrito el sistema de aplicación de la tarifa sobre "la actividad predominante" que en épocas anteriores había regido en Bogotá. Otra modificación fue la de suprimir el parágrafo 2° que definía como actividad industrial la edición de revistas y periódicos.

Pero fuera de lo anterior, el texto del articulado es idéntico. Como ya se mencionó, en la primera parte el artículo se refirió a los contribuyentes que realizan varias actividades, para los cuales dispuso que se les liquidara el gravamen a las tarifas correspondientes a cada actividad.

En el parágrafo 1° contempló el ejercicio de "actividades industriales combinadas con locales comerciales" para disponer que además del impuesto generado sobre la totalidad de los ingresos correspondientes a la actividad industrial, debía pagar sobre el 50% de los ingresos brutos percibidos por actividad comercial en locales que conformaran una unidad jurídica. En el parágrafo 2° dispuso que las ventas en fábrica se tendrán como industriales si no utilizan locales comerciales para este fin.

La sola descripción de los temas, desarrollo y solución adoptadas por el Concejo Distrital el 4 de noviembre de 1988, mediante el Acuerdo N° 11, en forma absolutamente clara demuestran que se trató de una reproducción de lo dispuesto por el artículo 24 del Acuerdo 021 de 1983.

Ahora bien, como el Consejo de Estado ya había anulado los parágrafos 1° y 3° del artículo 24 del Acuerdo 021 de 1983, cuyo texto es igual a los acusados parágrafos 1° y 2° del artículo 16 del Acuerdo 11 de 1988, la conclusión obvia es la de anular también éstos, aceptando así las pretensiones de la actora y los conceptos del Ministerio Público recibidos en primera y en segunda instancia.

La anulación del parágrafo 1° y del parágrafo 3°, que es igual al 2° del acusado, se produjo por esta corporación mediante Sentencia del 13 de octubre de 1989 en el Expediente N° 2222.

En consideración a lo anterior y sin necesidad de entrar al análisis del fondo, se impone la anulación de los actos acusados cuya prueba a pesar de la objeción de la parte demandada, se acreditó con la aducida por la actora, puesto que según el mismo artículo 25 del Decreto 2304 de 1989 en su segundo inciso dispone que "se reputan copias hábiles para efectos de este artículo, las publicadas en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera autenticación". (Además el mismo Decreto 2503 de 1989 en su artículo 68 había ya derogado expresamente al artículo 163 del C.C.A.).

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 que decretó la NULIDAD de los parágrafos 1° y 2° del artículo 16 del Acuerdo 011 de 1988 (noviembre 4) expedido por el Concejo de Bogotá, Distrito Especial.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Guillermo Chahin Lizcano; Delio Gómez Leyva; Consuelo Sarria Olcos.*

Judith López Díaz, Secretaria (E).

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Existen dos conceptos de la cosa juzgada "la material" y "la formal" la primera trae como consecuencia la imposibilidad de revisar nuevamente el asunto en cualquier otro proceso y con cualquier motivo o razón por haberse desplegado íntegramente la actividad del Estado; la segunda predica la inmutabilidad de la decisión dentro del proceso y por los mismos hechos que condujeron a la decisión. Sin embargo el art. 243 de la Carta, califica especialmente la cosa juzgada al agregarle la expresión constitucional ya que en el inciso 2 precisa entre los efectos de la sentencia la prohibición genérica a toda autoridad de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, previsión de la que se infiere que cuando los motivos de la declaratoria de inexequibilidad fueren adjetivos la prohibición no opera.

INVENTARIOS/ METODO DE VALUACION / POTESTAD REGLAMENTARIA

El Código del Comercio en su art. 450 deja como facultad del legislador en materia fiscal establecer los métodos de valuación de inventarios, materia que por ende no corresponde a una competencia del ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria. Luego si la ley fiscal no ha creado ni definido los métodos de valuación de inventarios ni los ha limitado en manera alguna puede hacerlo el reglamento. La norma acusada sin lugar a equívocos prevé cuales son los métodos admitidos, lo que supone que por fuera de ellos no se aceptan otros. Comprobado el exceso de la utilización de la potestad reglamentaria, se deberá declarar la nulidad del precepto demandado.

LEY - Prevalencia/NORMA TRIBUTARIA/NORMA CONTABLE

El principio general de aplicación de la ley, consistente en la aplicación prevalente de los preceptos especiales sobre los generales cuando los dos se refieren a la misma materia se encuentra contenido en el art. 33 del Decreto 2075/92 luego por tratarse de un principio general, que predica la prevalencia de las normas tributarias sobre las contables para la determinación del impuesto de renta, se considera que está invadiendo la órbita del legislador a quien corresponde genéricamente esta competencia y no al ejecutivo a través de un Decreto reglamentario. A pesar de que tal principio en este Decreto en nada afecta las reglas generales sobre aplicación de la ley, lo cierto es que el ejecutivo está ejercitando una potestad que no posee y que de suyo comporta la declaratoria de nulidad.

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

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano*

Ref.: Expediente No. 4632 Actor: Isidoro Arévalo Buitrago C/La Nación. Acción de nulidad Decreto Reglamentario No. 2075 del 23 de diciembre de 1992. **FALLO.**

Santafé de Bogotá D.C. Veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Procede la Sala a decidir definitivamente la cuestión planteada por el ciudadano Isidoro Arévalo Buitrago en la acción de nulidad de la referencia.

Antecedente

1.- La demanda-

Pretende el demandante que a través de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se declare:

> "Que el Señor Presidente de la República o el Gobierno Nacional, no pueden expedir normas sustantivas o adjetivas de derecho, ni reproducir normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional al amparo del numeral 20 del artículo 189 de la Constitución Política".

Igualmente que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario 2075 de diciembre 23 de 1992, así:

> "1.- La palabra "FISCAL", calificativo que se le dio a la cuenta de "Corrección Monetaria", contenida en los Días. 4, 7, 8, 10, 13, 15, 16 y 17.

"2.- Del Art. 5, las palabras "terrenos" y "edificios".

"3.- Del inciso segundo, literal c) del Art. 6, la nulidad de la expresión "... pero los conceptos que comprende el segundo factor y su ajuste no darán lugar a depreciación, amortización o agotamiento..."

"4.- Del Art. 7, las siguientes expresiones:

"Del inciso segundo, la expresión "... así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos, con excepción de aquellos que tengan una forma particular de ajuste..."

"Los incisos cuarto y quinto en su totalidad.

"5.- Del artículo 8:

El numeral 3, en su totalidad.

Del Parágrafo, la expresión "...los cargos diferidos no monetarios que no estén en condiciones de generar ingresos o de ser enajenados..."

"6.- Del inciso primero del Art. 14, las expresiones "tales como..." y "valorizaciones".

"7.- Del Art., 15, las siguientes expresiones:

"Del numeral 1, las expresiones..."entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el aumento del capital...", y "...Este ajuste constituye un mayor valor de patrimonio y un débito en la cuenta corrección monetaria fiscal.

"Del numeral 2, la expresión "...entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el reparto la disminución..." y "...Este ajuste constituye un menor valor del patrimonio líquido y un crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

"8.- Del inciso primero del Art. 18, la palabra "fiscales".

"9.- Del inciso primero del Art. 21, la expresión: "en este Decreto".

"10.- Los Arts. 30, 31, 32 y 33, en su totalidad." (fls. 96, 97, 98).

Normas violadas y concepto de la violación:

A continuación se transcribe la enumeración de normas de superior jerarquía y que el actor estima vulnerados por el Decreto 2075 de 1992.

Concepto de la violación:

El numeral 20 de la Nueva Carta Política no autoriza al Presidente de la República para expedir decretos autónomos, los que se expidan invocando la norma citada, deben someterse a la ley, pues en materia tributaria, el Presidente únicamente tiene facultad legislativa en los eventos previstos en los artículos 212 a 215 de la Constitución y en los demás casos la competencia corresponde al Congreso, conforme lo previsto por los artículos 150 y 338 ibídem.

El artículo 243 de la Constitución en concordancia con el artículo 21 del Decreto Ley 2067 de 1991, dispone que el Gobierno Nacional no puede reproducir mediante decretos reglamentarios o autónomos normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional.

El Decreto Acusado, reprodujo varias normas del Decreto 2911 de 1991, declarado inexequible por medio de la sentencia N°. C-608 del 14 de diciembre de 1991, expediente No. D-69, Corte Constitucional.

A continuación se resumen los cargos formulados contra los artículos del Decreto acusado y cuya nulidad se reclama:

- Artículo 4. Cuenta de corrección monetaria se argumenta que el cambio de denominación legal de la cuenta "corrección monetaria", por "corrección monetaria fiscal" impone llevar por sistema separado los ajustes contables y los ajustes tributarios, en contra de lo previsto en el Decreto 1744 de 1991, artículo 1o. que no permitía registros separados porque las bases, forma de calcular y de registrar los ajustes son iguales para fines contables y fiscales.

La norma acusada se quiere mantener no obstante que hacía parte del Decreto 2912 de 1991, reglamentario del 2911 del mismo año y que fue declarado inexequible por la Corte Constitucional.

> "El calificativo "Fiscal", adicionado por la norma acusada para mantener intacto el sistema de ajustes declarado inexequible, viola el numeral 11 del Art. 189, los Art. 113, 114, 121 y 150, primer inciso (sic) de la Constitución, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al arrogarse facultades legislativas que competen exclusivamente al Congreso. Viola también el artículo 243 de la misma Constitución y el Art. 21 del D.L. 2067/91 por desconocer el fallo de la Corte sobre la inexequibilidad del Decreto 2911 de 1991, al reproducir el nombre de la Cuenta "Corrección Monetaria Fiscal", contenida en el segundo inciso del Art. 10 del Decreto 2911 de 1991.
>
> "Viola también los Arts. 340 del Estatuto Tributario, el 348 del mismo Estatuto modificado por el Art. 13 del Decreto 1744 de 1991, los cuales (sic) señalan expresamente que el nombre de la cuenta es "Corrección Monetaria", sin más calificativos." (fl. 32).

- Artículo 6. Base de los ajustes fiscales. Se acusa el inciso segundo literal c) en lo que corresponde a la siguiente expresión: "...pero los conceptos que comprende el segundo factor y su ajuste no darán lugar a depreciación, amortización o agotamiento..."

El legislador extraordinario quiso que la depreciación se calculara sobre el valor patrimonial del bien a 31 de diciembre de 1991 y no utilizó expresiones como costo fiscal, costo histórico, o costo ajustado, pues éstos últimos disminuyen el costo por depreciación no establecido en las normas legales reglamentadas, incurriendo por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en violación de los artículos 150 inciso 1o. y 189 numeral 11 de la Carta. Así mismo se estiman violados los artículos 133, 153, 332 numeral 4 (modificado por el artículo 3, del Decreto 1744 de 1991) del Estatuto Tributario.

- Artículo 7, ajustes a inventarios.

Inciso primero.

Se pide la nulidad de la expresión:

"...así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos, con excepción de aquellos que tengan una forma particular de ajuste,..."

Inciso cuarto.

"Sobre una misma partida no se podrá realizar un doble ajuste. Esta norma se deberá tener en cuenta para los traslados de inventarios durante el proceso productivo".

Inciso quinto.

"El inventario final y el costo de ventas deberán reflejar los ajustes correspondientes según el método de valuación que se utilice".

Se afirma que las normas acusadas, son fiel reproducción del artículo 13 incisos segundos, cuarto y quinto del Decreto 2911 de 1991, declarado inexequible.

Las normas demandadas, violan los artículos 113, 114, 121, 150 inciso 1o., 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, por extralimitación de la potestad reglamentaria y arrogarse una competencia que pertenece al Congreso. Además infringe el artículo 243 de la Carta Política, por ser reproducción del Decreto 2911 de 1991, declarados inexequibles; los artículos 333 y 331-1 del Estatuto Tributario, disposiciones reglamentadas.

-Artículo 8, ajustes de otros activos no monetarios.

Numeral 3.

"3. Para los activos enajenados durante el año, su costo de adquisición se incrementará con el resultado que se obtenga de multiplicar dicho costo por la parte proporcional del PAAG anual que corresponda a los meses transcurridos entre el 1o. de enero del año o el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó la compra, si fue adquirido durante el año, y el último día del mes en el cual se efectuó su enajenación; como contrapartida se registrará un crédito en la cuenta de corrección monetaria fiscal." (fls. 39/40).

Parágrafo en la expresión:

"...los cargos diferidos no monetarios que no estén en condiciones de generar ingresos o de ser enajenados..."

La violación acusada se concreta en las razones que a continuación se transcriben:

"Para fines contables el Art. 330 del Estatuto Tributario, modificado por el Art. 1 del Decreto 1744 de 1991, ordena que para efectos de la contabilidad comercial, también se utilizará a partir de 1992 el sistema de ajustes integrales por inflación, de acuerdo con lo previsto en este título". Es claro, entonces, que los Gastos pagados por Anticipado y los "Cargos Diferidos" de cualquier naturaleza no (sic) son objeto de ajuste. La norma acusada, al pretender restablecer la norma declarada inexequible, viola ostensiblemente el Art. 21 del D.L. 2067/91 y el Art. 243 de la Constitución. Viola también el Art. 336 del Estatuto Tributario, en concordancia con el Art. 9 del Decreto 1744 de 1991, que expresamente disponen que los "cargos diferidos, cuales quiera que ellos sean, no son objeto de ajuste por inflación. Viola también el numeral 11 del Art. 189 de la Constitución, por exceso de la potestad reglamentaria, y los Arts. 113, 114, 121 y 150, primer inciso, de la Carta Política por arrogarse la facultad legislativa que compete exclusivamente al Congreso, pues la potestad reglamentaria debe limitarse a desarrollar la norma legal sin extralimitar su letra ni su espíritu." (fls. 42/43).

- Artículo 14. Valores a excluir del patrimonio.

Del inciso primero, las expresiones: "Tales como" y "Valorizaciones".

Concepto de la violación.-

"Además en cualesquiera de las situaciones analizadas, la norma acusada viola ostensiblemente el Art. 243 de la Constitución Política y el Art. 21 del D.L. 2067 de 1991, por reproducir normas inexequibles, desconociendo el fallo de la Corte, que el Gobierno debe cumplir. Viola el numeral 11 del Art. 189 y los Arts. 113, 114, 121 y 150 primer inciso de la Constitución Política, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria y por arrogarse la facultad legislativa que le compete al Congreso.

"Viola el Art. 346 del Estatuto Tributario por agregar las palabras "Tales como" y "Valorizaciones" no contenidas en la norma legal reglamentada, rebasando su contenido." (fl. 45).

- Artículo 15, ajuste al patrimonio líquido que ha sufrido aumentos o disminuciones durante el año.

Se pide la nulidad de las siguientes expresiones:

Del numeral 1o. "...entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el aumento de capital..." y "...este ajuste constituye un mayor valor del patrimonio líquido y un débito en la cuenta de corrección monetaria fiscal."

"La norma legal dispone que el ajuste proporcional se debe hacer "desde el día en que ocurrió la disminución mientras que la norma acusada, señala que se haga desde el primer día del mes siguiente en que ocurrió la disminución, modificando el período de ajuste señalado en la Ley. Asimismo, señala que la cuantía del ajuste se debite a la cuenta de "revalorización del patrimonio", con crédito a la cuenta corrección monetaria", la norma reglamentaria dispone que el valor del ajuste, "constituye un menor valor del patrimonio líquido y crédito a la cuenta corrección monetaria fiscal", lo cual es totalmente diferente a lo dispuesto en la norma reglamentada.

"Las normas acusadas permiten al contribuyente registrar, discrecionalmente, el ajuste al patrimonio, por aumento o disminución, a cualquier cuenta del patrimonio, mientras que la norma legal ordena que el registro debe hacerse en la cuenta de "revalorización (sic) del patrimonio" cuyo saldo no podrá repartirse sino hasta cuando se capitalice o se liquide la empresa, caso en el cual no se gravará con el impuesto de renta, según el inciso tercero del Art. 345 del Estatuto Tributario, modificado por el Art. 11 del Decreto 1744 de 1991. El reglamento, no puede cambiar el procedimiento del registro ni el nombre de la cuenta que la Ley estableció para tal fin.

"Además de lo anterior, el numeral 2 del Art. 15 del Decreto acusado, reproduce el numeral 2 del Art. 23 del Decreto 2911 de 1991, violando el Art. 243 de la Constitución y el Art. 21 del D.L. 2067/91, por reproducir normas declaradas inexequibles y desconocer el fallo de la Corte que el Gobierno está obligado a cumplir. Viola el numeral 11 del Art. 189, los Arts. 113, 114, 121 y 150, primer inciso, de la Constitución por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria por arrogarse la facultad legislativa que le compete exclusivamente al Congreso.

"Viola el Art. 347 del Estatuto Tributario, modificado por el Art. 12 del Decreto 1744 de 1991, por rebosar el contenido y el espíritu de la norma legal reglamentada." (fls. 48,49 y 50).

-Artículo 18. Compensación de pérdidas.

De este artículo, la expresión "fiscales". El legislador extraordinario dispuso compensar las pérdidas de un ejercicio gravable, con las utilidades de los cinco años siguientes, pero sin limitar las compensaciones únicamente a las pérdidas fiscales.

"La norma del Art. 18 del Decreto acusado, viola el Art. 243 de la Constitución Política y el Art. 21 del D.L. 2067/91 por reproducir normas declaradas inexequibles y desconocer el fallo de la Corte que el Gobierno está obligado a cumplir".

'Viola, el numeral 11 del Art. 189 de la Constitución por extralimitación de la potestad reglamentaria, y los Arts. 113, 114, 121 y 150 primer inciso, por arrogarse la facultad legislativa que compete solo al Congreso". (fl. 51).

-Artículo 21, gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

Del inciso primero, la expresión "...en este Decreto,..."

"La norma reglamentaria acusada limitada el beneficio de la reducción teórica, mientras que el Art. 15 del Decreto 1744 de 1991, señala que el citado beneficio se reconoce a quienes hayan efectuado los ajustes en la forma prevista "en este título" es decir, el título V del Libro Primero del Estatuto Tributario (Art. 329 al 355). Al sustituirse la palabra "título" por "Decreto", se modifica el alcance de la Ley que reglamenta limitando su aplicación, exclusivamente, a lo dispuesto en el Decreto acusado.

"La norma acusada, viola el numeral 11 del Art. 189, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y los Arts. 113, 114, 121 y 150 primer inciso de la Constitución Política. Viola también lo dispuesto en el Art. 354 del Estatuto Tributario, adicionado por el Art. 15 del Decreto 1744 de 1991, por haber reemplazo a palabra "título, por "Decreto" apartándose de la letra y del espíritu de la norma legal reglamentada.- (fls. 52/53).

- Artículo 30, métodos de valuación de inventarios en su integridad.
"El Art. 30 del Decreto acusado, ordena:

"Para efectos tributarios los métodos de valuación de inventarios permitidos son: UEPS (Ultimos en entrar primeras en salir), PEPS (Primeras en entrar primeras en salir) y PROMEDIO". (FL. 53).

"La norma acusada limita la valuación de inventarios a tres métodos: PEPS, UEPS y PROMEDIO, descartando otros métodos de reconocido valor técnico como "el precio de última factura", el "promedio ponderado movible", el "promedio simple" el "método de la utilidad bruta", entre otros. Además, la norma

acusada se limita a señalar como método de valuación el "PROMEDIO", sin especificar a cuál de los tres promedios conocidos se refiere, o, si por el contrario, se trata de una nueva forma de promediar.

"El Ordinal 3 del Art. 62 del Estatuto Tributario, dispone que será aceptado "cualquier otro sistema de reconocido valor técnico dentro de las prácticas contables, autorizado por la Dirección General de Impuestos (sic) Nacionales".

"La norma acusada al limitar a tres los métodos de valuación de inventarios, elimina cualquier otro sistema técnico reconocido por la ciencia contable, para determinar el costo de ventas, dentro del cual está comprendido el método de valuación de inventarios, que el contribuyente puede utilizar con la autorización de la Dirección General de Impuestos.

"La norma acusada al establecer métodos de valuación de inventarios, no consagrados en la norma legal reglamentada, viola el numeral 11 del Art. 189, por extralimitación de la potestad reglamentaria y los Arts. 113, 114, 121 y 150, primer inciso de la consción (sic), por arrogarse la facultad legislativa que le compete exclusivamente al Congreso. Viola el numeral 3 del Art. 62 del Estatuto Tributario que establece libertad para determinar el costo de lo vendido por sistemas deferentes al juego de inventarios y al de inventario permanente, dentro del cuál están comprendidos diversos métodos de valuación de inventarios." (fls. 54, 55, 56).

- Artículo 31, forma de ajustar los inventarios.

"El ajuste por inflación de los inventarios, se podrá hacer de manera individual o global por grupos homogéneos de bienes de características similares" (fl. 56).

"En efecto, al señalar que el ajuste por inflación de los inventarios.., sin aclarar cuáles, quedan comprendidos tanto los iniciales como los finales. Pero resulta que los inventarios finales no se ajustan, según lo dispuesto en el artículo 333 del Estatuto Tributario, modificado por el Art. 4o. del Decreto 1744/91, y el Art. 333-1 del mismo Estatuto, adicionado por el Art. 5 del Decreto 1744 de 1991, los cuales ordenan ajustar por inflación el inventario inicial y las compras de mercancías o inventarios por trimestres, pero no los inventarios finales.

" La norma acusada viola el numeral 11 del Art. 189, los Arts. 113, 114, 121, y 150 inciso primero, de la Constitución Política, por exceso en la potestad reglamentaria y por arrogarse la facultad legislativa que le compete exclusivamente al Congreso. Viola los Art. (sic) 333 y 333-1 del Estatuto Tributario, modificados y adicionados por los Arts. 4 y 5 del Decreto 1744 de 1991, por rebasar la letra y el espíritu de las normas legales reglamentadas.-" (fl. 57).

- Artículo 32, ajustes contables y fiscales. En su integridad.

"Para efectos fiscales el ajuste por inflación se podrá realizar tomando como base los ajustes contables mensuales o anuales que se hayan practicado, con las conciliaciones a que haya lugar". (fl. 58).

"La norma acusada se aparta del ordenamiento legal citado y da validez a los ajustes practicados con base en el Decreto 2911 de 1991, que entre otras cosas, (Art. 12 y 15) establecía que la base para el ajuste de los activos no monetarios en Dic. 31 de 1991 era el costo histórico, mientras que el Art. 353 del Estatuto Tributario, señala que la base para ajustar los activos adquiridos con anterioridad a 1992 será "el valor patrimonial de los mismos al 31 de diciembre de 1991, incluidos los ajustes acumulados a esa fecha, y , por ende, la base y el ajuste por inflación son mayores.

"El Art. 32 del Decreto acusado, viola el Art. 243 de la Constitución Política y el Art. 21 del D.L. 2067/91 por desconocer el fallo de inexequibilidad del Decreto 2911 de 1991, al pretender legalizar los ajustes practicados con base en una norma contraria al ordenamiento jurídico.

"Viola el numeral 11 del Art. 189, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria y los Arts. 113, 114, 121 y 150 primer inciso, de la Constitución, por arrogarse la facultad legislativa que le compete exclusivamente al Congreso." (fl. 60).

- Artículo 33, especialidad en la aplicación de las normas tributarias. En su integridad.

"Para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, serán aplicables las normas contables, salvo que exista disposición tributaria, en cuyo caso priman estas últimas". (fl. 61).

- Artículo 5, numeral 2. Ajuste de los demás activos no monetarios.

Las expresiones "terrenos" y "edificios".

"Sin embargo, la norma acusada, en concordancia con el Art. 4 del mismo decreto, obliga ajustar los terrenos y edificios, ajuste que constituye ingreso gravable originado, no en la explotación económica o el uso de la propiedad inmueble, sino en la existencia de dicha propiedad, con igual principio filosófico al abolido impuesto de patrimonio.

"Al gravarse el ajuste por inflación de los terrenos y edificios, indirectamente se está gravando la propiedad inmueble, y si está como principal, no puede gravarse con impuestos de carácter nacional como son el de renta y patrimonio, el ajuste por inflación, accesorio de aquella, tampoco puede gravarse.

"En consecuencia, la norma viola el Art. 317 de la Constitución". (fl. 64).

2.- La contestación de la demanda.-

Solicita se declare la legalidad de los preceptos acusados, con fundamento en las razones de oposición a la demanda que se transcriben a continuación:

La invocación de los numerales 11 y 20 del Art. 189 de la Carta, para la expedición del Decreto acusado, no contrarían el mandato, de la Carta, pues la verdadera intención del Gobierno, fue la de precisar aspectos que permitan la aplicación del sistema de ajustes integrales por inflamación en materia fiscal.

Violación del artículo 243 de la Carta y 21 del Decreto 2067 de 1991.

No existe violación de las normas precitadas, en atención a que la sentencia de inexequibilidad de la Corte Constitucional en relación con el Decreto 2911 de 1991, no se refirió a los aspectos de fondo de la norma, sino a la incompetencia del ejecutivo en razón a que las facultades extraordinarias de que disponía, se habían agotado con la expedición del Decreto 1744 de 1991.

Exceso de la potestad reglamentaria en relación con cada uno de los artículos del Decreto demandado.

La expedición del Decreto 2075 de 1992, tiene como finalidad, la de precisar aspectos fiscales en relación con la aplicación del sistema de ajustes, esta precisión conduce a denominar la cuenta a que se refiere el artículo 4 del acto acusado, "corrección monetaria fiscal", sin que ello implique modificación del sistema, el cual se define como uno solo con efectos contables y fiscales.

"Fiscalmente el sistema se basa y aplica sobre cifras y valores patrimoniales, esto es, "valor fiscal" de los activos que corresponden a los valores registrados en los denuncios fiscales.

"Como en uno y otro caso la base del ajuste es diferente, se hace necesario llevar en cuentas separadas los registros originados por éste, es decir, una cuenta de corrección monetaria que refleje los valores de los ajustes con bases contables y otra que refleje el mismo concepto con bases fiscales, sin perjuicio de la conciliación de estas dos cuentas al final del ejercicio.

"Eliminar la cuenta corrección monetaria fiscal implicaría involucrar los valores patrimoniales de los activos no monetarios que son los objeto de ajuste, dentro del valor contable de los mismos. Esto, si bien no impide la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación, porque en todo caso, las bases contables y fiscales de los ajustes tendrían que reflejarse en la cuenta del activo objeto de reajuste, si dificultaría la aplicación del sistema. Como el reglamento está establecido para permitir la adecuada aplicación de la ley, no se ve cómo la precisión que se hace en el artículo 4°, puede acusarse de exceder la facultad reglamentaria cuando en primer término está dirigida a regular la materia en su

aspecto fiscal y de otra parte permite la correcta aplicación del sistema que como se ha dicho reiteradamente es uno solo, ,con efectos contables y fiscales, por tanto, separar el manejo de la cuenta corrección monetaria fiscal de la contable, no implica en forma alguna modificación al sistema ya establecido por la ley." (fl. 181/182).

Artículo 6. Acto acusado.

"El Art. 6o. del Decreto 2075 de 1992 está determinando los conceptos que forman parte del valor patrimonial de los activos no monetarios sujetos a ajustes, dentro de ellos obviamente se entienden incluidos los activos fijos depreciables o amortizables, pero respecto de ninguno de estos activos se está reglamentando sobre los conceptos que integran el costo de los activos enajenados, como lo hace el artículo 69 del E.T. ni el costo de los activos fijos poseídos a 31 de diciembre de 1992.

"Entonces, cuando la expresión acusada dispone que los ajustes fiscales no darán lugar a depreciación o amortización, pero que ello es sin perjuicio de que éstos puedan ser considerados el ya contenido en el E.T. en materia de costos. Como el sistema de ajustes integrales por inflación opera a partir de 1992, la depreciación o amortización calculadas serán las deducibles en dicha vigencia fiscal, luego la exclusión de la base de los ajustes a los activos fijos efectuados antes de 1992 es válida si se tiene en cuenta que el artículo 133 del E.T. está ordenando efectuar la depreciación en la forma prevista en el título V del mismo Estatuto a partir de 1992 y en este título el artículo 332 numeral 4o. dispone calcular la depreciación o amortización sobre el "valor del bien" una vez ajustado por PAAG.

"Como esta norma no se refiere "a valor patrimonial del bien a 31 de diciembre de 1992" como afirma el demandante, no puede acusarse el reglamento de exceso de facultades porque partiendo de ese concepto general "valor del bien" podría válidamente excluirse de la base para el cálculo (sic) de la depreciación, el valor de los ajustes fiscales permitidos, toda vez que la base para calcular la depreciación, está constituida por el costo de adquisición, en los términos que se especifican en el artículo 131 del E.T". (fl. 183).

Artículo 7, ajustes a los inventarios.

"En el caso específico el Art. 66 del E.T. actualmente vigente está determinando los factores que integran el costo de los activos móviles, entonces como el sistema de ajustes abarca este concepto, debe partirse de la determinación de costo contenida en la citada disposición para precisar el alcance de la ley como efectivamente lo hace el reglamento, esto es que el costo de los activos movibles sujetos a ajustes está constituido por el costo de adquisición más los gastos necesarios para ponerlo en condiciones de venta o utilización. Esto, porque el sistema de ajustes está fundamentado en la actual estructura del impuesto de renta.

"Ahora bien, en relación con el inciso 4o. según el cual el inventario final y el costo de ventas deben reflejar los ajustes, debe decirse que ésta es la consecuencia lógica de los ajustes a compras de mercancías e inventarios, porque si estos rubros forman parte del inventario final y éste a su vez es factor determinante para establecer los costos en ventas, sea cual fuere el método de valuación utilizado final y del costo en ventas, que se origina como resultado de los ajustes surge de los ajustes trimestrales realizados a las compras". (fl. 184).

Artículo 8, numeral 3.

Establece el procedimiento para ajustar los activos fijos enajenados durante el respectivo año gravable.

"Esta norma está precisamente acorde con lo dispuesto en el artículo 342 E.T. que dispone:

"El costo de venta de los activos fijos enajenados en el año se podrá ajustar en la parte proporcional del PAAG que corresponde al número de meses de posesión del activo durante el año. (Subrayado fuera del texto).

"Como se destaca en la norma transcrita es el PAAG proporcional, no el PAAG acumulado como afirma el actor, y esta proporcionalidad es la misma establecida en el numeral 3o. artículo 8o.

" Ahora, en cuanto al número de meses de posesión del activo durante el año debe decirse, como el PAAG es anual o mensual, este cálculo no puede hacerse partiendo del momento de la enajenación, esto es de fecha a fecha sino de acuerdo al mes calendario, porque a todas las compras efectuadas en un mismo mes corresponde un PAAG igual. Así si estas se efectuaron en los días 8, 9 y 20 de marzo, a ellas corresponde aplicar el PAAG mensual de marzo es decir, el del mes inmediatamente anterior a la fecha del ajuste que será el 1o. de abril.

"Si se trata de aplicar el PAAG anual, la proporción será en relación con el número de meses calendario, porque no es posible un PAAG mensual proporcional al número de días, bajo la estructura del sistema y de otra parte, se contraría la misma técnica utilizada por el SENA, partir de la cual se determina el PAAG.

"En cuanto a la expresión los cargos diferidos no monetarios y que no están en condiciones de generar ingresos o de ser enajenados" contenida en el parágrafo del artículo 8o., que según esta norma se someten a ajustes, debe decirse los cargos diferidos pueden ser monetarios y no monetarios, estos últimos se definen como aquellos que adquieren un mayor valor nominal por efecto de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y corresponden a erogaciones que se causarán en futuras vigencias.

"Los monetarios corresponden a inversiones monetarias que pueden realizarse en futuras vigencias pero sin sufrir ninguna variación en su valor nominal, entonces no están sujetos a ajustes.

"Los cargos diferidos se originan en el caso de construcciones en curso, cultivos en períodos improductivos y programas de ensanche.

"Es decir que en esta clase de inversiones pueden originarse cargos diferidos monetarios y no monetarios. Como el artículo 8 se esta refiriendo a "Ajustes de otros activos no monetarios" debe entenderse que los cargos diferidos a que se refiere su parágrafo son de la misma naturaleza. y por tanto sujetos a ajustes.

"Esta disposición no contraría el artículo 336 del E.T. modificado por el artículo 9o. del Decreto 1744 de 1991, porque esta norma solo se refiere a intangibles luego al señalar los pagos se entiende que es sólo los originados en la adquisición o inversión en esta clase de activos. No puede aceptarse otra interpretación a esta disposición, porque la claridad de su contenido no la admite". (fls. 185/186).

Artículo 14, conceptos a excluir del patrimonio líquido sometido a ajustes.

"Mediante la expedición del Decreto 180 de enero 27 de 1993 se dispuso en su artículo 10: "El artículo 14 del Decreto 2075 de 1992 quedará así: Del patrimonio líquido sometido a ajuste se debe excluir el valor patrimonial neto correspondiente a activos tales como "good will", "know how" y demás intangibles que sean estimados o que no hayan sido producto de una adquisición efectiva.

"Como se observa se excluye de la norma el concepto "valorizaciones" por tanto la violación al artículo 346 del Estatuto Tributario que se aduce, por su inclusión en la norma acusada, resulta por sustracción de materia sin efectos.

"En cuanto a la expresión "tales como" que se mantiene con la modificación del artículo 14 del Decreto 2075 de 1992, tenemos: No es cierto que lo taxativo en el artículo 346 del Estatuto Tributario se convierta en enunciativo en el artículo 14 acusado, porque en el texto de ambas disposiciones se incluye la expresión "y demás intangibles" es decir que en una y otra los conceptos se extienden a todos aquellos que tengan tal naturaleza".(fl. 186).

Artículo 15, ajuste al patrimonio líquido que ha sufrido aumentos o disminuciones en el mismo año.

Se acusan los numerales 1 y 2 por violación del artículo 347 del Estatuto tributario, por considerar que son distintos el período de ajuste y las cuentas donde se registran los ajustes.

El artículo 347 del Estatuto Tributario, se refiere a un derecho sustantivo que en nada se modifica por el acto acusado ya que éste solo establece el mecanismo a través del cual se hace posible la aplicación del sistema.

"a - Constitución Política, Arts. 6, 113, 114, 121 y 150, primer inciso: 189, numeral 11, 243, 317 y 338.

"b - Los siguientes artículos del Estatuto Tributario (D. 624/89);

"62, numeral 3; 346, 351;

"330, modificado por el Art. 1 Decreto 1744 de 1991.

"333, modificado por el Art. 4 del Decreto 1744 de 1991.

"333-1, adicionado por el Art. 5 Decreto 1744 de 1991.

"347, modificado por el Art. 12 Decreto 1744 de 1991.

"354, adicionado por el Art. 15 del Decreto 1744 de 1991.

"c - D.L. 2067/91, Art. 21" (fl 22).

"IV.2 EL NUMERAL 20 DEL ARTICULO 189 DE LA CONSTITUCION NO FACULTA AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA PARA EXPEDIR NORMAS SUSTANTIVAS O ADJETIVAS DE DERECHO EN MATERIA TRIBUTARIA NI PARA REPRODUCIR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES POR LA CORTE CONSTITUCIONAL". (fl. 23).

Artículo 15. Compensación de pérdidas.

Se aduce que la palabra fiscales que se agrega en el reglamento, limita la compensación de pérdidas.

"Al respecto se observa: Dispone el artículo 147 del Estatuto Tributario.

"Deducción de pérdidas de sociedades. Las sociedades podrán compensar las pérdidas fiscales sufridas en cualquier año o período gravable, con las rentas que se obtuvieren en los cinco períodos gravables siguientes...

"Parágrafo. A partir del año gravable de 1992 los contribuyentes a quienes se les aplica el título V de este libro tomarán como deducción dichas pérdidas ajustadas por inflación..." (Subrayado fuera del texto).

"Como se ha reiterado a través de este escrito el sistema integral de ajustes por inflación no modifica la estructura básica del impuesto de renta, por tanto, par-

tiendo de esa misma estructura frente a la norma acusada tenemos las pérdidas fiscales cuya deducción autoriza la legislación tributaria en materia de impuesto sobre la renta. Son las pérdidas de operación o pérdidas comerciales y las pérdidas de capital.- A estas pérdidas fiscales se refiere la disposición anteriormente transcrita, como amortizables en 5 años. Luego, como el sistema integral de ajustes no está creado por este concepto nuevas deducciones es lógico y además necesario que en el reglamento se precise que se trata de "pérdidas fiscales" porque ese y no otro puede ser el alcance de la ley mediante la cual se adopta y diseña el sistema integral de ajustes por inflación". (fl. 189).

Artículo 21, gradualidad en la aplicación de los ajustes.

No tiene razón de ser la pretendida violación porque el Decreto 2075 ibídem, en la parte acusada hace parte del título V del Estatuto Tributario.

Artículo 30. Métodos de valuación de inventarios.

"En esta oportunidad se reitera lo anterior adicionado en los siguientes términos. Los métodos de valuación de inventarios UEPS., PEPS y promedio a que se refiere el artículo 30 del Decreto 2075 de 1992 sólo aparecen enunciados en las normas tributarias, no definidos. Es decir, que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 450 del C. de Co. cuando en una norma fiscal se mencionan métodos de valuación de inventarios, quiere decir que la legislación fiscal los "permite", no que los crea". (fl. 190).

"En cuanto al hecho de que la norma acusada al referirse simplemente a promedio está excluyendo otros métodos, como el promedio ponderado, el promedio ponderado movible, que cita el actor, no es acertada tal afirmación porque al referirse la norma a "Promedio" se entiende en todas sus modalidades". (fl. 191).

La norma acusada se limita a enunciar los métodos de valuación de inventarios permitidos pero no los define, porque éstos no son de creación de la ley fiscal.

Artículo 31, forma de ajustar los inventarios.

Esta norma prevé que los ajustes a inventarios pueden hacerse en forma individual o global pero por grupos homogéneos.

"El artículo 333 del Estatuto Tributario que se dice violado, ordena ajustar los activos movibles o inventarios poseídos al último día del año inmediatamente anterior, esto es el inventario inicial. Que el reglamento diga cómo pueden hacerse esos ajustes no puede implicar violación a la ley porque en ella se consagra en forma general la obligación del ajuste.

"Es evidente que el reglamento facilita la forma de aplicación, pues tratándose de inventarios, es lógico que los bienes deban agruparse según sus caracterís-

ticas pues de otra forma resultaría demasiado complejo su manejo y control". (fl. 191).

Artículo 32, ajustes contables y fiscales.

"De acuerdo a lo anterior, se entiende que la vigencia del Decreto 2911 de 1991 corresponde al período comprendido entre el 30 de diciembre de 1991, (fecha de expedición del Decreto) y el 14 de diciembre de 1992 (fecha de la sentencia de inexequibilidad).

"Sin embargo, como la aplicación de los ajustes se previó para la vigencia fiscal de 1992, y ésta no se había cumplido el 14 de diciembre de 1992, no hubo oportunidad de aplicar el Decreto 2911 de 1991.

"Ahora bien, sin perjuicio de los expuesto frente a la norma acusada tenemos:

"Los "ajustes contables mensuales" a que se refiere esta disposición no se efectuaron con base en el Decreto 2911 de 1991, sino con base en el Decreto 2912 de 1991, que es el que regula los "ajustes contables mensuales", luego si su respaldo legal es este último Decreto ninguna incidencia en la legalidad de la norma tiene la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 2911 de 1991". (fls. 192/193).

Artículo 5, numeral 2, ajustes a efectuar.

El sistema integral de ajustes por inflación se basa en la clasificación de los activos en monetarios y no monetarios, disponiendo para los últimos los ajustes. Es así, que si los inmuebles tienen tal carácter, estarán sujetos a los ajustes aunque el reglamento no los hubiera contemplado.

El concepto de los ajustes, es distinto de los gravámenes fiscales que pueden recaer sobre la propiedad inmueble, los cuales por mandato constitucional consisten en impuestos, por el contrario los ajustes por inflación se traducen en un mayor costo del bien.

3.- Alegados finales.-

3.1.- De la parte actora.

Se solicita de conformidad con la demanda y con fundamento en la expuesto en el escrito de alegatos que se declare la nulidad de las normas acusadas por cuanto el Gobierno se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Síntesis del alegato:

El artículo 330 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 1° del Decreto 1744 de 1991, establece los ajustes contables y fiscales bajo un solo sistema y con iguales efectos.

El acto acusado adopta dos sistemas de ajustes con efectos diferentes, obligando a los responsables a registrar separadamente y en libros principales y auxiliares los ajustes fiscales y contables.

Se solicita precisar los alcances del numeral 20 del artículo 189 de la Constitución.

Artículo 4, cambio de denominación de la cuenta corrección monetaria.

"Es claro entonces, que los dos sistemas, fiscal y contable, consagrados en el Decreto 2911, solamente pueden reestablecerse por el Congreso mediante la expedición de una ley, de acuerdo con la facultad consagrada en el inciso segundo, numeral 10 del Art. 150 de la Constitución, pero no mediante normas reglamentarias y menos invocando el numeral 20 del Art. 189 de la Constitución, (sic) Por tanto, la palabra "Fiscal", agregada a la Cuenta de Corrección Monetaria, para establecer un procedimiento fiscal distinto al contemplado en la norma superior, como lo afirman las apoderadas en el escrito de oposición, excede la potestad reglamentaria según ha quedado demostrado en la demanda y y (sic) en este escrito". (fls. 226/227).

Artículo 6, bases de los ajustes.

El sistema de ajustes está regulado por normas especiales las cuales prevalecen sobre los generales de la primera parte del Estatuto Tributario, siempre y cuando no le sean contrarias.

El numeral 4 del artículo 332 del Estatuto Tributario dispone que la depreciación se calculará sobre el valor del bien una vez ajustado por el PAAG, pero no define qué debe entenderse por valor del bien.

La expresión valor del bien comprende los ajustes fiscales acumulados a diciembre 31 de 1991 y hacen parte de la base para calcular la depreciación ya que la ley no hizo ninguna distinción.

Artículo 7, ajuste a los inventarios.

La norma acusada al incluir en el costo de adquisición otros factores necesarios para ponerlos en venta o utilización, aumenta la base y el ingreso por corrección monetaria acarreando el pago de un mayor impuesto.

La norma reglamentada no se refiere al concepto de costo, sino que simplemente fija la base para calcular el ajuste.

Artículo 8, numeral 3. Ajuste de activos enajenados en el año.

Se cuestiona el recorte del período de ajuste y no el índice o el procedimiento. La norma acusada señala un período menor al previsto en la norma reglamentada, con lo cual se obtiene un menor costo ajustado y una mayor utilidad e impuesto a pagar.

Parágrafo del artículo 8. Ajuste a los cargos diferidos.

El artículo 9 del Decreto 1744 de 1991 dispuso que los gastos pagados por anticipado y los cargos diferidos no son objeto de ajuste, sin embargo, la norma acusada, interpretando mal el artículo 338 del Estatuto Tributario introduce una diferenciación no consagrada por la ley y somete a ajustes los cargos diferidos no monetarios, circunstancia que produce un mayor ingreso por corrección monetaria y un mayor impuesto a pagar.

- Artículo 15. Ajuste al patrimonio líquido que ha sufrido aumentos o disminuciones durante el año.

Se critica la disminución del período de ajuste el cual en la norma reglamentada va desde la fecha del aumento o disminución, hasta el 31 de diciembre del respectivo año.

- Artículo 18. Compensación de pérdidas.

'a) No es cierto que el sistema de ajustes integrales por inflación no modifique la estructura básica del impuesto sobre la renta. Para los obligados, si se modifica. En efecto, antes, el ajuste por inflación era opcional, hoy es obligatorio (Art.329), antes el valor del ajuste no constituía renta gravable, ahora el (Art. 350); antes las compras o inventarios no se ajustaban, ahora sí (Art. 333-1), etc.

"b) Tampoco es cierto que el sistema integral de ajustes por inflación no cree nuevas deducciones. Señala las siguientes a tipo de ejemplo. El componente inflacionario de los gastos financieros antes no era deducible, ahora sí (Art. 349); las pérdidas ocasionales, cuando no existían ganancias de la misma naturaleza, no se podían deducir. Ahora se deducen de la renta bruta ordinaria (Art. 352); la pérdida por exposición a la inflación es una deducción nueva (Art. 350).

"c) El tiempo para amortizar las pérdidas fiscales y contables o comerciales fue ampliado para los obligados al sistema de ajustes, las cuales pueden compensarse de las utilidades que se obtengan en los cinco años siguientes, plazo más amplio que el establecido en el Art. 147 del E.T., el cual sigue vigente para los contribuyentes no obligados al sistema de ajuste.

"d) Además de la anterior, debe tenerse en cuenta que las disposiciones del régimen general del impuesto sobre la renta son aplicables al sistema de ajustes por inflación, siempre que no le sean contrarias a la normatividad especial de los ajustes. (Parágrafo 2, Art. 329 E.T.)". (fls. 235/236).

- Artículo 30. Métodos de valuación de inventarios. La ley fiscal no ha creado ni definido los métodos de valuación de inventarios, de manera que la norma acusada prohíbe los distintos a los permitidos a saber UEPS, PEPS y Promedio.

- Artículo 31. Forma de ajustar los inventarios. Iguales argumentos a los expresados en la demanda.

- Artículo 32. Ajustes contables fiscales.

"Con relación a las teorías mencionadas y después de conocer la Sentencia C-113 de marzo 2 de 1993, por lo cual declaró inexequible, parcialmente el Art. 21 del Decreto 2067 de 1992, según la cual, la Corte es la competente para señalar los efectos del fallo de la sentencia, no cabe duda que éstos son hacia el futuro, es decir, a partir de diciembre 15 de 1992, y , por tanto la norma acusada no es aplicable al año gravable de 1992, razón por la cual, resulta violatoria de la norma reglamentada y contraria a los efectos del fallo de inexequibilidad del Decreto 2911 de 1992". (fl. 239).

No tienen razón de ser los argumentos de las apoderadas de la parte demandada en el sentido que el Decreto 2912 de 1991 no es reglamentario del 2911 del mismo año, pues resulta contrario a la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 1990, expediente 1922.

- Artículo 5, numeral 2. Ajuste a efectuar sobre inmuebles.

Viola el artículo 317 de la Carta, puesto que la norma citada circunscribe exclusivamente a los municipios la facultad de gravar directa o indirectamente la propiedad inmueble.

"b) La imposibilidad de gravar los inmuebles con impuestos nacionales o departamentales no depende de la clasificación en monetarios o no monetarios sino de la naturaleza del bien: Ser un inmueble, cuyo valor puede aumentar o decrecer con la inflación y no por ello deja de ser inmueble. El impuesto de patrimonio sobre inmuebles se eliminó para el año de 1991, por ser inmuebles, a pesar de formar parte del patrimonio del contribuyente, sujeto a dicho impuesto previa exclusión de los inmuebles". (fl. 244).

3.2.- De la parte demandada

Reitera se petición de que se declare la legalidad de las normas demandadas con base en los argumentos que a continuación se resumen:

En cuanto a la violación del Art. 243 de la Carta, en concordancia con el artículo 21 inciso 1o. del Decreto 2067 de 1991, advierte la demandada o que no se cumple respecto de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 2911 de 1991 puesto que el pronunciamiento de la Corte Constitucional no corresponde con un análisis de su

contenido material y por ello no puede haber desconocimiento del valor de cosa juzgada de la sentencia C-608 del 14 de diciembre de 1992 emanada de la Corte Constitucional.

Las siguientes son las características esenciales del sistema de ajustes por inflación:

"Vigencia del sistema.- A partir del período gravable de 1992. Aplicable a todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta obligados a llevar libros de contabilidad. Con efectos sobre el impuesto de renta. Elementos esenciales sobre su aplicación el PAAG, la Cuenta corrección Monetaria (sic) y los conceptos sujetos a los ajustes basados en la limitante de activos no monetarios.

"De acuerdo a lo anterior se considera al sistema integral de ajustes por inflación parte esencial en la estructura del impuesto de renta y complementarios y como consecuencia de ello la normatividad reglamentaria del mismo deberá armonizarse con todas y cada una de las normas que regulan el impuesto.

"El Decreto 2075 de 1992 está reglamentando el Estatuto Tributario, en forma general, luego no está subordinado exclusivamente al Decreto 1744 de 1991 como una legislación aislada del contexto especial que regula todo el sistema tributario, esto es el Estatuto Tributario.

"Así las cosas no es posible pretender que el análisis a la legalidad de las disposiciones acusadas pueda hacerse mediante la simple confrontación de los textos reglamentarios frente a las disposiciones superiores que el actor propone son las reglamentadas; porque el sistema integral de ajustes por inflación no es independiente de la estructura básica del impuesto de renta y complementarios". (fl. 248).

En relación con el argumento de exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, se remite a los argumentos expresados en la contestación de la demanda respecto de cada una de las normas acusadas.

Finalmente se advierte que los métodos de valuación de inventarios no modifican el sistema de determinación del costo y solo constituyen un mecanismo para la determinación del inventario final (ver ejemplo folios 250 y 251).

3.3.- Del Ministerio Público.

La Procuradora Sexta Delegada, Solicita se acceda parcialmente a las súplicas de la demanda, con base en las razones que en las líneas siguientes se resumen:

Para la Colaboradora Fiscal, es indispensable precisar previamente los efectos de las sentencias declaratorias de inexequibilidad que haga la Corte Constitucional en relación con leyes o decretos sometidos a su estudio.

"Como puede observarse en el inciso 2o. de la norma se consagra la prohibición a cualquier autoridad para reproducir el contenido material de la disposición declarada inexequible por razones de fondo. Es decir que si la razón para la declaratoria de inconstitucionalidad no toca el fondo del asunto tratado por la norma, su contenido queda intacto, pues los motivos de la declaratoria de inconstitucionalidad radican en otras circunstancias o en razones de procedimiento". (fl. 256).

"En otras palabras el contenido del articulado del Decreto 2911 de 1991, no lo ha encontrado la Corte contrario a las normas constitucionales, pues por la simple consideración, de que el decreto había sido dictado por el Gobierno sin facultades para hacerlo, la Corte se vio obligada a dejarlo sin operancia dentro del panorama jurídico. En esa forma la inexequibilidad declarada en relación al contexto del decreto, no tuvo como causa razones de fondo (subrayamos) como lo exige el artículo 213 (sic) de la Constitución Nacional, para prohibir su reproducción y tan sólo un fenómeno coyuntural como lo es el de la falta de facultades para dictarlo, fue lo que determinó la decisión de la Corte.

"En esas condiciones si al Gobierno se le invistiera de nuevas facultades extraordinarias; al ejecutarlas adecuadamente podría reproducir el artículo que fue declarado inexequible por el (sic) fallo precipitado". (fl. 257).

Pronunciamiento en relación con los cargos.

Para la Procuraduría carece de fundamento el cargo hecho a la palabra fiscal en los artículos 4, 7, 8, 10, 13, 15, 16 y 17 del decreto demandado como razón de la anterior afirmación expresa que todas las disposiciones contenidas en el acto acusado tienen efecto tributario es decir son de carácter fiscal por ello la palabra acusada ni le agrega ni le quita nada al texto.

Para efectos del manejo contable, las personas o empresas gozan de autonomía para la valoración de sus activos en cuanto a los ajustes por inflación, aspecto no regulado por el Estatuto Tributario y los decretos concordantes, sino por el Código de Comercio, es decir que una empresa para cumplir con el Estatuto Tributario, puede contablemente utilizar diversos factores a los ajustes por inflación, para el saneamiento de su propio sistema financiero.

-Artículo 6, base de los ajustes fiscales.

El artículo en comento, respecto al concepto de valor patrimonial que trae la ley para determinar y calcular el ajuste por inflación correspondiente, descompone el valor patrimonial en dos factores cuya denominación se explica por si sola, a saber,

el costo histórico con las adiciones, mejoras y contribuciones de valorización, más los gastos e impuestos que afectan su costo, menos la depreciación acumulada fiscal, la cual no puede operar sino sobre esa noción de costo histórico, el segundo factor hace relación a los reajustes fiscales derivados de reavalúos catastrales, aumento del valor por valorización y en los mayores valores por acciones, aportes, bonos y demás títulos en razón a sus cotizaciones en bolsa , factor que lógicamente no es susceptible de amortización, depreciación o agotamiento, razón por la que la norma acertadamente dispuso que los ajustes se aplicaran únicamente al costo histórico.

El cargo no debe prosperar, porque la norma acusada lo único que hizo fue sistematizar la forma de calcular el ajuste por inflación.

Artículo 7, ajustes de los inventarios.

No le asiste razón al demandante en cuanto a este cargo, pues el precepto acusado no contiene disposiciones de carácter sustantivo, que modifiquen el sistema de ajustes por inflación, la norma demandada, no hace sino reproducir las tablas del artículo 5 Decreto 1744 de 1991 con la advertencia de orden puramente mecánico de no realizar doble ajuste cuando se traslada la mercancía de los inventarios al proceso productivo.

- Artículo 8. Ajustes de otros activos no monetarios.

Considera la Procuraduría, que este cargo no debe prosperar por no existir violación del Art. 243 de la Carta. De otra parte, el parágrafo demandado excluye los cargos que no están sujetos a ajustes por inflación según la ley.

- Artículo 14. Valores a excluir del patrimonio.

El cargo no debe prosperar. Las razones de inocurrencia de violación del Art. 243 de la Carta son las mismas antes expuestas de otra parte el parágrafo al hablar de ajuste a intangibles incluye solamente las cargas no monetarias que es lo que establece el artículo 9 del Decreto 1744 de 1991.

- Artículo 14. Valores a excluir del patrimonio.

Según la Procuraduría, le asiste razón al demandante al reclamar la nulidad de las expresiones "tales como" y "valorizaciones", contenidas en el Decreto Acusado, pues el artículo 346 del Estatuto Tributario el cual hace una enumeración taxativa de los valores a excluir.

Se afirma que el ejecutivo se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria con violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional.

- Artículo 15. Ajustes al patrimonio líquido que ha sufrido aumentos o disminuciones.

La frase demandada "entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el aumento del capital", debe ser anulada, así como la expresión similar del numeral 2, pues contrarían lo previsto en el artículo 347 del Estatuto Tributario que ya puede ocurrir, que se tenga en cuenta un menor tiempo del que otorga la ley para el cálculo del ajuste correspondiente.

En relación con las frases contenidas en la parte final de los numerales 1 y 2 del artículo 15 en estudio éstas no hacen sino repetir lo previsto en la ley, con un cambio de denominación que no altera en ninguna forma el sentido y alcance de la norma.

- Artículo 18. Compensación de pérdidas.

Se acusa la expresión fiscal en el precepto, cargo que no estima valedero la Procuraduría, pues su utilización no afecta de manera alguna los alcances de la norma reglamentada, se enfatiza en el sentido de que las disposiciones del Estatuto Tributario y sus normas complementarias están enderezadas a regular las obligaciones de los contribuyentes para con el fisco y por consiguiente, las utilidades o pérdidas que lo afecten son de carácter fiscal.

- Artículo 21. Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

El cargo no está llamado a prosperar, pues el artículo señala un procedimiento para realizar la aplicación de los ajustes constituyendo un desarrollo de lo dispuesto en el Título V del Estatuto Tributario.

- Artículo 30. Métodos de valuación de inventarios.

El Gobierno con esta norma excedió sus facultades reglamentarias y dictó una disposición que sólo puede serlo por vía legal, por ello merece la anulación.

- Artículo 31. Ajuste de los inventarios.

No se encuentra vicio de nulidad en esta norma, pues no está limitando en ninguna forma el mecanismo de ajuste a los inventarios. El Título V del Estatuto Tributario señala cuales son los inventarios a los que debe aplicarse el ajuste por inflación.

- Artículo 32. Ajhustes Contables Fiscales.

No debe prosperar el cargo por las mismas razones expresadas antes en relación con la acusación de violación del artículo 243 de la Carta.

- Artículo 33. Especialidad en la aplicación de las normas tributarias.

El cargo no debe prosperar, dado que la disposición acusada consagra un principio general de derecho consistente en que las normas especiales tienen prelación sobre los de carácter general.

CONSIDERACIONES

Avoca la sala en esta oportunidad el estudio para pronunciamiento de fondo en relación con la legalidad y constitucionalidad del Decreto 2075 del 23 de diciembre de 1992 emanado del Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones.

Los cargos formulados se pueden identificar en dos grandes grupos como a continuación se enuncian; el primero consistente el la violación del inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política, por considerar que numerosos preceptos del acto demandado, reproducen normas del Decreto 2911 de 1991, declarado inexequible en su totalidad por la Corte Constitucional desconociendo por esta vía, el principio de cosa juzgada constitucional; el segundo se concreta en la violación de las normas del Estatuto Tributario que se pretende reglamentar, como consecuencia del exceso en el uso de la potestad otorgada al ejecutivo por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional.

Previamente a decidir el cargo primero, se procede a efectuar un análisis del artículo 243 de la Carta Política a fin de establecer si en la contención sub-examine se presente a no desconocimiento del mandato en el contenido.

Artículo 243 de la Constitución Nacional.

"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 constitucional.

Se ha consagrado como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, la jerarquía superior de la Constitución, catalogada ésta como norma de normas, posición de privilegio que se realiza en el mundo de los hechos en cuanto goce del atributo de imperatividad y tenga la capacidad e instrumentos para imponerse frente a circunstancias que la desconozcan o que ataquen el orden instituido; fenómeno social y jurídico que se concreta en la instrumentación de eficaces mecanismos de reacción contra su incumplimiento, entre los cuales los más destacados corresponden a las llamadas acciones públicas, entre ellas las de inexequibilidad.

Para efectos del control y mantenimiento de la superioridad de la Constitución, la propia Carta estableció la jurisdicción constitucional, cuyo rol principal consiste en sustraer del mundo jurídico y ordenar la inaplicación de preceptos contrarios a la Carta Política.

La jurisdicción constitucional acciona de conformidad con los mandatos de la Carta de manera inmediata o mediata así; directamente cuando dados ciertos presupuestos de hecho debe aprehender y emprender el examen de constitucionalidad de uno o de un conjunto de preceptos v.gr., los decretos legislativos que se dicten en uso de las facultades a que se refieren las normas sobre los estados de excepción; o bien por virtud de la acción de inexequibilidad, teleológicamente orientada a vigilar y promover el cumplimiento de la Carta y a que los poderes públicos que se ejerzan dentro de los precisos límites en ésta señalados.

La anterior reflexión obviamente ubica la jurisdicción constitucional para los fines de este proceso en la Corte Constitucional, pues en sentido material instancias como el Consejo de Estado también ejercen esta competencia como suele ocurrir con la denominada acción de nulidad.

Con el propósito de acoplar los argumentos precedentes con la litis planteada a la Sala, a continuación se avoca el estudio del fenómeno "cosa juzgada constitucional" previsto en el artículo 243 de la Carta Política.

Procesalmente, el principio de la cosa juzgada hace relación a la culminación definitiva de una controversia porque en relación con ella ha habido un pronunciamiento de fondo que le pone fin y que se traduce en el carácter inmutable e intangible del fallo toda vez que se hayan observado a plenitud los trámites, condiciones y requisitos señalados por la ley.

La cosa juzgada otorga a las providencias el atributo de verdad legal dentro del particular espectro de la contienda, o bien colectiviza sus efectos cuando se trata de una decisión pública, su propósito es el de dar certeza, seguridad a los asociados en relación con los asuntos que se someten a pronunciamiento de los jueces.

Es necesario precisar recavando la doctrina y haciendo una obvia interpretación del artículo 243 de la Carta, la existencia de dos conceptos o denominaciones de la cosa juzgada "la material" y "la formal", la primera trae como consecuencia la imposibilidad de revisar nuevamente el asunto en cualquier otro proceso y con cualquier otro motivo o razón por haberse desplegado íntegramente la actividad del Estado, la segunda predica la inmutabilidad de la decisión dentro del mismo proceso y por los mismos hechos que condujeron a la decisión. Sin embargo el artículo 243 ibídem, califica especialmente la cosa juzgada al agregarle la expresión constitucional ya que en el inciso segundo precisa entre los efectos de la sentencia la prohibición genérica a toda autoridad de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, previsión de la que se infiere sin necesidad de artificiosos análisis que cuando los motivos de la declaratoria de inexequibilidad fueron adjetivos la prohibición no opera, sin que ello implique la autorización tácita a las autoridades para actuar sin observar las formas propias para el ejercicio de sus competencias.

Como consecuencia de los argumentos anteriores esta superioridad procede a verificar los argumentos de la sentencia C-608 del 14 de diciembre de 1992, proferida por la Corte Constitucional y que declaró inexequible en su integridad el Decreto 2911 de 1991.

Expresa la Corte Constitucional:

"Sin embargo, advierte la Corte que el Decreto 2911 de 1991, expedido el 30 de diciembre de 1991, es inconstitucional porque las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 25 de la Ley 49 de 1990, disposición que sirvió de fundamento al Gobierno para expedirlo, ya habían sido utilizadas o ejercidas por el Presidente de la República desde el 4 de julio de 1991, fecha en la que profirió el Decreto No. 1744".

"La Corte, sin embargo considera que el Presidente dentro del termino legal solo puede ejercerlas por una vez, de modo que al expedir el correspondiente Decreto Ley agota su cometido".

Como puede observarse, para el pronunciamiento aludido no se examinó el contenido material del acto acusado (Decreto 2911 de 1991) pues éste se fundamentó en el agotamiento de competencias del ejecutivo para expedirlo, razón suficiente para desechar el cargo de reproducción de preceptos inexequibles en relación con los artículos 4; artículo 5; incisos 2, 4, y 5 del artículo 7; numeral 3 del artículo 8: artículo 14; numeral 1 y 2 del artículo 15; artículo 18; inciso 1 del artículo 21; artículo 33; del Decreto 2075 de 1992.

A continuación precede la Sala a estudiar los cargos por violación de preceptos constitucionales y legales, en el mismo orden en que fueron expuestos por el actor.

- Artículo 4 Decreto 2075 de 1992.

Concreta el demandante el cargo, en el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno al agregar a la cuenta de corrección monetaria la expresión fiscal.

La utilización de la expresión fiscal en la Cuenta de Corrección Monetaria, como bien lo afirma la Administración no implica la modificación del sistema de ajustes, el cual se define como uno solo con efectos contables y fiscales.

En aras de una mayor claridad, resulta suficiente invocar el encabezamiento que el Decreto 1744 de 1991 da al artículo primero a saber: "Efectos contables y fiscales del sistema de ajustes integrales", expresión que nos permite corregir que genéricamente la denominación de la cuenta corresponde a la de corrección monetaria y dependiendo de sus efectos ésta será contable o fiscal.

Como consecuencia de la breve exposición anterior, la Sala concluye que no hay lugar a declarar la nulidad de la expresión fiscal en el precepto demandado, pues si ella en nada modifica el sistema de ajustes, no puede decirse que el ejecutivo excedió su potestad reglamentaria, sino que cumplió con su deber constitucional al prever los mecanismos necesarios para hacer aplicable el Título V del Estatuto Tributario.

Por las mismas razones expuestas se habrá de negar la petición de nulidad de la palabra fiscal utilizada para calificar la cuenta de corrección monetaria, en los artículos 7, 8, 9, 10, 13, 15, 16 y 17 del Decreto 2075 ibídem.

- Artículo 6. Base de los ajustes fiscales.

El cargo consiste en la violación de los artículos 133, 332.4, 353 del Estatuto Tributario por parte del inciso final del artículo 6 del Decreto 2075 ibídem, se invoca además la infracción de los artículos 150 y 189 numeral 11, de la Carta Política.

Estima el demandante que con el acto acusado, se está disminuyendo el gasto por depreciación no establecido en las normas reglamentadas al señalar que éste se determina sin los ajustes fiscales acumulados a diciembre de 1991.

El artículo 133 del Estatuto Tributario prevé que a partir de 1992 quienes deban efectuar ajustes a la depreciación, la calcularán conforme lo ordena el Título V. Libro I del Estatuto y en concordancia con el precepto citado, el artículo 332 numeral 4 del mismo estatuto cuando se refiere a los bienes depreciables, establece que la depreciación o amortización en el año, se determina sobre el valor del bien (subraya la Sala) una vez ajustado de acuerdo con PAAG.

De la norma anteriormente definida se tiene como consecuencia que el legislador no se refirió a valor patrimonial del bien, sino a "valor del bien" de manera que si la ley no distingue, opera el principio general según el cual no le es dado al interprete distinguir.

Vale finalmente agregar, que si el valor patrimonial de bien hace relación a una valuación que en términos presentes hace del mismo su propietario, el guarismo representado por este valor, está compuesto por varios elementos, a saber: su costo histórico o de adquisición más las adiciones, mejoras contribuciones por valorización e impuestos que lo afecten; el segundo elemento toca lo relacionado con reajustes fiscales (reavalúos), valorizaciones o mayores valores de papeles de libre negociación en bolsa en razón de su cotización; este segundo elemento no es susceptible de depreciación, amortización o agotamiento atendiendo a su propia naturaleza, por ello resulta lógico que no se tenga en cuenta para el cálculo de la depreciación.

En el orden de ideas expuestas, la Sala acoge lo expresado por la Colaboradora Fiscal así como lo dicho por la Administración en la oposición a la demanda y sus demás actuaciones dentro del proceso en el sentido de que los ajustes integrales por

inflación operan a partir de 1992, razón por la cual los cálculos de depreciación o amortización serán deducibles para dicha vigencia fiscal lo que permite concluir que la exclusión de la base de los ajustes a los activos fijos efectuados antes del año mencionado es de recibo atendiendo a que el propio Estatuto Tributario dispone efectuar la depreciación o amortización sobre el valor del bien una vez ajustado por el PAAG de conformidad con el artículo 332 numeral 4o. del Estatuto citado. No prospera el cargo.

- Artículo 7. Ajustes de los inventarios.

Para el demandante, la norma acusada al incluir la expresión "así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos, con excepción de aquellos que tengan una forma particular de ajustes..." aumenta la base para el cálculo del ajuste, la utilidad por corrección monetaria y el impuesto a cargo.

Se demanda además la prohibición de realizar sobre una misma partida un doble ajuste por no estar regulada en la norma reglamentada.

Los cargos en relación con las distintas partes del artículo acusado no están llamados a prosperar por las razones siguientes.

Al determinar la norma acusada que al ajustar las compras de mercancías o inventarios se tendrán en cuenta todos los factores que forman parte de los mismos, no está violando ninguna disposición de carácter superior, pues no precisa ningún factor particular, sino que obliga a concordar el precepto con aquellos del mismo Estatuto Tributario que regulan lo atinente a la determinación del costo, constituyendo este ejercicio la mecánica normal para la aplicación sistemática de cualquier estatuto legal.

Ahora bien, resulta inane hablar de ajuste a compras e inventarios sin hacer una referencia a su costo y obviamente éste no siempre estará representado por su valor de adquisición , de ahí que sea necesario aplicarle los demás factores previstos en el Estatuto Tributario, y a ello debe entenderse referido el Decreto 2075 ibídem.

De otra parte, cuando el artículo acusado precisa que sobre una misma partida no podría hacerse un doble ajuste, no está haciendo nada distinto que reafirmando la esencia única del sistema, pues resulta natural que en el proceso de producción o transformación se agrega valor a un bien por distintas razones como pueden ser fuerza de trabajo utilizada, nuevos insumos o productos incorporados, etc., lo que da como resultado un nuevo producto o un producto transformado, circunstancia en la que aparece lógico que no se puede realizar un ajuste sobre un mismo bien en los inventarios y en el proceso productivo.

Finalmente y como bien lo expresa la parte demandada, el inventario y el costo de ventas deben reflejar los ajustes a las compras de mercancías e inventarios ya que este rubro integra el costo de ventas; esperar lo contrario sería una negación del sistema o una incorrecta aplicación del mismo.

En síntesis el artículo demandado no hace más que señalar la mecánica para la aplicación de los ajustes a inventarios sin afectar la norma reglamentada y por lo mismo sin exceder las facultades constitucionales al respecto.

- Artículo 8. Ajuste a otros activos no monetarios.

Se acusa el numeral 2 del artículo en cuestión de contrariar el artículo 342 del Estatuto Tributario, por considerar que disminuye el período de ajustes de los activos no monetarios contemplados en el precepto, al prever que éstos se efectuarán entre el primer día del mes siguiente a la realización de la operación y el 31 de diciembre del mismo año.

Examinando el artículo 342 del Estatuto Tributario se observa con claridad meridiana, que éste se refiere al ajuste del costo de venta de los activos fijos enajenados durante el año, pero en proporción al número de meses de posesión del activo. La norma en ninguna parte habla de días, de PAAG proporcional al tiempo de posesión del activo. Si se refiere a meses debemos entenderlo como se viene haciendo en atención a lo previsto en el Código de Régimen Político y Municipal, es decir períodos de 30 días, pero adecuados a la filosofía y naturaleza del sistema de ajustes, es decir meses conforme al calendario, puesto que el PAAG se determina por la variación porcentual del índice de precios al consumidor para ingresos promedios elaborado por el DANE, cálculo que se hace para cada mes calendario y que sirve para la determinación del índice anual.

Respecto al cargo en contra del parágrafo del artículo bajo examen, se invoca la violación de los artículos 330 y 336 del Estatuto Tributario por considerar que los cargos diferidos de cualquier naturaleza no son objeto de ajuste.

Se observa que la norma acusada se refiere a ajustes de activos no monetarios y los cargos diferidos respecto de estos activos pueden estar representados en construcciones en curso, cultivos en período improductivo y programas de ensanche.

Ahora bien el artículo 336 del Estatuto Tributario invocado como infringido, se refiere a los ajustes a intangibles distintos de los gastos pagados por anticipado y de los cargos diferidos pero para indicar que se ajustarán por las mismas reglas aplicables a los activos fijos y en manera alguna da a entender que los cargos diferidos se excluyen del sistema de ajustes.

Concluye la Sala estimando la improcedencia de este cargo.

- Artículo 14. Valores a excluir del patrimonio líquido.

Del inciso primero se acusan las expresiones "tales como" y "valorizaciones". Se invoca la violación del artículo 346 del Estatuto Tributario en atención a que se agregan las expresiones antes citadas, no contenidas en la norma reglamentada.

Para la Sala la expresión "tales como" utilizada en cambio de "correspondientes" no cambia el sentido del precepto si lo miramos en su integridad, pues también se agrega "y demás intangibles que sean estimados..."

La predicada taxatividad no existe pues la expresión del artículo 346 del Estatuto Tributario "y demás intangibles que sean estimados por el contribuyente", deja la fórmula abierta, sin embargo ha de entenderse que por mandato expreso de la ley, sólo los activos correspondientes a "good will" y "know how" se deben excluir del patrimonio líquido, los demás intangibles a excluir serán los estimados por el contribuyente.

En lo relacionado con la expresión "valorizaciones" en el mismo artículo atacado, la Sala se abstiene de cualquier análisis por razón del principio de sustracción de materia, puesto que el Decreto No. 180 de enero 27 de 1993, reglamentario del Estatuto Tributario, en su artículo 10, modificó el artículo 14 del Decreto 2075 de 1992, eliminando del texto del precepto la expresión "valorizaciones".

En conclusión no prospera el cargo.

Artículo 15. Ajuste al patrimonio líquido que ha sufrido aumentos o disminuciones en el año.

Acusa el demandante los numerales 1 y 2 del artículo 15 Decreto 2075 ibídem, por infracción del Art. 347 del Estatuto Tributario por considerar que modifican el período de ajuste y ordenan la cuenta en la que debe hacerse el registro ("Revalorización del patrimonio"), mientras que la ley reglamentada permite al contribuyente registrar discrecionalmente el ajuste al patrimonio.

En relación con el tema del período ya se había dicho en líneas anteriores que el PAAG se entiende anual o mensual; y en el último caso, éste será equivalente a la variación porcentual del índice de precios al consumidor registrada en el mes inmediatamente anterior, lo que quiere decir que las operaciones realizadas en el transcurso de un mes cualquiera, sólo podrán ajustarse en el mes siguiente, o bien ajustarse por la parte proporcional del PAAG, correspondiente a los meses transcurridos desde el aumento del capital hasta el 31 de diciembre del mismo año, pero siempre calculado en meses y nunca en fracciones de los mismos.

Ahora, en relación con el segundo cargo consistente en el cambio de denominación de las cuentas, la Sala observa que la variación en la redacción no significa un desborde de la potestad reglamentaria, pues si el Art. 347 del Estatuto Tributario prevé que este ajuste se efectúa debitando la Cuenta de Corrección Monetaria y acreditando la cuenta de revalorización del patrimonio el Art. 15, produce los mismos efectos aunque difiera en la terminología empleada pues acreditar la cuenta de revalorización sin que se refleje en el resultado del patrimonio líquido carece de sentido, ya que contablemente y como lo expresa la Administración los aumentos o disminuciones del patrimonio líquido, se registran en la cuenta revalorización del patrimonio.

En síntesis la parte relativa a la denominación de las cuentas muestra gramaticalmente expresiones diversas pero que desde el punto de vista contable y fiscal producen los mismos efectos previstos en el artículo 347 del Estatuto Tributario, razones por las que se desecha el cargo formulado.

- Artículo 18. Compensación de pérdidas.

Se demanda de este precepto la expresión "fiscales en la parte que expresa: "las pérdidas fiscales realizadas al finalizar...".

Se invoca la infracción del artículo 351 de Estatuto Tributario por considerar que la norma reglamentaria limita la compensación de pérdidas.

Para la Sala este cargo no está llamado a prosperar y al respecto comparte lo expresado por la parte demandada y por el Ministerio Público en su alegato final.

Surge del Estatuto Tributario que el sistema de ajustes por inflación está concebido para aplicarse en materia tributaria y que produce efectos en la determinación del impuesto de renta y patrimonio. artículo 329 ibídem y artículo 1o. Decreto 2075.

Ahora bien, como el Estatuto Tributario hay que interpretarlo sistemáticamente y en este contexto el Art. 147 ibídem, al tratar la materia de las pérdidas se refiere a la compensación de las mismas con la denominación "pérdidas fiscales" y a su vez el parágrafo del mismo artículo alude a la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación y a la deducción de las pérdidas fiscales una vez ajustados conforme al Título V, Libro I, hay que concluir que el reglamento precisa que la compensación se refiere es a las "pérdidas fiscales" por corresponder a las previstas en el Estatuto y no a otras, es decir que la norma se ajusta al mandato constitucional y legal y por ello habrá de declararse su legalidad.

- Artículo 21. Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

Se demanda del inciso primero la expresión "...en este Decreto" en razón a que con ella se modifica el alcance de la ley reglamentada puesto que su aplicación se limita exclusivamente a lo dispuesto en el Decreto Acusado.

Se invoca la infracción del artículo 345 del Estatuto Tributario.

Si bien es cierto que el precepto antes citado, utiliza la expresión "...en este título", también lo es, que el Decreto acusado está reglamentado el Estatuto Tributario en lo relacionado con los ajustes integrales por inflación los cuales para ser aplicados a partir de 1992, son regulados por el Título V, Libro I del mismo Estatuto, así que la expresión en este decreto, hace directa alusión a la ley desarrollada y por lo mismo no resulta contraria a ella; situación distinta y sujeta a un análisis más minucioso se presentaría si el decreto no hiciera alusión inmediata al conjunto de su preceptiva o a la directamente reglamentada, caso en el que sí podría presentarse el exceso en el ejercicio de las competencias del Art. 180, numeral 11 de la Carta Política. En conclusión no prospera el cargo.

- Artículo 30. Métodos de valuación de inventarios.

Se acusa esta norma, porque limita a tres métodos la valuación de inventarios a saber UEPS, PEPS y Promedio, en contra de lo dispuesto por el Estatuto Tributario que prevé que el artículo 62, que se admitirá cualquier sistema de reconocido valor técnico dentro de las prácticas contables y aceptado por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Retomando lo expresado en la providencia que decidió la suspensión provisional, se encuentra que el Código de Comercio, en su artículo 450 deja como facultad del legislador en materia fiscal establecer los métodos de valuación de inventarios, materia que por ende no corresponde a una competencia del ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria.

En conclusión y atendiendo los reclamos del demandante, si la ley fiscal no ha creado ni definido los métodos de valuación de inventarios ni los ha limitado, en manera alguna puede hacerlo el reglamento.

La norma acusada sin lugar a equívocos prevé cuales son los métodos admitidos, lo que supone que por fuera de ellos no se aceptan otros.

Comprobado el exceso en la utilización de la potestad reglamentaria, la Sala determina declarar la nulidad del precepto demandado.

- Artículo 31. Forma de ajustar los inventarios. Se invoca la infracción de los artículos 333 y 333-1 del Estatuto tributario.

No se presenta la violación denunciada y comparte aquí la Sala el criterio de la demandada y de la colaboradora fiscal, en el sentido en que el reglamento prevé la forma como puede hacerse el ajuste a los inventarios, pero en manera alguna está contrariando lo dispuesto por la ley, ya que si el reglamento no dice que inventarios o activos movibles son los que se deben ajustar, habrá que entender que son los comprendidos en el artículo 333 del Estatuto Tributario es decir los inventarios iniciales. No prospera el cargo.

- Artículo 32. Ajustes contables y fiscales.

En relación con este precepto demandado en su integridad, la Sala considera improcedente la solicitud de nulidad impetrada en primer lugar por las razones expuestas en relación con la sentencia que declaró la inexequibilidad del Decreto 2911 de 1991.

De otra parte ya se expresó que el sistema se ajustes por su naturaleza es uno sólo, pero con efectos contables y fiscales y la norma acusada lo único que hace es autorizar la utilización de los ajustes contables para realizar los ajustes fiscales.

Para la Sala, la entidad demandada tiene razón al afirmar que los ajustes fiscales se previeron a partir de la vigencia de 1992 y que para la fecha en que se produjo

la sentencia de inexequibilidad del Decreto 2911 de 1991, es decir el 14 de diciembre de 1992, no se había cumplido el período; luego el Decreto no se aplicó y como dijo la Corte Constitucional, reviven las normas que éste trató de reemplazar.

Así que los ajustes contables para el período de 1992, están gobernados por las normas vigentes en el respectivo año. No prospera el cargo.

- Artículo 33. Especialidad en la aplicación de las normas tributarias.

En cuanto a la reproducción de igual precepto contenido en el Decreto 2911 de 1991, la Sala se remite a lo expresado en relación con los alcances del artículo 243 de la Carta Política.

Se observa de otra parte, que el precepto acusado, contiene un principio general de aplicación de la ley, consistente en la aplicación prevalente de los preceptos especiales sobre los generales cuando los dos se refieren a la misma materia. Principio regulado de vieja data por la ley y que regularmente se incorpora en la mayoría de estatutos, cuando éstos se ocupan de un tema en particular (Ley 153 de 1887, artículo 3o.), a manera de ejemplo se puede mencionar el inciso segundo del artículo primero del Decreto 01 de 1984 que expresa: "Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estás;...".

Por tratarse de un principio general, que predica la prevalencia de las normas tributarias sobre las contables para la determinación del impuesto de renta, se considera que está invadiendo la órbita del legislador a quien corresponde genéricamente esta competencia y no al ejecutivo a través de un Decreto reglamentario.

Es cierto como lo dice la delegada del Ministerio Público, que la declaración del principio en el Decreto reglamentario en nada afecta las reglas generales sobre aplicación de la ley, pues su vigencia se conserva a pesar del enunciado demandado, pero en opinión de la Sala a pesar de lo inocua que pueda resultar la norma acusada, con ella el ejecutivo está ejercitando una potestad que no posee y que de suyo comporta la declaratoria de nulidad del precepto.

Artículo 5. Ajustes a efectuar.

Numeral 2.

Se demanda la expresión "terrenos y edificios" correspondiente a los activos no monetarios que según el precepto acusado, se deben ajustar.

Se considera por el actor, que con el ajuste por inflación se está gravando la propiedad inmueble y por esa vía violando el artículo 317 de la Constitución Nacional.

El cargo no está llamado a prosperar como consecuencia obvia de la diferente naturaleza jurídica del impuesto y de los ajustes.

Filosóficamente los tributos son la expresión del principio de solidaridad y del deber de sostenimiento que tiene los ciudadanos para con el Estado por los beneficios directos o indirectos recibidos por él, beneficios que se colectivizan y que por ende no suponen una contraprestación equivalente y directa a lo erogado, pero que no niegan la posibilidad de que eventualmente así sea. Los impuestos siempre representan un ingreso para el fisco y requieren previa definición y reglamentación antes de su imposición.

Por el contrario, los ajustes por inflación hacen relación a una situación que se presenta en el mundo de la fáctico, pero que se reconoce con el fin de regular los efectos de la inflación en los estados financieros, efectos que técnicamente se concretan en un mayor costo de bien.

En conclusión los tributos siempre se identifican con la expresa voluntad del órgano que posee la potestad para imponerlos, mientras que los ajustes por inflación regulan un fenómeno económico ajeno a la voluntad de la Administración o de los ciudadanos solo susceptible de ser influido o controlado a través de políticas económicas.

De otra parte los terrenos y edificios son activos no monetarios y aunque el reglamento no los hubiera mencionado los ajustes están previstos en el Estatuto Tributario.

Por las razones expuestas se niega la solicitud de nulidad incoada.

Por lo expuesto en 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- ACCEDESE, parcialmente a la solicitud de nulidad impetrada por la parte actora en relación con los siguientes preceptos:

Artículo 30, Decreto 2075 de 1992. "Métodos de valuación de inventarios. Para efectos tributarios, los métodos de valuación de inventarios permitidos son: UEPS, (últimas en entrar primeras en salir), PEPS (primeras en entrar primeras en salir) y PROMEDIO".

Artículo 33. "Especialidad en la aplicación de normas tributarias. Para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, serán aplicables las normas contables, salvo que exista disposición tributaria, en cuyo caso priman estas últimas (sic)".

Las demás disposiciones demandadas se estiman ajustadas a los preceptos superiores que le sirvieron de fuente.

2.- LEVANTASE, la medida de suspensión provisional decretada en relación con la expresión:

"Entre el primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el aumento de capital..." contenido en el artículo 15 numerales 1 y 2 del Decreto 2075 de 1992.

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, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Judith López Díaz,* Secretaria Encargada

CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL/ COMPETENCIA FUNCIONAL/CONCEJO DISTRITAL DE BOGOTA

De acuerdo con el análisis jurídico es claro la vigencia del Decreto 868 de 1956 después de la expedición del Decreto 1604 de 1966 y la posibilidad de su aplicación, así como la competencia del Concejo Distrital para establecer la contribución de valorización por beneficio general. Luego el Concejo Distrital a través del Acuerdo demandado reguló de manera específica el sistema fiscal de valorización por beneficio general que había sido previsto en la legislación desde el año 1956 sin que se hubiera aplicado, a pesar de que había sido reiterada su consagración en nuestra legislación positiva en el año de 1966 en el acuerdo 1604 y posteriormente confirmada su vigencia en el decreto 1333 de 1986 y desarrollado su concepto a nivel distrital mediante la expedición del Acuerdo 7 de 1987.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL

No es válido el argumento de que el acto demandado establece una presunción general respecto de *todos* los predios para predicar que todos se benefician en la misma proporción con la ejecución de las obras, toda vez que el mismo Acuerdo establece la obligación del Distrito de tener en cuenta diferentes factores para precisar el monto de la contribución que corresponde a cada predio, teniendo en cuenta que los diferentes factores que allí se preven. Tampoco es cierto que la contribución implica el cobro indiscriminado a todos los predios de la ciudad, toda vez que los arts. 3o. y 4o. del Acuerdo se refieren de manera expresa a la *zona de influencia* y a la distribución de la contribución según el beneficio que reciba cada predio lo que indica la necesidad de determinación individual del monto de la contribución en frente a cada predio.

INTERES PUBLICO / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL / CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL

El interés público es la razón misma de existir del Estado, el cual debe buscar siempre la satisfacción de las necesidades comunes de los asociados, con base en el principio de la solidaridad social, todo lo cual justifica la autoridad del Estado, el cual define cuando se trata de una obra de beneficio general o público, porque beneficia a toda la comunidad, independientemente del mayor valor económico que genere a los diferentes predios que puedan resultar afectados. En las grandes ciudades, sus obras deben estar enmarcadas dentro de planes de ejecución de obras que afectan y benefician a toda la ciudad y a cuya financiación deben contribuir todos los propietarios en proporción al beneficio general que les corresponda, como única forma de lograr su adecuado desarrollo urbano.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., agosto 27 de 1993.

Ref.: Radicaciones 4510 y 4511. Apelación sentencia del 14 de septiembre de 1992 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad del Acuerdo No. 16 de 1990, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Actores: Yolanda Azouth Roa, Ramiro Borja Avila y Consuelo Salgar de Montejo. FALLO.

Magistrada Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos

Procede la sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por los actores en los procesos acumulados de la referencia, en los juicios de nulidad de algunos artículos y expresiones, del Acuerdo No. 16 de 1990 expedido por el Concejo de Bogotá, mediante el cual se reglamenta la contribución de valorización por beneficio general, los cuales fueron decididos, en sentencias del 11 y del 14 de septiembre de 1992, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

EXPEDIENTE No. 4510

1 LA DEMANDA

Los Doctores Yolanda Azouth y Ramiro Borja Avila en ejercicio de la acción de nulidad hicieron las siguientes peticiones:

"Primera: Declárese la nulidad de expresión "General" para referirse al beneficio, utilizadas en el título y en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14 del Acuerdo 16 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, D.E.

"Segunda: Declárese la nulidad de la expresión "General Relativo" para referirse al beneficio, utilizadas en los artículos 4° , y 5° del Acuerdo 16 de 1990 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, D.E.

"Tercera: Declárese la nulidad de la expresión "Relativo", utilizada para referirse al Beneficio, por el artículo 4 del Acuerdo No. 16 de 1990, del Concejo de Bogotá D.E.

"Cuarta: Declárese la nulidad de la expresión "Asociado", para referirse al beneficio, utilizada en el artículo 10 del Acuerdo No. 16 de 1990, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

"Quinta: Declárese la nulidad de las expresiones escritas **resaltadas** en los artículos siguientes del Acuerdo 16 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, D.E. que dice:

"Acuerdo No. 16 de 1990

"Por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrolla el concepto de valorización por Beneficio General en el D.E., de Bogotá.

"ARTÍCULO PRIMERO.- DE LAS OBRAS QUE CAUSAN VALORIZACION POR BENEFICIO **GENERAL**: Causan Valorización por el Beneficio **General,** los conjuntos de obras de interés público, de amplia cobertura relacionados con el sistema vial general de la ciudad, en especial las vías clasificadas por las normas vigentes como V-0, V-1, V-2, V-3, V-3E; troncales o vías férreas; los sistemas de transporte especializado, exceptuando el metro, y las demás obras que en su oportunidad el Concejo de Bogotá apruebe por solicitud del Alcalde Mayor de Bogotá. **La totalidad de las obras incluídas en un plan Bienal constituyen una unidad de conjunto y procederá una distribución de valorización que las incluye a todas**. Para efectos de lo aquí dispuesto, el gravamen de Valorización se aplicará según lo consagrado por el artículo 4o. del presente Acuerdo.

"ARTÍCULO 4. .... **PARAGRAFO PRIMERO.- 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 vivienda o 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 6) Predios suburbanos** ".

"PARAGRAFO SEGUNDO.- 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 beneficio **relativo** que el conjunto de obras genere a la propiedad inmueble, **para lo cual se establece 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, pro-**

ducido 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".

"PARAGRAFO TERCERO.- DISTRIBUCION- APROBACION Y ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE: El Concejo 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 Nº 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 Nº 1

"ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE

CATEGORIAS DEL PREDIO	% ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE	
	MINIMO	MAXIMO
Residencial	**20%**	**40%**
Industrial	**10%**	**25%**
Comercial	**10%**	**25%**
Institucional	**2%**	**10%**
Lotes	**25%**	**45%**
Suburbanos	**0%**	**10%**

"ARTÍCULO QUINTO.- LIQUIDACION: En la contribución de Valorización que por Beneficio **General** ha de corresponder a cada predio, se tendrán en cuenta los siguientes criterios para la determinación del valor a liquidar".

"1. PREDIOS RESIDENCIALES"

"El monto distribuíble para los predios destinados a uso residencial será el que resulte de aplicar al monto distribuíble total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con la **tabla No. 1** de este acuerdo. Para determinar el gravamen de cada uno de los predios de uso residencial se aplicará el método de distribución que considere, entre otros, los siguientes aspectos; área del predio, factor de beneficio **general relativo** y factor de estratificación socioeconómica para interpretar la capacidad **relativa** del pago por estrato **en consistencia con la tabla No. 2 de este Acuerdo**, de manera tal que se cumpla la doble condición de justicia y equidad en la distribución de la contribución".

"TABLA No. 2"
"FACTORES DE PONDERACION PARA PREDIOS RESIDENCIALES"

"ESTRATO	FACTOR DE PONDERACION
1	1.0
2	3.0
3	5.0
4	8.0
5	12.0
6	20.0

"2. PREDIOS COMERCIALES"

"El monto distribuíble para los predios destinados a usos comerciales será el que resulte de aplicar el monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con la **tabla N° 1** de este acuerdo. Para determinar el gravamen de cada uno de los predios se tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes factores: área del predio, potencialidad comercial, capacidad económica del entorno y beneficio general relativo, de tal manera que se interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución".

"3. PREDIOS INDUSTRIALES"

"El monto distribuíble para los predios destinados a usos industriales será el que resulte de aplicar al monto distribuíble total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con la **tabla No. 1** de este acuerdo. "Para determinar el gravamen de cada predio se tendrá en cuenta entre otros, el área del inmueble, el beneficio **general relativo**, y la potencialidad del inmueble con relación al tipo de industria caractegorizada así: gran industria, mediana industria, pequeña industria y microindustria, de tal manera que se interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución".

"Para lo relacionado con los salones comunales se aplicará lo contenido en la Ley 4ª de 1913 artículo 195 y demás normas vigentes.

"5. LOTES"

"El monto distribuible para los predios comprendidos dentro de la categoría de lotes o áreas desarrollables sin desarrollar, o áreas no edificadas en zonas urbanizadas, será el que resulte de aplicar al monto distribuíble total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con la **tabla N° 1** de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada predio se procederá en forma similar a lo establecido para los predios residenciales, pudiéndose incluir un factor de explotación que considere el área edificable y el uso permitido. El IDU podrá determinar la condición del lote con base en comprobaciones de campo y en las Normas Específicas de orden urbanístico".

"Los predios que dentro de esta categoría tengan un área menor de ciento cincuenta (150) metros cuadrados, y que constituyan la única propiedad inmueble del contribuyente, serán tratados con los mismos criterios que los predios residenciales, siempre que su propietario sea una persona natural".

"6. PREDIOS SUBURBANOS"

"El monto distribuible para los predios comprendidos dentro de la categoría de suburbanos, será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con la **tabla No.1** de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada predio se tendrán en cuenta entre otros, los siguientes factores: Tamaño del predio, tipo de área suburbana, beneficio **general relativo** y cualquier otro factor ponderativo que interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución".

"ARTÍCULO DECIMO: PRESENTACION, APROBACION Y REVISION DEL PLAN: El Artículo quinto del Acuerdo 7 de 1987 quedará así: El Alcalde Mayor de Bogotá, presentará a más tardar primero de agosto del año respectivo al Concejo de Bogotá, el Plan Bienal de obras, planes o conjuntos de obras ordenadas por el sistema de valorización que a su juicio deban realizarse durante ese período el cual deberá contener una consideración sobre aspectos ambientales".

"Dependiendo de la cobertura del Plan Bienal de obras, del beneficio **asociado**, y de la magnitud del monto distribuible, el Concejo Distrital podrá aprobar la utilización del sistema de Valorización **por Beneficio General**. En ningún caso podrá aplicarse dicho sistema sin contar con la aprobación del Concejo Distrital".

"El Concejo expedirá el Plan Bienal de obras antes del 10 de diciembre del año respectivo. Si el plan no recibiere consideración y aprobación regirá el Plan presentado por el Alcalde Mayor de Bogotá".

"Dicho Plan, podrá ser corregido anualmente durante su vigencia, para ser ajustado técnica, presupuestal y financieramente, para lo cual deberá ser presentado al Concejo de Bogotá a más tardar el 1o. de septiembre de cada año".

Invocaron como normas violadas las siguientes:

".....artículos 2, 20, 43, 197, 199, 204 y 206 de la Constitución Política de Colombia; el artículo 3o. de la Ley 25 de 1921; el artículo 1° de la Ley 195 de 1936: artículo 79 de la Ley 113 de 1937; artículo 18 de la Ley 1ª de 1943; los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo 868 de 1.956 adoptado como legislación permanente por el artículo 1° de la Ley 141 de 1961; el artículo 21 de la Ley 25 de 1.959; artículos 1 y 9 de Decreto Legislativo 1604 de 1966 y artículos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 26, 27, 34, 35 y 36 del Decreto Reglamentario 1394 de 1.970; los artículos 234 y 236 del Decreto Ley 1333 de 1.986".

Precisan el concepto del violación, en síntesis, así:

El Acuerdo demandado desconoce los límites señalados por la Constitución Nacional, según la cual los poderes públicos se ejercen de acuerdo con las normas preestablecidas, y las facultades impositivas de los Concejos deben también ejercerse de conformidad con la ley.

Cuando la ley establezca una contribución indirecta o un aumento de impuestos indirectos deben fijar la fecha en que comenzarán a cobrarse, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 204 de la Constitución y el acuerdo desconoció dicho mandato, en cuanto autorizó el cobro de la contribución por obras relacionadas con el sistema vial arterial y las intersecciones viales ejecutadas o contratadas hasta el 31 de Diciembre de 1990, sin fijar un límite hacia atrás, en el tiempo.

También el decreto 1604 de 1.966 en su artículo 4 y el Decreto Reglamentario 1394 de 1970 fijan límites temporales para efectuar el cobro respectivo, por lo que no podía el acuerdo dejar la posibilidad de cobrar la valorización ilimitadamente en el tiempo.

Además, lo anterior implica el desconocimiento del artículo 206 de la Constitución, según el cual se prohíbe percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas.

Afirman los demandantes que, según en artículo 3 de la Ley 25 de 1.921, el gravamen de valorización solo alcanza a los inmuebles realmente beneficiados, lo cual resulta vulnerado por el acto demandado, el cual crea una especie de presunción de beneficio respecto de todos los bienes raíces situados en Bogotá, para aplicarles el gravamen, con lo cual se desnaturaliza el verdadero sentido de la contribución de valorización, la cual tiene por causa el beneficio real de los inmuebles, el cual no puede presumirse, porque ello equivale a desconocer la voluntad legislativa, al establecer el beneficio en una norma abstracta.

También desconoce lo dispuesto por la Ley 195 de 1.936, la cual en su artículo 1 dispone que la facultad del Concejo para imponer el gravamen de valorización debe ejercerse dentro del marco conceptual fijado por el artículo 3 de la Ley 25 de 1921, el cual es desconocido, tal como ya se anotó.

Por su parte la Ley 113 de 1937 introduce expresamente el concepto de plusvalía entendido como el mayor valor real o comercial adquirido por el bien raíz como consecuencia de la pavimentación de determinadas vías públicas y el acuerdo demandado al consagrar el concepto de beneficio general consagró una "presunción normativa "en el sentido de que todos los bienes raíces quedan cobijados con la plusvalía cada vez que se pavimente una vía prevista en el Plan Vial del Distrito, lo cual no es cierto ya que según el acuerdo se cobra la valorización a todos los inmuebles, aunque realmente no hubieren sido enriquecidos con plusvalía alguna.

En el mismo sentido se mencionan como violadas las leyes 1 de 1.943 y 25 de 1.959.

Por otra parte el artículo 1 del Decreto 1604 de 1966 cambia la denominación de impuesto, por la de contribución en cuanto la valorización implica una contraprestación específica, directa e inmediata a cargo del Estado, que es la obligación de construir la obra que genere una plusvalía al predio, por efectos directos de la obra financiada total o parcialmente con los dineros de la contribución de valorización, al contrario de lo que sucede con los impuestos en los cuales el sujeto pasivo no puede reclamar del Estado una contraprestación concreta.

El mismo decreto 1604 de 1966, en su artículo 9 dispone el cobro de valorización respecto de las obras construidas por todos los entes públicos, pero a condición de que se respete la limitación del beneficio real, no presunto de la propiedad inmueble, es decir que se trata de una contraprestación por la plusvalía que genera la obra pública para cada caso concreto, lo cual es desconocido por el acuerdo demandado al establecer una presunción, sin tener en cuenta si en la realidad sí se da un mayor valor o no, de todos y cada uno de los predios de Bogotá por una cualquiera de las obras que se incluyan en el Plan Vial.

También el decreto 1394 de 1.970, en sus artículos 1, 3, 5 y 31 consagra la necesidad de que en materia de contribución de valorización haya un real beneficio en el predio como consecuencia de la obra, para cobrarle dicha contribución, así como el límite cuantitativo de dicho beneficio para cada uno de los inmuebles.

El mismo decreto 1394 de 1.970, en sus artículos 4, 6 y 7 fija unos plazos, dentro de los cuales puede cobrarse la contribución de valorización, los cuales fueron desconocidos por el acuerdo demandado, al autorizar el cobro de la valorización por obras contratadas o ejecutadas en cualquier época, anterior al 31 de Diciembre de 1.990 sin límite hacia el pasado, ampliando para Bogotá indefinidamente la competencia temporal a la que está sometido todo funcionario o corporación que pretenda aplicar el régimen de la contribución de valorización.

Por otra parte el citado decreto 1394 de 1970, en su artículo 8, también resulta desconocido por el acto demandado, en cuanto este último establece la posibilidad de que los planes bienales sean corregidos anualmente, para ajustarlos financieramente, generando así la posibilidad de que la diferencia de costos resultante de esa revisión sea cargada a los contribuyentes, mientras que la norma de carácter legal dispone que la diferencia entre el costo de la obra distribuido y el final, sea absorbido por la entidad ejecutora de la obra.

Los artículos 26, 27, 34, 35 y 36 del citado decreto 1394, en los cuales se consagra el concepto de proporcionalidad entre la plusvalía del predio y la contribución de valorización que le corresponde, son también desconocidos por el acuerdo demandado, toda vez que éste desarrolla el concepto de beneficio en forma presuntiva, de tal manera, que no permita confrontar la magnitud de la plusvalía con la del gravamen e impide la rebaja a que tienen derecho los contribuyentes en el evento en que el costo final de la obra resulte inferior al inicialmente presupuestado.

Cita luego el demandante el Código de Régimen Municipal (decreto 1333 de 1.986) y se refiere expresamente a sus artículos 234 y 236, los cuales a su juicio

reproducen los conceptos contenidos en el estatuto nacional de valorización cuyo concepto de valorización ya quedó precisado, pero además, en cuanto a la capacidad de pago de los propietarios, ella no puede establecerse de modo general y arbitrario por el mecanismo de los estratos, como lo ordenan las tablas adoptadas en el acuerdo demandado, porque lo que busca el legislador es que se estudie en concreto y respecto de cada obra cómo es la situación de los propietarios afectados.

Y el acuerdo demandado también viola el artículo 35 del Decreto 1394 de 1970 en cuanto grava a los inmuebles destinados a vivienda con las tarifas más altas, mientras el citado artículo del decreto 1394 de 1970 dispone que la determinación de las contribuciones de valorización debe hacerse mediante métodos técnicos, que garanticen el fin de la justicia distributiva que se persigue.

Finalmente afirman los actores que el decreto 868, artículo 1o. prescribe que el monto distribuíble tiene que tener relación directa con unas capacidades reales de pago y con la estratificación predial, que obedezca a la aplicación de fórmulas técnicas y no a la caprichosa estratificación que adopta el acto demandado.

Los actores solicitaron la suspensión provisional de los apartes y expresiones demandadas y el Tribunal *a quo* accedió a dicha petición, mediante auto del 14 de marzo de 1.991, el cual fue objeto de recurso de apelación y revocado por el Consejo de Estado, providencia del 6 de Septiembre de 1991.

2. LAS IMPUGNACIONES

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 15 de Abril de 1.991, reconoció personería al Doctor Gustavo Humberto Rodríguez como apoderado de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá, al Doctor Alberto Hernández Mora como apoderado del Instituto de Desarrollo Urbano y al Doctor Antonio Bustos Esguerra como apoderado del Distrito Especial de Bogotá, en su carácter de Personero del Distrito y precisó que "se reconocen tanto a la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá como al Instituto Distrital de Desarrollo Urbano IDU de dicha ciudad como terceros impugnadores en el presente proceso".

Luego, mediante auto del 10 de Mayo de 1991 reconoció al Doctor Gustavo Humberto Rodríguez como tercero impugnador en el proceso.

El Doctor Hernán Antonio Barrero Bravo presentó un memorial contentivo de argumentos a favor de la demanda y del auto del *a quo* que declaró la suspensión provisional de acto demandado, y a pesar de lo anterior y de que solicitó que se le reconociera como **coadyuvante** de la demanda, el Tribunal, mediante auto del 14 de Junio de 1.991 lo reconoció como "**tercer impugnador** en el presente proceso".

2.1. Impugnación del Doctor GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ

Luego de remitirse a los argumentos que fueron propuestos en su sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretó la suspensión provi-

sional del acto demandado, afirma que la pretensión de que se declare la nulidad de la expresión "general" empleada en el título y en los artículos 1 a 11, 13 y 14 del acuerdo 16 de 1.990, carece de fundamento legal y observa que el citado acuerdo "adiciona y modifica el acuerdo 7 de 1.987", que se dictó con base en las facultades conferidas por el artículo 43 de la C.N. anterior, por las leyes 195 de 1.936 y 33 de 1968 y por el decreto legislativo 1604 de 1966 y es de conformidad con esas facultades como debe analizarse la legalidad discutida del acuerdo 16 de 1.990.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 25 de 1921, el gravamen creado en ella tiene un fundamento en la ejecución de obras de interés público local, recae sobre las propiedades que se beneficien con tales obras, tiene como destinación exclusiva la de atender los costos que demanden las obras y se creó para costear obras de ejecución rural. De lo anterior se deduce que lo "local" se refiere es al beneficio, el que por lo tanto es general, sin que puedan restringirse sus alcances a una única obra, dado que la norma habla de "obras" en plural y lo local es lo referente a una localidad, o sea que se refiere a la ciudad.

Según dicha norma es erróneo circunscribir lo "local" al gravamen que corresponde "a una sola" obra como lo pretende la demanda, ya que si una sola obra tiene interés local, con mayor razón lo tiene un conjunto de obras relacionadas entre sí y consideradas como una unidad.

Si la generalidad se refiere a la localidad, es obvio que la administración, a quien corresponde la calificación de la extensión del beneficio, puede en un acto administrativo como el demandado, señalar que el conjunto de obras integrantes del plan van a generar un beneficio general. Se trata de una presunción establecida en la ley y es la administración la que concreta el hecho desconocido de la extensión del beneficio, ya que lo conocido, de manera notoria es el hecho de que un plan de obras beneficia a toda la ciudad pero la ley no puede precisar los límites de ese beneficio. La ley simplemente presume que se producirá un beneficio con las obras.

El término "general" tampoco viola como lo afirman los actores el artículo 1 literal d) de la Ley 195 de 1936, ya que esta norma simplemente da al Concejo de Bogotá la facultad para dictar las medidas conducentes para hacer efectiva la contribución creada por el artículo 3 de la Ley 25 de 1.921 y tal como se explicó, las obras a que se refiere el acuerdo demandado son de interés público local, calificación que corresponde hacer a la administración.

Tampoco el acto demandado es violatorio del artículo 7 de la Ley 113 de 1937. Esta norma dispone que la valorización creada por la ley 25 de 1.921 comprende, también, el mayor valor que adquieran las propiedades raíces urbanas con la pavimentación de las calles, es decir que hace aplicable a las obras urbanas de pavimentación de calles, el mecanismo de la contribución de valorización previsto para financiar obras rurales y dentro de la contribución, corresponde también el mayor valor que adquieran las propiedades raíces. Así el término "también "indica que el mayor valor, es apenas un factor para la determinación de la contribución, pero no el único.

En cuanto a la Ley 1 de 1943, art. 18 reitera los argumentos anteriores para concluir que tampoco resulta desconocida por el acto demandado y afirma que según dicha norma, cuando dispone que "teniendo en cuenta el mayor valor que reciban los predios favorecidos con las obras de servicio público", hace referencia que la plusvalía como uno de los factores determinantes de la cuantía del gravamen se aplica a todos los inmuebles beneficiados con las obras, considerando el beneficio con criterio genérico.

Lo anterior indica que no puede divorciarse el concepto de cuantía del gravamen con sus componentes de cuantificación, del concepto de beneficio y este resulta ampliado a nociones diferentes de plusvalía porque se amplio el número de factores determinantes del gravamen. Hay un ligamento enescindible entre tales factores y la extensión del beneficio.

La Ley 25 de 1.959, artículo 21 tampoco fue desconocida por el acto demandado, toda vez que dicha norma no limita el beneficio, a la plusvalía exclusivamente y por ello hay que entender que alude al beneficio general, ya consagrado en las normas analizadas.

Es decir que dicha norma consagra lo que ya había consagrado el artículo 7 de la ley 113 de 1.937, de la proporcionalidad entre el beneficio que es general y el costo total de las obras , lo cual es aplicación de la justicia distributiva. Y lo anterior es justamente lo que dispone el acto demandado que debe repartirse el costo total de las obras, en proporción al beneficio general recibido por cada inmueble en particular.

El acto demandado tampoco desconoce los artículos 1 y 2 del decreto 868 de 1.956 ya que este decreto consagra, de manera expresa e inequívoca, el sistema de valorización que el acuerdo 16 cuestionado, denomina por beneficio general; pero además, los citados artículos 1 y 2 de decreto 868 de 1.956 introducen como fundamento del gravamen la noción de **capacidad económica de la tierra**, la que a su vez debe ser calificada por medio de coeficientes iguales para zonas de un mismo nivel económico, coeficientes que a su turno se deben fijar según la utilización del terreno en cada zona, los servicios públicos que lo beneficien, la productividad virtual, el valor comercial de los terrenos, y los demás factores que a su juicio de la administración se establezcan y que permitan estimar objetivamente la capacidad económica de la tierra. Es entonces, la ley, la que establece multiplicidad de factores para precisar el beneficio y el gravamen individual. Y el acuerdo demandado lo que hace es considerar para el derrame o distribución del gravamen, los diversos factores impuestos por la ley.

Precisa que el acto demandado tampoco viola el artículo 21 de la ley 25 de 1.959, ya que **ésta** no dice que el beneficio debe ser, exclusivamente el mayor valor causado con las obras, sino que debe observarse es la capacidad económica de la tierra, con los coeficientes y factores señalados.

Y en cuanto al decreto 1604 de 1.966, artículos 1 y 9 reitera lo dicho en relación con la ley 25 de 1.921 e insiste en que el acuerdo demandado lo que hace, justamen-

te, es desarrollar sus previsiones en cuanto a que solo se distribuyan contribuciones por una parte o porcentaje del costo de la obra, el beneficio que produzca y la capacidad de pago de los propietarios, ya que considerando las distintas categorías de predios, los grados de beneficio, la capacidad de pago de los propietarios y otros factores establece una tarifa desigual para los diferentes barrios de la ciudad.

En cuanto a las normas de carácter reglamentario invocadas en la demanda, anota que éstas no pueden exceder las reglamentadas y que por lo tanto lo dicho respecto de las leyes anteriormente citadas basta para impugnar los argumentos de la demanda en este aspecto. Y si exceden las normas reglamentadas procede aplicar la excepción de ilegalidad.

Por su parte el decreto 1333 de 1.986, citado en la demanda, solo reproduce normas ya comentadas en apartes anteriores y a dichos comentarios se remite.

Precisa que los artículos 2 y 20 de la Constitución se refieren al ámbito de la responsabilidad de los funcionarios públicos, tema que no se ventila en este proceso y en cuanto a la violación de los artículos 199, 43 y 197 de la C. N. afirma que tampoco fueron violadas en cuanto la ley autoriza el gravamen por beneficio general tal como quedo demostrado; e insiste en que las violaciones de las normas constitucionales son indirectas pues se requiere la violación legal, la que en el caso de autos no se da.

Finalmente precisa como conclusiones que:

- Existe autorización legal para implantar el sistema de valorización por beneficio general.

- Dicho sistema esta basado en los parámetros que señale la ley y en principios de justicia distributiva y de equidad con base en los cuales se hizo la distribución del gravamen en el acuerdo demandado, teniendo en cuenta diversos factores.

- El acuerdo 16 de 1.990 es desarrollo del acuerdo 7 de 1.987 y del acuerdo 6 de 1.990 que tienen plena vigencia y validez.

- La demanda no tuvo en cuenta el contexto del acto demandado, con lo cual omitió la aplicación de la regla de hermenéutica prevista en el artículo 30 del C.C.

- La demanda omitió considerar la adopción de planes de obra que es obligación legal de los Concejos Municipales, en correspondencia con los cuales se impone la aplicación del sistema de valorización por beneficio general como lo demandan las leyes y reglas del desarrollo urbano de las metrópolis.

2.2. **Impugnación del Doctor ANTONIO BUSTOS ESGUERRA**

El Doctor ANTONIO BUSTOS ESGUERRA, Personero Distrital afirma, en primer término, que las normas constitucionales citadas en la demanda fueron derogadas por la Asamblea Nacional Constituyente, mediante el artículo 380 de la nueva

Constitución y por lo tanto frente a esas disposiciones no habrá lugar a pronunciamiento por parte de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo y con respecto a la nueva Carta las disposiciones que regulen los temas cuestionados en el proceso, tampoco pueden ser objeto de análisis, en aplicación del principio según el cual la jurisdicción administrativa es rogada.

En relación con la Ley 25 de 1921, artículo 3, afirma que la demanda no precisa el concepto de la violación y dice que el concepto de beneficio general es solo una expresión utilizada para referirse a la magnitud del número de obras a realizar en la ciudad y el beneficio derivado de ellas.

A su juicio, el artículo 1° de la Ley 195 de 1936 no fue desconocido por el acto demandado, ya que dicho artículo autoriza al Distrito de manera suficiente para efectuar obras de interés público y general que amerite la ciudad. Anota que en la demanda tampoco se preciso el concepto de violación de esta norma.

Afirma que no se desconoce tampoco el artículo 7 de la Ley 113 de 1937, toda vez que el acto demandado no establece ninguna presunción ya que el adjetivo general es simplemente una denominación, pero que no permite establecer como ciertos hechos desconocidos a partir de circunstancias conocidas; lo que establece el acuerdo en cuestión, es que la valorización del sistema allí contemplado se causa cuando se ejecuta un conjunto de obras de interés público de amplia cobertura.

En cuanto al concepto de plusvalía, entendida como el mayor valor que reciben los inmuebles por el beneficio obtenido, el acuerdo demandado la discrimina a través de estratos y categorías y según el beneficio sea mayor, medio, menor, mínimo o nulo.

En relación con la Ley 1 de 1943 afirma el señor Personero Distrital que ésta no tuvo vigencia sino hasta el año de 1.966 cuando entró a regir el decreto 1604 de 1.966, lo cual indica que no pudo ser transgredida por el acto demandado.

Por su parte el Decreto 868 de 1956 modificó el sistema de beneficio concreto e individual, por el de beneficio general, permitiendo a las autoridades locales ponderar, objetivamente y a su juicio, los factores para la financiación de grandes obras.

Anota que es falsa la afirmación de los demandantes, en el sentido, de que el concepto de beneficio general desvirtúa el de beneficio real, toda vez que en desarrollo del principio de la proporcionalidad, la distribución de la contribución se hace de acuerdo con el grado de beneficio, la categoría de los predios según su uso y la absorción del monto distribuible en porcentaje proporcional al beneficio de cada predio. Dicho beneficio no es presunto, es estimado con fundamento en el beneficio real obtenido por cada predio, según categoría, estrato, etc.

Tampoco se violó el decreto 1604 de 1966 en los artículos citados en la demanda, ya en el acuerdo 16 de 1990 consagró el principio de la proporcionalidad cuando

clasifico el beneficio en mayor, medio, mínimo y nulo, y consagra diferentes factores para la fijación del monto que corresponde a cada predio.

Afirma que no es cierto que el Acuerdo acusado desconozca el principio de l a proporcionalidad reglamento por el decreto reglamentario 1394 de 1.970, de acuerdo con lo ya expuesto, enfrente a las normas de carácter legal.

En cuanto a la alegada violación de los artículos 234 y 236 de decreto 1333 de 1.986 afirma que la capacidad de pago no es el único factor que se ha tomado en cuenta para establecer el gravamen.

Luego analiza los antecedentes legislativos del Acuerdo demandado y hace un análisis histórico de las normas locales relativas a la contribución por valorización, haciendo referencia a conceptos doctrinarios sobre el tema, para concluir que el acto demandado no introdujo un concepto nuevo, ni diferente de los ya previstos en la normatividad anterior, ya que las normas superiores citadas previeron la distribución de la contribución por beneficio general por ejecución de un conjunto de obras.

Precisa también que el gravamen regulado en el acto acusado no es general, ni indiscriminado para todos los predios de la ciudad, ya que el área gravada es solamente de 252 millones de metros cuadrados de un total de 303 millones de metros que conforman la ciudad y además se grava menos del 50% del área suburbana y el artículo 3 de la norma acusada señala la zona de influencia del beneficio general, condicionándolo al beneficio que el conjunto de las obras genera, lo cual desvirtúa el carácter de generalidad que se le pretende incoar, o sea que el gravamen es particularizado.

Insiste en que el acuerdo demandado determina los parámetros para individualizar los beneficios y para la obtención de los coeficientes de distribución, con base en factores tales como, los estratos, la destinación del inmueble, el grado de movilización y el mejoramiento del espacio público.

En cuanto al hecho generador del gravamen, anota que, el acto demandado consagra el beneficio que las propiedades inmuebles reciben por la construcción de una obra o conjunto de obras de interés general, concepto que ya estaba consagrado con el alcance de beneficio general desde la expedición del decreto 868 de 1956.

2.3. **Impugnación del Doctor ALBERTO HERNANDEZ MORA**

El señor apoderado del IDU se opone a las pretensiones de la demanda, con basen en síntesis, en los siguientes planteamientos:

En relación con las normas de rango constitucional invocadas como violadas en la demanda, afirma que no se precisa el concepto de violación, que es bien sabido que los citados preceptos constitucionales no son susceptibles de violación directa y que la juridicidad del acto que se acuse debe acreditarse como infracción de la ley que desarrolle dichos preceptos.

Contrariamente a lo que afirman los actores, el Acuerdo 16 de 1.990 tiene un sólido fundamento constitucional y legal: el artículo 189 del C.N. dispone que la ley determinará la relativo a los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas para los municipios; por su parte el decreto 3133 de 1968, relativo al Distrito Especial de Bogotá, en su artículo 32 dispone que la Junta de Planeación Distrital tendrá como función la de someter a la aprobación del Concejo, por intermedio del Alcalde, el Plan General de Desarrollo de la ciudad del cual forma parte el plan vial . Y en concordancia con lo anterior, el decreto 868 de 1956 en su artículo 6, en armonía con el artículo 18 del decreto 1604 de 1966, dispone que para hacer efectiva la contribución por valorización, los municipios deberán elaborar y adoptar un plan de obras sujeto a las determinaciones del plan regulador correspondiente y que opcionalmente los municipios pueden aplicar el sistema regulado por el decreto 868 de 1956, y eso fue lo que hizo el acuerdo demandado, el cual además incorpora a sus normas las del decreto 868 de 1956.

De acuerdo con lo anterior el Concejo Distrital expidió el Acuerdo 6 de 1990, contentivo del estatuto para el adecuamiento físico del Distrito y por el acuerdo 19 de 1990 adoptó el plan bienal de obras viales correspondientes a los años de 1991 y 1992, plan que dispuso la financiación de dichas obras por el sistema de valorización.

Así el Distrito cambió el sistema y dejó de hacer obras aisladas para el desarrollo vial de Bogotá, para unificar las grandes obras de desarrollo vial en planes que por su trascendencia y cobertura son de beneficio general para toda la ciudad.

En cuanto a la alegada violación del artículo 204 de la C.N. porque el acuerdo demandado fijo la contribución de valorización en forma retroactiva, para obras ejecutadas o contratadas hasta el 31 de Diciembre de 1.990, pero sin fijar ningún límite hacia atrás, afirma que el acto acusado adiciona, modifica y desarrolla el acuerdo 7 de 1987 en lo relativo a valorización por beneficio general y por lo tanto, la autorización para liquidar y cobrar la valorización por dichas obras no produce efecto retroactivo ninguno, ya que ellas fueron contratadas o ejecutadas bajo la vigencia del Acuerdo 7 de 1987.

Anota, que en la demanda se citan dos normas que no son aplicables a la valorización decretada por los municipios, sino que regulan lo relativo a la valorización por obras nacionales, ellas son el artículo 4 del decreto 1604 de 1966 y su reglamentario el decreto 1394 de 1970 ya que éste último reglamenta el anterior en lo relativo a la contribución por valorización para obras nacionales.

De conformidad con el artículo 1 del decreto 868 de 1956, en concordancia con el artículo 2 de decreto 1604 de 1966, la reglamentación de la contribución de valorización corresponde a los municipios dentro de los limites que establece la ley, y los Concejos Municipales tienen autonomía para regular lo referente a su recaudo, específicamente en cuanto a su liquidación y cobro.

Es cierto que el artículo 2 del acuerdo demandado se refiere a obras que estén ejecutadas o contratadas, para ser cobradas por el sistema de valorización. Dichas

obras tienen las mismas características de aquellas calificadas como conjunto de obras de interés público y como aún no han sido recaudadas, el acuerdo las incluye en un solo procedimiento de liquidación y cobro por el sistema de valorización por beneficio general. Lo anterior indica que la valorización de estas obras se fundamenta y causa en relación con disposiciones legales anteriores a su ejecución y cuya liquidación se hará durante la vigencia del acuerdo por lo cual no puede afirmarse que se esta realizando un cobro retroactivo.

Por otra parte el acuerdo demandado sí fija una fecha a partir de la cual se cobrará la contribución en él regulada.

En cuanto a la violación del artículo 206 de la C.N. por tratarse de unas sumas que no están previstas en el respectivo presupuesto, considera que este argumento no es válido toda vez que la inclusión en el presupuesto es requisito para el cobro, pero no para la obligación y en el caso de autos, era posible que el Distrito incluyera esas partidas en el presupuesto del año 1.991. O hasta tanto efectivamente se percibieran los ingresos por el citado concepto.

Antes de referirse a las alegadas violaciones de normas de rango legal, el Señor Apoderado del IDU hace algunas precisiones sobre la normatividad aplicable a la contribución por valorización y luego de un análisis cuidadoso y profundo sobre la evolución legislativa en esta materia, precisa que acto demandado no viola el artículo 3 de la Ley 25 del 1921, ya que no excluye el beneficio real y concreto de cada predio porque además del beneficio general que consagra, ordena verificar y graduar el beneficio real para la liquidación de la contribución.

Insiste en que el fundamento legal inmediato del acuerdo demandado es el decreto 868 de 1956 y en especial sus artículos 1 a 6, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 18 del decreto 1604 de 1966, los cuales consagran para los municipios un mecanismo opcional del sistema de contribución por valorización, aplicable a las grandes obras públicas de interés general, de amplia cobertura en ciudades de cierta magnitud y cuya base impositiva, dado el beneficio general que generan será fundamentalmente la capacidad económica de la tierra.

Concluye, que en este aspecto, es innecesario el ejercicio jurídico de pretender una violación del artículo 3 de la Ley 25 de 1921, toda vez que la fuente de sus autorizaciones legales es otra y por eso el cargo que hace la demanda en este caso es infundado.

Precisa que el acuerdo 16 de 1990 no establece ninguna presunción de beneficio general, ni ningún gravamen indiscriminado, ya que la primera parte del artículo 1 del acuerdo encierra una calificación en cuanto al beneficio que determinan ciertas obras de interés público, de amplia cobertura, calificación que bien puede hacer, con base en las facultades que le dan los artículos 4 del decreto 868 de 1956 y el 1 del decreto 1604 de 1966.

Se refiere luego a la Ley 195 de 1936, también invocada por los demandantes y observa que, el cargo de violación se hace en los mismos términos en que se plantea

el del artículo 3 de la Ley 25 de 1921, razón por la cual son válidos los argumentos expuestos ya respecto de esta norma y agrega que la citada Ley 195 de 1936, lo que hizo fue autorizar a Bogotá con motivo del cuarto centenario de su fundación para aplicar el sistema de valorización previsto en la ley del año de 1921.

En relación con la Ley 113 de 1937, afirma que los demandantes, siguiendo su estrategia de citar como violadas normas legales aisladas, fuera de contexto e incluso derogadas, traen a colación dicha ley para fundamentar su petición de nulidad del acuerdo 16 de 1990.

Dicha ley significó un avance en materia de gravamen de valorización pues se extendió a la pavimentación de calles de los municipios, obras que de acuerdo con lo establecido por la Ley 25 de 1921 son **obras de interés público local**, que no obstante interesar a toda la comunidad, su ámbito era restringido, inmediato y definido, razón por la cual el beneficio o plusvalía era particularizado a determinados predios; y fue su artículo 7 el que se refirió al **mayor valor que adquieran las propiedades raíces urbanas con la pavimentación de calles**.

Históricamente, en 1937 pavimentar una calle frente a determinado predio implicaba necesariamente su valorización por múltiples razones y no conllevaba ningún efecto de valorización frente a predios alejados de la obra, situación muy distinta a lo que sucede en la actualidad, cincuenta años después, con la ampliación y construcción de vías de alta circulación, de amplia cobertura urbana, sometidas a determinado plan que obedece a conceptos urbanísticos, indispensables para el desarrollo de las grandes ciudades como Bogotá que son las obras a que se refiere el acto demandado.

Por lo anterior, el argumento de la demanda en relación con la citada Ley 113 de 1937 esta fuera de contexto, además de que dicha norma se encuentra derogada por disposiciones posteriores.

Precisa que, la Ley 1 de 1943 vino a integrar y articular diversos instrumentos y mecanismos que recogían lo dispuesto en disposiciones aisladas anteriores que se habían limitado a dar autorizaciones sin definir los aspectos fundamentales del sistema.

Entre los aspectos que vale la pena mencionar de la citada reforma está el que, al concepto de **obras de interés público local** agrega el de **obras de servicio público**. Además, en su artículo 18 establece como la hacía la Ley 113 de 1937, como base del gravamen de valorización el mayor valor que reciben los predios por la construcción de la obra pública correspondiente y como complemento de esta plusvalía, el gravamen lo podían exigir los municipios sin considerar únicamente el costo de las obras, sino teniendo en cuenta el mayor valor que con su ejecución recibían los predios beneficiados.

Las anteriores previsiones fueron derogadas por el artículo 9 del Decreto 1604 de 1966, el cual restableció como límite el costo de la obra y volvió a utilizar la

expresión genérica de "beneficio que ella (la obra) produzca a los inmuebles que han de ser gravados". En consecuencia, si la citada norma no está vigente y si el acto demandado, tal como ya se anotó se fundamenta en el decreto 1604 de 1966, el cargo de violación en este aspecto es totalmente infundado.

En cuanto a la Ley 25 de 1959, también citada por los actores, afirma que el cargo también esta fuera de contexto, ya que dicha ley fue expedida para la financiación de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, C.V.C. y se refiere a la contribución por obras de adecuación de tierras muy especializadas y en áreas fundamentalmente agrícolas y rurales, todo lo cual hace que no sea aplicable al caso en discusión y el cargo resulta infundado, también.

El decreto 1604 de 1966, también citado como norma violada en la demanda, es la culminación del proceso de la evolución legal de la contribución de valorización y precisa los lineamientos fundamentales del sistema, llenando así vacíos, derogando varias disposiciones anteriores sobre la materia y conservando el sistema especial de contribución del decreto 868 de 1956, haciéndolo opcional para los municipios y generalizando la contribución de valorización para obras urbanas y rurales, en todos los niveles de la administración pública.

Resalta que dicha decreto, si bien en su artículo 1 cita el artículo 3 de la Ley 25 de 1921, del concepto de "obras de interés público local "pasa al de **todas las obras de interés público** que es un criterio más moderno y más amplio.

A su juicio, este decreto junto con el 868 de 1956, acoge los conceptos de interés general, planificación de grandes obras, desarrollo urbano y beneficio de la comunidad como pilares de la contribución de valorización y este nuevo enfoque implica la modificación del concepto de beneficio de la propiedad inmueble.

Menciona a continuación que la distinción tan radical, que plantean los actores entre los conceptos de impuesto y contribución no es tan profunda y tajante. En efecto, los dos provienen de la potestad de imperio del Estado y por ello se estima que las contribuciones especiales y las exacciones parafiscales son modalidades de exacción tributaria, diferenciadas entre sí por razones objetivas y formales, pero que no constituyen categorías tributarias autónomas, sino meras especies de impuestos, según cita doctrinaria que precisa y transcribe.

Anota que:

> "Independientemente de que se adopte una u otra posición, en el sistema fiscal de la contribución de valorización se dan elementos propios del impuesto, que no siempre permiten deducir, como lo pretenden los demandantes, la existencia de una contraprestación directa e inmediata del Estado, pues el beneficio que recibe la propiedad ráíz no necesariamente es económico, puede ser de uso o de otra naturaleza, que de todas maneras se traducirá a dinero, y podrá ser actual o futuro, y la única limitación será el costo de la obra, como lo expresa el artículo 9° del Decreto Legislativo 1604 de 1.966. En esto consiste la evolución

de esta norma legal, que superó el sistema de la plusvalía del artículo 18 de la ley 1° de 1943 y de la Ley 113 de 1937, y las interpretaciones jurisprudencia les de normas anteriores".

Agrega que el decreto 1604 de 1966, no consagra un sistema único de contribución de valorización, sino que, establece un mecanismo opcional en su artículo 18, el cual se refiere al decreto 868 de 1956, que es un sistema mixto, y fue el adoptado por el acuerdo demandado.

El artículo 9 del decreto 1604 de 1.966 a juicio de los demandantes resulta vulnerado, en cuanto en él se establece "una contraprestación por la plusvalía que genera la obra pública para cada caso concreto" y el acto demandado establece la presunción de su existencia, sea que en realidad se dé o no el mayor valor de todos los predios de Bogotá, por una o varias obras.

A juicio del impugnador este cargo tampoco puede prosperar, toda vez que de acuerdo con lo ya expuesto, en el Decreto 1604 de 1966 se modificó al concepto del beneficio que recibe la propiedad raíz con motivo de la construcción de obras y en su artículo 9 se establece que la base impositiva de la contribución tendrá como límite máximo el costo de la obra y que para efectos de la liquidación del gravamen acoge el criterio genérico del beneficio que produzca la obra al inmueble que ha de ser gravado. El artículo no utiliza el concepto de mayor valor o plusvalía sino la expresión genérica de beneficio, sin calificarlo necesariamente con una connotación económica, ni implicando una contraprestación directa en inmediata del Estado. Es el concepto de interés general o público el criterio determinante en este decreto para apreciar el beneficio que producen las obras correspondientes.

Pero además, es que el Concejo Distrital utilizó las autorizaciones contenidas, tanto en el decreto 1604 de 1966, art. 18, como en el decreto 868 de 1956, autorizaciones en las cuales los conceptos de beneficio y base impositiva son opuestos y se articulan con otros mecanismos diseñados concretamente para el tipo de obras que el plan bienal se propone desarrollar, dentro del criterio del beneficio general de la comunidad.

Afirma que, en el sistema previsto en el citado decreto 868 de 1956, no se consagra el concepto de beneficio como base del cálculo de la contribución, sino que su fundamento será la capacidad económica de la tierra; es decir que es un sistema mixto de "valorización - impuesto", aplicable a las grandes obras públicas ejecutadas bajo el sistema de planes o conjunto de planes, sistema que de conformidad con el artículo 18 del Decreto 1604 de 1956 es de aplicación opcional, y concluye que el acuerdo demandado, haciendo uso de las anteriores autorizaciones estableció un sistema mixto de beneficio general y beneficio general relativo y particular, propio del sistema de contribución por valorización tradicional.

El hecho de que el artículo 1° del acuerdo demandado califique las obras que constituyen una unidad de conjunto como de interés público, no significa que se consagre la presunción de valorización, ni que se aplique indiscriminadamente a

todos los predios de la ciudad. Lo que hace el acto demandado es establecer que los conjuntos de obras de interés público, de amplia cobertura relacionados con el sistema vial general de la ciudad, generan un beneficio general, lo que es una consecuencia de la naturaleza propia de la obra y por tratarse de obras de amplia cobertura para toda la ciudad se busca que mediante un único procedimiento administrativo, se realice una sola operación de liquidación del gravamen, a contrario sensu, del sistema de liquidaciones aisladas que era aplicado para obras de alcance restringido, inmediato y definido.

Pero además, no es cierto que la contribución, en los términos del acuerdo demandado, se extiende indiscriminadamente a todos los inmuebles del Distrito, ya que sus artículos 3 y 4 se refieren a una zona de influencia y establecen la distribución de la contribución, de acuerdo con el tipo de beneficio que reciba el predio, teniendo en cuenta su categoría y el beneficio general relativo, el cual puede ser mayor, menor o nulo. Lo anterior indica que no se consagra ni un presunción de gravamen de valorización, ni su cobro indiscriminado.

Concluye este análisis, precisando que no se da la violación alegada del artículo 9° del decreto 1604 de 1966, norma que por lo demás no fue el fundamento del acuerdo demandado.

En relación con el decreto reglamentario 1394 de 1970 respecto del cual los demandantes plantean la violación de algunos de sus artículos afirma que se limita a reglamentar la contribución de valoración para obras que ejecuten la Nación o sus entidades descentralizadas, ya que la reglamentación del tema en los niveles departamental y municipal la defirió la ley a las respectivas corporaciones públicas de representación popular, de acuerdo con el criterio de la descentralización administrativa.

Luego de referirse a Jurisprudencia del Concejo de Estado sobre el tema, agrega que los demandantes no citaron el artículo 37 del citado decreto reglamentario, el cual aunque no es aplicable a los municipios, si consagra un sistema similar al previsto en el acuerdo demandado al preceptuar que cuando para mejorar una zona o región se construyan una o varias obras de interés público, dentro de un período determinado, la totalidad de las obras podrá considerarse como una unidad de conjunto y hacerse una distribución de contribuciones de valorización que las incluya todas.

En consecuencia, no puede deducirse violación alguna del decreto 1394 de 1970 puesto que se refiere a obras por valorización de carácter nacional.

Se refiere, a continuación, al invocado decreto 1333 de 1.986 y al respecto anota que como esta norma simplemente reproduce las pertinentes del decreto 1604 de 1966, son válidos los argumentos expuestos respecto de los artículos 1 y 9 de este último decreto y agrega que no obstante lo anterior, es del caso precisar que no es cierto el argumento de la demanda en el sentido que el acto demandado descono-

ce, en concreto y para cada obra la situación de los propietarios afectados, toda vez que los estratos consagrados en el acto demandado obedecen a un criterio socioeconómico de capacidad de pago de los propietarios, concepto que acoge el artículo 5 del acuerdo en cuestión, de conformidad con los dispuesto por el artículo 9 del decreto 1604 de 1966 y el 236 del decreto 1333 de 1986. Además de que frente a los distintos usos de la tierra: residencial, comercial, industrial e institucional, se tienen en cuenta, para efectos de la determinación del beneficio general relativo, los factores de estratificación socioeconómica y capacidad económica del entorno y así determinar la capacidad relativa de pago en cada uno de los predio afectados según su uso y destinación.

Precisa que el acuerdo demandado no viola el principio de la justicia distributiva a que se refiere el artículo 35 del decreto reglamentario 1394 de 1970, porque además de que como ya se dijo, no es aplicable al caso en estudio, el acuerdo demandado, para que se cumpla el citado principio de la justicia y también el de la equidad en la contribución tienen en cuenta el área del predio, la estratificación socioeconómica y la capacidad económica para efectos de la determinación de la capacidad de pago, entre otros factores.

A su juicio, tampoco es cierto que los predios residenciales resulten gravados en mayor proporción que los demás ya que respecto de ellos se establece la estratificación socioeconómica, lo que no sucede para los predios comerciales, industriales e institucionales.

Afirma que la demanda incurre en contradicción al plantear, por una parte que el acuerdo demandado no tuvo en cuenta la capacidad de pago de los propietarios de los predios gravados y luego afirma que no tuvo en cuenta el concepto de capacidad económica de la tierra.

Procede luego a hacer una referencia descriptiva del decreto 868 de 1956, trae citas doctrinarias sobre el tema y concluye que; el acuerdo demandado acogió el sistema allí consagrado con un sistema fiscal mixto de valoración y es un dicha norma donde encuentran fundamento los conceptos de beneficios general, respecto a los planes de obras de interés público, con amplia cobertura e influencia en toda la ciudad.

Igualmente es en dichas normas en donde se fundamenta el acuerdo demandado para con un criterio de justicia distributiva y equidad tener en cuenta el beneficio general relativo, que las obras de interés general causan a cada predio en particular, pudiendo no existir éste, y establece unas graduaciones con base en el uso del predio, su estratificación y entorno económico, para establecer la capacidad de pago de los propietarios de los predios gravados y la liquidación particularizada.

Pide se nieguen las peticiones de la demanda.

3. LA COADYUVANCIA DE LA DEMANDA

El Señor Antonio Barrero Bravo se presentó al proceso para coadyuvar la demanda, con base, en síntesis, en los siguientes argumentos:

Parte de la diferencia entre la contribución de valorización y un impuesto y afirma que ninguna norma legislativa se refiere a la contribución de valorización por beneficio general.

Se refiere luego al artículo 3 de la Ley 25 de 1921 y al decreto 1604 de 1.966, para afirmar que el factor común de dichas disposiciones es el concepto de beneficio que reciben los predios o propiedades raíces con la ejecución de la obras de interés público local. Afirma que históricamente dicho sistema de valorización por beneficio general no se ha aplicado, precisamente porque no existe norma de orden legal que lo consagre y por lo tanto las entidades territoriales no tienen facultad para regularlo.

A su juicio, los criterios consagrados por la ley 25 de 1.921 continúan vigentes y a ellos deben someterse las entidades territoriales en lo relativo a la administración y recaudo de la contribución por valorización teniendo en cuenta siempre que las obras de interés público local beneficien en forma directa a los predios y por ello la liquidación debe ser individual para cada predio que resulte afectado con el gravamen.

Se refiere a Jurisprudencia del Consejo de Estado, y trae una transcripción de ésta, sin precisar la cita.

En relación con el beneficio, afirma que, no siempre los predios se benefician con la construcción de una obra pública y por ello el beneficio es individual, lo cual desconoce el acto demandado cuando establece que la totalidad de las obras constituyen una unidad de conjunto y la distribución de la contribución las incluye a todas.

Relaciona el concepto de beneficio con el de la plusvalía y de acuerdo con ello afirma que los factores para determinar el beneficio deben ser representativos y cuantificables científicamente para cada uno de los predios.

Se refiere al artículo 2 del acuerdo demandado, según el cual el IDU tendrá un 20% del costo del conjunto de las obras para programas de beneficio social, con lo cual se desconoce el principio del que el beneficio debe ser individual, directo y concreto, porque según dicha norma cada propietario está pagando un 20% más del costo real de las obras, lo cual además implica el desconocimiento del principio del reparto proporcional y equitativo de las contribuciones.

Por otra parte, cuestiona el concepto de zona de influencia aplicado por el acto demandado, en cuanto desconoce la normatividad aplicable, al derramar la contribución de valorización por beneficio general en la totalidad del área urbana.

Se refiere luego a los artículos 1 y 4 del acto demandado e insiste en los anteriores planteamientos y afirma que según el acto demandado, el beneficio real y las ventajas económicas no se pueden verificar, individualizar y graduar de acuerdo con

los factores que el mismo acuerdo prescribe y por lo tanto es imposible establecer el beneficio real. Afirma que otro tanto sucede con el artículo 5 ibídem.

También se refiere a los principios de justicia y equidad que deben aplicarse en la distribución de la contribución por valorización para afirmar que son desconocidos en el acto demandado, en cuanto le da facultades al IDU para que "haga lo que le plazca".

Se refiere luego a los diferentes argumentos propuestos por lo impugnadores de la demanda y apelantes enfrente a la declaratoria de suspensión provisional, insistiendo siempre en su argumento en relación con el beneficio individual y concreto.

4. LA SENTENCIA APELADA

El tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia proferida el 14 de Septiembre de 1.992, negó las súplicas de la demanda, con fundamento, en síntesis en lo siguiente:

En primer término, el *a quo* afirma que las normas de rango constitucional invocadas como violadas, solamente lo serían en forma indirecta, en la medida en que el acto acusado violara las disposiciones de estirpe legal a las cuales debía estar subordinado.

Advierte en segundo término el que, las normas que los demandantes señalan como violadas, en rigor no son infringidas por el acuerdo demandado en cuanto ellas se refieren a sistemas diferentes y no al concepto de valorización por beneficio general que desarrolla el acuerdo en cuestión y fue por eso que los actores no citaron el decreto 868 de 1956, en la cual si se regula el concepto de "valorización general sin la necesaria relación directa con el beneficio o mayor valor que las obras así financiadas pueden producir a los inmuebles gravados.

La providencia apelada se remite luego a lo dicho por esta Corporación al revocar el auto del *a quo* que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, para afirmar que la legalidad del acto demandado debe analizarse en relación con aspectos diferentes de los planteados por la demanda, a saber:

> "1. La vigencia del decreto 868 de 1956 después de la expedición del decreto 1604 de 1.966, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 de Decreto 1333 de 1986, toda vez que aunque no fue citado como fundamento legal de la expedición del acto demandado, si fue incluido como norma reguladora del sistema de valorización por beneficio general que en él se consagra.
>
> "2.- La posibilidad de aplicar dicho decreto, en forma simultánea con el decreto 1604 de 1966, conocido como el estatuto de la contribución de valorización, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18o. ibídem.
>
> "3.- La competencia de las autoridades distritales y concretamente del Concejo Distrital, para establecer el sistema de cobro de la contribución de valoriza-

ción por beneficio general a la luz de las normas de carácter legal que regulan dicha contribución.

"4.- Alcance y contenido del Acuerdo 7 de 1987 del Concejo Distrital, adicionado por el acto demandado y en el cual se consagra el beneficio general como aplicable al sistema de la contribución de valorización.

"5.- La existencia de un verdadero plan de obras que permita la aplicación del sistema de valorización por beneficio general y el cumplimiento de todas las condiciones que hacen posible su implantación".

Considera el Tribunal que "las respuestas a los anteriores interrogantes son categóricamente afirmativas y por ende apuntan a la legalidad del acuerdo 16 de 1990".

En efecto: El artículo 2 del decreto 868 de 1956 establece que el impuesto de valorización podrá distribuirse en la totalidad del área urbana y de la rural o en una parte cualquiera de ésta y aquélla o aisladamente en una forma u otra, lo cual es la consagración clara y expresa del principio de la valorización por beneficio general, el cual se trata de un concepto novísimo, no contemplado en normas anteriores.

El citado decreto establece su aplicabilidad para los Municipios con rentas anuales propias superiores a $2.000.000.oo, luego es obvia la competencia de Bogotá para proceder a su propia reglamentación.

Por otra parte, el decreto 1604 de 1966 en su artículo 18 reitera su aplicabilidad y el artículo 244 del decreto 1333 de 1986 repite dicha reiteración cuando dispone que:

"Las disposiciones de los artículos 1 a 6 del Decreto Legislativo 868 de 1956 son de aplicación opcional para los Municipios a que dicho decreto se refiere".

Y aunque el acto demandado no cita en su encabezamiento el citado decreto 868 de 1956, si lo incluye, en su artículo 13, entre las normas aplicables a la valorización por beneficio general.

No hay duda, para el *a quo*, de la posibilidad de aplicar el sistema previsto en el decreto 868 de 1956 estando vigente el decreto 1604 de 1966, teniendo en cuenta la previsión del artículo 18 ibídem.

Y en cuanto a la competencia del Concejo Distrital para establecer el sistema de cobro de la contribución de valorización por beneficio general, ésta es indiscutible a la luz de la facultad opcional que le confieren los artículos 18 del decreto 1604 de 1966 y 244 del Decreto 1333 de 1986.

De conformidad con los términos mismos del acuerdo acusado, éste modifica y adiciona el acuerdo 7 de 1987, del mismo Concejo Distrital y fue en este acuerdo en

el que, por primera vez, se consagró para Bogotá el sistema de valorización por beneficio general, anota el Tribunal.

Por su parte, el artículo 6 del citado decreto 868 de 1956 exige la existencia de un plan, para hacer efectiva la valorización en él regulada y esta exigencia se cumplió por parte del Concejo Distrital a través del Acuerdo 19 de 1.990, por el cual se adopta el Plan Bienal de Obras por el sistema de valorización por beneficio general para el período 1991 - 1992.

A su juicio, las anteriores razones son suficientes para concluir que el acto acusado se ajusta a la normatividad imperante sobre la materia.

Se refiere luego a otros aspectos también propuestos como motivo de acusación, así:

No se da la violación del artículo 204 de la anterior Constitución, en cuanto el acto demandado establece el cobro de la valorización para obras ya autorizadas, actualmente construidas o en construcción, pero que no han sido cobradas, o sea que se establece un límite en el tiempo para las obras que pueden ser cobradas por el sistema de la valorización por beneficio general. Y por la misma razón tampoco se da la alegada violación del artículo 206 de la misma Constitución Nacional.

En cuanto a la violación del artículo 1 del Decreto 1604 de 1.966 propuesta en la demanda, el *a quo* afirma que el accionante no explica claramente el concepto de dicha violación, toda vez que el acto en estudio trae la denominación de contribución y no de impuesto, además de que el acuerdo obliga al Distrito a la construcción de unas obras específicas.

En cuanto a la presunta violación del artículo 9 del Decreto 1604 de 1966, el Tribunal advierte que hay que tener en cuenta la previsión del artículo 18 ibídem, según el cual se da la opción de aplicar el sistema de valorización por beneficio general previsto en el decreto 868 de 1956, lo cual indica que el acto demandado al explicarlo se ajustó a la legalidad vigente al momento de su expedición.

Y finalmente, en relación con las alegadas violaciones de diversos artículos del decreto reglamentario 1394 de 1970 y de los artículos 234 y 236 de Decreto 1333 de 1986, afirma el fallo apelado que prohija los planteamientos del Señor Apoderado de Instituto de Desarrollo Urbano, a los cuales ya se hizo referencia.

La anterior providencia fue objeto de dos salvamentos de voto.

La Doctora MARIA INES ORTIZ BARBOSA, quien en las firmas de la sentencia aparece con salvamento de voto, en su escrito manifiesta que lo aclara, por cuanto comparte la decisión, pero estima que las consideraciones no fueron suficientes en lo relativo a la naturaleza del tributo cuya legalidad se acepta frente a las pretensiones y en lo que hace referencia a la efectividad del impuesto decretado por el Concejo Distrital. En cuanto al primer aspecto, precisa que la nominación del

tributo, tal como la establece el acuerdo demandado no obedece a la definición doctrinaria como contribución pues no se sujeta al régimen propio de ella, en cuanto no representa necesariamente un beneficio directo para el dueño del inmueble, obligado a cubrirla, ni implica contraprestación alguna, sino que se trata de un impuesto como prestación obligatoria que debe pagar el contribuyente propietario del inmueble y cuyo producto debe ser utilizado para el desarrollo de las obras públicas del Distrito, dentro del plan adoptado por el Concejo.

En relación con el segundo aspecto de su desacuerdo, considera que, cuando se habla de un plan de obras se entiende el conjunto de medidas adoptadas para la ejecución de un proyecto que como tal no ha sido ejecutado y que se pretende hacer en el término estipulado. Y en el caso de autos se advierte que varias de las obras propuestas en el plan bienal, ya habían sido ejecutadas y entonces, a través del impuesto autorizado por el acto demandado, no se podrá ejecutar lo ya realizado. Considera que el plan bienal en lugar de desarrollar un plan de obras que debe realizarse con el impuesto recaudado, tiende a suplir el déficit ocasionado por las obras ejecutadas antes de la expedición del acuerdo, lo cual, en su opinión es contrario al espíritu del artículo 6 del decreto 868 y por lo tanto no podrá cobrarse el impuesto con base en obras ejecutadas y no cobradas.

Por su parte, el Doctor JULIO CORREA se manifiesta en desacuerdo con la tesis mayoritaria y en su escrito de salvamento de voto se refiere a la contribución de mejoras o de valorización para afirmar que el acuerdo demandado la desnaturaliza al crear un impuesto territorial, enfrente a lo dicho por los estudiosos sobre la materia, en el sentido de que la contribución de mejoras o de valorización es una "tasa de contrapartida de parcial equivalencia, en la cual el beneficio se capitaliza y los propietarios de los inmuebles aledaños a la obra que han recibido un beneficio privado y particular, deben pagar una erogación referente al costo de la obra y con el fin de compensar un enriquecimiento sin causa".

Considera que de acuerdo con el decreto 868 de 1956, el cual se refiere a una contribución especial de valorización que exige la existencia previa de un plan y en el caso de autos se está cobrando por obras ya ejecutadas, con lo cual se infringen normas superiores.

Agrega que a su juicio el término "general "está mal utilizado en el Acuerdo demandado, ya que "llevaría a un impuesto sobre la tierra y en consecuencia debe anularse.

5. EL RECURSO DE APELACION

En primer término, la Sala observa que los actores nos apelaron la decisión que fue desfavorable a las peticiones de su demanda y el recurso que ahora se resuelve fue interpuesto por el señor ANTONIO BARRERO BRAVO, quien actúa en el proceso como coadyuvante de la demanda y por los señores SIMON CASTRO BENITEZ y JOSE DULFO ROJAS CEPEDA, quienes fueron reconocidos como terceros coadyuvantes en el mismo auto que concedió apelación.

5.1. Sustentación del recurso del Señor ANTONIO BARRERO BRAVO

Cuestiona la sentencia proferida por el Tribunal de instancia, con base en los siguientes argumentos:

Luego de referirse al sustento constitucional de los impuestos, tasas y contribuciones y de precisar las diferencias entre cada uno de estos conceptos, anota que tal como lo dijo la Magistrada que salvo su voto, el acuerdo demandado crea un verdadero impuesto.

En cuanto a los decretos 868 de 1956 y 1604 de 1966, fundamento del acto cuestionado según la sentencia apelada, afirma que no pueden tomarse artículos de uno y de otro decreto: de optar por el decreto 868 citado, los sistemas allí contemplados pueden o no acogerse por los municipios, lo cual es violatorio del artículo 338 de la C.N.

A su juicio, de ninguna de las normas del citado decreto se desprende el principio del beneficio general por la obra que es lo que sustentan el Acuerdo 16 de 1990, para poder considerar que la totalidad de las obras incluidas en un plan bienal constituyen un unidad de conjunto y procede una distribución de valorización que las incluye a todas.

Afirma que el quo confunde el concepto de beneficio generado por la obra con el de distribución total o parcial.

Anota que como no tiene sustento legal, el sistema de contribución por valorización por beneficio general no ha sido aplicado en nuestro país y solamente fue un artículo del acuerdo 7 de 1987 del mismo Concejo Distrital el que se refirió a dicho sistema.

Menciona a continuación algunos aspectos de un proyecto de ley presentado por el Gobierno a la consideración del Congreso Nacional y precisa que el decreto 868 de 1956 no trae el concepto de beneficio general y que por lo tanto al ser expedido el acuerdo demandado sin facultades legales para tal efecto resulta violatorio de los artículos 150-12 y 338 de C.N.

Reitera lo dicho, en cuanto a que la disposición de que un 20% del costo de las obras se destina al IDU para que se realice obras de beneficio social general, confirma el argumento de que lo reglamentado por el acto demandado no es una contribución sino un impuesto.

Se refiere, por último a los aspectos mencionados en la providencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que revocó la suspensión provisional del acto demandado e insiste fundamentalmente en los anteriores argumentos.

5.2. Sustentación del recurso de los señores SIMON CASTRO BENITEZ Y JOSE DULFO ROJAS CEPEDA.

Los citados señores, en memorial común, manifiestan que interponen recurso de apelación contra la sentencia denegatoria de las peticiones de la demanda que dió origen al presente proceso, con base en los siguientes argumentos:

Se remiten a los argumentos del Magistrado que salvo su voto y agregan que el acuerdo demandado debe ser anulado porque es violatorio del artículo 3 de la ley 9 de 1.989, según el cual únicamente dentro de los primeros diez días del mes de Noviembre del primer año de sesiones del Concejo puede el Alcalde del Distrito, presentar proyectos de acuerdo sobre planes de desarrollo.

En el caso de autos, según certificación que adjuntan, el proyecto de acuerdo fue presentado por el Alcalde del Distrito el 15 de Agosto de 1990, debatido en la comisión del plan los días 1 y 16 de Octubre y aprobado en sesión pública el 18 de Octubre de 1990, y sancionado luego el día 22 de dicho mes y año.

Por otra parte, en el acuerdo demandado, en su artículo 4, parágrafo 3 "se dan normas para los acuerdos del futuro".

Finalmente afirman que el acuerdo demandado es violatorio del artículo 291 de la C.N. por cuanto en él se dispone que en el Comité Distrital de Valorización y Vigilancia participen 3 Concejales.

6. ALEGATOS FINALES

6.1. Alegato del Doctor ANTONIO BUSTOS ESGUERRA, Personero Distrital.

Reitera en lo fundamental los argumentos propuestos en su impugnación a la demanda y al sustentar el recurso de apelación contra el auto que decretó la suspensión provisional y en ellos se fundamenta para solicitar que se confirme la providencia del *a quo*.

6.2. Alegato del Doctor BERNANDO ORTIZ AMAYA, apoderado del IDU.

Afirma que entre las normas que mencionaron como violadas los actores en su demanda, no aparece ninguna de las que menciona el apelante para pedir la revocatoria del fallo y la nulidad del Acuerdo acusado.

Precisa que el apelante menciona los artículos 150-12, 286, 287 y 338 de la C.N. como violados por considerar que lo reglamentado en el acuerdo es un impuesto y no una contribución de valorización, acogiendo el salvamento de voto de una Magistrada del Tribunal de instancia

Ninguno de dichos artículos se citaron en la demanda, razón por la cual el plantearlos en el recurso de apelación equivale a una corrección de la demanda, lo cual no es posible en el estado actual del proceso, ya que esa argumentación y esas normas no fueron objeto del análisis que hizo el Tribunal para proferir su sentencia y por lo tanto no pueden ser tenidos en cuento en la segunda instancia.

En cuanto a los argumentos del salvamento de voto, observa el memorialista que el hecho de que el decreto 868 de 1.956 mencione como impuesto la contribución de valorización, no modifica en ninguna forma su naturaleza, pues hasta 1.966 se le dio esa denominación en todas las disposiciones pertinentes, pero sin desconocer que se trataba de un sistema de contribución del ciudadano para participar en el costo de una obras que debía producir beneficio a su propiedad, tal como lo dispuso el artículo 3° de la ley 25 de 1921.

El cambio de denominación es simplemente un problema de nomenclatura que el legislador de 1.966 impuso, para distinguirlo precisamente de la noción de impuesto que no se compadecía con la naturaleza del tributo, ya que el concepto de contribución implica un principio de compensación entre el costo de una obra o de un conjunto de obras, con el beneficio que ellas puedan producir a los propietarios de bienes raíces, independientemente del sistema que se adopte para su liquidación y su distribución dentro del área geográfica correspondiente.

Por lo anterior, no resulta válida la afirmación del salvamento de voto en el sentido de que el regulado por el decreto 868 de 1956 es un impuesto, por no implicar una contraprestación y que la contribución reglamentada por el decreto 1604 de 1966, tiene una naturaleza diferente por prever la compensación por el beneficio recibido. Nada más contrario a la realidad legal, ya que según el artículo 1° del Decreto 868 de 1956 se autoriza a los municipios de determinadas rentas, a establecer, distribuir y reglamentar el impuesto de valorización de que trata la ley 1° de 1943, la cual se refiere al impuesto establecido en las leyes 25 de 1921 y 195 de 1936, el cual es la misma contribución a que se refiere el artículo 1° del decreto 1604 de 1.966

Por otra parte el apelante se refiere al "beneficio generado por la obra", concepto que no se menciona en la demanda, ni en la sentencia y no es un principio en el que se fundamente el acto demandado, ni regulador del sistema.

El principio regulador del sistema creado por el acuerdo 7° de 1987 y desarrollado por la norma demandada es el de la valorización por beneficio general, contra el cual está orientada la acción, por lo que la frase "beneficio generado por obra" traída por el apelante no tiene incidencia alguna como fundamento del sistema; simplemente el Acuerdo demandado menciona el beneficio generado por la obra, para radicarlo en cabeza de cada uno de los afectados en proporción a su superficie, al estrato que le corresponde y a los demás factores determinados por el mismo acuerdo todo lo cual constituye la valorización por beneficio general.

Además cuestiona el hecho de que el apelante cita como fundamento de su recurso, artículos de un proyecto de ley presentado por el Gobierno que no ha hecho tránsito en el Congreso y que por lo tanto no puede tenerse en cuenta para definir la presente controversia.

Considera que el cuestionamiento del artículo 2° del acuerdo demandado que se plantea en el recurso de apelación y que no se había propuesto en la demanda es

reiterativo del anterior ya que además insiste en que la frase beneficio generado por obra no está previsto en el decreto 868 de 1956.

En frente al argumento de falta de competencia del Concejo Distrital para establecer el sistema de valoración por beneficio general se refiere a los argumentos ya expuestos, afirma que es un tema ya resuelto por la Jurisprudencia y cita y transcribe un providencia pertinente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Finalmente se refiere al argumento del apelante en cuanto a la violación de la ley 9° de 1989, relacionado con la oportunidad de expedición del acuerdo aprobatorio del plan de obras, y precisa que dicho tema sería materia de otro proceso, en el cual se hagan los cargos al acuerdo 19 de 1990, pero no se puede en esta oportunidad procesal modificar el objeto de la controversia citando la ley 9° de 1989, no citada en la demanda y que no tiene incidencia alguna en la reglamentación de la valorización por beneficio general, modificando la materia que ha sido estudiada y decidida por el *a quo* y cuya providencia es la materia de revisión por el Consejo de Estado.

Insiste en que cualquier pretensión diferente a las formuladas en la demanda y la violación de normas que no han sido específicamente señaladas en la misma no pueden ser consideradas al amparo del recurso de apelación, pues ello significaría una modificación a la demanda, lo cual no es posible procesalmente.

Por último, se remite a los argumentos planteados por el señor apoderado del IDU a lo largo del proceso y afirma que los considera incorporados a su alegato, para que sean tenidos en cuenta al resolver el recurso de apelación.

6.3. Alegato del Doctor GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ

Luego de remitirse a los argumentos presentados en diferentes oportunidades procesales durante el trámite de este proceso; se refiere al cuestionamiento que hace el apelante de la aplicación y vigencia del decreto 868 de 1956, precisando que en su artículo 2 se consagra el concepto de beneficio general, dicha norma fue convertida en legislación permanente y posteriormente, el artículo 18 del decreto 1604 de 1966 dispuso su aplicación opcional por parte de los municipios y el decreto reglamentario 1394 de 1970, artículo 37 se refirió al tema.

Se pretende que las leyes 25 de 1921, 113 de 1937 y 1 de 1943, aluden a obras de interés público local y se considera que lo local se opone a lo general, como si el término local no estuviera vinculado a la localidad, olvidándose que lo local en dichas normas se refiere al interés y no al beneficio o zona común de influencia gravable.

Precisa que el cuestionado sobre el decreto 868 de 1956 consagró, como fundamento del gravamen en cuestión, la noción de **capacidad económica de la tierra,** la que debe ser calificada mediante coeficientes que a su turno se deben fijar en razón de varios factores a saber: la utilización del terreno en cada zona, los servicios públicos que la beneficien, la productividad virtual, el valor comercial de

los terrenos, y los demás factores que a juicio de la administración se establezcan y permitan estimar objetivamente esa capacidad económica. Y eso fue lo que hizo el acuerdo demandado, precisar, para el derrame o distribución del gravamen, lo diversos factores considerados en la ley y los que objetivamente estimó aplicables según las categorías de predios, sus áreas, su estratificación económica, la capacidad de pago de los propietarios y los varios grados de beneficio, todo dentro del principio de justicia distributiva y de equidad, y por ello se establecen tarifas desiguales para los diferentes barrios de la ciudad.

Por otra parte, a su juicio, este sistema de valorización por beneficio general guarda concordancia con los artículos 76-4, 187-2 y 194-3 de la Constitución de 1.886 y 150-3, 151, 313 y otros de la Constitución de 1.991, según los cuales las obras públicas deben ejecutarse mediante planes orgánicos e integrados. Y el Concejo Distrital ordenó un Plan Bienal de obras a través de los acuerdos 7 de 1.987 y 19 de 1.990, normas que regulan también la valorización y los cuales no han sido suspendidos, ni anulados y de acuerdo con esos planes se impone la aplicación del sistema de valorización por beneficio general, de acuerdo con la leyes y con las necesidades de la metrópolis, considerando cada plan como una unidad a la cual se vincula el beneficio general.

El mayor valor que con las obras reciben los predios como beneficio, es tan solo un factor, entre los varios que determinan el gravamen y no el único que permita establecer el derrame contributivo, pues también lo son, el costo de las obras, los gastos de administración, las categorías de predios, sus áreas, su estratificación socioeconómica, los grados de beneficio. Lo anterior es la manifestación clara de los principios de justicia distributiva y función social de la propiedad, consagrados en la Carta fundamental.

Precisa que según el Artículo 313 de la Constitución Nacional, los Concejos Municipales tienen facultades para votar los tributos y los gastos locales y la valorización es un tributo, un gravamen no un impuesto, que por ser obligatorio no pierde su naturaleza de contribución, la que se precisa por el beneficio general recibido con el plan de obras.

Finalmente anota que Santafé de Bogotá es un Distrito Capital, naturaleza jurídica que le da una mayor competencia en relación con los demás municipios y que no puede ser administrada con las medidas restrictivas aplicables a los demás municipios, criterio que la jurisprudencia no puede desconocer, pues es su función adecuar la interpretación de la ley a las necesidades reales de la administración y del desarrollo en general.

6.4. Alegato de la señora PROCURADORA SEXTA DELEGADA ante el CONSEJO DE ESTADO.

La señora Procuradora Sexta Delgada se remite al alegato presentado en el expediente 4511, y el cual se analizará al precisar los antecedentes de dicho proceso.

6.5. Alegato del Doctor RAMIRO BORJA AVILA, uno de los demandantes.

En primer término, luego de transcribir las artículos 287 y 317 de la Constitución Nacional, afirma que como el fallo del Consejo de Estado se va a proferir durante la vigencia de la Constitución de 1.991, ha citado esas normas, "por la trascendencia de la decisión en el ámbito nacional", ya que de mantenerse la sentencia recurrida la valorización por beneficio general adquiriría carácter de legalidad por voluntad jurisprudencial con graves consecuencias.

Luego de poner un ejemplo, afirma que de acuerdo con la decisión del *a quo*, el Ministerio de Obras Públicas u otra entidad con amplia competencia territorial, pondría a todos los propietarios de inmuebles de Colombia a pagar la mencionada contribución para financiar obras, independientemente de que los lotes, fincas, casas o apartamentos situados en todos los departamentos, tengan o no un real aumento en su valor comercial; todo lo cual desnaturaliza la razón de ser de la contribución de valorización, cuya naturaleza jurídica es distinta de la de un impuesto.

Anota luego, que si el Consejo de Estado considera que si el impuesto y la contribución de valorización por beneficio general, son esencialmente lo mismo, ello implica un cambio de jurisprudencia que corresponde a serlo a la Sala Plena de la Corporación, de conformidad con la ley 11 de 1.975, en cuyo caso, solicita a la Sección cuarta que lleve el presente asunto a la mencionada Sala de lo Contencioso Administrativo.

Y si por el contrario, el Consejo de Estado considera que el impuesto y la contribución de valorización son esencialmente diferentes, pero que el sistema de beneficio general es legal, solicita que para clarificar la jurisprudencia diga cuáles son los elementos tipificadores del impuesto y cuáles de la contribución.

Sobre lo anterior, luego de referirse a algunos antecedentes históricos, afirma que el principio de justicia que es la razón de ser de la contribución de valorización, implica que si a consecuencia de ciertas obras públicas que se construyen con el dinero de todos, el valor de determinados bienes se incrementan ostensiblemente, porque se valorizan en forma directa e inmediata, notoriamente más que los restantes predios, lo propietarios de los mismos ayudan a pagar el precio de la obra que los beneficia económicamente y de modo especial, no general, ya que para el beneficio generalizado se pagaron los impuestos con los cuales se construyó la obra.

Los que se enriquecen por la construcción de determinadas obras públicas, deben contribuir a financiar el costo de ellas, como una compensación social de ese enriquecimiento individual, a costa de los demás integrantes de la comunidad y dentro del concepto de justicia.

Lo anterior es diferente a la filosofía que inspira los impuestos, los cuales tienen fundamento en la necesidad de contribuir para los gastos públicos, mientras que la contribución de valorización se inspira en la conveniencia de que haya una justa

contraprestación económica al erario, por el enriquecimiento concreto que alguien tuvo a costa de los demás.

Por lo anterior, la equidad no se toma en cuenta al consagrar impuestos, pues éstos son necesarios para el funcionamiento del Estado, aunque la equidad sí se tiene en cuenta para la fijación de la tarifa de los impuestos.

Agrega que como la contribución de la valorización la impone la equidad, su cobro debe corresponder siempre a un real y efectivo aumento de valorización de determinados predios a consecuencia de determinadas obras y no debe ser el cobro de una cantidad cualquiera por el hipotético pero irreal aumento del valor inmobiliario. Si el cobro es por una valorización presunta pero no real, no existe una efectiva contraprestación por el aumento del valor comercial del predio afectado y por lo tanto deja de ser contribución para convertirse en impuesto predial con destinación específica, desvirtuándose además la razón de equidad que es la razón de su existencia.

Cuestiona luego la providencia apelada porque su juicio interpretó mal el artículo 2° del decreto 868 de 1956 y se pregunta, luego de transcribirlo: en qué casos podrá distribuirse el cobro de la contribución de valorización en todos los predios del área urbana? Y responde que cuando en todo el área urbana real y efectivamente se den los supuestos que implican el cobro de valorización. Y cuáles son esos supuestos? Son obra pública, valorización real de determinados predios y adecuación cuantitativa entre el costo de la obra y el aumento real del valor del predio beneficiado.

Si se distribuye el cobro de un conjunto de obras en la totalidad del área urbana, sin que se reúnan los elementos propios de la contribución de valorización, con base en presunciones, se incurre en una desviación de poder, consistente en que se procede a cobrar un impuesto, bajo la apariencia de una contribución.

Precisa que de acuerdo a los artículos 30 y 32 del Código Civil, la interpretación de la ley debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la institución, o el fenómeno jurídico que regula el legislador en el conjunto normativo y así es claro que si la naturaleza jurídica de la contribución de valorización es diferente de la de un impuesto, el artículo citado debe interpretarse de tal manera que no se convierta la contribución, en un impuesto.

El citado artículo 2° del decreto 868 de 1.956, debe interpretarse sin desnaturalizar la esencia de la valorización, en el sentido de que ésta es una contraprestación a un real aumento del valor de los predios beneficiados, y que pueden alcanzar a todos o a una parte de éstos.

Si la naturaleza jurídica de la contribución de la valorización es igual a la del impuesto, puede cobrarse la valorización sin contraprestación real y efectiva, concretada en el aumento del valor del predio,o sea con fundamento en aumento de valor presunto de todos los predios, como lo aceptó el *a quo*.

Pide que se revoque el fallo impugnado y que se acojan las súplicas de la demanda.

6.6. Alegato del Doctor GUILLERMO ROMERO GARCIA

En esta oportunidad procesal el doctor Guillermo Romero García presenta un memorial para coadyuvar la demanda y se refiere a la naturaleza de la acción de nulidad de acuerdo con la Constitución de 1.991, a las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los expedientes 7952 y 7953 y al salvamento de voto de la Doctora María Inés Ortiz, el cual a su juicio plantea diferencias sustanciales con las citadas providencias y luego de referirse a la imposibilidad de invocar los artículos 1 a 6 del decreto 868 de 1.956, toda vez que el acto demandado se refiere a obras ya ejecutadas, precisa que el acto demandado desconoce los artículos 345 y 353 de la Constitución, según los cuales no puede haber contribución que no figure en el presupuesto de gastos.

Por otra parte se refiere a los conceptos de contribución y de impuesto, los cuales a su juicio no pueden confundirse.

Menciona, a continuación, el salvamento de voto del Doctor Julio Correa y afirma que deben analizarse detenidamente sus planteamientos, los cuales acoge y resume.

En relación con la sentencia apelada en el expediente 7953 rechaza la forma en que se descalifica la providencia dictada por esta Corporación en el expediente 0384 del 20 de enero de 1.989, actor Rosa Martínez, por cuanto a su juicio, dicha jurisprudencia ha debido aplicarse al caso en estudio.

En un otro sí, reitera su petición de que todos los consejeros estudien el proceso y luego de cuestionar la "picaresca edilicia" afirma que los confusos términos del acuerdo demandado pueden servir para incurrir en diferentes interpretaciones y para abrir pasos a la arbitrariedad y propone a la Sala que se ordene a la parte demandada certificar porque al ser discutido y aprobado el acuerdo demandado no se dieron las definiciones de los términos y de los procedimientos para liquidar la valorización por beneficio general.

Finalmente afirma que el acto demandado también viola el artículo 363 de la Constitución por desconocimiento de los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Expediente 4511

1. **LA DEMANDA**

La señora Consuelo de Montejo, en ejercicio de la acción de nulidad solicita se declare la nulidad de los artículos 1, 2, 3 y 4 del Acuerdo 16 de 1.990 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

En el libelo, luego de relacionar las diferentes normas que han regulado la contribución de valorización y algunas de las decisiones del Concejo de Bogotá sobre el tema, cita como disposiciones violadas el artículo 13, numeral 12 del Decreto 3133

de 1968, los artículos 1 y 9 del Decreto 1604 de 1966, el artículo 1 de la ley 25 de 1921, el artículo 18 de la ley 1 de 1943 y los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional vigente para la fecha de la presentación de la demanda.

Precisa el concepto de violación en síntesis en los siguientes argumentos:

Ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de considerar que la facultad impositiva de los municipios está subordinada a la ley, de acuerdo con el artículo 197-2 de la anterior Constitución, el cual consagraba para los Concejos Municipales, la facultad de votar las contribuciones y gastos locales, de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, norma que fue reproducida en el Decreto 3133 de 1968.

De acuerdo con lo anterior en las diferentes normas citadas como violadas se establece "la claridad que debe orientar el ámbito de aplicación de la llamada contribución de valorización"; así, el artículo 18 de la ley 1o. de 1943 dispuso que dicha contribución se exige, teniendo en cuenta el mayor valor que reciben los predios favorecidos con las obras de servicio público, norma que se reiteró 23 años más tarde en el artículo 9 del Decreto 1604 de 1966.

El acto demandado, desconociendo la anterior normatividad, determinó la existencia de una serie de obras que causan beneficio general y sobre ese presupuesto básico dictó las demás normas que integran el acuerdo 16 demandado, así: los artículos 1° a 4° demandados en su totalidad, parten del supuesto de que el Concejo Distrital de Bogotá es competente para establecer la citada contribución, cuando en realidad no lo es, ya que lo que el acto demandado crea es un verdadero impuesto, por su característica genérica, violando así también los artículos 18 de la ley 1o. de 1943 y 9° del decreto 1604 de 1.966, así como los artículos 43 y 197-2 de la C.N. ya que de otro lado, no aparece en ninguna norma la competencia del Concejo Distrital de Bogotá para establecer el concepto de beneficio general, no porque no existan obras de beneficio general sino porque su consagración corresponde al legislador, para precisar si la contribución de valorización "puede ser un recaudo general por que el beneficio es eventualmente de todos, y será el Concejo, o el organismo administrativo que la misma ley determine, el encargado de señalar el criterio de las obras que causen ese beneficio. Obsérvese perfectamente la delimitación de una y otra materia".

Cita alguna jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, y reitera los argumentos ya mencionados, para luego solicitar la suspensión provisional de los actos demandados, la cual fue decretada mediante auto del Tribuna Administrativo de Cundinamarca del 4 de abril de 1991, auto que fue apelado y revocado mediante providencia del 6 de septiembre de 1991 de esta Corporación.

2. LAS IMPUGNACIONES

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 3 de mayo de 1991, reconoció como representante judicial del Distrito Especial de Bogotá al Doctor Antonio Bustos Esguerra en su calidad de Personero Distrital; como apoderado

de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá al Doctor Alberto Hernández Mora y como apoderado del Instituto de Desarrollo Urbano al Doctor Gustavo Humberto Rodríguez y, tanto a la Alcaldía Mayor del Distrito Espacial de Bogotá como al Instituto de Desarrollo Urbano como terceros impugnadores en el proceso, lo mismo que al ciudadano Juan Armando Fonseca Cardona.

2.1. Impugnación de la Doctora Carolina Rodríguez Ruiz, apoderada del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá.

Afirma que los artículos acusados del Acuerdo 16 de 1.990 del Concejo Distrital no son violatorios de las normas constitucionales y legales señaladas en el libelo y para sustentar su afirmación se refiere a cada una de ellas, en síntesis así:

En cuanto al artículo 1° de la ley 25 de 1921, precisa que la demanda no expone concepto alguno de violación y por ello se abstiene de hacer consideraciones al respecto, además, de que dicha norma no guarda relación directa con el sistema de valorización.

El artículo 18 de la ley 1° de 1943 tampoco fue violado por el acuerdo distrital en sus apartes demandados, porque el **mayor valsor** no es un concepto restringido a la plusvalía o aumento pecuniario en el valor del inmueble favorecido, dado que los valores no solo se aprecian en dinero, sino que el concepto de valor está referido al **valor económico de la tierra**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.del decreto 868 de 1956 el cual dispone que ese valor económico se determina mediante varios coeficientes, tales como **la utilización del terreno de cada zona, los servicios públicos que la benefician, su productividad virtual, el valor comercial de los terrenos y los demás factores que a juicio de las dependencias administrativas o juntas asesoras que los municipios establezcan en aplicación a lo dispuesto en este decreto, permitan estimar objetivamente la capacidad económica de la tierra**. Todo lo anterior indica que el valor comercial de los terrenos es apenas un factor entre los varios determinantes de la contribución de valorización y la administración puede tener en cuenta factores diferentes a los allí señalados.

Además la expresión "teniendo en cuenta" del artículo 2 demandado, no es equivalente a expresar que solo se debe considerar el aumento del valor pecuniario que reciba el precio afectado, sino que esa plusvalía es uno de los factores determinantes del monto de la contribución, junto con los demás factores ya anotados.

Anota que, los planes y programas de obras públicas son un imperativo de acuerdo con normas constitucionales como los artículos 76, 40, 187-2 y 194-3 de la C.N. de 1.886 y con el artículo 6° del decreto 868 de 1956 y el decreto 3133 de 1968 y el incluir todas las obras públicas en un plan conduce, necesariamente, a que se les considere como una unidad para efectos de la contribución de valorización.

Lo anterior, además de que según el artículo 2 del acuerdo demandado un porcentaje del recaudo será destinado a obras de los estratos 1, 2 y 3 o sea, los de

menores recursos económicos, de acuerdo con la función social de la propiedad y con los principios de equidad y de justicia distributiva.

El acto demandado también encuentra su respaldo en el artículo 2 del decreto 868 de 1956, según el cual el impuesto de valorización podrá distribuirse en la totalidad del área urbana y de la rural, o en una parte cualquiera de ésta y aquélla, o aisladamente en una y otra.

Y en cuanto al artículo 4 del acuerdo demandado, agrega que es la norma que consagra la distribución equitativa del gravamen, a través de un sistema de categorías de predios según su utilización y de acuerdo con el beneficio general relativo, por todo lo cual tampoco viola el artículo 18 de la ley 1 de 1943.

Los artículos 1 y 9 del Decreto 1604 de 1968 (S.I.C) tampoco fueron violados por el acto demandado, toda vez que al hacer extensivo el gravamen a todas las obras de interés público que ejecute la nación, los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios y cualquier otra entidad de derecho público y precisar que su extensión es la del gravamen previsto en el art. 3 de la ley 25 de 1921, tales normas, conjuntamente con otras citadas en la demanda, por el contrario, son el fundamento del Acuerdo 16 de 1990, el cual teniendo en cuenta que se trata de un plan de obras, contempla una distribución cuantitativa de la distribución de valorización, con fundamento en diversos factores y de acuerdo con diferentes coeficientes, para predios urbanos y suburbanos, con algunas excepciones.

Afirma que mientras los impuestos son exacciones las cuales no corresponde ninguna contraprestación para el contribuyente, en las contribuciones el gravamen se distribuye según los grados de beneficio, tal como lo dispone el acuerdo demandado. Y por lo tanto, no es válida la afirmación de la demanda de que el Concejo no tenía facultad para expedir el acto demandado, creando un impuesto.

Por su parte, el artículo 9° del Decreto 1604, ordena liquidar la contribución por valorización teniendo en cuenta el costo de la obra, los límites de beneficio que ella produzca a los inmuebles gravados y un porcentaje adicional hasta un 30% destinado a gastos de distribución y recaudo. Y lo anterior, fue tenido en cuenta en el acto demandado, al establecer grados diferentes de beneficio, dejando a la administración, en la liquidación administrativa, la posibilidad de fijar la cuantía exacta para cada predio. Pero si se consideran los grados de beneficio general, de beneficio general relativo, las escalas de beneficio mayor, medio, menor y mínimo, la absorción del monto distribuíble, las categorías de predios según su destinación y los criterios aplicables para la determinación del valor a liquidar, todo de conformidad con los artículos 4° y 5° del acuerdo demandado, se concluye, que los gravámenes variaran cuantitativamente en proporción al beneficio recibido.

Tampoco el numeral 2° del artículo 13 del decreto 3133 de 1968 fue violado por el acuerdo demandado por lo ya anotado.

Por último, tampoco se vulneraron los artículos 43 y 197 numeral 2° de la C.N., por cuanto como quedo dicho el Concejo de Bogotá si tenía competencia para expe-

dir el acto demandado y porque, además, dichas normas dan facultades a los Concejos para crear contribuciones, sin limitarlas, ni calificarlas y por lo tanto allí está incluida la de valorización por beneficio general, la cual desde luego debe ajustarse a la Constitución, la ley y las ordenanzas y el Acuerdo demandado, tal como ya se ha demostrado se ajusta a la ley 25 de 1921, el decreto 1604 de 1966, el decreto 868 de 1956 y la ley 1 de 1943.

Por todo lo anterior solicita que se denieguen las peticiones de la demanda.

2.2 Impugnación de Doctor Antonio Bustos Esguerra, Personero de Distrito Especial de Bogotá.

El señor Personero del Distrito Especial de Bogotá se opone a las pretensiones de la demanda porque a su juicio carecen de fundamento jurídico y propone una excepción porque la demanda adolece del presupuesto procesal de demanda en forma.

Aunque no todas las normas citadas en la demanda son fundamento del acto demandado, se refiere a cada una de ellas y comienza por precisar, que si bien es cierto que el artículo 3° de la ley 25 de 1921 se refiere a obras de interés público local, ello no se opone al concepto de "general", porque dicha ley, solo hacía referecia a obras únicas, por lo que el beneficio que ellas irradian es sobre un sector reducido, mientras que si se trata de varias obras, el beneficio deja de ser localizado y puede entonces hablarse de un beneficio de carácter general y agrega que el fundamento del acto demandado se encuentra en el decreto 868 de 1956.

Se refiere luego a la ley 195 de 1936, al artículo 7° de la ley 113 de 1937, a la ley 63 de 1968, a las leyes 25 de 1959 y 29 de 1963, normas mencionadas en los hechos de la demanda, para concluir que no resultan vulneradas por el acto demandado, porque de acuerdo con ellas, el Consejo Distrital tiene la facultad de cobrar la contribución de valorización, y en ejercicio de la misma , la establece para los predios que reciban un beneficio real ; y en cuanto a las leyes 113 de 1937, 63 de 1968 afirma que no sirvieron de fundamento legal para la expedición del acto demandado, y son inaplicables, toda vez que el Acuerdo demandado fue expedido con fundamento en el artículo 43 de la C.N., la ley 195 de 1936, el decreto 868 de 1956, la ley 33 de 1968 y el decreto 1604 de 1966.

Precisa que la demanda cita alguno acuerdos como desconocidos por el acto demandado, pero no precisa el concepto de su violación ni aportó copia de auténtica de los mismos.

Insiste en que el Acuerdo 16 de 1990 del Consejo Distrital no viola lo artículos 1 y 9 del decreto 1604 de 1966 y 18 de la ley 1 de 1943, ya que fue precisamente el decreto 1604 de 1966, el que cambió el concepto que existía en la legislación desde 1921, de interés público local, por el interés público en general, suprimiendo el calificativo local, y en este mismo sentido el acuerdo 16 de 1990 dio el alcance general al beneficio que resultaría de la ejecución de un conjunto de obras, previsto en el

plan bienal, pero respetando el principio de la proporcionalidad, al clasificar el beneficio en mayor, medio, menor, mínimo y nulo, los cuales corresponden a los estudios técnicos elaborados para la determinación de la distribución de la contribución.

En cuanto a la base impositiva, que es el costo de la obra, el acuerdo 16 demandado consagra un sistema muy completo para establecer las zonas de influencia es decir, aquellas donde se recibirá el beneficio real, con previsión de un procedimiento que garantiza el derecho de defensa de los afectados.

En relación con la ley 1° de 1943, precisa que no pudo ser desconocida por el acto demandado, por no estar vigente a la expedición del acto en cuestión, toda vez que fue derogada por el decreto 1604 de 1966 y este decreto cambió el concepto del mayor valor que recibían lo inmuebles, por el del factor de beneficio.

Todo lo anterior le permite concluir, que entre el acuerdo demandado y el ordenamiento superior vigente existe plena armonía y concordancia.

Trae luego, el Señor Personero, un detallado análisis de los antecedentes legislativos del Acuerdo demandado y su evolución, haciendo referencia expresa a la ley 25 de 1921, la ley 195 de 1936, la ley 1° de 1943, el decreto 868 de 1956, el decreto 1604 de 1966, y el decreto 1374 de 1970.

Y en cuanto a las normas de carácter local, cita y transcribe el artículo 44 del Acuerdo 7 de 1987, según el cual se puede distribuir la contribución de valorización teniendo en cuenta todos los predios urbanos de la ciudad, si la obra, planes o conjunto de obras es de aquellos que producen un beneficio general; y por su parte, el artículo 73 del mismo Acuerdo 7 de 1987 se refiere al procedimiento para distribuir el gravamen cuando se trata de un conjunto de obras que forman parte de un plan general o de una etapa del plan vial.

Por lo todo lo anterior, no puede afirmarse que el acuerdo demandado haya introducido un concepto nuevo, ni diferente a los previstos en las normas superiores vigentes sobre el tema. Y en cuanto a los artículos 43 y 197 numeral 2° de la C.N. recuerda que fueron derogadas por el artículo 380 de la nueva Constitución y por ello no puede haber pronunciamiento por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Y las normas de la nueva Constitución que regulen la meteria, no pueden ser objeto de análisis en aplicación del principio de que esta jurisdicción es rogada.

Propone la **excepción de ineptitud sustantiva de la demanda** y solicita un fallo inhibitorio, porque "la demanda adolece de un defecto formal cual es la ineptitud por falta de legitimación por via pasiva" , toda vez que cita como parte demandada al señor Personero del Distrito Especial de Bogotá y al señor representante legal de instituto de desarrollo urbano, cuando la parte demandada debe ser el Distrito Espacial de Bogotá. Cita sobre el tema diferentes jurisprudencias tanto del Consejo de Estado como del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se refiere luego al contenido mismo del Acuerdo 16 de 1990 para precisar que el gravamen allí previsto, no es general ni indiscriminado para todos los predios de la ciudad, ya que solamente se gravan 252 millones de metros cuadrados de un total de 303 millones que conforman la ciudad y se grava menos del 50% de área suburbana y reitera el argumento de que el cobro y facturación, se ordena de acuerdo con parámetros y factores que no permiten afirmar que sea indiscriminado, ya que se parte del grado de beneficio que produzca individualmente el conjunto de obras a los inmuebles gravados. Trae en respaldo de sus planteamientos citas doctrinarias sobre el tema e insiste en que el fundamento del acuerdo demandado es el decreto 868 de 1956, ya que se trata de cobrar valorización por un conjunto de 260 obras que interconectan las vías de toda la ciudad .

2.3. Impugnación del Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque, apoderado del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá.

El doctor HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE, en ejercicio del poder que le sustituyó el Doctor ALBERTO HERNANDEZ MORA, obrando en representación del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, se opone a las pretensiones de la demanda y a que se hagan las declaraciones en ella pedidas y luego, de referirse a cada uno de los hechos planteados en la demanda, analiza los diferentes cargos de la demanda, en síntesis, así :

En cuanto a la alegada violación de los artículos 43 y 197 numeral 2 de la C.N. anota que el Acuerdo demandado no solo las desconoce, sino que tiene un sólido fundamento constitucional y legal: Cita el artículo 189 de la C.N. según el cual la ley determinaría lo relativo a los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas de los municipios. Y el decreto 3133 de 1968 orgánico del Distrito Especial de Bogotá, en su artículo 32 dispone que la junta de planeación distrital tendrá entre sus funciones, someter a la aprobación del Concejo, por intermedio del Alcalde, el Plan General de Desarrollo de la ciudad, del cual forma parte el plan vial , y dicha norma está en armonía con lo establecido en el artículo 2 del mismo decreto , según el cual las atribuciones administrativas que confieren la Constitución y las leyes a las Asambleas y a los Gobernadores se entenderán conferidas al concejo y al Alcalde Mayor de Bogotá.

Por su parte, el artículo 6° del decreto 868 de 1956, en concordancia con el artículo 18 del decreto 1604 de 1966 fundamentos legales del acuerdo demandado, disponen que para hacer efectiva la contribución de valorización, los municipios deberán elaborar y adoptar un plan de obras sujeto a las determinaciones del plan regulador correspondiente y que dicho sistema de contribuciones, opcionalmente, lo pueden aplicar los municipios y esto fue lo que hizo el Concejo Distrital, en el Acuerdo demandado, el cual incorpora a sus normas las disposiciones del decreto 868 de 1956.

En desarrollo de ese artículo 18 del decreto 1604 de 1966, el Concejo Distrital expidió el acuerdo 6° de 1990 o estatuto para el adecuamiento físico del Distrito

Especial de Bogotá y por el acuerdo 19 de 1990, adoptó el plan bienal de obras viales correspondiente a los años 1991 y 1992, plan que dispuso la financiación de obras por el sistema de valorización, dejando de lado el sistema anterior de obras aisladas para el desarrollo vial de la ciudad, para unificar dichas obras en planes que por su trascendencia y cobertura son de beneficio general para toda la ciudad.

En consecuencia, no se puede sostener que el acto acusado desconoce las normas constitucionales, invocadas, pues precisamente, con base en autorizaciones legales, el Concejo dictó el Acuerdo 16 de 1990, complementario del Estatuto de Valorización promulgado mediante el Acuerdo 7° de 1987.

Hace a continuación unas detalladas consideraciones respecto de la estructura normativo de la valorización, precisando su evolución legislativa, los conceptos de desarrollo urbano y planificación como factores esenciales de la valorización, el concepto de beneficio, de las grandes obras públicas y el interés público y concluye con que todo lo anterior, deja apreciar la complejidad del tema propuesto que no permite mediante una elemental transcripción de normas, deducir violaciones de la ley y tener conceptos apriorísticos con respecto a la contribución de valorización.

En relación con la alegada violación del los artículos 1 y 9 del decreto 1604 de 1966, afirma que este decreto es la culminación del proceso de evolución legislativa sobre el tema, precisa sus lineamientos fundamentales, deroga normas anteriores y conserva lo consagrado en el Decreto 868 de 1956, haciéndolo opcional para los municipios y generaliza la contribución de valorización para obras rurales y urbanas en todos los niveles de la administración pública.

Anota que el citado decreto 1604 de 1966, cambia el sistema de obras de interés público local, por el de obras de interés público que es un criterio mucho mas amplio, con especiales connotaciones jurídicas en la estructura y desarrollo de este sistema fiscal.

El Decreto 1604 de 1966, y el decreto 868 de 1956 acogen los conceptos de interés general, planificación de grandes obras, desarrollo urbano y beneficio de la comunidad, como pilares de la contribución de valorización y así, las obras de interés público siempre conciernen a toda la comunidad y en general, la benefician en mayor o menor grado, tratándose de las grandes obras públicas de amplia cobertura. Y este concepto implica la modificación del concepto de beneficio de la propiedad inmueble.

Es que el decreto 1604 de 1966, no consagra un sistema único de valorización, sino que establece el sistema opcional del artículo 18 que se refiere al decreto 868 de 1956, que es un sistema mixto y que fue el adoptado por el Acuerdo 16 de 1.990, aquí demandado, confirmando así la no existencia de una diferencia tajante entre el impuesto y la contribución, como para exigir una contraprestación directa e inmediata del Estado, o plusvalía, como lo suponen erradamente los demandantes.

Por todo lo anterior, insiste en que el acto demandado no desconoce el artículo 1 del decreto 1604 de 1.966, y que el cotejo aislado de dicho artículo sin tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 18 ibídem, conduce a un concepto parcializado e insuficiente del fundamento legal del acto demandado y de su alcance real.

En cuanto a la violación del artículo 9 ibídem, reitera que el decreto 1604 de 1966 es la síntesis de la evolución legal de este sistema fiscal y adopta para efectos de la contribución de valorización y el beneficio correlativo, el criterio de **todas las obras de interés público**, que es la respuesta legislativa a las necesidades del desarrollo del país en general, y en especial a los requerimientos del crecimiento urbano.

Por eso, el avance conceptual reseñado implicó la evolución del concepto de beneficio que recibe la propiedad raíz con motivo de la construcción de obras, que imperó durante la primera mitad de este siglo, fundamentado en el mayor valor que recibiera el predio, o plusvalía.

Dicho artículo establece que la base impositiva de la contribución tendrá como límite máximo el costo de la obra y para efectos de la liquidación del gravamen acoge el criterio genérico del beneficio que produzca la obra al inmueble que ha de ser gravado. Es decir, que de manera coherente, el artículo no utiliza el concepto del "mayor valor o plusvalía", sino la expresión genérica de beneficio, sin calificarlo necesariamente con una connotación económica, ni implicando una contraprestación directa e inmediata del Estado.

Se refiere a la definición gramatical de beneficio como la utilidad o provecho que se obtiene con algo o el mejoramiento de una causa y precisa que, existen varias clases de beneficios que pueden mejorar objetiva o subjetivamente algún bien o sus calidades y condiciones, pudiendo ser actual o futuro. Agrega que dentro de los modernos criterios de desarrollo urbano, la vecindad con la obra se deslinda del concepto de beneficio tradicionalmente entendido.

Por otra parte, la clase de obra que se pretende construir, guarda estrecha relación con el concepto de beneficio y por lo tanto, el concepto de interés general o público dentro de la concepción del decreto 1604 es el criterio determinante para apreciar el beneficio que producen las obras correspondientes, todo lo cual indica que el concepto de plusvalía o mayor valor que reciba un predio con la construcción de una obra puública, fue superado como único factor determinante del beneficio y sin que surja la exigencia de una contraprestación directa e inmediata como resultado de la contribución.

Precisa que el Acuerdo demandado, el Concejo Distrital utilizó las autorizaciones legales contenidas en el artículo 18 del Decreto 1604 de 1966 y en el decreto 868 de 1956, autorizaciones en las que los conceptos de beneficio y base impositiva de la contribución son diametralmente opuestos y se articulan con otros mecanismos diseñados, concretamente, para el tipo de obras que el plan bienal se propone desarrollar dentro del criterio del beneficio general de la comunidad.

En el decreto 868 de 1956, dentro del sistema fiscal de la contribución de valorización, no se consagra la noción de beneficio como base del cálculo de la contribución, sino que su fundamento será la capacidad económica de la tierra, (artículo 1°); es decir es un sistema mixto de valorización-impuesto, aplicable a las grandes obras públicas ejecutadas bajo el sistema de planes o conjunto de planes.

De acuerdo con el artículo 18 del decreto 1604 de 1966, las disposiciones de los artículos 1 a 6 del decreto 868 de 1956 son de aplicación opcional para los municipios, como opcionales son los mecanismos allí previstos para la liquidación y cobro de la contribución de valoriazación.

De acuerdo con lo anterior, el Acuerdo 16 de 1990, artículo 13, se fundamenta en los artículos 1 a 6 del decreto 868 de 1956 y para efectos de la liquidación y cobro de la valorización adopta un mecanismo mixto de beneficio general (artículo 2 del decreto 868 de 1956) y beneficio general relativo y particular propio del sistema de valorización tradicional.

Pero, el hecho de que el artículo 1 del Acuerdo demandado califique las obras que constituyen una unidad de conjunto como de interés público, y que éstas impliquen, por la misma razón un beneficio general, no significa que se establezca la presunción de valorización y menos aún que se aplique este criterio a todos los predios de la ciudad indiscriminadamente.

En efecto, el Concejo Distrital tiene facultad para calificar determinadas obras como de interés público y el Artículo 1° del Acuerdo 16 de 1990 se limita a establecer que los conjuntos de obras de interés público, de amplia cobertura, relacionados con el sistema vial general de la ciudad generan un beneficio general, como consecuencia propia de la obra y por tratarse de obras de amplia cobertura para toda la ciudad, se pretende que mediante un único procedimiento administrativo se realice una sola operación de liquidación del gravamen, al contrario del sistema de liquidaciones aisladas que se aplica para obras de alcance restringido, inmediato y definido.

Tampoco es cierto que la contribución de valorización se extienda indiscriminadamente a todos los predios de la ciudad, ya que el acuerdo demandado, en sus artículos 3° y 4° se refiere a la zona de influencia y a la distribución de la contribución según el tipo de beneficio que reciba el predio, teniendo en cuenta la categoría del predio, de acuerdo a su destinación y el beneficio general; relativo, que a su turno se califica como beneficio mayor, medio, menor, mínimo y nulo. Es decir que se liquida la contribución en forma particular enfrente a cada predio, según los grados en que se presente el beneficio.

Todo lo anterior indica que no se establece una presunción de gravamen de valorización y menos aún, en forma generalizada e indiscriminada para toda la ciudad en el acuerdo demandado; como tampoco es exacto que la base de la contribución sea la plusvalía y por lo tanto, no se da la alegada violación del artículo 9 del decreto 1604 de 1966, el cual por lo demás no es el fundamento de los actos demandados, tal como ya se anotó.

En relación con la ley 1° de 1943, también citada por los demandantes como violada, afirma que el artículo 18 de dicha ley fue derogado por el artículo 9° del decreto 1604 de 1966 y en consecuencia si no está vigente enfrente al sistema tradicional de la valorización, menos aún puede invocarse frente la mecanismo especial del gravamen de valorización utilizado por el acuerdo 16 de 1990, que se fundamenta en el artículo 18 del decreto 1604 de 1966 en armonía con el decreto 868 de 1.956 que son autorizaciones y mecanismos legales distintos, por lo cual no existe la alegada violación de artículo 18 de la ley 1° de 1943.

Como los demandantes no expresan ningún concepto de violación de los artículos 13 numeral 2° del decreto 3133 de 1968 y del artículo 1° de la ley 25 de 1921, no es posible desvirtuar los cargos de violación pero resultan varios los planteamientos relativos a la evolución legislativa de la materia para concluir que no pueden darse las violaciones propuestas.

3. LA SENTENCIA APELADA

El tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia proferida el 11 de Septiembre de 1992, declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y negó las pretensiones de la demanda por considerar, en primer término que "no cabe la menor duda e interpretando la demanda que implícitamente se estaba indicando como parte demandada al Distrito Especial de Bogotá" y así lo entendió el representante judicial del Distrito, ya que no solo se notificó del auto admisorio de la demanda, sino que se constituyó formalmente en parte y en cuanto a la controversia de fondo, se consideró que no se daban las violaciones alegadas por las siguientes razones:

- No se da la violación de los artículos 43 y 197-2 de la C.N., si se tiene en cuenta que el Concejo Distrital para expedir el Acuerdo demandado, invocó como sustento jurídico, no solo las normas citadas por los demandantes, sino otras disposiciones tales como el acuerdo 7 de 1.987, las leyes 195 de 1936 y 333 de 1968, citadas en su encabezamiento y según su artículo 13 de ley 9 de 1.989, el decreto 868 de 1956 y los acuerdos 6 de 1990 y 2 de 1980.

- En relación con la alegada incompetencia del Concejo para expedir el Acuerdo demandado, el a quo considera que el Concejo Distrital sí es titular de dicha competencia, a la luz de los artículos 43 y 197-2 de la C.N., en concordancia con el artículo 13-2 del decreto 3133 de 1968. Y en cuanto a que se trata de un impuesto disfrazado afirma que la contribución es una especie de retribución por la obra realizada y en el acuerdo demandado, se contempla una distribución cuantitativa de la contribución teniendo en cuenta que es un plan de obras que contempla lotes urbanos y suburbanos, los cuales se determinan en forma equitativa, mientras que los impuestos son exacciones que no tienen correspondencia con beneficio alguno para el contribuyente.

- En cuanto a la violación de los artículos 18 de la ley 1 de 1943 y 1 y 9 del decreto 1604 de 1966, el Tribunal considera los argumentos precisados en los apar-

tes anteriores, ya que a su juicio, el Concejo Distrital si tenía competencia para señalar los predios sobre los cuales recae el cobro de la valorización, teniendo en cuenta el beneficio que ella produzca a los inmuebles que deben gravarse, con fundamento en la ley 25 de 1921, el decreto 868 de 1956, el decreto 1604 de 1966 y el decreto 1394 de 1970.

- Luego de referirse a la evolución legislativa sobre el tema llega a la conclusión de que no se dan las violaciones propuestas en la demanda y que el Concejo Distrital si tenía facultad para expedir el Acuerdo demandado y por ello, no pueden prosperar las peticiones de la demanda.

La sentencia apelada tiene un salvamento de voto de quien considera que las pretensiones de la demanda han debido prosperar y una aclaración de voto de quien compartiendo la decisión considera insuficientes las consideraciones que la sustentan, especialmente en cuanto a la naturaleza del tributo cuya legalidad se acepta.

La anterior providencia fue objeto de dos salvamentos de voto.

La Doctora MARIA INES ORTIZ BARBOSA, quien en las firmas de la sentencia aparece con salvamento de voto, en su escrito manifiesta que lo aclara, por cuanto comparte la decisión, pero estima que las consideraciones no fueron suficientes en lo relativo a la naturaleza del tributo cuya legalidad se acepta frente a las pretensiones y en lo que hace referencia a la efectividad del impuesto decretado por el Concejo Distrital.

En cuanto al primer aspecto, precisa que la nominación del tributo, tal como lo establece el acuerdo demandado no obedece a la definición doctrinaria como contribución, pues no se sujeta al régimen propio de ella, en cuanto no representa necesariamente un beneficio directo para el dueño del inmueble obligado a cubrirla, ni implica contraprestación alguna, sino que se trata de un impuesto como prestación obligatoria que debe pagar el contribuyente propietario del inmueble y cuyo producto debe ser utilizado para el desarrollo de las obras públicas del Distrito, dentro del plan adoptado por el Concejo.

En relación con el segundo aspecto de su desacuerdo, considera que, cuando se habla de un plan de obras se entiende el conjunto de medidas adoptadas para la ejecución de un proyecto que como tal no sido ejecutado y que se pretende hacer en el término estipulado. Y en el caso de autos se advierte que varias de las obras propuestas en el plan bienal ya habían sido ejecutadas y entonces, a través del impuesto autorizado por el acto demandado, no se podrá ejecutar lo ya realizado.

Considera que el plan Bienal en lugar de desarrollar un plan de obras que debe realizarse con el impuesto recaudado, tiende a suplir el déficit ocasionado por las obras ejecutadas antes de la expedición del acuerdo, lo cual, en su opinión es contrario al espíritu del artículo 6 del decreto 868 y por lo tanto no podrá cobrarse el impuesto con base en obras ejecutadas y no cobradas.

Por su parte, el Doctor JULIO CORREA se manifiesta en desacuerdo con la tesis mayoritaria y en su escrito de salvamento de voto se refiere a la contribución de mejoras o de valorización para afirmar que el acuerdo demandado la desnaturaliza al crear un impuesto territorial, en frente a lo dicho por los estudiosos sobre la materia, en el sentido de que la contribución de mejoras o de valorización es una "tasa de contrapartida de parcial equivalencia, en la cual el beneficio se capitaliza y los propietarios de los inmuebles aledaños a la obra que han recibido un beneficio privado y particular, deben pagar una erogación referente al costo de la obra y con el fin de compensar un enriquecimiento sin causa".

Considera que de acuerdo con el decreto 868 de 1956, el cual se refiere a una contribución especial de valorización que exige la existencia previa de un plan y en el caso de autos se esta cobrando por obras ya ejecutadas , con lo cual se infringen normas superiores.

Agrega que a su juicio el termino "general "esta mal utilizado en el Acuerdo demandado, ya que "llevaría a un impuesto sobre la tierra y en consecuencia debe anularse".

4. EL RECURSO DE APELACION

No fue interpuesto por la parte actora, sino por los señores SIMON CASTRO BENITEZ y JOSE DULFO ROJAS CEPEDA quienes al hacerlo solicitan ser reconocidos como parte coadyuvante de la demanda y fueron reconocidos como tales en el mismo auto que concedió el recurso.

4.1. Sustentación del recurso de los señores SIMON CASTRO y JOSE DULFO ROJAS CEPEDA

Solicitan se revoque el numeral 2 de la sentencia apelada que niega las pretensiones de la demanda, con fundamento, en primer término en el salvamento del voto del Magistrado Julio Correa y en segundo lugar porque el acuerdo demandado es ilegal, ya que desconoce el artículo 3, inciso 2 de la ley 9 de 1989, según el cual, solamente dentro de los primeros 10 días del mes de Noviembre del primer año de sesiones del Concejo Distrital podrá el Alcalde presentar proyectos de Acuerdo sobre planes de desarrollo y el proyecto en cuestión no cumplió con este requisito. Para probar lo anterior adjuntan una certificación del Secretario del Concejo Distrital, según la cual el proyecto en cuestión fue presentado el 15 de Agosto de 1.990.

Por otra parte, afirman que el acuerdo demandado en su artículo 3 "da normas para los acuerdos del futuro" lo cual no es jurídicamente posible, ya en esas pautas para los Acuerdos las puede establecer la ley, pero no hay acuerdos jurídicamente superiores a otros.

5. ALEGATOS FINALES

5.1. Alegato del Doctor ANTONIO BUSTOS ESGUERRA, Personero del Distrito Especial de Bogotá.

Se refiere, en primer término, a los antecedentes legislativos de la contribución de valorización y entre ellos cita la ley 195 de 1936, la ley 113 de 1937, la ley 63 de 1968, la ley 1 de 1943, la ley 25 de 1959 y el decreto 1604 de 1966 y precisa que el acuerdo demandado no estableció la valorización de manera indiscriminada, toda vez que hay zonas, como la correspondiente a la Alcaldía Menor de Sumapaz, que fueron eximidas de la contribución en su totalidad. Agrega que el cobro de la valorización tomó en cuenta los estudios y análisis de las zonas de influencia para no gravar predios que no reciben beneficio por las obras, además de que la facturación y cobro de la contribución se hace con una serie de parámetros y valores, partiendo del grado de beneficio mayor o menor que produzca individualmente el conjunto integral de obras a los inmuebles gravados.

El acuerdo demandado precisa unos parámetros para individualizar el beneficio y para obtener los coeficientes de distribución de la contribución, se tienen en cuenta factores como los estratos en que se encuentran clasificados los predios, la clase o destinación del inmueble, el grado de movilización mediante el fácil acceso a las diferentes vías de comunicación que conforman la malla vial de la ciudad y el mejoramiento del espacio público, todo de acuerdo con el decreto 868 de 1956.

Anota que el acto demandado consagra, como hecho generador del gravamen, el beneficio que reciben los inmuebles por la construcción de una obra o conjunto de interés general. Lo anterior de acuerdo con los principios del derecho tributario. Cita al respecto conceptos doctrinarios y precisa que, con la expedición del decreto 868 de 1956, se modificó el sistema de valorización del beneficio concreto e individual para darle paso al de beneficio general, al permitirle a las autoridades locales ponderar objetivamente los factores de financiación de grandes obras , ampliando el radio de acción, ya que por sus altos costos no podrían ser asumidas por un número reducido de contribuyentes beneficiados directa y específicamente.

Precisa que la contribución de valorización está contenida en un conjunto de normas que deben ser interpretadas sistemáticamente.

Insiste en que hay un punto básico en el acto demandado que es que no se trata de cobrar valorización por una obra, sino por un conjunto de 260 obras que interconectan en toda su extensión las vías de la ciudad e incrementan los beneficios de las obras existentes, optimizando en un todo la red vial distrital.

Si se cobrara obra por obra, un inmueble podría resultar afectado una y varias veces en mayor o menor grado, en razón de las diferentes obras proyectadas y por ello, para dar viabilidad al plan vial, se utilizó el mecanismo autorizado por lo cual se reducen los costos de administración a un 12%, del 30% autorizado por el Decreto 868 de 1956, en la forma proyectada por la ley y el predio que resulte beneficiado por varias de las obras, no paga sino por aquella que obtenga el beneficio mayor, siempre dentro del principio de la proporcionalidad y equidad, y de acuerdo con el grado de beneficio y los factores previstos en el acuerdo demandado, para determinar su coeficiente y de acuerdo con éste el monto del gravamen a su cargo.

Cita el artículo 2° del decreto 1394 de 1970, reglamentario del decreto 1604 de 1966, para afirmar que es posible distribuir el gravamen por la totalidad de la obra por sectores de la misma o por varias obras que integran un plan de desarrollo y, por lo tanto, el alcance del artículo 1° del decreto 1604 de 1966, no puede entenderse limitado al cobro de valorización exclusivo por una sola obra. Y por la misma razón es que el artículo 73 del mismo decreto 1604 de 1966 consagró la posibilidad de que, si un inmueble resulta beneficiado por la construcción de varias obras que forman parte de un plan de obras o de una etapa del plan vial, el gravamen total podrá liquidarse como si se tratara de uno solo.

Lo anterior indica que no existe prohibición legal para realizar varias obras por el sistema de valorización, lo que sucede es que por no existir plan ni presupuesto de inversión suficiente, las obras se han venido ejecutando aisladamente.

Ahora, con la exigencia de la ley de reforma urbana de que los Alcaldes deben presentar un plan bienal que oriente su gestión, en Bogotá, el Alcalde presentó un plan vial y el Concejo Distrital lo aprobó mediante el Acuerdo 19 de 1990, el cual recoge obras de gran envergadura, que permitirán el desarrollo adecuado de la ciudad.

Y aunque el acuerdo denominó el sistema de valorización por beneficio general, no es cierto que se vayan a cobrar de manera indiscriminada a predios que no reciben beneficio alguno y por eso en su artículo 3 dispuso que la contribución solo se distribuirá en la totalidad del área urbana beneficiada.

Afirma que el acuerdo demandado cumple con los requisitos exigidos por el artículo 313 de la Constitución vigente, en cuanto precisa los sujetos activos y pasivos del gravamen, los hechos y las bases gravables. Así precisa quienes son los sujetos pasivos al discriminar los predios en residenciales, comerciales, industriales, institucionales, lotes o suburbanos, precisando también los porcentajes de absorción y ponderación de acuerdo con los estratos y los diferentes grados de beneficio. El hecho generador de la contribución, el beneficio y la base gravable se establecen en su artículo 4° parágrafo 2 y las tarifas respectivas en el parágrafo 3 del mismo artículo 4, regulando de acuerdo con la memoria técnica las formas de liquidación.

Luego de transcribir algunos artículos del Decreto 1604 de 1966 insiste en que no fueron desconocidos por el acto demandado, toda vez que este, de acuerdo con conceptos doctrinarios cambio el concepto de interés público local por el de interés público general y esto fue lo que desarrollo el Acuerdo 16 de 1.990, sin desconocer el principio de la proporcionalidad, creando un sistema muy completo para definir las zonas de influencia, es decir aquellas en las que se recibirá el beneficio real, de acuerdo con los diferentes grados que al respecto estableció.

En relación con la alegada violación de la ley 1 de 1.943, insiste en que dicha ley solo tuvo vigencia hasta junio de 1966, fecha en la que se expidió el decreto 1604 que la derogó y por lo tanto no puede fundarse la nulidad del acuerdo demandado en una forma que ha desaparecido del mundo jurídico.

Pero, ademas agrega que el decreto 1604 no consagró el cobro de la valorización, con base en el mayor valor de los predios que consagraba la norma derogada, sino que tuvo en cuenta el factor beneficio el cual ya había sido previsto desde la ley 25 de 1921 y fue desarrollado por el acuerdo demandado.

Hace luego un análisis de los antecedentes legislativos tanto a nivel nacional, como local del acuerdo demandado y se refiere al artículo 3 de la ley 25 de 1.921, la ley 195 de 1.936, la ley 1 de 1943, el decreto 868 de 1.956, el decreto 1604 de 1.966, el decreto 1394 de 1.970, el acuerdo 7 de 1.987, el Acuerdo 16 de 1.990, para concluir luego de su análisis cuidadoso a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, que el sistema adoptado por el acuerdo demandado no es nuevo ni diferente a los prescritos por las normas de orden superior, ya que éstas previeron expresamente la distribución de la contribución por beneficio general por ejecución de un conjunto de obras.

Se refiere a continuación a la sentencia apelada y cuestiona los argumentos expuestos en los salvamentos de voto de los magistrados Doctores Julio Correa y María Inés Ortiz.

Y en cuanto al argumento nuevo, propuesto en el recurso de apelación, relacionado con la presentación inoportuna del proyecto de acuerdo por parte del Alcalde del Distrito, anota que el término previsto en la ley 9 de 1989 a que se hace referencia es un término límite más no restrictivo, y en el caso de autos, el proyecto se presentó el 15 de agosto de 1990, el debate se surtió en la comisión del plan y luego fue aprobado en la plenaria y sancionado por el Alcalde Mayor en octubre de 1.990, es decir que se cumplieron los trámites de rigor en su expedición.

5.2. Alegato del Doctor HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE. Apoderado del Alcalde Mayor de Bogotá.

El señor apoderado del Alcalde Mayor de Bogotá presenta su alegato de conclusión en la segunda instancia en los términos que a continuación se sintetizan.

En primer término, hace referencia a los planteamientos fundamentales de la demanda, a la sentencia apelada, al salvamento y a la aclaración de voto, y a los argumentos de los apelantes, para luego precisar minuciosamente, lo relativo a la estructura normativa de la valorización, su evolución legislativa, el crecimiento urbano y la planificación como factores esenciales de la contribución por valorización, el concepto de beneficio, las grandes obras públicas y el interés público.

A continuación, analiza las supuestas violaciones alegadas, citando en primer término; el decreto 1604 de 1966 para afirmar que esta norma es la culminación de la evolución legal de la contribución de valorización, ya que precisa los fundamentos esenciales de dicho sistema fiscal, llena los vacíos de su regulación deroga la mayoría de las disposiciones legales anteriores sobre la materia, conserva el sistema fiscal previsto por el decreto 868 de 1956, haciédolo opcional para los municipios y generaliza la contribución de valorización para obras urbanas y rurales en todos los niveles de la administración pública.

Anota que, si bien el artículo 1o. del decreto 1604 de 1966 se refiere al artículo 1o de la ley 25 de 1921, lo hace con el sentido de ratificar y cumplir sus principios; en efecto, del concepto de, "**obras de interés público local**", se pasa al de "**todas las obras de interés público**", que es un criterio moderno y mucho más amplio con especiales connotaciones jurídicas en la estructura y desarrollo de la contribución de valorización, tal como se expresa en uno de sus considerandos, cuando dice: "Que toda obra pública, para que tenga justificación técnica y económica, debe traer beneficios a la comunidad, en consecuencia, por lo menos parte de estos beneficios deben reintegrase al erario, para la financiación de la misma o de otras similares".

Dicho decreto, junto con el 868 de 1956, acoge los conceptos de interés general, planificación de grandes obras, desarrollo urbano y beneficio de la comunidad, como pilares de la contribución de valorización y así, las obras de interés público siempre conciernen a toda la comunidad y, en general, la benefician, y lo será en mayor grado tratándose de grandes obras públicas de amplia cobertura.

El anterior concepto, de obras de interés público, implica la modificación del concepto del beneficio de la propiedad inmueble como consecuencia de ellas.

Afirma que el decreto 1604 de 1966, no consagra un sistema único de contribución de valorización, sino establece el mecanismo opcional de su artículo 18, en que se refiere al decreto 868 de 1956 que es un sistema de contribución de valorización mixto, que fue el adoptado por el acto demandado, confirmando lo expuesto en relación con la no existencia de una diferencia tajante entre el impuesto y contribución, como para exigir una contraprestación directa e inmediata del Estado, o plusvalía, como lo plantea la demandante.

En relación con el desconocimiento del artículo 9 del decreto 1604 de 1966, insiste que dicho decreto adopta, para efectos de la contribución de valorización y el beneficio correlativo, el criterio de "**todas las obras de interés público**", que es la respuesta legislativa a las necesidades del desarrollo del país en general, y en especial a los requerimientos del crecimiento urbano, que exige no ya, la ejecución de obras restringidas a un barrio o sector de la ciudad, sino obras que beneficien al conjunto de la megalópolis, dentro de los fenómenos conocidos de conurbanismo.

Evolución que implicó la evolución de concepto del beneficio que recibe la propiedad raíz con motivo de la construcción de obras, que imperó durante la primera mitad de este siglo, fundamentado en el mayor valor que recibiera el predio o plusvalía y es precisamente el artículo 9° del decreto 1604 de 1966, el que establece que, la base impositiva de la contribución tendrá como límite máximo el costo de la obra y que para efectos de la liquidación se acoge el criterio genérico del beneficio que produzca la obra al inmueble que ha de ser gravado. Dicho artículo no utiliza el concepto de mayor valor o plusvalía, sino la expresión genérica de beneficio, sin calificarlo necesariamente con una connotación económica.

Se refiere a la definición gramatical de beneficio como la utilidad o provecho que se obtiene con algo o el mejoramiento de una causa y precisa que existen varias

clases de beneficios que pueden mejorar objetiva o subjetivamente algún bien o sus calidades y condiciones pudiendo ser dicho beneficio, actual o futuro. Así mismo, dentro de los criterios modernos de desarrollo urbano la inmediación o vecindad con la obra se deslinda del concepto de beneficio tradicionalmente entendido.

También, con el concepto de beneficio, guarda estrecha relación la clase de obra que se pretenda construir mediante el sistema de contribución de valorización, ya que puede presentarse, que además del interés público que envuelve la ejecución de toda obra, ésta implica un beneficio general para toda la comunidad y para todos los predios de la ciudad y por lo tanto, el concepto de interés general o público, es el criterio vigente en nuestra legislación desde 1966 para apreciar el beneficio que producen la obras correspondientes. Por lo anterior, puede afirmarse que el artículo 9 en comento, supero el criterio de la plusvalía o mayor valor que reciba un predio con la construcción de una obra pública, como único factor determinante del beneficio.

Pero además de lo anterior, anota que el Concejo de Bogotá utiliza las autorizaciones legales, contenidas en el artículo 18 del citado decreto 1604 de 1966 y en el Decreto 868 de 1956, en las que los conceptos de beneficio y base impositiva de la contribución, son diametralmente opuestos y se articulan con otros mecanismos diseñados concretamente para el tipo de obras que el plan bienal se propone desarrollar, dentro del criterio del beneficio general de la comunidad.

Según dicho artículo 18, las disposiciones de los artículos 1 a 6 del decreto 868 de 1956 son de aplicación opcional para los municipios, como opcionales son los mecanismos allí previstos para la liquidación y cobro de la contribución de valorización. Y el acuerdo 16 de 1990 se fundamenta en los citados artículos 1 a 6 del decreto 868 de 1956 y para efectos de la liquidación y cobro, haciendo uso de la opción que le otorgó el artículo 18 del decreto 1604 de 1966, adopta un mecanismo mixto de beneficio general (artículo 2 decreto 868 de 1956) y beneficio general relativo y particular propio del sistema tradicional de contribución de valorización.

El hecho de que el artículo 1° del acuerdo demandado califique las obras que constituyen una unidad de conjunto como de interés público y que éstas, por la misma razón impliquen un beneficio general, no significa que se establezca la presunción de valorización y menos aún que se aplique este criterio a todos los predios de la ciudad indiscriminadamente.

El Concejo Distrital está facultado para calificar determinadas obras como de interés público, de acuerdo con el decreto 1604 de 1966 y el artículo 1 del acuerdo 16 demandado, se limita a establecer que los conjuntos de obras de interés público, de amplia cobertura, relacionados con el sistema vial general de la ciudad, generan un beneficio general, lo que es una consecuencia de la naturaleza propia de la obra y por tratarse de obras de amplia cobertura para toda la ciudad, se pretende que mediante un único procedimiento administrativo se realice una sola operación de liquidación del gravamen, en oposición al sistema de liquidaciones aisladas que era viable en obras de alcance restringido, inmediato y definido.

Al analizar los artículos 3° y 4° del acuerdo demandado, se establece que no es válida la crítica en el sentido de que se gravan todos los predios de la ciudad. En efecto, el artículo 3° se refiere a la zona de influencia y el 4 a la distribución de la contribución, según el tipo de beneficio que reciba el predio, teniendo en cuenta la categoría del predio de acuerdo a su destinación y el beneficio general relativo que a su turno se califica como mayor, medio, menor, mínimo y nulo. Es decir que el acuerdo demandado prevé la liquidación de la contribución en forma particular frente a cada predio según los grados de beneficio, lo cual lo aleja del concepto de impuesto y permite afirmar que no es cierto que se establezca de manera indiscriminada y generalizada la contribución de valorización para toda la ciudad.

En relación con el artículo 18 de la ley 1 de 1943, precisa que dicha ley integró y articuló diversos mecanismos que permitieron la aplicación de la contribución de valorización, la cual, hasta dicha fecha no había sido muy utilizada por los municipios.

Luego de referirse a las diferentes previsiones de la ley 1 de 1943 y a sus alcances, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en sentencia del 26 de julio de 1945, precisa que el artículo 18 de dicha ley fue derogado, por el ya analizado artículo 9 del decreto 1604 de 1966 el cual estableció, de nuevo, como límite de la contribución, el costo de la obra y volvió a utilizar la expresión genérica de beneficio que ella (la obras) produzca a los inmuebles que han de ser gravados y no el mayor valor a que se refirió el artículo 1 de la ley 1 de 1943.

Por todo la anterior, si incluso frente al sistema de contribución de valorización tradicional, no estaba vigente la ley 1 de 1.943, menos aún puede invocarse frente al mecanismo especial del gravamen de valoración consagrado en el acuerdo 16 de 1990, que se fundamenta en el artículo 18 del decreto 1604 de 1966, en armonía con el decreto 868 de 1956 que son autorizaciones y mecanismos legales diferentes.

Añora que la demandante no precisa el concepto de violación del artículo 13 numeral 2 del decreto 3133 de 1968 ni del artículo 1 de la ley 25 de 1921 y por ello no tiene elementos de juicio para desvirtuarlos pues de acuerdo con las consideraciones anteriores dichas violaciones no existen.

Además, en la solicitud de suspensión provisional, la demandante solamente enfrenta el acto demandado con los artículos 1 y 9 del decreto 1604 de 1966 y con el artículo 18 de la ley 1 de 1943, respecto de las cuales ya se precisó que no solamente no se dan las violaciones invocadas, sino que el acto impugnado las desarrolla adecuadamente.

Como CONSIDERACIONES ADICIONALES el memorialista agrega algunos comentarios respecto del salvamento de voto y de los argumentos de los apelantes.

En relación con el salvamento de voto afirma que lo mismo que la demanda, yerra al examinar la naturaleza jurídica del tributo consagrado en el acuerdo demandado al considerarlo como un impuesto, porque mientras la doctrina entiende por

impuesto una erogación pecuniaria directa y definitiva, sin contraprestación inmediata a cargo de los sujetos del gravamen, como en el caso del impuesto de renta y complementarios, en el acto acusado la contribución de valorización tiene una causa inmediata y se justifica por la contraprestación directa que recibe el propietario del inmueble: el beneficio mayor o menor de su propiedad y se le cuantifica el monto de lo que debe contribuir por esa valorización en proporción a las condiciones económicas, sociales y funcionales del bien beneficiado. Por ello no puede afirmarse que el acto acusado ha establecido un impuesto.

Agrega que otra de las características del impuesto es su falta de equivalencia entre su monto y el eventual beneficio del contribuyente y en el artículo 1 del acuerdo 16 de 1990 se define que el gravamen será en relación y proporción del beneficio que reciben los predios, ya que dispone que la valorización se causa por el beneficio general que causen los conjuntos de obras de interés público.

En este aspecto agrega que además el artículo 44 del acuerdo 7 de 1987 dispone la distribución del gravamen de acuerdo al tipo de beneficio y en la proporción que establezca el Concejo de Bogotá al aprobar el plan de obras y por su parte el artículo 4 del acuerdo 16 establece que la distribución de la contribución de valorización se hará teniendo en cuenta el tipo de predio, su categoría y el beneficio general relativo producido por la obras.

La contrapartida de la contribución es entonces directa y equivalente a la ventaja derivada de los beneficios producidos por la obras, justamente lo opuesto de las notas características del impuesto.

En relación con los cuentionamientos planteados por los apelantes, el señor apoderado del Alcalde Mayor de Bogotá, anota que el artículo 14 del acuerdo 16 de 1.990, no ha sido demandado y por ello considera que con su cuestionamiento se pretende omitir una instancia. Esta sola consideración bastaría para desechar el estudio de la legalidad de dicho artículo, pero es que además en ninguna de las normas demandadas se establece el plan general de Desarrollo de Bogotá, por lo cual la restricción temporal prevista en la ley 9 de 1989 para que este tipo de proyectos sean presentados por el Alcalde Mayor al Concejo, no existe respecto del que se refiere a la contribución de valorización y al plan bienal de obras, que aunque pueden y deben hacer parte del Plan General de Desarrollo no está sujeto a esas limitantes.

Por lo demás, el Concejo distrital bien puede modificar, adicionar o corregir el Plan Bienal de Obras, al adoptar el Plan General de Desarrollo.

En relación con el argumento "inusitado", de que el acuerdo dispone para el futuro recuerda que es criterio general de la doctrina, la jurisprudencia y la legalización que los actos administrativos no rigen para el pasado y en cuanto a que priva de competencia futura al Concejo, afirma que no es ese el sentido ni el alcance del inciso 3 del artículo 4 acusado, porque allí se ordena que el Concejo determinará la

proporción del monto distribuible que corresponde a cada categoría a los predios en cada plan bienal de conformidad con las tablas que el acuerdo establece, pero no puede hacerse decir al acto acusado que el impone al Concejo la adopción de ese principio ya que el acuerdo supone la vigencia de las tablas de absorción del monto distribuible en el futuro, el no contempla ni ordena su intangibilidad, ni priva de competencia al Concejo para modificarlos o cambiarlos, que fue el errado entendimiento que le dieron los apelantes.

Insiste en que este argumento no fue planteado en la primera instancia, lo que constituye una violación al debido proceso, lo que debe dar lugar a una inhibición del juzgador para examinar, las cuestiones sorpresivas planteadas solo en la segunda instancia.

Concluye que el acuerdo acusado no establece un impuesto de base territorial sino una contribución calculada sobre la base del beneficio general y relativo de cada predio, que se ajusta a las diferentes normas legales que regulan la materia, específicamente a los decretos 868 de 1956 y 1604 de 1966.

Finalmente precisa que el decreto 868 de 1956, supedita el cobro de la contribución a la existencia de plan de obras pero no establece que aunque ejecutadas y producido el beneficio sobre los predios, no puede exigirse el pago y en cuanto a la asignación del 20% del recaudo para obras de beneficio social, precisa que está ligado a ejecución de obras y vías localizadas exclusivamente en los barrios de estratos 1, 2, y 3, lo que se ajusta al texto y espíritu de la Constitución y de los decretos 828 de 1956, artículos 1 y 2 y 1604 de 1966, artículo 2.

Solicita se confirme la sentencia apelada.

5.3. Alegato del Doctor GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ, Apoderado del Instituto de Desarrollo Urbano.

Se remite a sus escritos presentados al contestar la demanda y al alegar de conclusión en la primera instancia.

Reitera que el gravamen creado por el acto acusado no es un impuesto directo, sino una contribución tal como allí se denomina pues los inmuebles afectados recibirán un incuestionable beneficio económico por su valorización, así como beneficios sociales resultantes de la utilización de vías públicas, en cuanto tendrán repercusión en el mercado , el trabajo y hasta el nivel de vida de la comunidad.

Por lo anterior no resulta válido el argumento de la demanda de que el Concejo Distrital no tiene competencia para crear un impuesto, ya que además como lo precisa la sentencia apelada el Acuerdo demandado se fundamenta en el artículo 43 de la C.N., las leyes 195 de 1936 y 33 de 1968, el decreto 1604 de 1966, el decreto 868 de 1956 y los acuerdos distritales 7 de 1987, 6 de 1990 y 2 de 1980, estatutos en los cuales se encuentra la competencia del Concejo para expedir el acto demandado.

El beneficio general a que se refiere el acto demandado, está consagrado en el decreto 868 de 1956, además que el concepto de valorización por beneficio general había sido consagrado en el acuerdo distrital 7° de 1987.

En cuanto al artículo 1° de la ley 25 de 1921, afirma que la demanda no precisó las razones de su cargo.

Y en cuanto a la violación de los artículos 1 y 9 del decreto 1604 de 1.966 afirma que no se da, pues en dichas normas se incluye tanto el beneficio general como el particular, si es que con éste se pretende identificar lo "local". Y con la simple lectura del artículo 4 del acto demandado se establece que no se da la alegada violación del artículo 9 del decreto 1604 de 1966, toda vez en él se dispuso tener en cuenta entre otros factores las categorías de predios, el beneficio general relativo y la absorción del monto distribuible . Así se llega al beneficio individual y en correspondencia al gravamen de cada predio.

Tampoco el acuerdo violó el artículo 18 de la ley 1 de 1943 ya que el mayor valor no es el único factor determinante del gravamén, sino que se deben tener en cuenta otros factores y al referirse a los predios favorecidos con las obras de servicio público está tomando en plural las obras y los predios favorecidos en ellas.

Repite que el decreto 868 de 1956 consagró el sistema de valorización por beneficio general, el cual garantiza la realización de planes de vías en las grandes ciudades.

Insiste en que el caso de Cartagena citado en la demanda es diferente del que ella plantea y solicita que se confirme la sentencia apelada, toda vez que interpretó jurídicamente la ley aplicable.

5.4. Alegato de la doctora MARGARITA OLAYA DE OBANDO Procuradora Sexta delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

En primer término, anota la señora representante del Ministerio Público que los puntos en los cuales se basa la apelación, son en su mayoría diferentes a aquellos planteados en la demanda y por lo tanto diferentes de aquellos respecto de los cuales tuvieron la oportunidad de pronunciarse, tanto la parte demandada como el fallador de instancia. A juicio de la Procuraduría no es posible aceptar la variación del marco dentro del cual se centro la litis, el cual está dado desde un comienzo con la demanda, y esto aun tratándose de una acción de nulidad, pues de lo contrario se desconocería el derecho de defensa de la demandada y equivaldría a formular una nueva demanda o a corregir extemporáneamente la presentada y pretender que sea resuelta sin el procedimiento previo de notificación, controversia, aporte de pruebas, etc.

Por lo anterior es partidaria de que sólo se estudien los motivos de inconformidad con los fundamentos jurídicos de la sentencia que fueron esgrimidos desde un comienzo y respecto de los cuales existió controversia en el transcurso del juicio.

Afirma que el acto acusado no viola las normas constitucionales y legales citadas en la demanda porque:

- El acuerdo demandado fue expedido con base en claras disposiciones legales como lo son el decreto 868 de 1956, al cual remite el artículo 18 del decreto 1604 de 1966 reproducido por el decreto 1333 de 1986, al señalar que las disposiciones de los artículos 1° a 6° del decreto 868 citado son de aplicación opcional para los municipios a que dicho decreto se refiere.

- El acuerdo demandado no viola el artículo 1° de la ley 25 de 1921 pues si bien es cierto que dicha ley consagró la noción de obras de "interés público local", no es menos cierto que tal noción varió y el artículo 4 del decreto 868 de 1956 se refirió a "obras de interés público", ampliando así el concepto y permitiendo que se cobre contribución de valorización a los propietarios de inmuebles que por una u otra razón se benefician de la construcción de determinadas obras y el decreto 868 de 1956, abrió paso a la aplicación de un criterio social en el que los sectores pudientes puedan subsidiar las obras de desarrollo urbano en los sectores pobres de mínima capacidad contributiva, con la noción de plan como ordenamiento, disciplina y eficiencia de la acción administrativa.

- El acuerdo demandado consagró una serie de factores para la tasación de cada una de las contribuciones, tales como la categoría del predio, el beneficio general relativo, según la ubicación del inmueble en relación con la obra y la forma como cada una de las categorías allí señaladas deben absorber el monto a distribuir, teniendo en cuenta diferentes porcentajes, que fueron el resultado de estudios previos realizados por el IDU. Por todo lo anterior, el acuerdo demandado no crea un impuesto sino que por el contrario se trata de una contribución que compensa los costos de las obras con los beneficios que de ella recibe la comunidad.

- El acuerdo demandado fue expedido con claras competencias de las autoridades distritales para ello, de conformidad con los decretos 1604 de 1966 y 868 de 1956 y los acuerdo 7 de 1987 y 16 de 1990.

El acuerdo demandado no hace nada distinto que desarrollar el concepto de beneficio general para aquellas obras que benefician a toda la comunidad por tratarse de obras de mejoramiento de vías arterias y secundarias con miras a facilitar el transporte de los ciudadanos produciendo una mejor calidad de vida.

-El acuerdo demandado cumplió con el requisito exigido por el decreto 868 de 1956, artículo 6 , relativo a la necesidad de que exista un plan de obras ya que su artículo 2 transitorio se refiere al plan bienal 1991 y 1992, sin que el citado decreto disponga que deben ser obras futuras o que prohiba que se trate de obras ejecutadas, ya que lo importante es que formen parte de un plan general, tal como se deduce de las clasificaciones hechas del tipo de obras que conforman el sistema vial general de la ciudad capital.

Solicita que se confirme la sentencia apelada.

5.5. Alegato del Doctor GUILLERMO ROMERO GARCIA.

En esta oportunidad procesal el doctor Guillermo Romero García, presenta un memorial para coadyuvar la demanda y se refiere a la naturaleza de la acción de nulidad de acuerdo con la Constitución de 1991, al celo de algunos jueces para reconocer impugnadores y coadyuvantes, a las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con los expedientes 7952 y 7953 y al salvamento de voto de la doctora María Inés Ortiz, el cual a su juicio plantea diferencias sustanciales con las citadas providencias y luego de referirse a la posibilidad de invocar los artículos 1 a 6 del decreto 868 de 1956, toda vez que el acto demandado se refiera a obras ya ejecutadas, desconoce los artículos 345 y 353 de la Constitución según los cuales no puede haber contribución que no figure en el presupuesto de gastos.

Por otra parte se refiere a los conceptos de contribución y de impuesto, los cuales a su juicio no pueden confundirse.

Menciona, a continuación, el salvamento de voto del doctor Julio Correa y afirma que debe analizarse detenidamente sus planteamientos, los cuales acoge y resume.

En relación con la sentencia apelada en el expediente 7953 rechaza la forma en que se descalifica la providencia dictada por esta Corporación en el expediente 0384 del 20 de Enero 1989, actor Rosa Martínez por cuanto a su juicio, dicha jurisprudencia ha debido aplicarse al caso en estudio.

Cuando el expediente ya se encontraba al despacho para proferir sentencia, el doctor Guillermo Romero García, presentó un memorial en el cual destaca hechos públicos que no requieren prueba, como son a su juicio, el estudio por parte del Congreso Nacional de un proyecto de ley, en el cual se incluía el impuesto de valorización por beneficio general y que fue rechazado.

Según el memorialista, dicha actuación tiene "contundentes efectos en este proceso", porque "ha venido a viciar de ilegalidad sobreviniente el acuerdo sublimte".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con los diferentes aspectos propuestos por los demandantes, los coadyuvantes, los impugnadores y la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, la Sala procede a resolver la controversia planteada, en el sentido de establecer si podía el Concejo Distrital regular la valorización a cobrar en Bogotá, en los términos contenidos en el acuerdo demandado a la luz de las normas de carácter constitucional y legal que regulan la materia.

Tal como se anotó por esta Corporación, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del *a quo* que ordenó la suspensión provisional del acto demandado, el análisis de legalidad y constitucionalidad al respecto, no puede referirse a una sola de las normas que regulan dicha contribución, sino respecto de la normatividad reguladora de la contribución de valorización vigente y aplicable a le expedición del acto demandado. A ello procede la Sala.

La contribución de valorización ha sido objeto de regulación en diferentes normas, a las cuales se ha hecho referencia a los largo del proceso, tales como las leyes 25 de 1921, 195 de 1936, 113 de 1937, 1 de 1943, 25 de 1959 y los decretos 868 de 1956, 1604 de 1966 y 1394 de 1970 y de su análisis puede establecerse cuál ha sido el desarrollo de la legislación sobre el tema. Para efectos de resolver la controversia planteada en el caso de autos, la Sala procede a analizar las normas vigentes y aplicables al acuerdo objeto de la demanda.

En el año de 1990, se encontraba vigente y tenía plena aplicabilidad para el Distrito, en ese entonces, Especial de Bogotá, el denominado Estatuto de la Valorización, **el decreto 1604 de 1966**, el cual en su artículo 1o. dispuso que:

> "el impuesto de valorización, establecido por el artículo 3° de la ley 25 de 1921 como una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, se hace extensivo a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentos , el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios o cualquiera otra entidad de derecho público y que beneficien a la propiedad inmueble, y en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización".

Por su parte, el citado artículo 3° de la ley 25 de 1921 había establecido el impuesto directo de valorización, consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que:

> "...Se beneficien con la ejecución de obras de interés público local como limpia (sic) y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas, contribución destinada exclusivamente a atender a los gastos que demanden dichas obras".

De acuerdo con el transcrito artículo 1o. del decreto 1604, a partir de 1966 el antes impuesto, se denominó **contribución** de valorización, se hizo extensivo para **todas las entidades de derecho público** y se consagró la posibilidad de financiar **toda clase de obras (urbanas y rurales) de interés público**.

En este último aspecto, es del caso mencionar como el decreto, en comento, implica la consagración de un criterio nuevo, mucho más amplio y ya que se refiere a las obras **de interés público, (no local)**; las cuales interesan a toda la comunidad y la benefician en mayor o menor grado, tal como sucede con las grandes obras

públicas de amplia cobertura. Es claro que este nuevo criterio implicó la ampliación también del concepto tradicional del beneficio de la propiedad inmueble referido exclusivamente en el mayor valor que recibiera el predio o plusvalía y por ello, el citado decreto 1604, establece en su artículo 9 que la base impositiva de la contribución tendrá como tope máximo el valor del costo de la obra y que para su liquidación se tendrá en cuenta **el concepto genérico de beneficio que produzca la obra, sin hacer referencia exclusiva al valor económico**, como contraprestación específica a cargo del Estado.

El artículo 2° del mismo decreto 1604 de 1966 dispuso que el **establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución** de valorización se harían por la **respectiva entidad nacional, departamental o municipal** que ejecutara las obras, y el ingreso se invirtiría en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras **obras de interés público** que se proyectaren por la entidad correspondiente, todo lo cual significa que son dichas entidades de derecho público, las competentes para regular lo relativo a la forma de distribuir el gravamen, de determinar las zonas de influencia y de calificar si las obras son de beneficio general o de beneficio local y de precisar la extensión del mismo, pudiendo definir dicha extensión para toda el área urbana ó rural o una parte cualquiera de ésta o aquélla, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del mismo decreto 868 de 1956.

El decreto 868 de 1956 había regulado el tema de gravamen de valorización creando un sistema fiscal especial para la financiación de ciertos **planes de obras**, dentro del concepto de beneficio general, estableciendo su monto según diferentes categorías económicas y la capacidad de pago.

En sus artículos 1° a 6°, el citado decreto 868 de 1956, reguló específicamente la materia y dispuso que ciertos municipios podrían establecer, reglamentar, distribuir y recaudar el entonces denominado impuesto de valorización, para la ejecución de **planes de obras**, tanto en **áreas rurales como urbanas**, mediante un procedimiento especial de liquidación y distribución, con base en la **capacidad económica de la tierra**, establecida mediante coeficientes según su nivel o valor económico.

Y esta última previsión, en el sentido de que la liquidación y distribución del gravamen puede hacerse con base en la capacidad económica de la tierra, establecida por coeficientes iguales para zonas de un mismo nivel o valor económico, amplía el criterio tradicional del cobro de la valorización, en consideración al beneficio económico individual del predio que resulta afectado favorablemente con la obra pública que se financia, toda vez que cuando se trate de un **plan de obras**, entra a operar el concepto de **beneficio general** y dentro de éste se precisará el beneficio individual de acuerdo con los citados coeficientes, los cuales permiten establecer la capacidad económica de la tierra en cada zona específicamente considerada.

La anterior previsión parte de la base de que el **beneficio general**, no excluye el **beneficio particular**, sino que por el contrario lo recoge y en el sistema previsto en el decreto 868 de 1956 se ordena que se gradúe y precise el que recibe cada predio.

Lo así previsto encuentra su fundamento, en la obligación que tiene el Estado de satisfacer las necesidades públicas y de ejecutar grandes obras públicas que son de interés general de la comunidad y enmarcadas dentro de planes y programas, tienen incidencia en toda la ciudad e implican un beneficio general para todos los asociados, quienes por esta razón deben contribuir en proporción al beneficio recibido, graduado en razón del costo y de sus capacidades económicas. Obras que en razón de sus costos, no podrían ser financiadas a través de la aplicación del sistema tradicional de valorización.

Dentro del marco anterior, el citado decreto 868 de 1956, permite que el impuesto de valorización pueda distribuirse en la totalidad de las áreas urbana o rural, o en una parte de ellas y que los coeficientes que precisaran el valor económico de la tierra por zonas urbanas, se fijen en razón de la utilización del terreno en cada zona, los servicios públicos que las benefician, su productividad virtual, el valor comercial de los terrenos y los demás factores que permitan estimar objetivamente la capacidad económica de la tierra.

El sistema así consagrado fue recogido por el artículo No.18 del decreto 1604 de 1966 el cual dispuso textualmente:

> "Las disposiciones de los artículos 1° a 6° del decreto legislativo 868 de 1956 son de aplicación opcional para los municipios a que dicho decreto se refiere, los cuales podrán abstenerse de seguir los sistemas allí previstos para la liquidación y cobro de la contribución de valorización".

Este artículo permitió afirmar que el estatuto de la valorización contenido en el decreto 1604 de 1966, el cual recogió y culminó todo un proceso de evolución legislativa en relación con la contribución de valorización y precisó los aspectos fundamentales de dicho sistema fiscal, llenando vacíos existentes en la legislación anterior y derogando normas anteriores, no sólo no derogó ni tácita ni expresamente las previsiones especialísimas del decreto 868 de 1956, sino que la ratificó como sistema fiscal opcional para las entidades públicas a que dicho decreto se refiere y dejando, de acuerdo con su propias previsiones la decisión a los respectivos Concejos Municipales, para decidir su aplicación en la liquidación y cobro de la contribución de valorización, para obras incluidas en planes de obras de beneficio público.

El decreto 1604 de 1966, a su vez, fue adoptado como legislación permanente por la ley 48 de 1968 y posteriormente, el decreto 1333 de 1986, por el cual se expidió el **Código de Régimen Municipal**, en su artículo 44 reiteró la previsión del artículo 18 de decreto 1604 de 1966, ya transcrito.

De acuerdo con el análisis anterior, es claro para la Sala la vigencia del decreto 868 de 1956 después de la expedición del decreto 1604 de 1966 y la posibilidad de su aplicación, así como la competencia del Concejo Distrital para establecer la contribución de valorización por beneficio general.

Por su parte, el Concejo Distrital expidió el acuerdo 7° de 1987, mediante el cual se adoptó el **Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá** y en el cual consagró el sistema fiscal de la contribución de valorización con todas las posibilidades a que se ha hecho referencia, para efectos de su liquidación y cobro, es decir la aplicable para obras individuales y concretas que generan un beneficio también individual y concreto, y la aplicable para obras que forman parte de un plan que produce un beneficio general a la comunidad.

Así, luego de definir la contribución de valorización, en su artículo 2 dispone cuales obras causan valorización y precisa como tales las **obras de interés público** que beneficien a la propiedad inmueble y se refiere a las **obras, planes o conjunto de obras.**

En su título V, capítulo I, regula lo relativo a la distribución de las contribuciones y al mencionar lo relativo al costo de la obra, se refiere a los planes o conjuntos de obras, y en su artículo 45 define el concepto de costo de la **obra, plan o conjunto de obras.**

El capítulo 2, regula los métodos de distribución para las obras que causen beneficio local y el capítulo 4 se refiere a la liquidación de la contribución por beneficio general.

Luego en el artículo 73 del citado acuerdo 7 de 1987, prevé la posibilidad de efectuar una sola liquidación cuando las obras formen parte de un plan general o de una etapa de un plan vial.

El acuerdo demandado, el número 16 de 1990, adiciona y modifica el citado Acuerdo 7 de 1987 para desarrollar el concepto de valorización por beneficio general en el Distrito Especial de Bogotá y entre las normas que cita como fundamento de las facultades que ejerce el Concejo Distrital se refiere expresamente al decreto 1604 de 1966 en su artículo 13 al hacer una enumeración de las normas reguladoras del sistema de valorización por beneficio general, luego de mencionar algunos artículos de normas de carácter distrital, cita expresamente los artículos 1° a 6° del decreto 868 de 1956.

De acuerdo con lo anterior es claro para la Sala que el ConcejoDistrital a través del acuerdo demandado reguló de manera específica el sistema fiscal de valorización por beneficio general que había sido previsto en la legislación del año de 1956, sin que se hubiera aplicado, a pesar de que había sido reiterada su consagración en nuestra legislación positiva en el año de 1966 en el artículo 18 del decreto 1604 y posteriormente confirmada su vigencia en el decreto 1333 de 1986 y desarrollado su concepto a nivel distrital mediante la expedición de acuerdo 7 de 1987.

Dentro de las decisiones de nivel distrital sobre la contribución de valorización, también es del caso mencionar , el acuerdo 19 de 1990, expedido por el Consejo Distrital para adoptar el **Plan Bienal de Obras** para el bienio 1991-1992 , a reali-

zarse por el sistema fiscal de valorización opcionalmente escogido por el Distrito Especial de Bogotá, de acuerdo con las autorizaciones de carácter legal reguladoras de la contribución de valorización, para financiar un plan vial de la ciudad.

Dentro de ese marco general, el acuerdo en cuestión establece que causan valorización por beneficio general "los conjuntos de obras de interés público, de amplia cobertura relacionados con el sistema vial de la ciudad..." y en relación con la distribución de la contribución dispone en el artículo 4 que para efectos de la individualizacion del beneficio y la distribución de la contribución se tendrán en cuenta, entre otros los siguientes aspectos: categorías de precios , beneficio general relativo y absorción del monto distribuible, precisa las categorías y en el parágrafo 2 dispone que deberá determinarse también el grado de beneficio relativo que el conjunto de obras genere a la propiedad inmueble y para el efecto se refiere a áreas de beneficio mayor, de beneficio medio, de beneficio menor y de beneficio mínimo.

Lo anterior indica a la Sala que no resulta válido el argumento de los demandantes en el sentido de que el acto demandado establece una presunción general respecto de **todos** los predios para predicar que todos se benefician en la misma proporción con la ejecución de las obras, toda vez que el mismo acuerdo establece la obligación del Distrito de tener en cuenta diferentes factores para precisar el monto de contribución que corresponde a cada predio, teniendo en cuenta los diferentes factores que allí se prevén.

Tampoco resulta válido el argumento de que la contribución, así regulada, implica el cobro indiscriminado a todos los predios de la ciudad, toda vez que los artículos 3 y 4 del acuerdo demandado se refieren de manera expresa a la **zona de influencia** y a la distribución de la contribución según el beneficio que reciba el predio todo lo cual indica la necesidad de determinación individual del monto de la contribución en frente a cada predio, dentro de la zona de influencia y no la presunción generalizada que se alega; una cosa es que se considere que el conjunto de obras genera un beneficio general y otra que establezca un gravamen general e indiscriminado, lo cual no dispone el acto demandado.

Según la obra u obras que se proponga ejecutar el municipio, y en este caso el Distrito, tiene facultad para determinar su cobertura, su zona de influencia, si es de interés general o de interés local y de acuerdo con ello determinar su distribución entre los predios beneficiados y su liquidación y recaudo.

El interés público es la razón misma de existir del Estado, el cual debe buscar siempre la satisfacción de las necesidades comunes de los asociados, con base en el principio de la solidaridad social, todo lo cual justifica la autoridad del Estado, el cual define cuando se trata de una obra de beneficio general o público, porque beneficia a toda la comunidad, independientemente del mayor valor económico que genere a los diferentes predios que puedan resultar afectados.

En las grandes ciudades sus obras deben estar enmarcadas dentro de planes de ejecución de obras que afecten y beneficien a toda la ciudad y a cuya financiación

deben contribuir todos los propietarios en proporción al beneficio general que les corresponda, como única forma de lograr su adecuado desarrollo urbano.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala concluye que el Concejo Distrital tenía asignada como competencia propia, la de regular la contribución de valorización a cobrar en el distrito y de acuerdo con las normas vigentes en el año 1990, bién podía como lo hizo establecer que las obras programadas dentro del plan bienal 1991-1992, fueran financiadas por el sistema del beneficio general, en los términos previstos a nivel legal, por los decretos 868 de 1956 y 1604 de 1966.

Lo anterior, no significa que se esté dando aplicación retroactiva del acuerdo 16 de 1990, toda vez que si bien algunas de las obras a que se refiere dicho plan ya estaban para la fecha de su expedición contratadas y/ o ejecutadas, lo fueron bajo la vigencia del acuerdo 7 de 1987, el cual como ya se preciso fue adicionado y modificado por el acto demandado. Lo anterior, además de que el decreto 868 de 1956 no distingue entre obras contratadas, ejecutadas o por ejecutar, y de todas maneras el cobro de la contribución sería después de la vigencia del acuerdo 16 de 1990 y por ello serían incluidos dichos ingresos en el presupuesto correspondiente al año de 1991, por lo que en este aspecto el acto demandado se ajusta también a la legalidad.

En relación con los argumentos planteados específicamente en la sustentación de los recursos de apelación la Sala observa que evidentemente se traen planteamientos nuevos, completamente diferentes a los propuestos en las demandas y en el curso de la primera instancia y se citan normas que no se mencionaron en la demanda, lo cual seria suficiente para no tener que considerarlos en esta oportunidad procesal, sin embargo, al respecto encuentra la Sala que dichos argumentos se refieren en primer lugar a la aplicación de la ley 9 de 1989 la cual estableció un plazo para la presentación de planes de desarrollo de los municipios ante el respectivo concejo, pero dicho plazo no es aplicable para la regulación de la contribución de valorización, razón por la cual no resulta aplicable al acto demandado; en segundo lugar, en cuanto a que el acto demandado establece normas hacia el futuro, lo cual, a juicio de la Sala no es motivo de anulación de un acto administrativo, pues por el contrario, la norma general es precisamente la de que los actos administrativos producen sus efectos desde el momento de su notificación, comunicación o publicación, según el caso y para el futuro, y no implica de ninguna manera, como lo expresa el apelante, que se límite la facultad del Concejo Distrital en esta materia, lo cual esta comprobado con la expedición de nuevas normas sobre la contribución de valorización en el distrito como lo es el acuerdo 14 de 1992.

Por otra parte, el hecho de que el acuerdo demandado disponga que el 20% del costo del conjunto de obras que causen valorización por beneficio general, será destinado para ejecución de obras en los estratos 1, 2, y 3, también se ajustan a la normatividad superior, en cuanto forman parte del conjunto o plan de obras a ejecutar, financiadas por el especial sistema fiscal de valorización por beneficio general.

De lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que las sentencias apeladas deben confirmarse, toda vez que tal como lo preciso el *a quo*, el acuerdo 16 de 1990, se ajustó a la legalidad vigente al momento de su expedición; conclusión a la que se llega de acuerdo con el análisis anterior y sin que sea necesario hacer referencia a las notas características propias de los conceptos de impuestos y de contribución, toda vez que si bien como se ha afirmado a lo largo del proceso en esta materia existe un sistema mixto, lo cierto es que las previsiones contenidas en el acuerdo 16 de 1990, aquí demandado encuentran total respaldo en normas superiores, que sin establecer de manera expresa si se trata de un impuesto o de una contribución, si autorizan la normatividad contenida en el acto demandado, normatividad superior, que sirvió y fue invocada expresamente como fundamento del mismo. Por esta razón, no se refiere la Sala a dicho tema y por lo tanto también resulta improcedente la petición de uno de los demandantes de que se resuelva la presente controversia por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado.

Habiendo sido estudiado el tema de la controversia por los diferentes integrantes de la Sección Cuarta, como lo hacen respecto de todas las sentencias que dicha sección profiere, se concluye que los recursos de apelación no pueden prosperar.

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:

Confirmanse las sentencias apeladas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvanse los expedientes al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha,

Jaime Abella Záraté, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano; Delio Gómez Leyva; Consuelo Sarria Olcos.*

Actores: *Yolanda Azouth Roa, Ramiro Borja Avila y Consuelo Salgar de Montejo.*

LEY TRIBUTARIA - Interpretación/FACULTAD INTERPRETATIVA/ADMINISTRACION TRIBUTARIA

La interpretación general de la ley tributaria está reservada en primer lugar al legislador que la puede interpretar con autoridad, en segundo lugar la ejerce el ejecutivo por vía del reglamento en el marco y dentro de los límites de la facultad reglamentaria que otorga la Carta Política al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa. Que si bien existen normas que otorgaron facultad interpretativa a la Dirección de Impuestos Nacionales, el alcance de esta facultad, es desde luego restringida, para buscar la unidad doctrinaria y para facilitar la administración de los tributos. No puede el Director de Impuestos, en uso de esa facultad, abrogarse funciones de carácter legislativo o reglamentario pues unas y otras, por norma expresa de la Constitución están reservadas bien al Congreso bien al Gobierno. Reiteración Jurisprudencial. Sentencia de junio 18 de 1984. Rad. 10.787. Ponente: Doctor Low Murtra.

CONTRIBUCION ESPECIAL/ANTICIPO DE CONTRIBUCION ESPECIAL/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El contenido del párrafo 2° de la mencionada Circular 016 de 1992, interpreta de manera adecuada el alcance de las normas reglamentarias que sobre el tema de la determinación (liquidación) de la contribución especial, consagran las correspondientes normas reglamentarias de la Ley 6ª de 1992 (artículo 11) como el artículo 1° del Decreto 2076 de 1992, al señalar que deberá incluirse el cálculo del anticipo de la contribución especial en la declaración de renta y complementarios del año inmediatamente anterior a cada uno de los años gravables de 1993 a 1997.

PAGO/ANTICIPO/CONTRIBUCION ESPECIAL

En cuanto al pago de la obligación tributaria corresponde al Gobierno Nacional la facultad de indicar los lugares y plazos dentro de los cuales deben presentarse las declaraciones de renta. Con el artículo 807 que regula el "cálculo y aplicación del anticipo" se comprende que el legislador, al "adicionar" ese artículo con el parágrafo transitorio, claramente adicionó la obligación de anticipar en igual forma, parte de la "Contribución Especial". Y el desarrollo que el Gobierno le dio en los decretos acusados, no es otro, pues así como surge de la ley la obligación de pagar anticipadamente el impuesto de 1993 también en forma simultánea y proporcional surge la de anticipar una parte de la contribución correspondiente al ejercicio de 1993. Ese es el sentido natural y obvio de la decisión del legislador de "adicionar" la norma relativa al anticipo. Reiteración jurisprudencial. Sentencia de julio 23 de 1993.

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

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

REF.: EXPEDIENTE N° 4502. ACTOR: ANTONIO ECHEVERRI GIRALDO. AUTORIDADES NACIONALES **FALLO:**

El ciudadano Antonio José Echeverri Giraldo con Cédula de Ciudadanía N° 127.143 expedida en Bogotá, actuando en su propio nombre, solicita la nulidad de un aparte del preámbulo y el numeral 2°, del título "VIGENCIA DE OTRAS NORMAS SUSTANTIVAS" de la Circular N° 016 de fecha 10 de julio de 1992, suscrita por el Director de Impuestos Nacionales y algunos subdirectores de la Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ACTO DEMANDADO:

El texto del aparte del preámbulo y del numeral 2°, del título "VIGENCIA DE OTRAS NORMAS SUSTANTIVAS" de la Circular 016 de 1992 de la Dirección de Impuestos Nacionales, objeto de impugnación es el siguiente:

"1)... con el fin de establecer las pautas necesarias que permitan resolver los problemas de interpretación relativos al tránsito de legislación..."

"2 "VIGENCIA DE OTRAS NORMAS SUSTANTIVAS

"1...

"2. La Contribución Especial a cargo de los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta, establecida en el artículo 11 de la ley por los años 1993

a 1997, empezará a hacerse efectiva por primera vez mediante la figura del anticipo para el año gravable de 1993, que deberán liquidar, los obligados a efectuarla, en la declaración de renta y complementarios del año gravable de 1992 que se presentará durante el año calendario de 1993".

Hechos fundamentales de la acción:

En primer término el demandante observa que la circular mencionada fue expedida por el Comité de Coordinación de la Dirección de Impuestos Nacionales, creado por el artículo 17 del Decreto Ley 1643 del 27 de junio de 1991, la cual pretende desarrollar la función de *interpretar* las normas relativas a los impuestos de renta, ventas, timbre nacional, cine, etc., que le corresponde a la Dirección de Impuestos Nacionales (artículos 13, *ibídem*). Señala que según el *parágrafo* del artículo 17 *ibídem* "los conceptos o decisiones adoptados por el comité serán de obligatorio acatamiento para todos los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales". Concluye entonces que la mencionada circular es de carácter general y objetivo, que materialmente se trata de las llamadas "Circulares de Servicio".

En segundo lugar precisa que de acuerdo con el nuevo ordenamiento constitucional el último inciso del artículo 338 dispone: "Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo".

En tercer lugar anota que el impuesto de renta y complementarios se determina por el resultado de los hechos ocurridos durante un año calendario, es decir del 1° de enero a diciembre 31, que la ley tributaria denomina "año gravable".

Disposiciones violadas y concepto de la violación

1. El demandante acusa el mencionado aparte del preámbulo de la Resolución 016 de 1992 porque a su entender quebranta abiertamente la Constitución Nacional (artículo 150-1) toda vez que al interpretar por medio de la aludida Circular 016 algunas disposiciones de la Reforma Tributaria (Ley 6ª de junio 30 de 1992) con fundamento en los artículos 13 y 17 del Decreto 1643 de 1991, lo hace con indebida aplicación de estos últimos, pues al tenor de la norma constitucional en cita la función de interpretar la ley le corresponde al legislador.

Respecto al tema de interpretación de las normas tributarias destaca y transcribe uno de los fundamentos jurídicos en que se sustentó la declaratoria de nulidad de algunas frases y párrafos de la Circular General N° 1 de fecha 21 de julio de 1982 de la Dirección de Impuestos Nacionales (Expediente 10787, Sentencia de junio 18 de 1984, Ponente: Doctor Enrique Low Murtra q.e.p.d.). Dicho fundamento se concreta en que "la interpretación general de la ley tributaria está reservada en primer lugar al legislador que la puede interpretar con autoridad; en segundo lugar la ejerce el ejecutivo por vía del reglamento en el marco y dentro de los límites de la facultad

reglamentaria que le otorga el artículo 120-3 de la Carta Política al Presidente de la República como jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa. Tanto el Decreto 978 de 1971 como el 74 de 1976 otorgaron una facultad interpretativa a la Dirección General de Impuestos Nacionales, pero el alcance de esta facultad es desde luego restringido, para buscar la unidad doctrinaria y para facilitar la administración de tributos. No puede el Director de Impuestos, en uso de esa facultad, abrogarse funciones de carácter legislativo o reglamentario pues unas y otras, por norma expresa de la constitución, están reservadas bien al Congreso (las legislativas) bien al Gobierno (las reglamentarias).

Asimismo, el impugnante relieva lo expuesto en el auto de noviembre 9 de 1983 mediante el cual se suspendieron provisionalmente algunos párrafos y frases de la Circular General N° 1 de 1982 en cuanto se puntualiza el alcance de las Ordenes Ministeriales y las Circulares de la siguiente manera:

Dicho proveído en uno de sus apartes expresa:

"Saiz de Bujanda observa:
"... En la práctica, ese género de disposiciones constituye uno de los más graves peligros para el principio de legalidad. Los ministros de hacienda de todos los países dictan, con rapidez vertiginosa, órdenes ministeriales de carácter interpretativo, que no se limitan, como fuera deseable, a aclarar el sentido de las normas legales en materia de tributación, sino que ensanchan o restringen —generalmente lo primero— los objetos imponibles. Esta práctica está provocando graves trastornos y constituye una amenaza seria al principio de seguridad jurídica. Acontece, en efecto, que el carácter interpretativo que se atribuye a esas órdenes permite a los agentes del fisco aplicarlas con carácter retroactivo...".

Luego de hacer algunas reflexiones acerca de la moral y responsabilidad de la administración citando al tratadista Rudolf Von Ihering, formula la premisa de que siendo el artículo 4° de la Constitución Política de 1991 norma de normas que prevalece ante la ley u otra norma jurídica incompatible, concluye entonces que surge la excepción de inconstitucionalidad con carácter obligatorio para todas las autoridades, puesto que, si alguien dentro de este proceso, llegare a sostener que los parágrafos de los artículos 17 y 60 del Decreto 1643 de 1991 confieren facultades para interpretar la ley por vía de autoridad a la Dirección de Impuestos Nacionales, tal afirmación se destruiría con dichos preceptos constitucionales. Agrega que de ninguna manera era necesario expedir la circular para resolver los problemas de tránsito de legislación a raíz de la expedición de la Ley 6ª de 1992, pues tales reglas están dadas en la misma Constitución (artículo 338), en la Ley 153 de 1887 y en Código Civil.

2° Respecto al párrafo o numeral 2°, del título "Vigencia de otras normas sustantivas", el demandante expresa que la circular quebranta directamente el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992 (artículos 248-1 y 807 del Estatuto Tributario), cuando dice que "la contribución especial que el legislador estableció sobre la renta de los años de 1993 a 1997 la obligará a liquidar y pagar por primera vez con base en la

renta de 1992, mediante la figura del anticipo. Después de esto no es menester decir más".

Y agrega:

"Parece ser que la raíz para permitirse quebrantar la norma superior la encuentra el mencionado comité pretendiendo ignorar que los anticipos de la contribución especial también fueron establecidos para los mismos años, como claramente lo expresa el parágrafo transitorio insertado al artículo 807 del Estatuto Tributario. La interpretación *ad hoc* de la ley aparece expedida con el evidente propósito de incluir dicho anticipo en los formularios que la administración prescribirá para presentar las declaraciones de renta del año gravable de 1992. Aunque el texto de la circular no lo dice expresamente, en el fondo, lo que busca es darle connotación a la imputación del anticipo y no a las bases gravables del año a que corresponde dicho gravamen y, por consiguiente, a la obligación de pagarlo...".

"Es evidente y directo el quebrantamiento de la norma interpretada en la circular, si se observa que, mientras la disposición de la Ley 6ª de 1992 establece la contribución especial y un anticipo del 75% de la misma para los años gravables de 1993 a 1997, el Comité de Coordinación de la DIN, sostiene que se debe hacer efectiva la contribución especial, por primera vez tomando la figura del anticipo sobre la base gravable del año de 1992. Por tanto, la circular es violatoria de la ley, al darle efecto retroactivo para el pago de la contribución especial en el año gravable de 1992" (fl. 21/22).

Así mismo el demandante señala que el párrafo 2° del título "Vigencia de otras normas sustantivas" también quebranta directamente el último inciso del artículo 338 de la Constitución Política, al igual que el artículo 363 de la misma que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes tributarias, pues a su juicio "la Dirección de Impuestos Nacionales al establecer pautas necesarias que permiten obligar a liquidar un anticipo del 75% de la contribución especial y transitoria del artículo 11 de la Ley 6ª de 1992 en las declaraciones de renta del año gravable de 1992, violó directamente el artículo 338 de la Constitución Política, sin que el legislador, por su parte lo hubiese hecho" (fls. 2224).

Suspensión provisional

En el mismmo escrito de la demanda se pide la suspensión provisional del introito de la Circular N° 016 de la Dirección de Impuestos Nacionales debido a que contiene una facultad esencialmente reservada al legislador en el artículo 150 numeral 1° de la Constitución Nacional cuando dice que "con el fin de establecer pautas necesarias que permiten resolver los **problemas de interpretación** relativos al tránsito de legislación...", pues se desconocen que existen disposiciones como el artículo 25 del Código Civil.

También se solicitó la suspensisón del párrafo 2°, del título "Vigencias de otras normas sustantivas" porque infringe directamente el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992

y además el artículo 338 de la Constitución Política, puesto que la contribución cuya base son los hechos ocurridos para la declaración de renta no puede aplicarse sino en el período gravable que comience después de la fecha de vigencia de la ley (que fue junio 30 de 1992). Señala que "en cambio, la circular abiertamente dispone que la mencionada contribución se recaudará por primera vez con las declaraciones de renta y complementarios que por el año de 1992 se prestarán en el año de 1993, utilizando la figura del anticipo" (fl. 25).

Respecto a esta medida provisoria, el auto que admitió la demanda no accedió a decretarla, precisando que las expresiones de la parte introductoria de la circular acusada "ni siquiera corresponde a una formulación dispositiva que pretenda hacerse aplicar obligatoriamente"; y de otra parte, "determinar si no obstante las expresiones utilizadas en la circular, lo que en realidad se hace por medio de ellas es instruir a los contribuyentes sobre la forma de cumplir sus obligaciones legales, es cuestión que exige un detenido análisis, propio de la sentencia y no de este momento procesal" (fls. 52/53).

Parte opositora:

La Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales por medio de apoderada manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda precisando primero la naturaleza jurídica de la Circular N° 016 del 10 de julio de 1992, es decir, que ella se dictó con fundamento en el Decreto 1643 de 1991 que en su artículo 13 faculta interpretar a la Dirección de Impuestos Nacionales las normas relativas al impuesto de renta, ventas, timbre nacional, cine, etc., lo cual hace a través de las denominadas "Circulares de Servicios" que tienen por objeto el cumplimiento de las medidas adoptadas.

En segundo lugar la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales argumenta que es evidente la legalidad de la Circular N° 016 de 1992, porque persigue los fines indicados en su encabezamiento (resolver los problemas de interpretación relativos al tránsito de la legislación a raíz de la Ley 6ª del 30 de junio de 1992), pues lo anterior es indicativo de la búsqueda de la unidad de criterio jurídico para interpretar la mencionada Ley 6ª de 1992, habida consideración de la diversidad de materias que trató y que podrían presentarse dificultades en su aplicación con perjuicio para los contribuyentes y para el Estado. Relieva que es cierto que las funciones de interpretar las leyes le corresponden al congreso, pero que esta facultad también puede ser ejercida, dentro de su órbita, por las dos otras dos ramas del poder.

En resumen, la parte opositora sostiene que la interpretación que hace la Circular N° 016 de 1992 es a todas luces legal debido a que se ha efectuado con base en facultades legales expresas (artículo 13 del Decreto 1643 de 1991), es decir, con fundamento en disposición con carácter de ley que goza de la presunción de legalidad.

En cuanto a la segunda acusación manifiesta que en manera alguna se presenta la violación del artículo 11 de la Ley 6ª de 1992 porque el anticipo debe liquidarse en

la declaración del año inmediatamente anterior, es decir, 1992 y seguir autodeterminándose por el contribuyente el anticipo, el de 1994 en la declaración de renta correspondiente a 1993, etc., hasta llegar a la del año de 1996, donde por última vez se determinará dicho anticipo con destino al pago de esa contribución correspondiente al año de 1997. Concluye entonces que de no ser así, "de no indicar la determinación del anticipo desde la declaración de 1992, existiría un año, el de 1993, en el que no se cumpliría con esta obligación legal señalada en el artículo 807 del Estatuto Tributario, el cual es claramente aplicable al caso. Pero de otro lado, no es posible pensar que en la declaración de 1997 se vaya a pretender liquidar un anticipo por tal contribución, la cual correspondería obviamente al año siguiente, vigencia fiscal en que ya no obliga tal contribución" (fl. 65).

De otra parte observa que lo prohibido por los artículos 338 y 363 de la Constitución Política de 1991, es la aplicación retroactiva de las normas que rigen los tributos, cuestionamiento que no es procedente frente a lo dispuesto en la mencionada circular. En consecuencia pide denegar las súplicas de la demanda y declarar la legalidad de la Circular N° 016 del 10 de julio de 1992 por encontrarse ajustada a derecho (fls. 60/66).

Traslados a las partes para alegar de conclusión

En primer lugar descorre el traslado la procuradora judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales quien señala que el título de un acto administrativo no constituye en sí mismo, una proposición jurídica que contravenga una norma superior, y por tanto no puede generar nulidad.

En segundo lugar, precisa que la legalidad de la Circular N° 016 de 1992 se fundamenta en el artículo 13 del Decreto Extraordinario 1643 de 1991 el cual se encuentra vigente por no haber sido derogado expresa ni tácitamente por otra norma con carácter de ley, ni haber sido objeto de sentencia de inexequibilidad (fls. 68/71).

El delegado tercero de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez también descorre el traslado en este proceso para puntualizar lo siguiente:

1. En relación con aparte acusado del preámbulo de la Circular N° 016 de 1992 "(con el fin de... problemas de interpretación relativos al tránsito de legislación... Ley 6ª del 30 de junio de 1992)", expresa que es incuestionable que el aparte transcrito, la Dirección de Impuestos Nacionales no interpreta el sentido de ninguna disposición legal en particular; pues simplemente manifiesta la **intención** de impartir instrucciones a los funcionarios para efectos de despejar dudas o problemas de interpretación en cuanto a la aplicación de la Ley 6ª de 1992. Por consiguiente, considera que el aparte demandado de la Circular N° 016 de 1992 no viola el artículo 150-1 de la Constitución Política de 1991 ni el artículo 25 del Código Civil.

y además el artículo 338 de la Constitución Política, puesto que la contribución cuya base son los hechos ocurridos para la declaración de renta no puede aplicarse sino en el período gravable que comience después de la fecha de vigencia de la ley (que fue junio 30 de 1992). Señala que "en cambio, la circular abiertamente dispone que la mencionada contribución se recaudará por primera vez con las declaraciones de renta y complementarios que por el año de 1992 se prestarán en el año de 1993, utilizando la figura del anticipo" (fl. 25).

Respecto a esta medida provisoria, el auto que admitió la demanda no accedió a decretarla, precisando que las expresiones de la parte introductoria de la circular acusada "ni siquiera corresponde a una formulación dispositiva que pretenda hacerse aplicar obligatoriamente"; y de otra parte, "determinar si no obstante las expresiones utilizadas en la circular, lo que en realidad se hace por medio de ellas es instruir a los contribuyentes sobre la forma de cumplir sus obligaciones legales, es cuestión que exige un detenido análisis, propio de la sentencia y no de este momento procesal" (fls. 52/53).

Parte opositora:

La Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales por medio de apoderada manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda precisando primero la naturaleza jurídica de la Circular N° 016 del 10 de julio de 1992, es decir, que ella se dictó con fundamento en el Decreto 1643 de 1991 que en su artículo 13 faculta interpretar a la Dirección de Impuestos Nacionales las normas relativas al impuesto de renta, ventas, timbre nacional, cine, etc., lo cual hace a través de las denominadas "Circulares de Servicios" que tienen por objeto el cumplimiento de las medidas adoptadas.

En segundo lugar la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales argumenta que es evidente la legalidad de la Circular N° 016 de 1992, porque persigue los fines indicados en su encabezamiento (resolver los problemas de interpretación relativos al tránsito de la legislación a raíz de la Ley 6ª del 30 de junio de 1992), pues lo anterior es indicativo de la búsqueda de la unidad de criterio jurídico para interpretar la mencionada Ley 6ª de 1992, habida consideración de la diversidad de materias que trató y que podrían presentarse dificultades en su aplicación con perjuicio para los contribuyentes y para el Estado. Relieva que es cierto que las funciones de interpretar las leyes le corresponden al congreso, pero que esta facultad también puede ser ejercida, dentro de su órbita, por las dos otras dos ramas del poder.

En resumen, la parte opositora sostiene que la interpretación que hace la Circular N° 016 de 1992 es a todas luces legal debido a que se ha efectuado con base en facultades legales expresas (artículo 13 del Decreto 1643 de 1991), es decir, con fundamento en disposición con carácter de ley que goza de la presunción de legalidad.

En cuanto a la segunda acusación manifiesta que en manera alguna se presenta la violación del artículo 11 de la Ley 6ª de 1992 porque el anticipo debe liquidarse en

la declaración del año inmediatamente anterior, es decir, 1992 y seguir autodeterminándose por el contribuyente el anticipo, el de 1994 en la declaración de renta correspondiente a 1993, etc., hasta llegar a la del año de 1996, donde por última vez se determinará dicho anticipo con destino al pago de esa contribución correspondiente al año de 1997. Concluye entonces que de no ser así, "de no indicar la determinación del anticipo desde la declaración de 1992, existiría un año, el de 1993, en el que no se cumpliría con esta obligación legal señalada en el artículo 807 del Estatuto Tributario, el cual es claramente aplicable al caso. Pero de otro lado, no es posible pensar que en la declaración de 1997 se vaya a pretender liquidar un anticipo por tal contribución, la cual correspondería obviamente al año siguiente, vigencia fiscal en que ya no obliga tal contribución" (fl. 65).

De otra parte observa que lo prohibido por los artículos 338 y 363 de la Constitución Política de 1991, es la aplicación retroactiva de las normas que rigen los tributos, cuestionamiento que no es procedente frente a lo dispuesto en la mencionada circular. En consecuencia pide denegar las súplicas de la demanda y declarar la legalidad de la Circular N° 016 del 10 de julio de 1992 por encontrarse ajustada a derecho (fls. 60/66).

Traslados a las partes para alegar de conclusión

En primer lugar descorre el traslado la procuradora judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales quien señala que el título de un acto administrativo no constituye en sí mismo, una proposición jurídica que contravenga una norma superior, y por tanto no puede generar nulidad.

En segundo lugar, precisa que la legalidad de la Circular N° 016 de 1992 se fundamenta en el artículo 13 del Decreto Extraordinario 1643 de 1991 el cual se encuentra vigente por no haber sido derogado expresa ni tácitamente por otra norma con carácter de ley, ni haber sido objeto de sentencia de inexequibilidad (fls. 68/71).

El delegado tercero de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez también descorre el traslado en este proceso para puntualizar lo siguiente:

1. En relación con aparte acusado del preámbulo de la Circular N° 016 de 1992 "(con el fin de... problemas de interpretación relativos al tránsito de legislación... Ley 6ª del 30 de junio de 1992)", expresa que es incuestionable que el aparte transcrito, la Dirección de Impuestos Nacionales no interpreta el sentido de ninguna disposición legal en particular; pues simplemente manifiesta la **intención** de impartir instrucciones a los funcionarios para efectos de despejar dudas o problemas de interpretación en cuanto a la aplicación de la Ley 6ª de 1992. Por consiguiente, considera que el aparte demandado de la Circular N° 016 de 1992 no viola el artículo 150-1 de la Constitución Política de 1991 ni el artículo 25 del Código Civil.

2. En lo que atañe al pronunciamiento que hace la circular de que la contribución creada por el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992 empezará a hacerse efectiva por primera vez mediante la figura del **anticipo** para el año gravable de 1993, que deberán liquidar, los obligados a efectuarla, en la declaración **del año gravable de 1992** que se presentará durante el año calendario de 1993, la Fiscalía relieva que evidentemente el numeral 2° del título "Vigencia de otras normas sustantivas", contaría el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992, pues esta norma no contempla ni expresa ni tácitamente la posibilidad de que la contribución especial solamente puede hacerse efectiva mediante la figura del "anticipo" y que éste deba determinarse en la declaración del año 1992. Concluye entonces que la violación de este último precepto es ostensible y, por lo tanto, debe accederse a la petición de nulidad (fls. 72/76).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término, la Sala reitera su criterio sobre interpretación de normas tributarias expuesto con motivo de la anulación de algunos párrafos y frases que contenía la Circular General N° 1 de julio 21 de 1982, originaria de la Dirección de Impuestos Nacionales (Radicación 10.787, Sentencia de junio 18 de 1984, Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra).

En efecto, en el mencionado fallo se precisa que "la interpretación general de la ley tributaria está reservada en primer lugar al legislador que la puede interpretar con autoridad, en segundo lugar la ejerce el ejecutivo por vía del reglamento en el marco y dentro de los límites de la facultad reglamentaria que otorga la Carta Política al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa. Que si bien existen normas que otorgaron facultad interpretativa a la Dirección de Impuestos Nacionales, el alcance de esta facultad, es desde luego restringida, para buscar la unidad doctrinaria y para facilitar la administración de los tributos. No puede el Director de Impuestos, en uso de esa facultad, abrogarse funciones de carácter legislativo o reglamentario pues unas y otras, por norma expresa de la Constitución, están reservadas bien al Congreso (las legislativas) bien al Gobierno (las reglamentarias)".

Y seguidamente agrega:

"Por ello es claro que las circulares de la Dirección General de Impuestos no pueden crear normas tributarias con fuerza obligatoria. Son valiosos y útiles los conceptos de carácter doctrinario que sirven para orientar las decisiones de funcionarios subalternos y las conductas de los contribuyentes y para unificar el criterio general de la actuación administrativa pero en ningún caso pueden otorgar al Director de Impuestos una competencia reservada por la Constitución a los más altos órganos del Estado".

Pues bien, hecha la precisión anterior la Sala avoca el estudio y decisión de los apartes acusados de la Circular N° 016 de julio 10 de 1992, originaria de la Dirección de Impuestos Nacionales, puntualizando acerca de la nulidad del aparte del

preámbulo de la mencionada circular, que carece totalmente de contenido y de efecto jurídico, pues su enunciado no implica en sí una decisión y menos aún, corresponde a una formulación dispositiva que pretenda hacerse aplicar obligatoriamente, como se observó en el auto de 5 de marzo del año en curso (fls. 49/53). Por consiguiente, no prospera esta acusación.

Con relación al segundo cargo expuesto, contra el párrafo 2° del título "Vigencia de otras normas sustantivas" de la Circular N° 016 de 1992, por violación de los artículos 11 de la Ley 6ª de 1992, 338 (último inciso) y 363 de la Constitución Política, por cuanto "la contribución especial que el legislador estableció sobre la renta de los años 1993 a 1997, se obliga a pagar y liquidar por primera vez con base en la declaración de renta de 1992, mediante la figura del anticipo", observa la Sala que sobre estas acusaciones tampoco le asiste razón al accionante.

En efecto, el contenido del párrafo 2° de la mencionada circular, interpreta de manera adecuada el alcance de las normas reglamentarias que sobre el tema de la determinación (liquidación) de la contribución especial, consagran las correspondientes normas reglamentarias de la Ley 6ª de 1992 (artículo 11), como el artículo 1° del Decreto 2076 de 1992, al señalar que deberá incluirse el cálculo del anticipo de la contribución especial en la declaración de renta y complementarios del año inmediatamente anterior a cada uno de los años gravables de 1993 a 1997.

Esta disposición y otras del Decreto 2064 de 1992, relacionadas todas con la determinación y pago de la contribución especial creada por el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992, fueron objeto de acusación ante la Corporación, por las mismas razones que aduce el accionante en esta oportunidad contra el párrafo 2° de la Circular N° 016 expedida por la Unidad Administrativa de la Dirección de Impuestos Nacionales; la sección mediante Sentencia de fecha julio 23 de 1993, se pronunció en sentido negativo, a la solicitud de nulidad.

Como quiera que los fundamentos de hecho y derecho, que se esgrimen en el *sub lite* son idénticos a los expuestos contra las normas reglamentarias, la Sala se remite a ellos para resolver la controversia planteada frente a la circular demandada. Dijo la Sala en esa oportunidad, en su parte pertinente:

> "El principio constitucional que "las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad" consagrado en el artículo 363 de la Constitución Política, que ratifica y complementa el relativo a los impuestos de período contemplado en el artículo 338, no lo encuentra la Sala transgredido en el caso de los decretos reglamentarios demandados que dispusieron incluir en la declaración de renta del año gravable de 1992, la parte correspondiente al anticipo de la contribución especial del 25% a cargo de los declarantes, que según la ley se creó para los años gravables 1993 a 1997".
>
> "Entiende la Sala que el segundo inciso del artículo 363 de la Constitución fue un tanto innecesario, porque no sólo las tributarias sino todas las leyes no pue-

den tener aplicación retroactiva, ya que éstas no obligan sino en virtud de su promulgación".

"En esta materia la Constitución de 1991, consagró un avance doctrinario (que el país venía reclamando), en el inciso final del artículo 338 al disponer que las leyes que regulan impuestos de período "... no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia respectiva de la ley". Se quiso con ello acabar con la inveterada costumbre legislativa de modificar a fin del año (o período) la regulación de los impuestos".

"Pero esta prohibición constitucional se refiere a la **creación** de las contribuciones fiscales o parafiscales que es el tema general del artículo 338, constituyendo el último inciso una previsión especial relacionada con los impuestos de período para prohibir en ellos la retroactividad de la ley. Para tal efecto dispone que las leyes que regulen contribuciones cuya base es el resultado de hechos ocurridos durante un período, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de entrar en vigencia la ley. Para identificar la materia hace referencia a los hechos y las bases gravables que son precisamente, según el primer inciso, unos de los elementos básicos que integran la obligación tributaria sustancial".

"Pero el fenómeno del **pago** de los impuestos es distinto posterior al de su creación. En el orden nacional corresponde al Presidente de la República además de promulgar las leyes y reglamentarlas para su cumplida ejecución, "velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos"; pero es obvio que además de haber sido expedidas las normas que las crean (con observancia del principio de la irretroactividad), no se pueden percibir contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas, según el artículo 345".

"En el caso que se atiende la Sala distingue fácilmente estos dos aspectos: la creación de la obligación sustancial del gravamen y la forma de su pago".

"En cuanto a lo primero, la Ley 6ª de 1992, señaló como **sujetos pasivos** a los declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, como **base gravable** el impuesto neto sobre la renta y como tarifa del 25%; además, precisó su naturaleza y vigencia al calificarla de "Contribución Especial para los años gravables de 1993 a 1997".

"Por haber sido expedida la ley de su creación en el año de 1992, no puede tildársele de retroactiva, porque claramente dispuso que fuera "para los años gravables 1993 a 1997", de suerte que al comenzar el año de 1993, primero de su vigencia, la norma ya había sido expedida y promulgada desde junio 30 de 1992".

"En cuanto a lo segundo, o sea en cuanto a su pago, conviene comenzar por recordar que corresponde al Gobierno Nacional la facultad de indicar los luga-

res y plazos dentro de los cuales deben presentarse las declaraciones de renta, las cuales, entre otros aspectos obligatorios, deben contener la liquidación privada del impuesto, "incluido el anticipo y las sanciones cuando fuere el caso" (arts. 579 y 596 E.T.). Igualmente, que la ley faculta al Gobierno Nacional para fijar los lugares y plazos para efectuar el pago de los impuestos, **anticipos** y retenciones (arts. 800 y 811 E.T.)".

"Es conveniente hacer esta precisión porque con ello se recuerda que, en principio, el Gobierno actuó dentro de la competencia que le otorga la ley para regular estos aspectos relacionados con el lugar, forma y plazo de efectuar el pago del impuesto tal como reza el encabezamiento del Decreto 2064 de 1992: "Por el cual se fijan los lugares y plazos para la presentación de las declaraciones tributarias y para el pago de los impuestos, anticipos y retenciones en la fuente y se dictan otras disposiciones"".

"El "anticipo" como lo indica su nombre y lo explica el artículo 807 del Estatuto Tributario es una obligación de pagar un porcentaje (75%) del impuesto de renta determinado en la liquidación privada "a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable"".

"En el año de 1969 mediante la Ley 38 el legislador estableció este sistema en forma regular y permanente y que como lo dijo esa ley, hoy incorporada al Estatuto Tributario con las modificaciones que se le hicieron, constituye un avance o anticipo al impuesto del año siguiente, basado en el supuesto de una continuidad en el tiempo de quien es contribuyente, pero permitiendo modos de reducción y aún de supresión de ese pago anticipado cuando las condiciones económicas permitan prever fundadamente que no se va a causar en el futuro (arts. 808 y 809)"".

"A este mecanismo fue al que se remitió en forma expresa la Ley 6ª de 1992. Obsérvese que el artículo 11 primero crea la contribución especial, señala los sujetos pasivos, la base gravable, la tarifa, regula aspectos especiales como los eventuales descuento y deducción, todos aspectos relacionados con sus elementos sustanciales. Y al final del artículo, contempla un aspecto de su pago, al disponer:

"Adiciónase el artículo 807 del Estatuto Tributario con el siguiente parágrafo transitorio:

"Parágrafo primero transitorio: Para los años gravables de 1993 a 1997, el anticipo contemplado en este artículo, será del setenta y cinco por ciento (75%) y deberá liquidarse sobre el impuesto de renta más la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1".

"Entonces basta leer el artículo 807 que regula el "cálculo y aplicación del anticipo" para comprender que el legislador, al " adicionar" ese artículo con el parágrafo transitorio, claramente adicionó la obligación de anticipar parte del

impuesto, con la de anticipar en igual forma, parte de la "Contribución Especial". Y el desarrollo que el Gobierno le dio en los decretos acusados, no es otro, pues así como surge de la ley la obligación de pagar anticipadamente el impuesto de 1993 también, en forma simultánea y proporcional, surge la de anticipar una parte de la contribución correspondiente al ejercicio de 1993. Ese es el sentido natural y obvio de la decisión del legislador de "adicionar" la norma relativa al anticipo, o sea, el artículo 807 del Estatuto".

"Entre otras razones porque la llamada Contribución Especial, doctrinariamente no es contribución sino un mayor impuesto; es en realidad un recargo al impuesto total neto a cargo de los contribuyentes que presentan declaración tributaria. Y siendo un mayor valor del impuesto, nada obsta para que su pago se haga en la misma forma, lugar y plazo que éste".

"La "Contribución Especial" en su iniciación es para el año gravable de 1993, es decir, para el impuesto que se causará en este ejercicio fiscal y deberá determinarse con base en las declaraciones que habrá de presentarse a comienzos del año de 1994. Pero su pago, según el mecanismo del "anticipo" del artículo 807 podía legalmente disponerse en las declaraciones de 1992".

"No existe retroactividad de la ley ni del reglamento sino aplicación armónica de este sistema de pago, consagrado por el legislador desde 1969 (junto con el de retención en la fuente) y que se refiere a la forma y oportunidad del pago de la obligación sustancial pero no a la creación de ésta". (Exp. 4641, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate).

De acuerdo con lo anterior, es evidente que el párrafo 2° del título "Vigencia de otras normas sustantivas" de la Circular 016 de 1992 expedida por la Dirección de Impuestos Nacionales, al señalar la declaración de renta de 1992, y la figura del anticipo, para efectos de la determinación y pago de la Contribución Especial de que trata el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992, para el primer año gravable (1993), no transgredió la norma superior que consagra dicha contribución y tampoco las normas constitucionales indicadas, o sea, los artículos 338 y 363 de la nueva Constitución Política.

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. No se accede a las súplicas de la demanda.

2. Se reconoce personería a la doctora Nohora Matiz Santos, identificada con la Cédula de Ciudadanía N° 41.361.716 de Bogotá, y Tarjeta Profesional N° 15.144 expedida por el Ministerio de Justicia, como apoderada de la Nación, en los términos y para los efectos del memorial poder visible a folio 57 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue 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; Judith López Díaz,* Secretaria (E).

CONTRIBUCION ESPECIAL /ANTICIPO /IMPUESTO SOBRE LA RENTA (Salvamento de Voto).

El artículo 11 de la Ley 6ª de 1992 en parte alguna preceptúa o da a entender que la contribución especial debe hacerse efectivamente mediante la figura del anticipo para el año gravable de 1993. Simple y llanamente crea la contribución especial por cinco (5) años (gravables 1993 a 1997 inclusive) equivalente al 25% del impuesto de renta determinado por cada uno de dichos años gravables debiendo liquidarse en las respectivas declaraciones de renta. Por lo tanto considero que la Circular Nº 016 mal puede establecer que el anticipo calculado en la declaración del año gravable de 1992 pueda incrementarse por el porcentaje de una contribución especial que no rige en el respectivo ejercicio. De ahí que el numeral 2º del título "VIGENCIA DE OTRAS NORMAS SUSTANTIVAS" resulta contradictorio con la ley.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

REF.: EXPEDIENTE Nº 4502; ACTOR: ANTONIO JOSE ECHEVERRI GIRALDO

Consejero Ponente: Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

Procedo a expresar las razones por las cuales no comparto la sentencia, pues a mi juicio el numeral 2º del título "VIGENCIAS DE OTRAS NORMAS SUSTANTIVAS" que contiene la Circular Nº 016 de 10 de julio de 1992 de la Dirección de Impuestos Nacionales desborda el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992:

1. Esta norma en parte alguna preceptúa o da a entender que la contribución especial **debe hacerse efectivamente mediante la figura del anticipo** para el

año gravable de 1993. Simple y llanamente crea la contribución especial por cinco (5) años (gravables 1993 a 1997 inclusive), equivalente al 25% del impuesto de renta determinado por cada uno de dichos años gravables debiendo liquidarse en las respectivas declaraciones de renta.

2. Como el artículo 807 del Estatuto Tributario en el cálculo del anticipo no contemplaba la contribución especial creada por cinco (5) años en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1992, el legislador en el parágrafo primero transitorio de la mencionada norma dispuso adicionar el artículo 807 *ibídem* en el sentido que el anticipo del 75% debe liquidarse sobre el impuesto de renta más la contribución especial del respectivo ejercicio gravable.

3. De lo anterior claramente se deduce que la ley creó la contribución especial a partir del año gravable de 1993, lo cual significa que es en la declaración de renta de ese año, que se presenta a mediados del año calendario 1994, cuando se liquida por primera vez el 25% del valor del impuesto neto de renta determinado en el año gravable de 1993 y así sucesivamente hasta el año de 1997, fecha en que termina la vigencia de la contribución especial.

Naturalmente como en la declaración de renta del año gravable de 1993, período en el cual se hace exigible la contribución especial corresponde determinar el anticipo, éste se calcula conforme a las previsiones del parágrafo primero transitorio del artículo 11 de la Ley 6ª de 1992, es decir, calculando el 75% del impuesto de renta más la contribución especial del año de 1993, y así sucesivamente hasta el año 1997.

4. Por lo tanto, considero que la Circular N° 016 mal puede establecer que el anticipo calculado en la declaración del año gravable de 1992 pueda incrementarse con el porcentaje de una contribución especial que no rige en el respectivo ejercicio. De ahí que el numeral 2° del título "VIGENCIA DE OTRAS NORMAS SUSTANTIVAS" que contiene la Circular N° 016 de 1992, resultado contradictorio con la ley en cuanto pretende incluir parte de la contribución especial en el incremento (anticipo) que debe llevar la liquidación privada de 1992.

Reitero lo expresado en mi salvado de voto (Expediente N° 4641, Actor: Alvaro Arango Mejía y otro), en el cual dije:

"Estimo que los decretos reglamentarios que fueron expedidos para tratar de incluir el anticipo de la contribución especial en la liquidación de impuestos correspondiente al año de 1992, no es otra cosa que un intento por aplicar anticipadamente el cobro o recaudo de dicha contribución, lo cual es suficiente para considerar que ella no solamente viola las normas legales que se refutan reglamentadas sino por sobretodo, las constitucionales que determinan de manera absoluta la irretroactividad de las normas tributarias".

Atentamente,
GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Fecha: Ut supra.

JUEZ - Facultades/ACTIVIDAD JUDICIAL -Criterios Auxiliares/ JURISPRUDENCIA

Corresponde al juez que ha de decidir sobre las demandas, discurrir sobre las normas vigentes, así como precisar el alcance de las aplicables para la solución de los casos que se le presenten y llenar los vacíos o lagunas que inevitablemente ocurran con frecuencia. El juez es soberano entonces en la valoración de las circunstancias del caso, como de la norma aplicable al mismo, sin que exista obstáculo para que comparta aquellas interpretaciones que sobre una determinada norma y similares circunstancias ha desarrollado la jurisprudencia, y sin que pueda inferirse que por el hecho de invocar esta jurisprudencia esté violando o desconociendo la ley. Por el contrario es la misma Carta Política la que en su art. 230 da a la jurisprudencia el criterio de auxiliar de la actividad judicial.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA/POLICIA ADMINISTRATIVA

La función de vigilancia y control atribuida por la Constitución Nacional a la Superintendencia Bancaria, es una función de naturaleza administrativa, que se ejerce de manera permanente y en forma interrumpida, a través de diferentes instrumentos entre los cuales están los mecanismos coercitivos y sancionatorios. Por lo que las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria al transgresor de las normas y reglamentos que deben observar las personas cuya actividad tiene por objeto la captación y colocación y recursos del público son esencialmente de naturaleza administrativa y por ello no se ve que el acto acusado (sanción por defecto de colocaciones en préstamos) reviste una conducta penal. Además los campos de aplicación de uno u otro procedimiento está claramente delimitado por razón de la materia.

SANCION PENAL/SANCION ADMINISTRATIVA/ACTIVIDAD FINANCIERA

El sentido teleológico de las sanciones es diferente en el campo penal y en el campo administrativo, pues mientras en el primero se persigue castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada por la ley, para quien incurra en ella; en el segundo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se analiza de orden público económico. Es en pos de ese objetivo que el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejercen la actividad financiera y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiera de objetividad sin que en manera alguna pueda quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana como son el dolo o la culpa.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Admintrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Ref: Expediente N° 4683 - Actor: Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda "Granahorrar". Apelación de la sentencia del 3 de noviembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Autoridades Nacionales. **FALLO.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la CORPORACIÓN GRANCOLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA "GRANAHORRAR", contra la sentencia del 3 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada entidad bancaria contra las Resoluciones Nos. 00391 del 16 de febrero de 1989 y 3708 del 5 de octubre de 1990, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso una sanción pecuniaria por defectos de colocaciones en que incurrió la entidad en el trimestre enero-marzo de 1987.

ANTECEDENTES

Al revisar los balances consolidados de la CORPORACION GRAN-COLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA "GRANAHORRAR", correspondientes a los meses de Enero, Febrero y Marzo de 1987, la Superintendencia Bancaria encontró que la entidad vigilada presentaba defecto de colocaciones en préstamos de vivienda inferior a 1.300 UPAC, y sin haber efectuado la inversión sustitutiva, en contravención a la proporción exigida por los artículos 1° del Decreto 1288 de 1985; 4° del Decreto 1325 de 1983, y 3° del Decreto 888 de 1983, procedió en consecuen-

cia, mediante el oficio DAB 2211 del 13 de julio de 1987 a exigir las explicaciones del caso.

La entidad vigilada mediante la comunicación 33347, presentada el 4 de agosto de 1987, rindió las explicaciones del caso, las que fueron analizadas por la Superintendencia Bancaria que resolvió sancionar mediante la Resolución # 0391 del 16 de febrero de 1989, a la entidad financiera con multa por valor de $82.278.900.

Contra dicho acto Administrativo la Corporación interpuso el recurso de reposición que fue fallado por la Resolución 3708 del 5 de octubre de 1990, que modificó la resolución recurrida para reducir la multa a $48.730.275 en razón de que el defecto registrado era menor, debido a los desembolsos realizados en el mes de abril para suplir los defectos presentados, conforme lo permitía el artículo 4° del Decreto 1325 de 1983.

LA DEMANDA

Contra los actos administrativos de imposición de la sanción, la CORPORACIÓN GRANCOLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA "GRANAHORRAR", instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando que la Superintendencia Bancaria violó los artículos 26 de la Constitución Nacional; 14, 43 y 44 de la Ley 153 de 1887; 264 del Código de Procedimiento Penal; 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 35, 40 y 375 del Código Penal; 1°, 2°, 3°, 4°, 12 de la Resolución 15 de 1988 de la Junta Monetaria; 2° y 3° de la Resolución 23 de 1987 de la Junta Monetaria; 6°, 7°, 9° y 11 del Decreto 721 de 1987; 9° de la Ley 2° de 1984: 1° de la Ley 95 de 1890; la Circular Externa PD y SD 013 de 1987 de la Superintendencia Bancaria.

1° Cargo.

Expone que de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución Nacional, en ausencia de un estatuto especial para las contravenciones del derecho financiero, en materia de imposición de sanciones se deben observar los principios que regulan la pena en el derecho penal, por expreso mandato del artículo 375 y por lo tanto al no aplicarse dichos principios generales en la resolución acusada se configuró además la violación de esta norma, la de los artículos 5°, 18 y 35 del Código Penal.

2° Cargo.

Estima que fueron violados el artículo 1° de la Ley 95 de 1890 y los artículos 5°, 18 y 40 del Código Penal, cuando la Superintendencia Bancaria impone la multa a toda costa, sin tener en cuenta si la infracción ocurrió, como en su caso, por fuerza mayor o caso fortuito, debido a la baja extraordinaria en los depósitos, que la obligó a utilizar el cupo de crédito del FAVI que consecuencialmente le impidió desembolsar las nuevas colocaciones o efectuar la inversión sustitutiva.

3° Cargo.

Acusa el acto administrativo de transgredir los artículos 26 de la Constitución Nacional, 14, 43 y 44 de la Ley 153 de 1887; 1° a 4° de la Resolución 15 de 1988 de la Junta Monetaria y 1°, 6°, 7° y 11 del Decreto 721 de 1987, en razón de que la

Superintendencia Bancaria al imponer las sanciones se apoyó en normas que entonces eran inexistentes.

4° Cargo.

Afirma que también incurrió el acto administrativo demandado en violación del literal f del artículo 12 del Decreto 1939 de 1986, porque si los Decretos 1325 de 1983 y 1288 de 1985, en los que se basó la Superintendencia Bancaria, habían dejado de regir, la expedición de las Resoluciones 0391 de 1989 y 3708 de 1990 no se hizo conforme con la ley.

5° Cargo.

La Superintendencia Bancaria al expedir el acto sancionatorio no observó el término señalado por el artículo 9° de la Ley 2° de 1984, norma que por ser posterior a la expedición del Decreto 01 de 1984 era de obligatoria observación.

LA SENTENCIA APELADA

El tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar:

1. Que no prosperaba el cargo de violación de los artículos 5°, 18, 35 y 375 del Código Penal y 247 del Código de Procedimiento Penal, porque, conforme lo había expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, las normas y principios del derecho penal no eran aplicables al régimen administrativo sancionatorio y especialmente en relación con las contravenciones de orden público económico. Cita para el efecto la sentencia del 5 de abril de 1991 proferida en el juicio 3116, por esta Corporación, cuyos apartes transcribe.

2. Que tampoco prosperaba el cargo de violación de los artículos 1° de la Ley 95 de 1890, 5°, 18, 40 y 375 del Código Penal, porque si bien era cierto que en materia de infracciones a las normas que regulan la actividad de las entidades financieras no se tiene en cuenta la culpabilidad, tampoco se descarta la posibilidad de su exoneración, sí se demuestra que se configuró la fuerza mayor o el caso fortuito. Hechos, que debiendo ser probados, no aparecen demostrados en el proceso.

3. Era improcedente el cargo de violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 14, 43 y 44 de la Ley 153 de 1887; 1° a 3° del Código Penal; 1° a 4° y 12 de la Resolución 15 de 1988 de la Junta Monetaria y 1°, 6°, 7° y 11 del Decreto 721 de 1987, porque la circunstancia de que en el momento de la imposición de la sanción no se encuentran rigiendo las normas invocadas, no conlleva a la prosperidad del cargo, por cuanto lo fundamental es que la norma infringida se encuentre vigente en el momento de la ocurrencia de la irregularidad.

4° Cargo.

Con fundamento en el análisis del punto anterior, no dio prosperidad al cargo de violación del artículo 12 del Decreto 1939 de 1986, en cuanto que el demandante,

considera que los actos impugnados al apoyarse en los Decretos 1325 de 1983, 1288 de 1985 y Resolución 23 de 1983 de la Junta Monetaria, derogados, no se expidieron conforme con la ley.

5° Cargo.

No violó el acto sancionatorio el artículo 9° de la Ley 29 de 1984, porque en manera alguna esta norma derogó el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, norma vigente, por cuanto de una parte ninguna norma legal dispuso en forma explícita su derogatoria, y de otra, no se puede deducir la derogatoria implícita, por cuanto una y otra disposición regulan materias diferentes.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia acusa al Tribunal de:

1. Desinteresarse en forma absoluta por el tema relacionado con la "violación de las normas del Código Penal", con el argumento de la reiteración jurisprudencial sobre la materia, cuando la aplicabilidad o inaplicabilidad de los principios del Código Penal no pueden apoyarse en la tradición jurisprudencial sino en el texto de la ley, por lo que ante el texto claro del artículo 375 del Código Penal ninguna jurisprudencia puede apartarse de lo que él manda. Y si no fuera claro en su letra sí tiene antecedentes que constan en las actas de las comisiones redactoras que determinan su aplicación.

2. Contradecir con las tesis expuestas al despachar los cargos 3° y 4°, los principios relacionados con la vigencia de la ley en el tiempo, la Ley 153 de 1887 y la misma jurisprudencia del Tribunal.

OPOSICION DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la Superintendencia Bancaria, al alegar de conclusión, se opone a los argumentos de la actora, porque:

1. Es cierto que por disposición del artículo 230 de la Constitución Nacional, los jueces deben someterse en primer término al imperio de la ley y que la jurisprudencia sólo es un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Al consagrar la jurisprudencia como criterio de la actividad judicial, quiso el constituyente dar elementos al juez que le permitieran interpretar la norma aplicable para los casos en que no exista disposición expresa que regule la materia, o cuando habiéndola, ésta sea oscura. Pero, no resulta del texto del artículo 375 del Código Penal, que ordene expresamente que los preceptos del ordenamiento penal se apliquen en el derecho financiero como lo sugiere la recurrente, pues tal precepto alude exclusivamente "a las materias penales" sin que parte alguna aluda al derecho finan-

ciero, y como quiera que no exista disposición expresa que ordene la aplicación de los principios del derecho penal a las contravenciones administrativas, el juzgador y el intérprete deben acudir a los criterios auxiliares previstos en la norma constitucional a fin de establecer si el artículo 375 del Código Penal tiene la extensión que pretende la censura sin fundamento alguno.

Expone los métodos de interpretación exegético sistemático y teleológico, para concluir que de ninguna manera puede arribarse a la conclusión del apelante.

Destaca que siendo la Superintendencia Bancaria un organismo que hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, las actuaciones que adelanta en desarrollo de las funciones administrativas que le son propias se encuentran reguladas en su integridad por los principios orientadores de las actuaciones administrativas, contenido en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto por los artículos 2° y 5° de la Ley 58 de 1982, de cuya aplicación únicamente se excluyen los procedimientos militares o de policía, como con claridad lo expresa el artículo 1°, y lo que es más, en ninguna de las disposiciones se remite a la aplicación de normas concernientes a las otras ramas del derecho.

Deduce que la jurisprudencia de los tribunales se ha fundado única y exclusivamente en la ley, y no resulta cierto que se hayan apartado de dichas normas. De donde colige que aunque el fallo impugnado se respalde en la jurisprudencia, no significa que no tenga sustento en la ley.

2. Los actos demandado fueron expedidos, con invocación de la norma que se encontraba vigente en la época en que se ejecutó la conducta que generó la sanción, actuación que se ciñe perfectamente a los mandatos de nuestro ordenamiento jurídico. Pues todo hecho o acto jurídico en su aspecto formal o material, al igual que sus consecuencias jurídicas y efectos, debe someterse a la ley vigente en tiempo en que él mismo se realizó.

En consecuencia, estando vigentes los Decretos 1325 de 1983 y 1288 de 1985 en el momento de la ocurrencia de los hechos, la Superintendencia Bancaria, actuó conforme a derecho respetando íntegramente el artículo 29 de la Constitución vigente (antes artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos son los cuestionamientos hechos a la sentencia apelada por el apoderado judicial de la actora y a ellos se refiere la Sala:

1. El Tribunal se desinteresó absolutamente por el tema relacionado con la violación de las normas del Código Penal y basó la sentencia en la jurisprudencia, desconociendo que ninguna jurisprudencia antigua ni reciente puede aportarse a lo que manda el artículo 375 del Código Penal.

En primer lugar precisa la Sala que corresponde al juez que ha de decidir sobre las demandas, discurrir sobre las normas vigentes, así como precisar el alcance de las aplicables para la solución de los casos que se le presentan y llenar los vacíos o lagunas que inevitablemente ocurran con frecuencia.

El juez es soberano entonces en la valoración de las circunstancias del caso, como de la norma aplicable al mismo, sin que exista obstáculo para que comparta aquellas interpretaciones que sobre una determinada norma y similares circunstancias ha desarrollado la jurisprudencia, y sin que pueda inferirse que por el hecho de invocar esta jurisprudencia esté violando o desconociendo la ley.

Por el contrario, es la misma Carta Política la que en su artículo 230, da a la jurisprudencia el criterio de auxiliar de la actividad judicial.

No prospera el cargo de violación del artículo 375 del Código Penal, por falta de aplicación de los artículos 5°, 18 y 35 del Código Penal, porque:

1 El artículo 375 del Código Penal determina la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el libro primero a las materias penales de que tratan otras leyes, siempre que en ellas no se disponga de manera diferente.

La función de vigilancia y control atribuida por la Constitución Nacional a la Superintendencia Bancaria, es una función de naturaleza administrativa, que se ejerce de manera permanente y en forma interrumpida, a través de diferentes instrumentos entre los cuales están los mecanismos coercitivos y sancionatorios. Dentro de este contexto la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos administrativos que le otorga la ley, para que mantenga las condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados.

Por lo que, las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria al transgresor de las normas y reglamentos que deben observar las personas cuya actividad tiene por objeto la captación y colocación y recursos del público son esencialmente de naturaleza administrativa y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal, a la cual por remisión del artículo 375 del Código Penal deban aplicarse los artículos 5°, 18 y 35 ibídem. Además los campos de aplicación de uno u otro ordenamiento está claramente delimitado por razón de la materia en forma expresa por los artículos 36 y 40 del Código de Régimen Político y Municipal, como en el mismo Código Penal artículo 1° y Código Administrativo, artículo 1°.

2. El sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal y en el campo administrativo, pues mientras en el primero se persigue castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada por la ley, para quien incurra en ella; en el segundo, se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se analiza, de orden público económico.

Es en pos de ese objetivo que el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejercen la actividad financiera y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere de objetividad sin que en manera alguna pueda quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, como son el dolo o la culpa, menos aún cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales, sino por personas morales o jurídicas, como en el caso de la actividad financiera y el manejo del sistema de ahorro de valor constante que sólo puede realizarse a través de las corporaciones de ahorro y vivienda, sin que pueda tener entonces cabida el elemento de culpa, preteintencionalidad o dolo que consagra el Código Penal para las personas naturales.

3. Si las actuaciones administrativas están expresamente reguladas por el Decreto 01 de 1984, a menos que exista una disposición especial y si este estatuto prevé en su artículo 3°, en materia administrativa, las garantías consagradas por el artículo 26 de la Constitución Nacional (hoy artículo 29). No puede inferirse que el artículo 375 del Código Penal, deba aplicarse obligatoriamente por extensión al derecho sancionatorio de carácter administrativo financiero por ausencia de normatividad que garantice para las sanciones administrativas el derecho de defensa y el debido proceso.

4. Como lo anota la entidad demandada, no se advierte de las actas de la comisión redactora del Código Penal, que haya sido voluntad del legislador someter a las sanciones administrativas al régimen previsto en este código, desconociendo el elemento prontitud que se requiere para manejar el derecho económico que exigen normas de control y coerción de efectos inmediatos. Por el contrario, de las actas de la propia comisión redactora del Código Penal, se advierte, que la referencia que hace al artículo 375 del Código Penal, se refiere en forma restrictiva a las contravenciones penales, que dada la conducta humana que involucran requiere de su sujeción a los principios y normas establecidas en el Código Penal, pero no a las sanciones administrativas aplicadas a las personas jurídicas por transgresión a la normatividad propia del sector financiero.

2. Vigencia de la ley en el tiempo.

El cargo expuesto en la demanda de manera principal y fundamento de la solicitud de suspensión provisional, lo hizo consistir el apoderado de la actora en el hecho de haberse fundamentado la Resolución 0391 del 16 de febrero de 1989, en normas inexistentes al momento de su expedición, violando los principios del nullum crime sine lege, nule poena sine lege vulnerando así el artículo 26 de la Constitución Nacional.

El artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, hoy artículo 29 de la Constitución Nacional vigente, dispone que:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable..." (Subraya la Sala)

Esta disposición claramente ordena que para la imposición de una sanción es requisito imprescindible, que previamente al acto que se imputa, exista una norma que haya definido la conducta infractora, y que al imponer la sanción se observe el debido proceso, es decir consagra el artículo los principios nullun poena sine lege, el debido proceso y la irretroactividad de la ley.

En el caso sub lite, cuando la sociedad actora presentó sus estados financieros correspondientes al primer trimestre de 1987, estaban vigentes los Decretos 1325 de 1983, y 1288 de 1985, expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional de 1886, mediante los cuales se fijaron los porcentajes mínimos de las nuevas colocaciones que debían mantener las corporaciones de ahorro y vivienda, en préstamos para vivienda de hasta 3000 UPAC, así como el régimen de inversiones supletivas admisibles para tales rangos de colocación. Y estaba vigente la Resolución N° 23 de 1987 de la Junta Monetaria que fijó los porcentajes mínimos de las nuevas colocaciones que debían mantener las mismas entidades y las inversiones supletivas admisibles.

Los Decretos 1325 de 1983 y 1288 de 1985 rigieron hasta el día 31 de diciembre de 1987, fecha en que fueron derogados por el artículo 11 del Decreto 721 de 1987 y la Resolución N° 23, sólo vino a ser derogada mediante la Resolución 15 del 2 de marzo de 1988

En consecuencia cuando la Corporación cometió el hecho irregular de incurrir en defecto de colocaciones existía la normatividad vigente que aplicó la Superintendencia Bancaria, sin que pueda imputarse por ello transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional, ni pretender que en razón de que la mencionada reglamentación no estaba vigente cuando se impuso la sanción, el hecho iregular no pueda ser sancionado o que se convierta en inexistente, porque tal consecuencia sólo es aplicable en el derecho penal debido a la primacía del principio de la favorabilidad frente a la irretroactividad de la ley.

En consecuencia nos prosperan los cargos que el apelante formula contra la sentencia del primer grado y por lo tanto ésta merece ser 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

CONFIRMASE la sentencia proferida del 3 de noviembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 1162.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunalde origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva*

SALARIO INTEGRAL/RENTA EXENTA/RETENCION EN LA FUENTE/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La norma demandada no habla de un mínimo, sino que simplemente establece un porcentaje que será el 30% como exento de impuestos y de retención en la fuente, con lo cual sí se desconoce uno de los parámetros establecidos por la ley reglamentada, a saber el carácter de exento del monto del factor prestacional. No es cierto entonces, que el decreto acusado no fije límite máximo para la exención, toda vez que al disponer que el 30% del salario integral está exento de impuesto y de retención en la fuente, está fijando ese 30% como límite de la misma. No resulta válido sostener que la norma impugnada reitera el porcentaje establecido por la ley, toda vez que la ley no fija ningún porcentaje respecto de la exención, ya que el 30% es el porcentaje mínimo del salario integral que debe considerarse como factor prestacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres de mil novecientos noventa y tres.

REF: Radicación 4775. -Acción de nulidad contra el inciso 1° del artículo 26 del Decreto 836 proferido por el Gobierno Nacional. Actor: Juan Fernando Petersson Samper - FALLO-.

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Procede la Sala a pronunciarse sobre la acción de nulidad ejercida por el doctor JUAN FERNANDO PETERSSON SAMPER contra el inciso 1° del artículo 26 del Decreto 836 proferido el 26 de marzo de 1991 por el Gobierno Nacional.

EL ACTO DE LA DEMANDADO

Se demanda el primer inciso del artículo 26 del Decreto 836 de 1991, el cual dice textualmente:

Decreto 836 de 1991

(...).

"ARTÍCULO 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...".

LA DEMANDA

El accionante solicita que se declare la nulidad del inciso primero del artículo 26 del Decreto 836 de 1991, por considerar que dicha norma viola abiertamente el artículo 132 numeral segundo, del Código Sustantivo del Trabajo, por imponerle a la exención impositiva consagrada en dicha norma, un tope máximo del 30% en ella no previsto.

Igualmente lo acusa de desconocer el artículo 338 de la Constitución Nacional por estar "vedada constitucionalmente la vía reglamentaria para introducir disposiciones de tal índole y alcance al ordenamiento jurídico impositivo", trasgrediendo así el artículo 189, ordinal 11 de la misma Constitución por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

SUSPENSION PROVISIONAL

El accionante solicitó la suspensión provisional del acto demandado, la cual fue decretada por esta Sala mediante auto del 17 de mayo de 1993, y confirmada al resolverse el recurso de reposición interpuesto por el señor Representante de la Nación.

IMPUGNACION DE LA DEMANDA

El señor apoderado especial de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda y en primer término precisa el alcance del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, la cual, a su juicio imponía dos límites a la potestad reglamentaria del ejecutivo, en cuanto a no desconocer que el factor prestacional correspondiente a la empresa no puede ser inferior al 30% de 10 salarios mínimos legales mensuales y a no desconocer el carácter de exento del monto del factor prestacional.

A su juicio, el decreto acusado no desconoce ninguno de dichos límites en cuanto, ni determina un menor factor prestacional, ni desconoce su carácter de exento y mucho menos fija límites máximos sobre la exención consagrada por la ley.

El reglamento impugnado no hace referencia sobre el carácter de exento que la ley establece para el monto del factor prestacional, ni fija como tope máximo el 30% para la exención. El monto del factor prestacional, esto es la suma líquida de dinero que resulte de aplicar el factor prestacional correspondiente a la empresa como integrante del salario, continúa considerándose en el reglamento como exento en su totalidad, luego no hubo exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria.

Por otra parte, si se interpreta el inciso primero demandado armónicamente con el resto del artículo 26, se llega a la conclusión de que el reglamento es concurrente con lo dispuesto por la ley reglamentada, en cuanto ésta consideró que el factor prestacional exento no podía ser inferior al 30% de diez salarios mínimos y este porcentaje es reiterado por el reglamento, al igual que su carácter de exento para efectos tributarios. Por eso, cuando el reglamento dispone que al 30% del salario integral se encuentra exento, simplemente reitera el mismo porcentaje establecido por la ley como exento en su totalidad del pago de impuestos y retención en la fuente.

Por último anota que debe tenerse en cuenta que lo que el artículo demandado establece es el mecanismo para determinar el factor prestacional correspondiente a la empresa, con el fin de evitar que los particulares fijen caprichosamente el impuesto de renta y complementarios a que equivale la retención en la fuente para los asalariados, sin desconocer el factor prestacional mínimo establecido por la ley.

Luego, al fijar el reglamento, el mecanismo para la determinación del factor correspondiente a la empresa, lo que busca es evitar que los particulares negocien el impuesto, en ejercicio de las funciones que el ejecutivo le asignaba los numerales 3° y 11 del artículo 120 de la Constitución anterior.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El señor PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO CONTENCIOSO ante esta Corporación solicita se declare la nulidad de la norma demandada, porque a su juicio, basta realizar una simple y elemental confrontación entre el precepto acusado y el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, para concluir que el Presidente de la República, al expedir la norma demandada incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria, toda vez que mientras el citado artículo 18 de la Ley 50 de 1990 establece que cualquiera que sea el monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos, el precepto reglamentario dice que cuando se perciba un salario integral el 30% del mismo no constituye ingreso gravable y no está sometido a retención en la fuente.

Concluye que el precepto demandado limita el alcance del artículo 18 de la ley 50 de 1990 y contraría los principios que rigen la potestad reglamentaria, por lo que solicita que se dé prosperidad a las peticiones de la demanda.

El señor APODERADO ESPECIAL DE LA NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, en su alegato de conclusión, insiste en que el decreto demandado no impone límites a la exención impositiva consagrada en la ley y reitera que lo que se encuentra exento del pago de impuestos y de retención en la fuente, conforme a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, es el monto del factor prestacional y el Decreto Reglamentario señala el mecanismo para determinar el factor prestacional correspondiente a la empresa, sin desconocer el carácter de exento del monto que resulte de aplicar este factor sobre el salario básico cualquiera que sea este monto.

Por último insiste en que el decreto acusado reitera el porcentaje mínimo de exención aplicable al salario integral, que establece la ley en el 30% sobre la exención y por lo tanto el reglamento es concurrente con la ley, porque cuando dispone que el 30% del salario integral se encuentra exento, simplemente reitera el mismo guarismo establecido por la ley como exento, en su totalidad del pago de impuestos y retención en la fuente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 18 de la Ley 50 de 1990 dispuso textualmente:

"ARTÍCULO 18.El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"ARTÍCULO 132.**Formas y libertad de estipulación.**

1. El empleador y el trabajador pueden convertir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

"2 No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario, superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

"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".

Dicha norma consagró, en la legislación laboral, el denominado salario integral y, en el tema objeto de la controversia que debe resolver la Sala, prescribió expresamente que el factor prestacional, incluido en ese salario integral está exento del pago de retención en la fuente y de impuestos.

Enfrente a lo anterior, la Sala no encuentra válidos los argumentos propuestos a través del proceso por la parte demandada. En efecto, afirma el señor apoderado de la Nación, Ministerio de Hacienda, que el acto acusado no está fijando ningún límite a la exención tributaria prevista en la ley, pero los términos del mismo indican lo contrario cuando expresamente disponen que cuando un trabajador perciba un salario integral, "el 30% del mismo no constituye ingreso gravable para el trabajador", tal como aparece textualmente transcrito al comienzo de esta providencia.

La norma demandada no habla como lo afirma su defensor de un mínimo, sino que simplemente establece un porcentaje que será el 30% como exento de impuestos y de retención en la fuente, con lo cual sí se desconoce uno de los parámetros establecidos por la ley reglamentada, a que se refiere el mismó impugnante, a saber el carácter de exento del monto **total** del factor prestacional.

No es cierto entonces, que el decreto acusado no fije límite máximo para la exención, toda vez que al disponer que el 30% del salario integral está exento de impuesto y de retención en la fuente, está fijando ese 30% como límite de la misma.

Por otra parte, es cierto que la norma cuestionada debe analizarse dentro del contexto del cual forma parte, esto es tanto del inciso 2° y el parágrafo del artículo 26 demandado, como del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, pero lo que no resulta válido es sostener que la norma impugnada reitera el porcentaje establecido por la ley, toda vez que la ley no fija ningún porcentaje respecto de la exención, ya que el 30% a que se refiere es el porcentaje mínimo del salario integral que debe considerarse como factor prestacional.

En relación con la afirmación de que lo que establece el artículo demandado es el mecanismo para determinar el factor prestacional de la empresa, noción que se contempla en el inciso 2° numeral 2° artículo 132 del Código Sustantivo de Trabajo, con el fin de evitar que los particulares negocien caprichosamente 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 y todo para velar por la cumplida ejecución de la ley y de cuidar de la exacta recaudación de las rentas y caudales públicos, la Sala encuentra que concretamente el inciso 1° del artículo 26 demandado no lo prescribe así y el factor prestacional es el mismo para la empresa y para el trabajador.

Por otra parte, el hecho de que el inciso segundo del artículo demandado se refiera a un factor prestacional superior al 30%, no significa que el inciso primero no

desconozca la normatividad superior, ya que éste fija una norma de carácter general, la relativa a que el 30% del salario integral no constituye ingreso gravable para el trabajador, mientras que el invocado inciso 2° del mismo artículo se refiere a una situación de carácter especial, la relativa a quienes no estén sometidos al régimen del salario integral, todo lo cual indica que este 2° inciso, en nada modifica la ilegalidad del inciso 1° demandado.

Como ya tuvo oportunidad de expresarlo, la Sala comparte las consideraciones de conveniencia y equidad hechas por la parte impugnadora, pero ellas no purgan el exceso de la potestad reglamentaria en que incurrió el ejecutivo, toda vez que las ha debido tener en cuenta el legislador al establecer las exenciones, pero que no pueden consagrarse a través de una norma de carácter reglamentario.

Por lo expuesto, la Sala, de acuerdo con su colaborador fiscal anulará la norma demandada.

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

FALLA:

Anúlase el inciso primero del artículo 26 del Decreto 836 de 1991 expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese, cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva*

ASALARIADO/DEVOLUCION/SALDO A FAVOR/DECLARACION DE RENTA

No es cierto que la ley haya eliminado de manera absoluta el derecho para los asalariados de obtener de la Administración la devolución de los saldos pagados con retención en la fuente en exceso del impuesto a cargo porque si el asalariado, por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley está obligado a presentar declaración de renta, tiene derecho a obtener la devolución de lo pagado en exceso, en primer lugar porque así lo determina el art. 87 del Decreto 2503 de 1987 y en segundo lugar porque no es lícito a la administración enriquecerse sin causa legal, desconociendo el principio de la justicia tributaria. Y aun en el evento de que el asalariado, no declarante pague en exceso de lo que la ley le determina, tiene derecho a que se le devuelvan aquellos dineros que han sido indebidamente consignados o retenidos.

LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza/DECLARACION DE RENTA/ DEVOLUCIÓN/SALDO A FAVOR/ASALARIADO.

Si la liquidación privada consignaba saldo a favor del declarante, el plazo se contaba ya no a partir de la presentación de denuncio tributario, sino de la solicitud en forma de la devolución, salvo, en este último evento que se tratara de asalariados en los que la retención en la fuente por salarios fuera igual o superior al 80% del total de las retenciones, caso en el cual, el término de firmeza de la liquidación privada se regía inexorablemente por la disposición general de los dos (2) años a partir de la presentación de la respectiva declaración, pues el régimen de los asalariados era una excepción dentro de las declaraciones con saldo a favor. En el sub lite como el contribuyente probó que el 100% de las retenciones que le practicaron pertenecían a salarios y considerando que su declaración quedó en firme, era procedente la devolución del saldo a favor.

FACULTAD DE FISCALIZACION/PROCESO DE DETERMINACION OFICIAL/PROCESO DE 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 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 la 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 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 2° del citado artículo 75 de la Ley 9° de 1983 e indefinida en el tiempo la firmeza de la declaración de renta.

INTERES CORRIENTE/INTERÉS MORATORIO/SALDO A FAVOR

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 se liquiden con fundamento en el art. 31 del Decreto 2821 de 1974 tal como fue reproducido por el artículo 863 del Estatuto Tributario, luego de acuerdo con aquella disposición y lo decidido (devolución de los saldos a favor) es procedente el reconocimiento de los rendimientos solicitados, teniendo en cuenta que los corrientes se causan desde el 1° 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 mencionado decreto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá , D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Ref: Expediente N° 4662 - Actor: ENRIQUE ALEJANDRO HEREDIA RUBIO NIT 50.458.219 - Apelación de la sentencia del 6 de noviembre de 1992. Tribunal Administrativo de Antioquia. - Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. - Renta 1986. **FALLO.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del actor contra la sentencia del 6 de noviembre de 1992, por medio de

la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado a través de apoderado por el señor ENRIQUE ALEJANDRO HEREDIA RUBIO NIT 50.458.219, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos de Medellín le negó la devolución de los saldos a favor por concepto del impuesto a la renta, que por el período fiscal de 1986, arrojó su declaración privada.

ANTECEDENTES

El actor presento el 18 de mayo de 1987 la declaración tributaria del impuesto sobre la renta por el período anotado y consignó en su liquidación privada un saldo a su favor por $ 2.648.293, originados en el exceso de retenciones en la fuente sobre el impuesto liquidado.

Tramitada la solicitud de devolución el 2 de agosto de 1989, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, mediante auto N° 0030 del 11 de diciembre de 1989 no accedió a la devolución propuesta, al considerar que las rentas exentas solicitadas eran improcedentes, toda vez que el artículo 72 del Decreto 2053 de 1974, vigente para la fecha en que se presentó la declaración de renta, no disponía la exención del impuesto para la renta obtenida por el contribuyente, ya que al regular este decreto intergramente la materia derogó el Decreto 580 de 1981. Sugirió así mismo la corrección de la declaración presentada.

Posteriormente el 11 de enero de 1990, el apoderado del actor solicitó nuevamente la devolución del saldo a favor, exponiendo que la declaración de renta presentada estaba en firme y que no había factor alguno para corregir.

Mediante la Resolución 0056 del 23 de enero de 1990, la administración negó de nuevo la solicitud, al considerar que era improcedente el saldo a favor ante la inexistencia de norma que exencionara del impuesto de renta los ingresos laborales devengados por el actor.

Contra la decisión de la Administración el contribuyente interpuso recurso de reposición el cual fue fallado mediante la Resolución 0011 del 29 de junio de 1990, que confirmó totalmente el acto recurrido.

Providencia con la cual se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Acudió el contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, alegando que el acto administrativo incurrió en violación de los artículos 75 de la Ley 09 de 1983, 560, 720, 734, 853, 855, 856, 857 y 863 del Estatuto Tributario, esencialmente, porque violó el reconocimiento al silencio administrativo positivo derivado de la firmeza de la liquidación privada e

incurrió en irregularidad procedimental al conceder un recurso que no era el señalado por la ley y conocer de la solicitud de devolución quien no era competente.

Pide se declare la nulidad de los actos acusados, la ocurrencia del silencio positivo; que como consecuencia se ordene a la administración de devolver el saldo a favor por $ 2.648.239, y el pago de intereses corrientes y moratorios.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda considerando que en la vía gubernativa, el actor no discutió el asunto referido con la falta de competencia, ni desvirtúo la legalidad del acto administrativo expedido por la Administración de Impuestos, ni invocó la norma violada al efectuar la delegación, y que el recurso de reposición estuvo correctamente concedido.

Que no se desconoció la firmeza de la declaración privada, porque no podían mezclarse dos procesos distintos como eran el de determinación del impuesto y el de devoluciones claramente diferenciados en la ley.

Estimó improcedente el reconocimiento de la renta exenta en razón de que por una parte el Decreto 580 de 1951, invocado como fundamento de la exención, había sido derogado y por la otra, la Ley 24 de 1959 no permitía el reconocimiento solicitado toda vez que la ley señalaba como sujetos de la exención a los funcionarios internacionales que vinieran al país en desarrollo de los convenios a que se refiere el artículo 1 como contratistas, y la calidad de contratante solo la posibilitaba la ley al Gobierno Nacional y no para una sociedad comercial e industrial del Estado como lo era ISA.

LA APELACION

Al apelar el apoderado judicial del actor, luego de calificar la sentencia como equivocada, la acusa de no sopesar los argumentos expuestos en el alegato de conclusión, y que a pesar de que las consideraciones expuestas por el apoderado de la Nación son contradictorios el Tribunal las prohijo. Reitera que la administración desconoció la firmeza de la liquidación privada, que le impedía rechazar la exención pedida.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La entidad demandada mediante su apoderado judicial se opone a las pretensiones del apelante porque:

1. La Ley 55 de 1985 artículo 36, norma recogida por el artículo 63 de la Ley 75 de 1986, eliminó a partir de su vigencia la declaración de renta y complementarios para los asalariados cuyos ingresos provengan por lo menos en un 80% de pagos originados en una relación laboral o reglamentaria, por lo que, el certificado de ingresos y retenciones sustituye la declaración y el valor de las retenciones corresponde al impuesto del respectivo ejercicio fiscal, quedando eliminada la viabilidad de devolución para los asalariados.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló la misma disposición los requisitos adicionales que debían cumplir los asalariados para considerarse exonerados de la obligación de declarar.

2. Como de conformidad con el artículo 856, en concordancia con el 684 del Estatuto Tributario, la Administración, puede comprobar la viabilidad de las devoluciones con amplias facultades de verificación, al encontrar que los ingresos declarados no eran exentos dio la posibilidad al contribuyente de que corrigiera su declaración tributaria en la cual podía extemporáneamente discriminar los conceptos de los ingresos laborales recibidos, llevando como exentos sólo las rentas que de acuerdo con la ley tenían tal calidad, para determinar así el impuesto correspondiente, y de acuerdo a esto el saldo a favor.

Y que si consideraba el contribuyente que sus rentas eran exentas y que por ella no sujetas a retención debió hacérselo saber al retenedor y solicitar de éste el reintegro de las sumas según el artículo 6° del Decreto 1189 de 1986.

Pide se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Derecho a la devolución de los asalariados

1. Por considerarlo conveniente la Sala precisa que si bien es cierto que el artículo 36 de la Ley 55 de 1985, modificado por el artículo 63 de la Ley 75 de 1986 "eliminó" la declaración tributaria del impuesto sobre la renta para los asalariados cuyos ingresos brutos provengan por lo menos en un 80% del pagos originando en la relación laboral o legal y reglamentaria, tal beneficio no fue absoluto sino que lo limitó a quienes cumplieran los requisitos adicionales contenidos en los numerales 1° a 6° de la misma norma.

2. No es cierto entonces que la ley haya eliminado de manera absoluta el derecho para los asalariados de obtener de la administración la devolución de los saldos pagados con retención en la fuente en exceso del impuesto a cargo porque si el asalariado, por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley está obligado a presentar declaración de renta, tiene derecho a obtener la devolución de lo pagado en exceso, en primer lugar, porque así los determina el artículo 87 del De-

creto 2503 de 1987, norma entonces vigente, que no hizo ninguna diferenciación al respecto y en segundo lugar, porque no es lícito a la administración enriquecerse sin causa legal, desconociendo el principio de la justicia tributaria.

3. Y aun en el evento de que el asalariado, no declarante, pague en exceso de lo que la ley le determina, bien porque hace pagos que no le corresponden o porque las retenciones efectuadas no son las que determina la ley, tiene derecho a que se le devuelvan aquellos dineros que han sido indebidamente consignados o retenidos.

Efectos de la firmeza de la liquidación privada de los asalariados declarantes.

Para el año gravable de 1986 estaba vigente el artículo 75 de la Ley 09 de 1983 que dispuso:

> "La declaración tributaria quedará en firme si dentro de los dos (2) años siguientes a la presentación de la declaración o a la de la corrección o modificación previstas en el artículo 71 de esta ley no se notifica la 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 total de retenciones, practicadas en el respectivo año gravables."** (Subraya la sala).

El contexto literal de esta norma es claro cuando indica que a los dos (2) años de presentada la declaración del impuesto sobre la renta ésta quedaba en firme.

El término señalado, se interrumpía conforme con lo ordenado en el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, por el plazo para contestar el requerimiento y su ampliación, así como por la práctica de la inspección contable. Si la liquidación privada consignaba saldo a favor del declarante, el plazo se contaba ya no a partir de la presentación del denuncio tributario, sino de la solicitud en forma de la devolución, salvo, en este último evento que se tratara de asalariados en los que la retención en la fuente por salarios fuera igual o superior al 80% de total de las retenciones, caso en el cual, el término de firmeza de la liquidación privada se regía inexorablemente por la disposición general de los dos (2) años a partir de la presentación de la respectiva declaración, pues el régimen de los asalariados era una excepción dentro de las declaraciones con saldo a favor.

En el *sub lite* el contribuyente como está probado dentro del informativo, tenía como actividad única la de asalariado y acreditó con el certificado expedido por el patrono que el 100% de las retenciones que le fueron practicadas pertenecían a

salarios, circunstancias de la que resulta, de acuerdo con las normas indicadas, que la liquidación privada presentada junto con la declaración tributaria el 18 de mayo de 1987 quedo en firme el 18 de mayo de 1989, como quiera que no fue objeto de requerimiento o inspección contable, ni tampoco fue modificado en dicho término por liquidación de revisión. En consecuencia era procedente en este caso la devolución del saldo a favor determinando por el actor en el renglón 38 del formulario oficial.

Por lo tanto si el contribuyente cumplió con la presentación de la solicitud en debida forma y satisfizo la exigencia prevista en el artículo 4° el Decreto 2314 de 1989 y no se tipificó ninguna de las causales 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 constante la improcedencia de los impuestos descontables principalmente, en el caso el 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 N° 20 del formulario rentístico, puesto que el beneficio invocado sólo podía ser cuestionado en 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 fue de descuento por impuesto sino de "renta exenta" (renglón 20) que sólo 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 la 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 2° del citado artículo 75 de la Ley 9° de 1983 transcrito, e indefinida en el tiempo la firmeza de la declaración de renta.

Por las anteriores razones procederá 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 1° 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 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 de fecha 6 de noviembre 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 022 de agosto 25 y 0030 del 11 de diciembre de 1989 y Resoluciones números 056 de enero 23 y 0011 de junio 29 de 1990 para negar la devolución solicitada por el señor ENRIQUE HEREDIA RUBIO.

3. DECLARASE EN FIRME.la liquidación privada que por el año gravable de 1986 presentó el señor ENRIQUE ALEJANDRO HEREDIA RUBIO con NIT 50.458.219 en Medellín el 18 de mayo de 1987 N° 15862349 DIN con un saldo a favor de 2.648.239.

4. ORDENASE a la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, devolver a favor del contribuyente ENRIQUE ALEJANDRO HEREDIA RUBIO identificado con el NIT 50.458.219, o a su apoderado el Dr. ALVARO HERNAN GOMEZ RINCON con c.c. N° 14.447.678 de Cali quien goza de facultad para recibir, la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS($ 2.648.239), correspondiente al saldo crédito determinado por concepto de la 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 1° de julio de 1987 hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunalde origen. Cúmplase

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva*

ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO/ DOCUMENTO/COMITE DE CALIFICACIONES/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA

No era facultativo del contribuyente abstenerse de enviar la declaración tributaria del año de 1988 con la solicitud correspondiente al año de 1989, desconociendo la ley para pretender la prórroga indebida del plazo. Cosa distinta hubiera sido que debido a la falta de decisión por parte del Comité, de la petición formulada por el año de 1988, al momento de presentar la solicitud por 1989, no estuviera el plazo vencido, evento en el cual la Fundación tenía justificación para no presentar el documento aludido caso en el cual el cumplimiento del requisito podía efectuarlo con posterioridad y aún con declaración extemporánea. Pero si durante el proceso gubernativo se abstuvo de acompañar el documento exigido, no puede argumentar que al no acceder la Administración a su petición, se haya violado la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero pontente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente N° 4417 - Actor: Fundación Caicedo González - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. - Autoridades Nacionales **FALLO.**

Mediante apoderado judicial la FUNDACION CAICEDO GONZALEZ en ejercicio de la acción de nulidad consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo demanda la nulidad de las Resoluciones N° 294 del 27 de diciembre de 1990 y N° 007 del 21 de febrero de 1992 expedidas por el Ministerio de Hacienda

y Crédito Público y a título de restablecimiento del derecho, la calificación de la procedencia de los egresos efectuados en el año y la exención del beneficio neto del mismo ejercicio.

ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 30 de marzo de 1990 la representante legal de la FUNDACION CAICEDO GONZALEZ, solicitó al Comité de Entidades sin Animo de Lucro la calificación de la procedencia de los egresos efectuados en el período gravable de 1989 y la destinación del beneficio neto que destinaría al desarrollo de programas de bienestar social, según aprobación de la Asamblea en reunión celebrada el 26 de mayo de 1990, a efectos de obtener la exención tributaria sobre los mismos.

Mediante la Resolución N° 294 del 27 de diciembre de 1990 el Comité de Entidades sin Animo de lucro, no accedió a la petición presentada en razón de que la Fundación no anexó la copia autenticada de la declaración de renta o de ingresos y patrimonio del año inmediatamente anterior a aquel por el cual se efectuó la solicitud, conforme lo exigía el literal g) del artículo 12 del Decreto 868 de 1989.

Contra dicha resolución recurrió en reposición la Fundación, alegando haber cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 12 del citado decreto ante la imposibilidad de presentar el documento exigido toda vez que el 9 de febrero de 1990, el Comité, mediante la Resolución N° 07 de 1990, gravó el excedente obtenido en el ejercicio fiscal de 1988 y contra el acto administrativo de determinación del impuesto de renta acudió ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y por lo tanto la presentación de copia autenticada de la declaración de renta exigida por el literal g) del Decreto 868 de 1989 no era posible hasta tanto se produjera el fallo definitivo en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Anexó para probar tal aseveración una constancia expedida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

El recurso fue fallado mediante la Resolución 007 del 21 de febrero de 1992, que confirmó la Resolución N° 294 de 1990, en consideración a que el contribuyente no cumplió con el requisito de presentar la declaración exigida por el literal g) del artículo 12 del Decreto 868 de 1989 mencionada a pesar de haberlo solicitado la Administración mediante oficio 021925 del 5 de septiembre de 1990.

LA DEMANDA

Acudió la Fundación en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para acusar al acto administrativo de violar los artículos 31 y 32 de la Ley 52 de 1977; 11 del Decreto 869 de 1989 y 62 del Decreto 01 de 1984, pues no resulta legal la actuación del Comité de Entida-

des sin Animo de Lucro al exigir copia del denuncio rentísticio del ejercicio de 1988 si la Fundación argumentó, el 29 de febrero de 1990, que no era posible presentarla hasta tanto no se produjera un fallo definitivo en lo contencioso administrativo del proceso intentado contra al acto administrativo de liquidación del impuesto de renta por dicha vigencia fiscal, actuación con la cual violó el derecho de defensa y olvidó el relevante espíritu de justicia con que deben estar precedidos todos los actos de los funcionarios públicos.

OPOSICION DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la actora, en razón de que ésta no cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 12 del Decreto 868 de 1989 para hacerse acreedora al beneficio tributario, sin que existiera excusa porque, cuando presentó la solicitud del año de 1989, ya el Comité se había pronunciado negativamente sobre la no procedencia de la petición que en el mismo sentido formulara por el año gravable de 1988, y ya había transcurrido el término de un mes que para presentar la declaración tributaria exigida señaló el artículo 13 del Decreto 3103 de 1990.

Alega la legalidad de los actos impugnados pues ninguna de las normas citadas y aplicables al caso vinculan el plazo para la presentación de la declaración de renta al hecho de que exista un pronunciamiento definitivo por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sobre tal aspecto.

ALEGATOS DE CONCLUSION

De la demandada

En el alegato de conclusión, reitera que la fundación tenía plazo máximo para presentar la declaración de renta hasta un mes después del pronunciamiento definitivo sobre la solicitud de calificación de procedencia de los egresos y de destinación del excedente por parte del Comité de Entidades sin Animo de Lucro, tal como lo disponía el parágrafo del artículo 9° del Decreto 290 de 1989 y posteriormente los parágrafos de los artículos 13 de los Decretos 860 de 1989 y 3101 de 1990, por lo que, para la fecha en que presentó la solicitud de calificación correspondiente a la vigencia fiscal de 1989, esto fué el 30 de marzo de 1990, la Fundación estaba en la obligación de anexar la copia del año de 1988, en razón de que ya se le había vencido el plazo para declarar.

La actora y el Ministerio Público no presentaron alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Ley 84 de 1988 en su artículo 1° sujetó a las fundaciones, corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro y los demás nuevos contribuyentes a que se refiere el artículo 32 de la Ley 75 de 1986, al impuesto sobre la renta y complementarios, estableciendo para ellos un régimen tributario especial y una tarifa del 20% aplicable sobre el beneficio neto o excedente. Beneficio que puede ser exento en la parte que destinen al cumplimiento de su objeto social de acuerdo con las exigencias contenidas en la misma ley.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto N° 868 de 1989 cuyo artículo 12 determinó los requisitos y documentos que debían presentarse para la solicitud de procedencia de los egresos y exención del beneficio neto, y en su literal g) exigió la copia autenticada de la declaración de renta o la de ingresos o patrimonio, según el caso, del año inmediatamente anterior a aquel por el cual se efectúa la solicitud.

La obligación de presentar la declaración tributaria fue reiterada en el artículo 2° del Decreto 290 de 1989, estatuto legal que en su artículo 9° señaló el plazo para solicitar la calificación y el término para la declaración tributaria así:

"Plazos para solicitar la calificación sobre la procedencia de egresos:

De conformidad con el artículo 5° de la Ley 84 de 1988, las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente decreto, que en el último día del año gravable 1988 posean ingresos brutos superiores a cien millones ($ 100.000.000) o activos superiores a doscientos millones ($ 200.000.000), tendrán plazo hasta el 28 de abril de 1989 para solicitar la calificación previa sobre la procedencia de los egresos.

"El mismo plazo previsto en este artículo se aplicará a las entidades que soliciten autorización para ejecutar programas de destinación de los excedentes en plazos superiores al año siguiente al de su obtención o para constituir asignaciones permanentes sin que constituyan beneficio neto o utilidad gravable.

"Parágrafo. **Cuando la respuesta a la solicitud presentada oportunamente a que se refiere este artículo se resuelva con posterioridad a la fecha de vencimiento para declarar, el plazo para presentar las declaraciones de las entidades que soliciten oportunamente la calificación, se extenderá hasta el mes siguiente al de la notificación del pronunciamiento definitivo del Comité de Calificaciones**". (Subraya la Sala)

Entonces, no era facultativo del contribuyente abstenerse de enviar la declaración tributaria del año de 1988 con la solicitud correspondiente al año de 1989, desconociendo la ley para pretender la prórroga indebida del plazo.

Cosa distinta hubiera sido que debido a la falta de decisión por parte del Comité, de la petición formulada por el año de 1988, al momento de presentar la solicitud del

año de 1989, no estuviera el plazo vencido, evento en el cual la Fundación tenía justificación para no presentar el documento aludido, caso en el cual, el cumplimiento del requisito podía efectuarlo con posterioridad y aún con declaración extemporánea.

Pero si durante el proceso gubernativo se abstuvo de acompañar el documento exigido, no puede argumentar que al no acceder la Administración a su petición, ante la ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 12 del Decreto 868 de 1989 se haya violado la ley.

Tampoco en esta oportunidad puede la Sala avocar el estudio de la procedencia de los egresos y la calificación del destino del excedente neto, a efectos de la exención, ante ausencia del documento exigido toda vez que si bien la actora anuncia en acápite de pruebas de la demanda la fotocopia autenticada de la declaración de renta del año gravable de 1988, el documento anexo a folio 36 no presta mérito probatorio alguno a la luz de lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, ya que además de ser una fotocopia ilegible que no permite verificar el año o período fiscal al cual corresponde, ni la fecha de presentación, carece de firma del representante legal y de autenticación.

Tampoco la interesada informó el número, fecha ni el lugar de presentación del documento que permitieran a la Sala si lo consideraba pertinente, ejercer facultad consagrada en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo para pedir de oficio, la copia a la Administración.

En mérito de los 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

NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva,*.

PASIVO CON CASA MATRIZ/ SUCURSAL/DIFERENCIA EN CAMBIO/ UNIDAD PATRIMONIAL/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Los efectos tributarios del art. 87 de la Ley 75 de 1986 son entonces aquellos que puedan derivar del concepto de "unidad patrimonial" toda vez que la ley en este aspecto no estableció ninguna condición ni hizo salvedad alguna. De tal suerte que si la sucursal, la filial o la subsidiaria en Colombia de una sociedad extranjera, contrae obligaciones con la principal matriz u otras sociedades subordinadas de la misma en el exterior, tal pasivo no puede tener reconocimiento para ningún efecto fiscal y consecuencialmente el ajuste por diferencia en cambio no puede considerarse como costo o deducción para efectos fiscales. El antecedente de la Ley 75/86 o sea la Ley 81 de 1960 consideraba como un solo ente económico a las filiales, subsidiarias, agencias y sucursales de sociedades extranjeras con su casa matriz.

PASIVO CON CASA MATRIZ/FILIAL/PATRIMONIO/CREDITO A FAVOR/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El artículo 87 de la Ley 75 de 1986 es similar al artículo 73 de la Ley 81 de 1960. Así cuando el artículo 73 de la Ley 81 de 1960 determinó que las deudas de una filial con la casa matriz se considera para efectos fiscales como patrimonio propio de las filiales colombianas, quiso evitar la posibilidad de una peligrosa evasión fiscal: este sentido teleológico de la norma conduce a rechazar la tesis que considera que esta limitación tiene sólo efectos patrimoniales y no cubre elementos constitutivos de la renta. Esta disposición expresa que la ley sigue la norma general respecto al lugar de posesión de los créditos, cual es la de que éstos se consideran poseídos en el lugar de residencia del deudor. Por lo tanto esta clase de deudas se considera como patrimonio propio de las agencias, sucursales, filiales o compañías con negocios en Colombia.

SANCION POR INEXACTITUD-Improcedencia/DIFERENCIA EN CAMBIO/DEUDAS CON CASA MATRIZ

En el sub lite según se desprende del acta de inspección contable las sumas solicitadas por la actora se encontraban contabilizadas y su monto no fue cuestionado por la Administración, de donde resulta claro que efectivamente la sociedad al interpretar los hechos económicos para plasmarlos en su denuncio tributario estimó que era procedente su deducción, por no estar el término "diferencia en cambio" expresamente consagrado entre la enumeración taxativa contenida en el artículo 51 de la Ley 9° de 1983. Indudablemente existió una discrepancia de criterio entre la sociedad contribuyente y Administración sobre este aspecto tributario, circunstancia que encaja en el inc. 2 del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 cuyo contendido amerita que se levante la sanción por inexactitud impuesta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá, D.C.., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Ref: Expediente N° 4644 - Actor: Kodak Colombiana Ltda. - NIT 860.002.374. - Apelación de la sentencia del 18 de noviembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. - Renta 1986. **FALLO.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad Kodak Colombiana Ltda., NIT 860.002.374, contra la sentencia del 18 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 incoado contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1986 el 27 de abril de 1987 en la que se determinó privadamente el impuesto sobre una renta presuntiva por $ 22.228.100 y un saldo a favor por $ 6.236.262, la que corrigió el 26 de junio de 1987 para incluir retenciones en la fuente no declaradas en la primera en consecuencia aumento su saldo a favor de la suma de $ 6.559.524.

Mediante auto comisorio N° 000479 del 11 de noviembre de 1987 la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, ordenó una inspección contable a los libros de la sociedad contribuyente cuyos resultados quedaron consignados en el acta del 27 de noviembre del mismo año.

En el requerimiento especial N° 002 del 14 de marzo y su ampliación N° 10003 del 18 de julio 1989 la Administración propuso a la sociedad contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia del rechazo de las deducciones solicitadas por $216.252.980 correspondiente a la diferencia en cambio, causada en razón de deudas con su casa matriz y otras filiales de la misma en el exterior, y la imposición de la sanción por inexactitud.

Proposición que concretó en la liquidación oficial de revisión N° 0002 del 24 de enero de 1990, en la que determinó la renta gravable por el sistema de depuración ordinaria, incrementó el impuesto en $2.243.270, sancionó por inexactitud en cuantía de $3.589.232 y reliquidó el anticipo para el año de 1987.

Contra dicha liquidación, la sociedad recurrió en reconsideración y la Administración, mediante la Resolución 00005 del 8 de febrero de 1991 confirmó la liquidación recurrida.

LA DEMANDA

Acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la sociedad contribuyente para acusar el acto administrativo de ser violatorio de los artículos 20 y 28 de la Constitución Nacional; 31 del Código Civil; 1° y 7 del Código Penal; 87 de la Ley 75 de 1986; 51 de la Ley 09 de 1983; 15 de la Ley 49 de 1990 y en especial, de la norma que invocó para imponer la sanción por inexactitud, artículo 44 del Decreto 2503 de 1987.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar, con fundamento el artículo 51 de la Ley 09 de 1983, que transcribe, que las sumas glosadas no podían solicitarse como deducción sino que debían considerarse como patrimonio propio de la sucursal en Colombia, ya que es ese el tratamiento fiscal prescrito en la ley en cuanto a las operaciones realizadas con la casa matriz. Y que debía mantenerse la sanción por inexactitud como consecuencia de no prosperidad del cargo anterior.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apelada la sentencia al no estar de acuerdo con la interpretación que del artículo 51 de la Ley 09 de 1983 hizo el Tribunal, para

darle aplicación, en razón de que ni en el, artículo 87 de la Ley 75 de 1986 se señaló expresamente como no deducibles a los ajustes por diferencia en cambio, efectuados por la sucursal como consecuencia de las transacciones comerciales con su casa matriz o sus filiales en el exterior, pues sólo vino a disponerse su no deducibilidad en la Ley 49 de 1990, corroborando así la ley, la interpretación de la actora, que reitera, cuando consagró el artículo 15 una excepción al principio de la no deducibilidad de la diferencia en cambio, para aquella originada en las deudas a corto plazo provenientes de la adquisición de materias primas o mercancías entre los sujetos allí previstos.

Reitera los argumentos expuestos en la demanda en contra de la imposición de la sanción por inexactitud, en especial por haberse aplicado al año gravable de 1986 el Decreto 2503 de 1987 que no estaba vigente cuando se presentó la declaración tributaria.

Pide se revoque la sentencia y se acceda a la súplicas de la demanda.

OPOSICION DE LA DEMANDA

La entidad demandada a través de apoderado se opone a las pretensiones y argumentos de la apelante alegando que asiste razón al Tribunal cuando considera el artículo 51 de la ley 09 de 1983 como norma genérica, independientemente de la causa que genere el gasto o pasivo de las filiales en Colombia con su matriz y que es claro que la norma prohíbe expresamente la deducción a título de costo o gasto de cualquier suma pagada o reconocida a la casa matriz por la sucursal; luego si la diferencia en cambio es un gasto, que se trata como deducción, cae bajo la prohibición establecida en la norma.

Además dice, debe tenerse en cuenta que, el artículo 87 de la Ley 75 de 1986, considera las deudas de la sucursal para con su casa matriz en el exterior, como patrimonio propio de la primera, es decir que no se considera pasivo de la sucursal por lo que no puede aceptarse la diferencia en cambio como deducible.

Pide que se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Deducibilidad del ajuste por diferencia en cambio.

Reclama la sociedad actora el derecho a la deducción por la diferencia en cambio causada por las deudas con su casa matiz o sus subordinadas extranjeras, al considerar que tal concepto no está incluido en la enumeración que trae el artículo 51 de la Ley 09 de 1983.

A juicio de la Sala si bien la norma mencionada no es de un alcance genérico, como lo pretende la demandada, tampoco su interpretación puede hacerse de manera aislada del resto del ordenamiento impositivo sobre la materia. Por el contrario a partir del año gravable de 1986, en razón de la forma tributaria de dicho año, tal interpretación ha de hacerse en forma armónica con el artículo 87 de la Ley 75 de 1986, que dispone:

> "Las deudas que por cualquier concepto tengan las agencias; sucursales, filiales o compañías que funcionen en el país, para con sus casas matrices extranjeras o agencias, sucursales o filiales de las mismas con domicilio en el exterior, se consideran para efectos tributarios como patrimonio propio de las agencias, sucursales, filiales o compañías con negocios en Colombia".

Los efectos tributarios señalados en el artículo 87 de la Ley 75 de 1986 son entonces aquellos que pueden derivar del concepto de "unidad patrimonial", toda vez que la ley en este aspecto no estableció ninguna condición ni hizo salvedad alguna.

De tal suerte que si la sucursal, la filial o la subsidiaria en Colombia de una sociedad extranjera, contrae obligaciones con la principal matriz u otras sociedades subordinadas de la misma en el exterior, tal pasivo no puede tener reconocimiento para ningún efecto fiscal y consecuencialmente el ajuste por diferencia en cambio no puede considerarse como costo o deducción para efectos fiscales.

De otra parte, conveniente para el caso señalar que los antecedentes del artículo 87 de la Ley 75 de 1986, se remotan a la Ley 81 de 1960 que consideraba como un solo ente económico a la filiales, subsidiarias, agencias y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia y su casa matriz del exterior, como claramente se precisa en la exposición de motivos efectuada por el Presidente de la República al presentar en el correspondiente proyecto de ley (N° 98 de 1986) el artículo 68, y en las modificaciones introducidas para primer debate anexo N° 1° en el artículo 88.

El texto de la norma contenida en el artículo 87 de la Ley 75 de 1986 es entonces similar al artículo 73 de la Ley 81 de 1960, cuyo alcance fue precisado por esta corporación en la sentencia del 30 de enero de 1981, expediente 7521, Actor Hoechst Colombiana S.A. en donde con ponencia del Dr. Enrique Low Murta (q.e.p.d.) dijo la sala:

> "...Cuando el artículo 73 de la Ley 81 de 1960 determinó que la deudas de un filial con la casa matriz se consideran para efectos fiscales como patrimonio propio de las filiales colombianas, quiso evitar la posibilidad de una peligrosa evasión fiscal: este sentido teleológico de la norma conduce a rechazar la tesis del tribunal cuando considera que esta limitación tiene sólo efectos patrimoniales y no cubre elementos constitutivos de la renta. Tal interpretación llevaría a ineludibles fraudes fiscales que indudablemente el legislador quiso prevenir al dictar la norma referida...".

"...Esta disposición expresa de la ley sigue la norma general respecto al lugar de posesión de los créditos, cual es la de que éstos se consideran poseídos en el lugar de residencia del deudor (L. 81 de 1960 artículo 74, inciso 2°). Por tanto, esta clase de deudas se considera como patrimonio propio de las agencias, sucursales, filiales, o compañías con negocios en Colombia, consideración que tiene consecuencias para todos los efectos de orden fiscal, pues además de que deudor y acreedor son parte de una misma sociedad, el monto de tales deudas constituye un patrimonio económicamente aprovechado por el acreedor en territorio nacional, conforme a la definición que sobre posesión fiscal, trae la Ley 81 de 1960, en su artículo 70".

"Es pues claro que si una deuda no tiene existencia fiscal no puede aceptarse ni los intereses, ni los ajustes cambiarios que tal deuda pudiese generar.

"De otro lado el sentido literal de la norma que en forma expresa desconoce para todos los efectos fiscales las deudas entre filiales y matrices indican que como éstas hacen parte del patrimonio de la filial, igualmente los intereses y los ajustes cambiarios relativos a tales pasivos han sido incrementados en forma ficta por la misma filial y no es deducible el pago que uno se hace así mismo. Tal ficción jurídica es de orden legal y no puede ser desconocida por el interprete" (Anales primer semestre 1981 página 507).

En consecuencia no asiste razón a la sociedad actora cuando estima que cuando la Administración interpretó y aplicó el artículo 87 de la Ley 75 de 1986 en igual sentido la violó. Por lo tanto, la sentencia de primer instancia que no acepta el gasto por ajuste en cambio como deducción, habrá de confirmarse pero por las razones expuestas en esta oportunidad.

Sanción por inexactitud

Para el año gravable de 1986, la sanción por inexactitud estaba regulada por el artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, adicionado por el artículo 18 parágrafo 3° de la Ley 75 de 1986, así:

Decreto 3803 de 1982.

"Artículo 49. Constituye una inexactitud sancionable, la admisión de ingresos, ventas o bienes susceptibles de gravamen, la inclusión de costos, deducciones, descuentos, excepciones o pasivos inexistentes y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se deriva un menor impuesto para el contribuyente, a un mayor saldo a su favor.

"**No se configura inexactitud cuando el menor impuesto que hubiere podido resultar se derive de errores de apreciación o de diferencias de**

criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciadas sean completos y verdaderos" (subraya la Sala)

En el caso sub lite según se desprende del acta de inspección contable las sumas solicitadas por la actora se encontraban contabilizadas y su monto no fue cuestionado por la administración, de donde resulta claro que efectivamente la sociedad al interpretar los hechos económicos para plasmarlos en su denuncio tributario estimó que era procedente su deducción, tal como lo expone, por no estar el término "diferencia por ajuste en cambio" expresamente consagrado entre la enumeración taxativa contenida en el artículo 51 de la Ley 09 de 1983, interpretación que fue frecuente entre los contribuyentes hasta el punto que fue necesario que la Ley 49 de 1990 en su artículo 15 consagrara expresamente su no aceptación.

Indudablemente existió una discrepancia de criterio entre la sociedad contribuyente y la Administración sobre este aspecto tributario, circunstancia que encaja en el inciso 2° de la norma anteriormente transcrita cuyo contenido amerita que se levante la sanción por inexactitud impuesta.

Por lo tanto habrá de practicarse una liquidación que quedará así:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Renta		
La determinada por la administración no varia	$ 82.524.304	$ 24.757.291
Menos descuentos tributario		$ 64.000
Impuesto neto de renta		$ 24.693.291
Menos descuento del 1% por renuncia adicionar		$ 224.526
TOTAL IMPUESTO A CARGO		$ 24.471.370

Valor sobre el cual la administración imputará las retenciones en la fuente y anticipo a que haya lugar.

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

FALLA:

1. REVOCASE la sentencia apelada.

2. MODIFICANSE parcialmente la liquidación de revisión N° 0002 del 24 de enero de 1990 y la Resolución N° 47000005 del 8 de febrero de 1991, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en cuanto impone sanción por inexactitud a la sociedad actora.

3. FIJASE en la suma de VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS $ 24.471.370 el valor total de impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1986 corresponde pagar a la sociedad KODAK COLOMBIANA LTDA, NIT 860.002.374, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva*

AJUSTE POR INFLACION/POTESTAD REGLAMENTARIA/AJUSTE CONTABLE POR INFLACION/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

No existe ninguna norma que haya derogado en forma expresa al Decreto 2912 de 1991. Igualmente éste no expresó que estuviera reglamentando al Decreto 2911 de 1991. El Decreto 2912 de 1991 en general reguló aspectos contables del sistema de ajustes por inflación. No tuvo por objeto referirse a los aspectos fiscales y por ello al producirse la desaparición del Decreto 2911 no tenía porque producirse su desaparición en forma automática. De ahí que el sistema adoptado en el Decreto 2077 de 1992 de hacer referencia a sus disposiciones en el ámbito contable no sea contrario a derecho, mas si se tiene en cuenta que en el Decreto 2077 el Gobierno tuvo el cuidado de derogar expresamente las únicas disposiciones del 2912 que se referían en forma directa a normas de índole fiscal como fueron el artículo 3° y el 6°.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Ref: Expediente N° 4709 - Actor: JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA C/ LA NACION - Autoridades Nacionales. **FALLO.**

Decide la Sala la demanda que con base en el artículo 84 del C.C.A. interpuso el Dr. JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA para impetrar la nulidad del artículo 1° del Decreto Reglamentario 2077 de 1992 (diciembre 23) "por el cual se reglamenta el sistema de ajustes integrales por inflación y se dictan otras disposiciones".

La demanda se concreta al artículo primero en cuanto dispone que el sistema de ajustes integrales por inflación **en materia contable** se regirá por las disposiciones del Decreto 2912 de 1991. El artículo citado dispone:

> Artículo 1°**Aplicación del sistema de ajustes integrales por inflación para efectos contables.** De conformidad con lo dispuesto por el Título V y en especial por el inciso segundo del artículo 330 del Estatuto Tributario, el sistema de ajustes integrales por inflación será aplicable para efectos contables y se regirá por las normas del Decreto Reglamentario 2912 de 1991".

Según el resumen presentado por el Ministerio Público, el demandante justifica su pretensión de la siguiente manera:

> "El artículo 16 del Decreto 2160 de 1986 estableció "el principio de la prudencia en la contabilidad, conforme al cual las ventas, ingresos y ganancias no se deben anticipar o sobrestimar en lo que corresponde a cada período contable", de donde se desprende que "dentro del concepto de contabilidad vigente por entonces no cabía la posibilidad de determinar utilidades sobre la base del aumento del valor nominal de los bienes por razón de la inflación monetaria".
>
> "Acerca de las cuestiones relacionadas con los ajustes integrales por inflación, del Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 90 de la Ley 75 de 1986, dictó el Decreto 2687 de 1988, el que, en su artículo 2°, dispuso que tales ajustes "deben reflejarse en los estados financieros del contribuyente y tendrán efecto para determinar las utilidades comerciales y las bases gravables en el impuesto sobre la renta y complementarios".
>
> "El Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) incorporó a su texto, en el Libro I Título V, las disposiciones sobre ajustes integrales por inflación del Decreto 2687 de 1988.
>
> "En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 25 de la Ley 49 de 1990, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1744 del mismo año y en su artículo 1°, que subrogó al 330 del Estatuto Tributario "dispuso que el sistema de ajustes por inflación sería aplicado en materia contable".
>
> "El Gobierno Nacional también expidió el Decreto Ley 2911 de 1991, "por medio del cual "se sustituye el Título V Libro I del Estatuto Tributario referente al sistema de ajustes integrales por inflación", según dice su encabezamiento" y por consiguiente "a partir de la expedición del Decreto mencionado, las únicas normas legales vigentes en materia de ajustes integrales por inflación eran las contenidas en el mismo".
>
> "Por medio del Decreto 2912 del 30 de diciembre de 1991, "o sea el decreto inmediatamente siguiente al 2911, se expidieron normas reglamentarias del "sistema de ajustes integrales por inflación para efectos contables" "y aunque no

se dice expresamente cuál era la norma reglamentada, es evidente que era el Decreto Ley 2911 de 1991" por las siguientes razones: "a) La única norma legal vigente por entonces sobre ajustes de inflación era el Decreto Ley 2911 de 1991; b) el mencionado decreto ley había dispuesto que los ajustes de que se trata se aplicaran en materia contable, y c) el decreto reglamentario seguía enumeración al Decreto Ley reglamentado".

"En sentencia del 14 de diciembre de 1992, la Corte Constitucional declaró inexequible al Decreto Ley 2911 de 1991.

"Al desaparecer de la vida jurídica el Decreto Ley 2911 de 1991, es claro que también dejó de regir el estatuto que lo reglamenta, o sea el Decreto 2912 del mismo año.

"De lo anterior se desprende sin lugar a dudas, que la norma acusada, artículo 1°, del Decreto Reglamentario 2077 de 1992, al expresar que de acuerdo con lo dispuesto por el Título V y en especial por el inciso segundo del artículo 330 del Estatuto Tributario, el sistema de ajustes integrales por inflación será aplicable para efectos contables "**y se regirá por la normas del Decreto Reglamentario 2912 de 1991**", que, por las razones que se acaban de exponer, es un estatuto que perdió su vigencia, que ya no rige, "violó el ordinal 11 del artículo 189 de la C.N. por considerar vigente un decreto reglamentario sin norma reglamentada, ya que no se puede buscar la cumplida ejecución de la ley que no existe, así como también el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, al haber pretendido revivir un decreto reglamentario derogado...".

" ..... "

Por su parte, la representante del Ministerio de Hacienda concreta la defensa de la norma, en síntesis, en las siguientes observaciones:

La Ley 49 de 1990 en su artículo 25 otorgó facultades al ejecutivo para modificar el sistema de ajustes integrales por inflación y éste mediante el Decreto 2911 de 1991 dispuso en su artículo 7° que "el Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos necesarios para aplicar en materia contable el sistema de ajustes integrales por inflación".

Pero esta disposición no puede entenderse más que como una referencia a la potestad reglamentaria que otorga la Constitución en el numeral 11 del artículo 189 al Presidente, con base en el cual el Gobierno podía reglamentar el sistema en materia contable.

Ahora bien, partiendo del hecho de que la necesidad del reglamento surge de la existencia de la ley, cuando sus disposiciones no alcanzan la suficiencia que permita su aplicación, es pertinente precisar en dónde surge esta necesidad o sea, cuál es la ley que la crea.

Con tal criterio encuentra que desde la expedición del Decreto 2687 se estableció en su artículo 1° que éste sería obligatorio para todos los contribuyentes del impuesto de renta **obligados a llevar libros de contabilidad**. Y el Decreto 1744 de 1991 que introdujo algunas modificaciones al sistema expresó en su artículo 1° que "para efectos de la contabilidad comercial también se utilizará a partir de 1992 el sistema integral de ajustes por inflación".

Siendo estas las normas que contienen la estructura esencial del sistema y no el Decreto 2911 de 1991, es claro que la fuente legal que crea la necesidad del reglamento, son aquéllas y no éste.

Y la proporcionalidad de las disposiciones del Decreto 2912 de 1991 a las normas estatutarias que regulan la contabilidad mercantil fue reconocida por el Consejo de Estado -Sección Primera- en el fallo del 28 de agosto de 1992 de cuyo análisis concluye que el Decreto Reglamentario 2912 está sujeto al Decreto 2160 de 1986 y al Código de Comercio y no al Decreto 2911 de 1991 y que la expedición del Decreto Reglamentario 2912 corresponde al desarrollo legítimo de la facultad reglamentaria conferida por el artículo 189-11 de la Constitución y no al artículo 7° del Decreto 2911.

En esa forma concluye la validez del reglamento acusado y que la inexequibilidad del Decreto 2911 no afecte a aquel, de donde surge que "...la referencia que al Decreto 2912 de 1991 se hace en el artículo 1° del Decreto 2077 de 1992, constituye un reconocimiento válido a la existencia jurídica del mismo".

El Ministerio Público representado por el Procurador Tercero Delegado -Dr. Jaime Ossa Arbeláez- apoya el anterior punto de vista y concluye su estudio con la afirmación de que el Decreto 2912 de 1991 no perdió su vigencia como consecuencia del fallo de la Corte Constitucional que declaró inexequible el Decreto 2911 porque si aquel puede ser reglamentario de éste, también lo es de otros preceptos como los Decretos 2687 de 1988 y 624 de 1989". A esta conclusión llega después de lo que él mismo califica de simple y elemental razonamiento:

> "La potestad reglamentaria persigue que el Presidente de la República expida disposiciones que, sin ampliar, limitar o restringir los alcances o propósitos de las leyes, faciliten la ejecución de las mismas. Al ejercer esa facultad, en un caso determinado, el Presidente de la República puede establecer los preceptos o mecanismos que considere convenientes o adecuados para elaborar la cumplida ejecución de una ley, cuidándose de no exceder los límites de la ley que pretende reglamentar y en ese sentido puede inspirarse o fundamentarse en estatutos que regulen situaciones semejantes, así éstos no rijan. Si el Presidente de la República al reglamentar una ley hace referencia o se fundamenta en un estatuto derogado o insubsistente ése estatuto no revive ni cobra vigencia pero el reglamento sí es válido, salvo que sea contrario al precepto reglamentado.

"En este caso, el Presidente de la República, al expedir el artículo 1° el Decreto 2077 de 1992, pretendió reglamentar el Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) en cuanto a "los ajustes por inflación" pero no poner en vigencia el Decreto 2912 que la demanda considera insubsistente; el Presidente de la República no hizo otra cosa que adoptar el sistema previsto por ese decreto por considerar que éste constituye el mecanismo más adecuado para lograr la cumplida ejecución del Estatuto Tributario, entre otras normas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La tesis del demandante y que ha suscitado la controversia debatida en el proceso que se define en esta providencia, se concreta en que al desaparecer del ordenamiento jurídico el Decreto Extraordinario 2911 de 1991 en virtud de su inexequibilidad decretada por la Corte Constitucional (fallo de diciembre 14 de 1992 Exp. N° C-608 Ponente: Dr. Jaime Sanin G.) desapareció o perdió su sustento el Decreto Reglamentario 2912 de 1991. En tal virtud, la referencia e incorporación de este último que hizo el artículo 1° del Decreto Reglamentario 2077 de 1992 resulta contraria a derecho y por ello debe también desaparecer.

Se trata pues, de una controversia sobre la legalidad (y por ende la constitucionalidad) de un decreto dictado por el Presidente en ejercicio de su potestad reglamentaria (art. 189-11 C.P.) que compete decidir a esta Sala de conformidad con lo dispuesto por el artículo 237-2 de la Constitución.

Se debe partir de la base de que no existe ninguna norma que haya derogado en forma expresa al Decreto Reglamentario 2912 de 1991.

Igualmente, que éste no expresó que estuviera reglamentado al Decreto 2911 de 1991 sino, como reza su epígrafe, "reglamenta el sistema de ajustes integrales por inflación **para efectos contables**".

Por lo que se hace imprescindible concretar las normas reglamentadas para determinar entonces si el ordenamiento acusado enfrenta o contradice las normas superiores vigentes, en la materia a que él se refiere.

Debe recordarse que en proceso legislativo de la implantación del sistema de ajustes por inflación en Colombia el aspecto contable fue el iniciador y ha sido el principal propulsor.

El ánimo de implantar en la contabilidad mercantil un sistema que permita reflejar la verdadera situación económica sin la distorsión que produce la desvalorización de la moneda legal del país y su traslado al campo tributario sin gravar con impuesto a los contribuyentes sobre sus ingresos simplemente nominales, ha tenido un desarrollo paulatino y no siempre afortunado como lo demuestran las distintas modificaciones a las regulaciones legales, que para los fines de esta providencia, conviene recapitular en forma breve, así:

a) Para "dictar las normas tendientes a desligar la determinación del impuesto sobre la renta de los efectos de la inflación" facultó al Gobierno Nacional en 1986 la Ley 75 en su artículo 90. En uso de ellas se expidieron los Decretos 2686 y 2687 de 1988, siendo este último el que implantó a partir de 1992 el sistema integral de ajustes por inflación para los contribuyentes del Impuesto de Renta obligados a llevar libros de contabilidad (excepto los de menores ingresos y entidades sin ánimo de lucro).

b) Según este decreto los ajustes ordenados debían reflejarse en los estados financieros, con efectos en la determinación de las utilidades comerciales y en las bases gravables con el impuesto sobre la renta.

c) Pero las normas que ya venían rigiendo en materia de devaluación de activos fijos y las nuevas, impusieron la necesidad de reglamentar aspectos de la depreciación y su contabilización, para lo cual se expidió el Decreto Reglamentario 3019 de 1989.

d) El citado Decreto 2687 de 1988 fue el que inicialmente quedó incorporado en el Estatuto Tributario por ser la norma vigente cuando éste se expidió. Quedó ubicado en el Libro Primero, Título V, en los artículos 329 hasta el 355.

e) Las críticas que se le hicieron al sistema implantado, aceptadas en gran parte por el Gobierno, llevaron a éste a presentar proyecto de ley ante el Congreso, que al no alcanzar a evacuarlo, otorgó facultades extraordinarias al Presidente para que lo adoptara e introdujera varias modificaciones y precisiones al sistema, entre otras para "definir y armonizar el conjunto de normas tanto tributarias, como contables, que sean necesarias para el adecuada aplicación de los ajustes integrales por inflación" (art. 25 Ley 49 de 1990). El término para el ejercicio de estas facultades se extendió hasta el 31 de diciembre de 1992.

f) Fue en desarrollo de estas facultades que el Gobierno expidió el Decreto 1744 de 1991 el cual, además de los efectos en materia del impuesto sobre la renta (y exclusión total para el de industria y comercio) dispuso que para efectos de la contabilidad comercial, también se utilizara el sistema, a partir de 1992.

g) De nuevo las críticas a algunos aspectos del sistema, aceptados por el Gobierno, dieron lugar a que éste en ejercicio de las misma facultades conferidas por la Ley 49 de 1990 (artículo 25), expediera el Decreto 2911 de 1991 (diciembre 30).

Para los fines de esta providencia se resalta que el Decreto 1744 de 1991 dispuso que para efectos de la contabilidad comercial también se utilizara el sistema previsto en el Título V del Estatuto y determinó la apertura de las cuentas de "corrección monetaria" y de "revalorización de patrimonio" como principales instrumentos del registro contable, previó la conciliación contable y fiscal y adopto varias disposiciones con efecto simultáneo en la contabilidad y en los aspectos fiscales.

h) El Decreto 2911 fue más preciso al disponer que el sistema sería aplicado "tanto para efectos contables como para efectos fiscales", pero distinguió las bases

del uno y del otro (libros y declaraciones) y se refirió a las reglamentaciones específicas sobre cada una de estas materias (artículo 329 Estatuto Tributario) y dictó una serie de normas en materia contable (Capítulo I), aparte de las relativas a los aspectos tributarios (Capítulo II).

i) Pero con la declaratoria de inexequibilidad de este último decreto, hecha por la Corte Constitucional (con la tesis del agotamiento de las facultades extraordinarias también por su ejercicio y no sólo por el tiempo, como había sido la tesis tradicional), desaparecieron las distinciones y precisiones que en las áreas contable y tributaria había hecho el Decreto 2911 recobrando vigencia la disposición del Decreto 1744 consistente en que el sistema... también se utilizará "para efectos de la contabilidad comercial", principio que también desarrollaba el 2911 aunque este último en una forma más sistemática.

El anterior sintético repaso de parte de la evolución normativa de los ajustes por inflación permite concluir que nuestra legislación a la vez que implantó para efectos tributarios el sistema, hizo la necesaria referencia al aspecto contable al cual también se extendía por ser éste su soporte documental.

Por esta circunstancia resulta de interés hacer también un recuento de las **normas contables** hasta la expedición del Decreto 2077 materia de la impugnación que se atiende, así:

Para no remontarse a épocas más antiguas debe comenzarse y destacarse en este historial el Decreto Reglamentario 2160 de 1986 (julio 9) que constituye el mayor esfuerzo y la realización de un ideal buscado de tiempo atrás para dotar al país de un cuerpo de normas que a modo de ley marco otorgue sustento jurídico a los principios y "normas de contabilidad generalmente aceptadas" nombre que nuestro Código de Comercio le da a las normas internacionales de aceptación casi universal. Este decreto tanto en su vigencia como en algunas de sus disposiciones originales fue objeto de actualizaciones en la medida en que se expidieron normas de carácter tributario y contable que en alguna manera tocaban con el tema de la inflación.

Es así como al año siguiente (cuando ya el Congreso había concedido facultades extraordinarias al Presidente en la Ley 75 de 1986 art. 90-4), mediante el Decreto Reglamentario 2553 de 1987 modificó al artículo 1° del 2160 para suprimir el deber de presentar estados financieros suplementarios que reflejaran la devaluación y para reafirmar el valor del **peso** como unidad monetaria que constituye la medida para la contabilidad y la información financiera que se desprende de ésta. Modificó el registro de los bonos y el concepto del patrimonio para darle cabida al superávit por valorizaciones, la utilidad en cambio no realizada, modificó también el registro de las valorizaciones de activos fijos para incorporarlas al superávit.

El Decreto 2714 de 1988 modificó al 2160 en su artículo 48 para indicar que la valorización de propiedades, planta y equipo debe reflejarse en los estados financieros a partir del ejercicio finalizado a diciembre 31 de 1989 y el Decreto 3032 de 1989

obligó registrar en los libros los ajustes al activo fijo y afectar la cuenta de revalorización del patrimonio y dicto normas sobre la contabilización de la depreciación.

Fue a raíz de la expedición del Decreto 2911 de 1991 que modificó al Decreto 1744 que se expidió el Decreto Reglamentario 2912 de 1991 que reguló los aspectos contables de los ajustes por inflación y el 2193 de 1991 que de nuevo aplazó la aplicación del artículo 48 del Decreto 2160 y dejó a opción el registro de las valorizaciones técnicas de los activos fijos.

El Decreto 2912 de 1992 en general reguló aspectos contables del sistema de ajustes por inflación.

No tuvo por objeto referirse a los aspectos fiscales y por ello al producirse la desaparición del Decreto 2911 no tenía porque producirse en forma automática su desaparición. De ahí que el sistema adoptado en el Decreto 2077 de 1992 de hacer referencia a sus disposiciones en el ámbito contable no sea contrario a derecho, mas si se tiene en cuenta que en el Decreto 2077 el Gobierno tuvo el cuidado de derogar expresamente las únicas disposiciones del 2912 que se referían en forma directa a normas de índole fiscal como fueron el artículo 3° sobre obligados a utilizar el sistema (que el Decreto 2911 había ampliado) y el 6° sobre ajustes de pasivos no monetarios (para acomodarlos a la regulación del artículo 343 E.T.) y convirtió en opcionales, no en obligatorios, los ajustes a que se refieren los artículos 19 y 25. En todo lo demás sus disposiciones son de índole contable que se deben reflejar en la determinación de la utilidad comercial del respectivo período y en el patrimonio contable y no en la renta líquida gravable con impuesto, ni en el patrimonio fiscal.

Por lo expuesto no serán aceptadas las súplicas de la demanda basadas en un efecto, no compartido por la Sala, del fallo de inexequibilidad del Decreto 2911 de 1991.

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

FALLA:

No se accede a decretar la nulidad del artículo 1° del Decreto Reglamentario 2077 de 1992 (diciembre 23).

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE. CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Judith López Díaz* secretaria (e).

FACTURA-Requisitos/**FACTURACION POR COMPUTADOR/FACULTAD DE FISCALIZACION/ADMINISTRACION TRIBUTARIA**

El art. 39 del Decreto 2076/92 que adoptó la facturación por computador como medio de control y como documento equivalente a la factura y para tales efectos exigió unos requisitos mínimos para la facturación por el sistema de computador, copiando en su mayoría las exigencias establecidas en el art. 617 del Estatuto Tributario, y si bien omitió señalar en forma expresa que al momento de la expedición de la factura los requisitos relativos a los apellidos y nombres o razón social y número de identificación tributaria del vendedor o de quien preste el servicio, así como el número consecutivo, exigido en sus literales a) y b), debían estar previamente impresos, no por ello puede inferirse que dicho requisito fue eliminado por el reglamento porque esta consecuencia no se infiere del contexto literal de la norma acusada.

Consejo de Estado - Sala de Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano*

REF: Expediente Nº 4913 - Actor: FERNANDO NUÑEZ AFRICANO -Acción de nulidad contra el artículo 39 del Decreto reglamentario 2076 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional. FALLO.

El ciudadano FERNANDO NUÑEZ AFRICANO en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, demanda la nulidad parcial del artículo 39 del Decreto reglamentario 2076 de 1992 expedido el 23 de diciembre por el Gobierno Nacional y por el cual reglamentó parcialmente el Estatuto Tributario.

No observándose causal de nulidad alguna en el juicio, procede la Sala a dictar sentencia.

El acto acusado

Es el artículo 39 del Decreto reglamentario N° 2076 del 23 de diciembre de 1992 en la parte que dice:

"En este caso, el documento que se expida a través del computador, constituye documento equivalente a la factura, siempre y cuando en él, consten como mínimo los siguientes requisitos:

1. Apellidos y nombre o razón social y el número de identificación del vendedor o de quien presta el servicio.

2. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva.

3. Fecha de expedición.

4. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o de los servicios prestados.

5. Valor total de la operación.

6. Discriminación del correspondiente impuesto sobre las ventas, cuando el enajenante sea un responsable del régimen común y el adquirente de los bienes o de la prestación del servicio sea un responsable y así lo solicite. En este caso se identificará al adquirente".

LA DEMANDA

La demanda persigue la nulidad del aparte transcrito al considerar que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 2076 de 1992, artículo 39, violó el ordenamiento superior contenido en los artículos 189 numerales 11 y 20 de la Constitución Nacional vigente; 615 y 617 del Estatuto Tributario, pues al ejercer la potestad tributaria el Presidente de la República debe limitarse a completar la ley, desarrollando aquellos principios que están implícitos en ella, a fin de lograr su cumplida ejecución, como claramente lo ha expuesto la Corporación en fallos que parcialmente transcribe.

Acusa a la norma reglamentaria demandada de restringir un elemento esencial de la norma jerárquica superior, porque al no consagrar entre los requisitos mínimos de la facturación por computador que la identificación del vendedor o de quien preste el servicio y el número consecutivo de la factura deban estar previamente impre-

sos a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar, viola no sólo el artículo 617 del Estatuto Tributario que los consagra como elemento esencial que constituye un medio de control, puesto que no se garantiza el cumplimiento del objetivo que tuvo el legislador de 1990 al expedir la Ley 49 artículo 32, sino que transgrede también el artículo 684-2 del Estatuto Tributario, porque tampoco el objetivo previsto en la norma al autorizar la adopción de sistemas técnicos razonables para el control de la actividad productiva de renta, se satisface si se autoriza sin ningún requisito técnico, que cada sujeto elabore su propio programa de computador y expida facturas sin que se le exija, por ejemplo, que la persona que utilice el computador para expedir su facturación envíe o conserve copia del programa que esté utilizando para expedir tal facturación. Pues el reglamento no fijó requisitos técnicos mínimos para el diseño del programa que por lo menos acercara a suponer que verdaderamente se estaba reglamentando el artículo 684-2 del Estatuto Tributario, sino que se limitó a legalizar una práctica que se estaba utilizando antes de la vigencia de la Ley 49 de 1990, y que ordenó eliminar esta ley en su artículo 42.

Afirma que además el reglamento, con el artículo demandado, revivió el inciso 1° del artículo 5° del Decreto reglamentario 422 de 1991, que fue anulado por el Consejo de Estado, burlando así la sentencia de 14 de agosto de 1992 expediente 3470.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La entidad demandada a través de su apoderada judicial se opone a las pretensiones de la actora al considerar que los cargos de violación de las normas identificadas en la demanda carecen de fundamento, porque el Decreto reglamentario 2076 de 1992 fue expedido en desarrollo del artículo 684-2 del Estatuto Tributario que faculta a la Dirección de Impuestos para prescribir la adopción de sistemas técnicos razonables que permitan el control de la actividad productora de renta, y para el efecto, su artículo 39, asimila el documento expedido por computador a la factura, y por lo mismo indica que debe contener todos los requisitos previstos en el artículo 617 del Estatuto Tributario para este documento, por lo que, no era necesario que repitiera la advertencia contenida en el mismo, sobre la exigencia de preimpresión de los requisitos relativos al nombre o razón social y número de la factura y que no existe por lo tanto la restricción endilgada por el actor al reglamento.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al formular el alegato de conclusión la entidad demandada, luego de reiterar los argumentos expuestos al contestar la demanda, observa, con relación a la efectividad del sistema de facturación por computador previsto en la disposición acusada, que precisamente porque las formas continuas preimpresas permiten la impresión previa de los requisitos exigidos por el inciso segundo del artículo 617 del Estatuto Tributario es que se considera viable la adopción del sistema de facturación por computador como mecanismo de control de la actividad productora de renta, y que tanto es así, que el Gobierno Na-

cional consideró que no era necesario consagrar nuevamente la exigencia de conservar a disposición de la administración el programa de computador, en razón de existir la disposición contenida en el artículo 615 del Estatuto Tributario que exige conservar copia de la factura.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante la Corporación, estima que deben denegarse las súplicas de la demanda al considerar que el Presidente de la República, al expedir la norma acusada, no extralimitó el ordenamiento superior que pretendió reglamentar, puesto que los requisitos que allí se establecen los contempla igualmente el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Por otra parte, la circunstancia de que el artículo 39 del Decreto 2976 de 1992, hubiere omitido reproducir uno de los requisitos del artículo 617 del Decreto 624 de 1989, no constituye una violación a esta disposición ni al artículo 189 numeral 11 de la Carta, porque ello no significa que lo haya suprimido, ni que lo haya modificado o derogado, como lo afirma el auto de suspensión provisional, cuyos apartes cita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante la Ley 6ª de 1992, expedida por el Congreso de la República el 30 de junio del mismo año, se introdujeron reformas al sistema impositivo colombiano; entre ellas el Título II consagró un estatuto antievasión y procedimiento de cobro y en el Capítulo I artículo 50 que adicionó el Estatuto Tributario previó que:

"Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 684-2. **Implantación de sistemas técnicos de control.** La Dirección de Impuestos Nacionales podrá prescribir que determinados contribuyentes o sectores, previa consideración de su capacidad económica, adopten sistemas técnicos razonables para el control de su actividad productora de renta, o implantar directamente los mismos, los cuales servirán de base para la determinación de sus obligaciones tributarias.

La no adopción de dichos controles luego de (3) meses de haber sido dispuestos por la Dirección de Impuestos Nacionales o su violación dará lugar a la sanción de clausura del establecimiento en los términos del artículo 657.

La información que se obtenga de tales sistemas estará amparada por la más estricta reserva".

A su vez el artículo 617 del Estatuto Tributario, tal cual fue modificado por el artículo 42 de la Ley 49 de 1990, establece que:

"**Requisitos de la factura**. Para efectos tributarios, la expedición de la factura a que se refiere el artículo 615, consiste en entregar el original de la misma con el lleno de los siguientes requisitos:

a) Apellidos y nombres o razón social y número de identificación tributaria del vendedor o de quien presta el servicio.

b) Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva.

c) Fecha de expedición.

d) Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.

e) Valor total de la operación.

"Al momento de la expedición de la factura, los requisitos de los literales a) y b) deben estar previamente impresos, a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar.

"Para quienes utilicen simultáneamente varios talonarios de numeración corrida entre los mismos en forma consecutiva o el mecanismo de cintas de máquina registradora, el sistema de numeración consecutiva obliga llevar, adicionalmente, un libro fiscal de registro de facturación del respectivo establecimiento o sucursal, en el cual se anoten diariamente, y previa a su utilización, los talonarios o cintas debidamente numerados.

"Para quienes utilicen en todas sus operaciones, solamente un talonario al tiempo, no será obligatorio llevar el libro a que se refiere el inciso anterior.

"El contribuyente que posea varios establecimientos de comercio sucursales, deberá llevar un sistema consolidado en el cual se registren los diferentes libros fiscales de registro de facturación.

"El libro fiscal de registro de facturación debe reposar en el establecimiento de comercio o sucursal y la no presentación del mismo al momento que lo requiera la Administración o la constancia de existencia de talonarios de facturación o cintas de máquinas registradoras que no se encuentren registradas en dicho libro, que hubieren sido utilizadas o se encuentren en uso, dará lugar a la aplicación de las sanciones contempladas en el literal b) y c) del artículo 562. Tales hechos podrán ser constatados mediante el procedimiento señalado en el artículo 653".

Mediante el Decreto 2076 de diciembre 23 de 1992, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 189 numerales 11 y 20 de

la Constitución Nacional de 1991, reglamentó parcialmente el Estatuto Tributario y en su artículo 39 adoptó la facturación por computador como medio de control y como documento equivalente a la factura y para tales efectos exigió unos requisitos mínimos para la facturación por el sistema de computador, copiando en la mayoría, las exigencias establecidas en el artículo 617 del Estatuto Tributario, y si bien omitió señalar en forma expresa que al momento de la expedición de la factura los requisitos relativos a los apellidos y nombres o razón social y número de identificación tributaria del vendedor o de quien preste el servicio, así como el número consecutivo, exigidos en sus literales a) y b), debían estar previamente preimpresos, a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar, no por ello puede inferirse que dicho requisito fue eliminado por el reglamento porque esta consecuencia no se infiere del contexto literal de la norma acusada toda vez que:

En primer lugar, en él no se establecen en forma taxativa los requisitos de la facturación por computador sino unas exigencias mínimas; tampoco expresa que no deba cumplirse la exigencia legal de preimpresión de la identificación del vendedor o de quien presta un servicio, como de la numeración consecutiva en las formas destinadas a la facturación.

En segundo lugar, tal como anotó la Sala en el auto del 2 de julio del presente año, la falta de tal previsión en el acto acusado, no significa que el requisito de preimpresión de nombre, NIT y número de quien vende o presta servicios desaparezca del universo jurídico, pues el precepto que lo confiere en el Estatuto Tributario conserva su vigencia.

En tercer lugar, en manera alguna puede pretenderse que dicha omisión constituya una modificación de la norma superior dada la naturaleza reglamentaria del acto demandado, y por ende su capacidad para alterar o derogar una norma de carácter superior.

Si bien en ocasión anterior mediante sentencia del 14 de agosto de 1992 proferida en el juicio 3470, la Corporación declaró la nulidad del artículo 5° inciso 1° del Decreto reglamentario 0422 de 1991, tal determinación se tomó en razón de que el contexto literal de la norma entonces acusada, contradecía modificando el mismo ordenamiento superior al considerar como equivalente al requisito de preimpresión, la impresión simultánea, al disponer que:

"Sistema de facturación por computador.

Para efectos de los literales a) y b) del artículo 617 del Estatuto Tributario, cuando el contribuyente utilice un sistema de facturación por computador, con la impresión efectuada por tal sistema se cumplirá con los requisitos de preimpresión a que se refiere el mencionado artículo".

Así entendidas las cosas, para la Sala no existe la violación por parte del artículo 39 del Decreto 2076 de 1992 del artículo 617 del Estatuto Tributario y por ende no

excedió el Presidente de la República la facultad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11, ni la obligación de velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos que le confiere el numeral 20 del mismo artículo.

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° DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

2° RECONOCESE a la doctora Elizabeth Whinttinghan García como apoderada de la demandada a términos del poder que obra a folio 36 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen, cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Carlos Alberto Flórez Rojas,* Secretario

IMPUESTOS A LOS JUEGOS PERMITIDOS/TARIFA/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

El hecho generador señalado en forma genérica sobre los juegos permitidos hace posible incluir los que inventa la técnica como sucede con los modernos juegos electrónicos. Pero siendo la tarifa uno de los elementos esenciales del gravamen y estando ella señalada en forma precisa por la ley de creación (Ley 12 de 1932), no puede desconocerse este mandato a título de interpretación de la ley. Es por ello que la disposición del concejo municipal en cuanto determinó tarifas mensuales en una cifra fija y determinada por cada juego resulta contradictoria con la norma creadora del gravamen que está recogida en el art. 227 del Decreto Ley 1333 de 1986 el cual lo señala en el 10% del valor de cada boleta o tiquete de apuestas.

MONOPOLIO RENTISTICO/MUNICIPIO - Recursos/JUEGOS DE SUERTE Y AZAR

Tanto la técnica como las costumbres introducidas al país han variado sustancialmente las condiciones que tuvo el legislador cuando estableció este gravamen en un momento de emergencia nacional, como fue el conflicto armado con el Perú. Pero precisamente por cuanto al juez le resulta imposible por vía de interpretación transgredir una norma, a quien corresponde actualizarla es al legislador. Y en este aspecto en la actualidad los municipios tienen un esquema diferente para obtener recursos mediante los mecanismos previstos en la Ley 10 de 1990 y su Decreto 2433 de 1991 a través de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., autorizada para explotar y administrar el monopolio rentístico de todas las modalidades de suerte y azar, en beneficio del sector salud.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

REF: Expediente N° 4665 - ACTOR: RICARDO AUGUSTO RAMIREZ OSPINA C/MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA. ASUNTOS MUNICIPALES - FALLO.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto y sustentado por el señor apoderado del municipio de Barrancabermeja contra la sentencia del 27 de noviembre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander (exp. 8054), mediante la cual decretó la nulidad del numeral 2° del artículo 251 del Acuerdo 041 de diciembre 21 de 1990 expedido por el Concejo Municipal de Barrancabermeja, accediendo así a la demanda que en acción de nulidad presentó el actor.

El acto anulado consagra el gravamen a los juegos electrónicos de técnica, habilidad y destreza mediante tarifas fijas e individuales por cada mes de $6.000, $ 10.000, $ 12.000 y $ 15.000, según la clasificación allí establecida.

La demanda se basó fundamentalmente en que de conformidad con la Constitución vigente (y aún en la nueva) la facultad impositiva de los municipios no es autónoma sino derivada de la autorización legal y mediante el acto acusado fueron transgredidos los artículos 20, 43, 55 y 197-2 de la Constitución derogada, el artículo 7° de la Ley 12 de 1932, el artículo 12 de la Ley 69 de 1946 y varios del Decreto Ley 1333 de 1986, así como la prohibición contenida en el artículo 171 de la Ley 4ª de 1913 de gravar objetos ya gravados por la Nación o por el departamento. Mediante providencia de esta misma Sala del 14 de febrero de 1992 se accedió a decretar la suspensión provisional con base en jurisprudencia que sobre el mismo tema se había producido con relación a acuerdos que en igual sentido expidieron los municipios de Cúcuta y Cali.

El Tribunal en la **sentencia apelada** al entrar al fondo de la controversia acogió el planteamiento del actor en el sentido de que la facultad de los Concejos Municipales en cuanto a establecer contribuciones locales estaba sujeta a los límites señalados por normas de rango superior, situación que quedó reflejada en el Decreto 1333 de 1986 artículos 92 y 93 en donde se autoriza a los Concejos Municipales a imponer contribuciones pero ceñidos a lo que dispongan la Constitución, la ley y las ordenanzas, observando que en la nueva Constitución tampoco se otorga libertad a los cabildos en esta materia según consta en el artículo 313-4.

En cuanto al impuesto a los juegos electrónicos permitidos consideró que no ha sido autorizado por la ley, lo que se comprueba con el hecho de no haber sido incluido

dentro de los impuestos municipales que se determinan en el capítulo II del Título X del Código de Régimen Municipal, permitiendo solo gravar a los casinos en la misma forma con que se gravan los juegos permitidos, según el artículo 255 ibídem. El Tribunal complementó su análisis con transcripción de jurisprudencia de esta Sala del 14 de junio de 1991.

El **recurso de apelación** se concentra en una llamada para que se modifique la jurisprudencia reiterada y se adopten las orientaciones doctrinales que conducen a una interpretación en la cual los términos de la ley se adapten a los desarrollos sociales que de manera inevitable generan cambios o situaciones no previstas por el legislador inicial. Para que la ley no se convierta en letra muerta frente a los hechos sociales y los avances de la ciencia y la tecnología, como se puede observar en este caso de los juegos electrónicos que obviamente no pudieron ser previstos por los legisladores al expedir la Ley 12 de 1932 y 69 de 1946. Advierte de paso que la interpretación adoptada por el *a quo* de alguna manera quebranta el principio de la igualdad jurídica en cuanto permite gravar de manera diferente a algunos tipos de juegos permitidos.

El Ministerio Público representado por la doctora Ana Margarita Olaya de Obando es partidario de confirmar la providencia apelada. Observa que ciertamente el legislador al crear el impuesto de juegos permitidos no podría prever la existencia de juegos electrónicos, pero ello no quiere decir que no puedan ser sujetos del gravamen, puesto que el hecho generador está conformado por el término genérico de juegos permitidos aunque la boleta o tiquete es el medio para su determinación y ese medio bien podría ser materia de reglamento en la disposición municipal.

Sin embargo, no sucede lo mismo con el elemento del gravamen consistente en la tarifa, que expresamente fue señalada por la ley en el 10% del valor del tiquete o boleta de apuestas en toda clase de juegos permitidos, elemento que está reiterado en el artículo 228 del Decreto 1333 de 1986 que autoriza a los municipios para organizar la Administración y recaudar esta clase de impuestos, pero "con las tarifas y sobre las bases normativas en vigencia".

Por esta razón la tarifa señalada en el acto acusado es diferente a la prevista por la ley por lo cual está viciado de nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El criterio interpretativo cuya adopción propugna el apelante es compartido por esta Corporación pero en cuanto de él no resulte una abierta transgresión a la norma interpretada como sucedería en el asunto que se controvierte.

Para la Sala es válida la observación de la señora Procuradora Sexta, en el sentido de que el hecho generador señalado en forma genérica sobre los juegos

permitidos hace posible incluir los que inventa la técnica como sucede con los modernos juegos electrónicos. Pero siendo la **tarifa** uno de los elementos esenciales del gravamen y estando ella señalada en forma precisa por la ley de creación (Ley 12 de 1932), no puede desconocerse este mandato a título de interpretación de la ley.

Es por ello que la disposición del Concejo Municipal en cuanto determinó tarifas mensuales en una cifra fija y determinada por cada juego resulta contradictoria con la norma creadora del gravamen que está recogida en el artículo 227 del Decreto Ley 1333 de 1986 el cual la señala en el 10% del valor de cada boleta o tiquete de apuestas.

En esta forma la Sala complementa las consideraciones expresadas en la providencia del 14 de junio de 1991 adoptadas por el *a quo* en la providencia impugnada, reiterando en esta forma el criterio jurisprudencial sobre la materia.

No se le escapa a la Sala que evidentemente tanto la técnica como las costumbres introducidas al país han variado sustancialmente las condiciones que tuvo el legislador cuando estableció este gravamen en un momento de emergencia nacional, como fue el conflicto armado con el Perú. Pero precisamente por cuanto al juez le resulta imposible por vía de interpretación transgredir una norma, a quien corresponde actualizarla es al legislador. Y, en este aspecto se observa que en la actualidad los municipios tienen un esquema diferente para obtener recursos mediante los mecanismos previstos en la Ley 10 de 1990 y su Decreto reglamentario 2433 de 1991 a través de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., autorizada para explotar y administrar el monopolio rentístico de todas las modalidades de suerte y azar, en beneficio del sector salud.

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 Santander el 27 de noviembre de 1992 en el juicio N° 8054-91.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Carlos Alberto Flórez Rojas,* Secretario

SECCION

QUINTA

JUICIO DE JURISDICCION COACTIVA/AGENCIAS EN DERECHO/ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS/MANDATARIO JUDICIAL

Fue a través de apoderados legalmente constituidos, de quienes a excepción del último de los nombrados no se establece que fueron funcionarios públicos que el I.C.B.F. adelantó este proceso de jurisdicción coactiva, prácticamente hasta su conclusión, puesto que al funcionario apoderado solo le correspondió el trámite de la liquidación de costas. En el presente caso no tiene aplicación el artículo 393 numeral 2 del C. de P.C., invocado por el recurrente, ya que esta norma prohibe las agencias en derecho cuando las entidades que menciona, actúan por medio de sus representantes legales y constitucionales y como quedó visto, el proceso se adelantó por mandatarios judiciales desde su inicio, con presentación de la demanda ejecutiva ante el Juez Unico de Ejecuciones Fiscales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., jullio dos (2) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr . Luis Eduardo Jaramillo Mejia*

Referencia : Expediente N° 0316. Acción: Jurisdiccion Coactiva. Partes: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar C/Aseguradora Colseguros S.A.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandada, contra el auto de abril 6 de 1993 (fl.566), mediante el cual, el funcionario ejecutor obrando con poder conferido por la entidad pública acreedora, no aceptó la objeción formulada contra la liquidación de costas realizada el 5 de marzo de 1993 (fl.557).

Estimó el citado funcionario que, si bien el artículo 393 numeral 2 inciso 2 del C. de P.C., prohibe las agencias en derecho a favor de la Nación, Departamentos, Inten-

dencias, Comisarias y Municipios cuando hayan actuádo por conducto de sus representantes constitucionales o legales, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar siendo un Establecimiento Público descentralizado adscrito al Ministerio de Salud, se opone al sector central representado por la personería jurídica Nación y además ,conforme al artículo

60 de la ley 75 de 1968 y el inciso 1 del artículo 28 de la ley 07 de 1979, el representante legal de aquella entidad es el Director General, razón por la que en los procesos en los que esta sea parte no es aplicable la norma procesal citada.

El recurrente alega, en síntesis (fl. 571) , que si el I.C.B.F. , fue creado por la ley como Establecimiento Público, contrariamente a lo dicho en la providencia apelada le es aplicable la disposición y agrega: que el I.C.B.F. para demostrar que actuó por medio de apoderado, debe anexar copia del contrato de prestación de servicios celebrado con aquél. Cita al efecto la doctrina del Consejo de Estado en el expediente 1599.

CONSIDERACIONES

Conocidos los argumentos presentados por la sociedad ejecutada en apoyo de la objeción formulada a la liquidación de costas, y las consideraciones del funcionaro ejecutor del Instituto de Bienestar Familiar para desecharla mediante el auto objeto del recurso, la Sala al examinar, una y otra posición jurídica sobre la base del proceso mismo y las normas que regulan la materia, encuantra que al apoderado de la Aseguradora Colseguros no le asiste la razón en este caso.

En efecto, puede apreciarse a folios 4,30,62,64,341,457,466,512y531 del expediente, que el I.C.B.F. , en este proceso actuó siempre a través de apoderados, que lo fueron en principio los doctores Cecilia Hurtado Quiroga y Carlos Angarita Salgado según poder especial que les confirió la representante legal de tal institución (fl. 62). Profesionales a quienes se les reconoció personería en el auto de mandamiento de pago visible a folios 343 y s.s.

Posteriormente, actuó como apoderado el doctor Pedro Javier Lara Zambrano, primero en sustitución de Angarita Salgado (fl.30) y luego mediante poder general que le otorgó el director de la entidad según consta en la escritura pública número 260 del 18 de febrero de 1988 (fls.512 y s.s.) . Su intervención la realizó hasta el 13 de noviembre de 1992 cuando en virtud de la ley 6a.de este año, se dictó la resolución N° 2653 otorgando poder a un funcionario de la misma entidad (fl.552), para que continuara y llevara hasta su terminación el proceso.

Lo anterior, demuestra claramente, que fue a través de apoderados legalmente constituidos, de quienes a excepción del último de los nombrados no se establece que fueron funcionarios públicos que el I.C.B.F., adelantó este proceso de jurisdicción coactiva, prácticamente hasta su conclusión,puesto que al funcionario apoderado solo le correspondió el trámite de la liquidación de costas.

Esta sola circunstancia es suficiente para concluir, que en el presente caso no tiene aplicación el artículo 393 numeral 2 del C.de P.P., invicado por el recurrente, ya

que esta norma prohibe las agencias en derecho cuando las entidades que menciona, actúan por medio de sus representantes legales y constitucionales y como quedó visto, el proceso se adelantó por mandatarios judiciales desde su nicio, con presentación de la demanda ejecutiva ante el Juez Unico de Ejecuciones Fiscales (fls. 64 y s.s.).

Lo antes señalado es suficiente para dejar vigente el auto apelado.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, -Sección Quinta-,

RESUELVE

Confirmase el auto de fecha 6 de abril de 1993 mediante el cual no se aceptó la abjeción formulada contra la liquidación de Costas.

COPIESE, NOTIFIQUESE,CUMPLASE y en firme la providencia VUELVA al Despacho de origen.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en, su sesión del día primero (1) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velasquez, Presidente*; Miren De La Lombana De Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION/FUNCIONARIO CON JURISDICCION COACTIVA/AUTORIDAD JUDICIAL - Inexsistencia/ JURISDICCION COACTIVA-Inexistencia

Del contenido de los artículos 68 y 79 del C.C.A. no aparece que los representantes legales de las entidades públicas tengan la atribución de ejercer la jurisdicción coactiva. Lo que según en estas normas está previsto, es que dichas entidades pueden obtener el cobro de los créditos a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva, pero no hacen referencia alguna a que esta función pueda ser ejercida por sus representantes legales, y es bien sabido que los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva tienen esta facultad por determinación expresa del legislador.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., Julio dos (2) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente N° 0241. Actor: Empresas Públicas de Medellin C/ Compañia Aseguradora de Fianzas S.A. " Confianza"

Se decide sobre las excepciones previas propuestas por la apoderada de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, contra el auto de mandamiento de pago que profirió la Gerencia General de las Empresas Públicas de Medellín el 2 de Septiembre de 1991 en contra de la mencionada Sociedad.

ANTECEDENTES

El contrato de obra pública N° 3/DJ-7400/17 sus adiciones y modificaciones, suscrito entre las Empresas de Medellín y la firma Ramirez Ochoa y Cia. Ltda. para

la construcción de la subestación Oriente, correspondiente al grupo I de la licitación pública nacional N° 0258-EN; la Resolucón N° 129 de marzo 26 de 1985 por medio de la cual se impuso al contratista una multa por retardo en la entrega de la obra por valor de $ 11.815.513.14 y la N° 261 de junio 24 de 1985 que resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior; la RESOLUCIÓN N° 487 de noviembre 8 de 1985 por la cual se declaró el incumplimiento del contrato por parte del contratista y se hizo efectiva la claúsula penal pecunaria por valor de $ 6.869.040.14 y la N° 047 de febrero 14 de 1986 confirmatoria de la anterior; la Resolución N° 460 DE COTUBRE 2 DE 1986 por medio de la cual se liquidó en forma unilateral el contrato mencionado resultando, luego de compensar parte de lo debido por el contratista, una deuda a su cargo por la cantidad de $ 9.289.176.10; y la Póliza de cumplimiento N° 28280, modificada por los certificados N° 18100 y 18114 de 16 y 24 de abril de 1984 expedidos por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, son los documentos que integran el título ejecutivo con fundamento en el cual la Gerencia General de las empresas Públicas de medellín libró mandamiento de pago el 2 de septiembre de 1991 en contra de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, por la suma de $ 9.289.176.10 más los intereses legales moratorios causados desde que se hizo exigible su pago y hasta su cancelación (Fls. 98 y 99).

El 21 de octubre de 1991 se notifcó personalmente el auto anterios al representante legal de la Compañía Aseguradora (fl.99 vto.), quien por conducto de apoderado formuló las siguientes excepciones:

1.- Falta de competencia, aduciendo que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo 11 del Decreto 2304 de 1989 que facultaba a los representantes legales de los establecimientos públicos del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal interadministrativos para ejercer jurisdicción coactiva, y cobrar los créditos a su favor.

2- Pleito peniente, con sustento en que cursa ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el proceso N° 22779 AVA promovido por la sociedad que representa contra las Empresas Públicas de Medellín en el cual se debate el mismo asunto materia de este proceso.

3- No comprender el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva a todos los litisconsortes necesarios, porque el mandamiento de pago fue librado únicamente en contra de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza obviando que ésta "...actuó como Afianzadora no solidaria de las obligaciones de la Sociedad RAMIREZ OCHOA Y CIA LTDA. dentro del contrato 3/DJ-7400/17, quienes son contratistas, obligados principales, quienes se deben vincular al Proceso..." (Fl. 111).

4- Caducidad del acta de liquidación contenida en la Resolución N° 460 de octubre 2 de 1986, porque se extralimitó el plazo de 4 meses para que la entidad pudiera legalmente liquidar el contrato.

SE CONSIDERA:

Por expresa remisión del artículo 252 del C.C.A., en la tramitación de apelaciones, e incidentes de excepciones en juicios por jurisdicción coactiva, son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil pertinetes al proceso ejecutivo.

En relación con la pretendida excepción de FALTA DE COMPETENCIA, que debe entenderse como referida a la falta de jurisdicción, por cuanto se fundamenta en que el representante legal de las Empresas Públicas de Medellín carece de facultad para ejercer jurisdicción coactiva, pues la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo 11 del Decreto 2304 de 1989, se tiene lo siguiente:

Según el citado artículo 11 del Decreto 2304 de 1989,

"De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, los representantes legales de los establecimientos públicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales y municipales, de las areas métropolitanas y de los establecimientos públicos interadministrativos tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos, mediante el procedimiento ejecutivo prescrito por el Código de Procedimiento Civil, los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades".

De esta forma se vino a determinar que la ejecución de los créditos a favor de las entidades públicas que consten en actos administrativos ejecutoriados, de que tratan los artículos 68 y 79 del C.C.A., podía hacerse efectivadirectamente por dichas entidades a través de sus representantes legales, invistiendolos para tales efectos de jurisdicción coactiva.

Ensentencia del 26 de junio de 1990, la Corte Suprema de Justicia, al resolver sobre la demanda instaurada en contra del pretranscrito artículo 11 del Decreto 2304 de 1989, con ponecica del H.Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, declaró la norma inexequible en consideración a las siguientes razones:

"La función que ejercen los funcionarios investidos en jurisdicción coactiva es una típica función administrativa y no judicial, se reitera en nuestro ordenamiento por las siguientes razones:

1. Orgánicamente se le ha otorgado siempre a funcionarios de la Rama Ejecutiva del poder público. La ley 4a. de 1913 a los tesoreros municipales, el Código Judicial de 1931 a los Jueces de Rentas y Administradores de Hacienda, etc..

2. Materialmente sus decisiones difieren de las de los jueces porque carecen de capacidad para decidir sobre el derecho mismo, se limitan a ejecutar un acto administrativo que se presume legal y no pueden decidir sobre excepciones, apelaciones ni sobre el acto que sirve de título mismo, cuya consonancia o no con e ordenamiento se plantea mediante el ejercicio de las acciones contencioso

administrativas ; eb fin, no tiene la fuerza de la verdad legal, que corresponde al concepto de la cosa juzgada.

La circunstancia de que funcionarios de la rama administrativa puedan ejercer funciones jurisdiccionales atribuídas por la ley, no pueden llevarse hasta el extremo de considerarlos como autoridades jurisdiccionales, según los términos del literal c) de la ley 30 de 1987. Tal interpretación impuesta por la ley resulta en un todo coherente con los antecedentes de la misma y con el resto de su texto.

En efecto, la ley 30 de 1987 se dictó para tomar medidas tendientes a la mejor distribución de los negocios que ventilan los jueces y a descongestionar los despachos judiciales, por ello se habilitó para crear cargos, redistribuir competencias, buscar soluciones no judiciales a los conflictos, sacar del conocimiento de los jueces determinadas materias y otorgárselo a notarios, etc.

Fluye del análisis que se ha hecho que la ley habilitante cuando se refiere a las distintas autoridades jurisdiccionales está apuntando a las que forman parte de la estructura de la llamada Rama Jurisdiccional cuyas funciones quiso agilizar y hacer más eficaces la ley de facultades extraordinarias como se desprende del examen de sus diversos literales. Y aparte de que ello aparece incontestable, también es evidente que en el literal c) señalado las facultades se otorgaron para modificar el actualrégimen de competencias y nó para crear atribuciones o autoridades que, como se ha visto, pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

De todo lo anterior se concluye que el Presidente de la República no se encontraba facultado para atribuir competencias en materia de jurisdicción coactiva, toda vez que el literal c) del artículo 1o. de la ley 30 de 1987, se refirió a la modificación de competencia de las autoridades jurisdiccionales y los funcionarios de la rama administrativa con atribuciones de cobro coactivo no tienen ese carácter. Por tanto se declará la inexequibilidad de la norma acusada". (Extractos de jurisprudencia 2. Segundo Trimestre de 1990 Pags. 269 y 270).

En el sub-lite, debe tenerse en cuenta que el auto de mandamiento de pago se libró el 2 de septiembre de 1991, esto es, con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 del Decreto 2304 de 1989 que, se repite, facultaba a los representantes legales de las entidades públicas para el ejercicio de la jurisdicción coactiva.

Para mejor proveer, fue solicitada a las Empresas Públicas de Medellín la prueba sobre la existencia de la norma legal o reglamentaria y/o del acto de delegación de facultades para el cobro coactivo de que se trata. Al efecto, el Gerente General de dichas Empresas en comunicación de fecha diciembre 11 de 1992 (fls. 201 y 202) explica que la norma que asignó "competencia" a los representantes legales de

los establecimientos públicos municipales para ejercer la jurisdicción coactiva son los artículos 68 y 79 del C.C.A. , basado en concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado expuesto en proveído de mayo 15 de 1986.

La Sala no está de acuerdo con este criterio puesdel contenido de los articulos 68 y79 del C.C.A. no aparece que los representantes legales de las entidades públicas tengan esta atribución.

Lo que según en estas norma está previsto, es que dichas entidades pueden obtener el cobro de los crédotis a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva, pero no hacen referencia alguna a que esta función pueda ser ejercida por sus representantes legales, y es bien sabido que los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva tienen esta facultad por determinación expresa del legislador.

Desaparecida, entonces, de la vida jurídica la norma que otrogaba a los representantes legales de los establecimentos públicos esta clase de jurisdicción , no existiendo otra norma legal que así lo permitiera cuando se profirió el auto de mandamiento de pago, y siendo claro que las competencias a las distintas autoridades deben ser expresamente atribúidas por la ley, resulta forzoso concluír que el señor Gerente de las Empresas Publicas de Medellín carecía de jurisdicción para adelantar por si mismo el cbro forzoso de las obligaciones a cargo de la Compañia Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza.

En consecuencia, como prospera esta excepción, el proceso debe terminar y así habrá de disponerse, siendo innecesario el análisis de los demás medios exceptivos propuestos, absteniendose la Sala de un pronunciamiento al respecto.

Por lo expuesto, el Consejo de Etado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción, impropiamente denominada de falta de competencia.

Abstenerse de decidir sobre las excepciones de pleito pendiente, de no comprender el proceso ejecutivo a todos los litisconsortes necesarios y de caducidad del ácta de liquidación.

Termine el proceso.

En firme esta providencia, devuélvase a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del primero (1o) de Julio de mil novecients noventa y tres (1993).

Armando Gutierrez Velasquez, Presidente; *Miren De La Lombana De Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

NOTA DE RELATORIA: en igual sentido se puede consultar la jurisprudencia contenida en la sentencia de 26 de junio de 1990 , en donde la Corte Suprema de Justicia, al resolver sobre la demanda instaurada en contra del pretranscrito artículo 11 del Decreto 22304 de 1989 , con ponencia del H. Magistrado Dr. FABIO MORON DIAZ , declaró la norma inexequible.

CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidades/EMPLEADO PUBLICO

El demandado se desempeñó en un cargo público en el municipio de Soplaviento en calidad de Secretario General de la Alcaldía de dicha localidad dentro del último año anterior a la fecha de la elección, y esta situación lo hacia incurso en la inhabilidad establecida en el inciso séptimo del artículo 272 del constitución, siendo inelegible para el cargo de Contralos del Municipio.

NULIDAD PROCESAL -Causales/PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/NULIDAD ELECTORAL/COPIAS-Valor Probatorio/DESCONGESTION DE DEPACHOS JUDICIALES

Las nulidades procesales son taxativas, es decir que no existe vicio capaz de generar una nulidad si la ley no lo ha establecidopreviamente. En nuestro ordenamiento jurídico las causales de nulidad del proceso están previstas en el aritículo 140del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos contenciosos administrativos por expresa remisión del artículo 165 del C.C.A., y en ninguna de ellas está comprendido el motivo que alega el apelante. De Conformidad con el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, deben aceptarse como válidas las fotocopias allegadas con la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., Julio dos (2) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente N° 1007. Actor : Adalgiza Ruiz Sara

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado

contra la sentencia proferisa el 1o de marzo de 1993 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

1. La ciudadana Adalgiza Ruiz Sara por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción pública electoral, demandó ante el Tribunal Administrativo de Bolivar la nulidad del acto por medio del cual el Consejo Municipal de Soplaviento declaró elegido como Contralor para el período 1992-1994 al Señor Edgardo Pasos Simancas. Como consecuencia solicitó la cancelación de la respectiva credencial.

2. Como hechos narra la accionante que por Decreto N° 001 de junio 2 de 1992 emanado de la Alcaldía de dicha municipalidad, fue nombrado el señor Pasos Simancas como Secretario General del Municipio habiendose posesionado, en dicho cargo el 2 de junio de 1992 ejerciendolo hasta el día de su elección. Que pese a la oposición de varios miembros del Concejo, quienes expresaron que no debía elegirse el mencionado ciudadano, por estar comprendido en el régimen de inhabilidades, fue elegido ratificado y posesionado del cargo de Contralor Municipal de Soplaviento.

3. Como disposiciones violadas invoca el artículo 272 de la Constitución, en el cual se prevé que no podrá ser elegido Contralor quien haya ocupado cargo público del orden departamental o municipal salvo la docencia y estando catalogado como público el cargo de Secretario General de la Alcaldía de Soplaviento y haber ocupado el elegido esta posición, tal circunstancia encaja dentro de la norma citada. Luego era inelegible y por tanto debe declararse nula su elección conforme al artículo 228 del C.C.A..

Cita también los arts. 84,85 y 137 del C.C.A..

4. El señor Edgardo Pasos Simanca, mediante apoderado, contestó la demanda manifestando que la parte actora debe probar los hechos toda vez que jamás ha sido nombrado Secretario Municipal de Soplaviento como se afirma, cargo que no existe en esa localidad.

Señala que "... la copia del acuerdo del H. Concejo Municipal de Soplaviento, adjuntada al negocio no tiene ningún valor juridico ya (sic) no se encuentra autenticada ..." (Fl.55).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Bolivar en sentencia calendada a 1o. de marzo de 1993 declaró la nulidad del acto de elección de Edgardo Pasos Simancas como Contralor Municipal de Soplaviento, por violación del articulo 272 de la Constitución Nacional, pues está probado dentro del proceso que el demandado se desenpeño como Secretario de la Alcaldía de Soplaviento dentro del último año previo a la elección.

EL RECURSO DE APELACION

Mediante nuevo apoderado, el señor Edgardo Pasos Simancas impugnó la providencia dictada por el Tribunal de instancia. Solicitó que sea revocada y en su lugar se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la presentación de la demanda, argumentando que procesalmente no están demostradas las afirmaciones que hace la parte actora, toda vez que los documentos anexados a la demanda carecen de soporte legal y asidero jurídico, pues son copias fotomecánicas de los supuestos originales que no fueron allegados al expediente.

Señala que el Magistrado Ponente de la sentencia "...yerra jurídicamente al decir que aunque las copias no son auténticas, en ellas se observa la rúbrica y sellos del presidente y secretario del concejo municipal de la localidad de Soplaviento (bolivar) , avalando por ese solo hecho, la idoneidad de los pluricitados documentos, cuando no obra squiera en la foliatura certificación alguna de que los firmantes ostentaran tales calidades" (Fl.82).

Manifiesta que los documentos esgrimidos por la demandante no llenan los requisitos legales exigidos por los articulos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil y por tanto no tienen el más mínimo valor probatorio, resultando inhábiles para acreditar lo que su contenido expresa debiendo ser desestimados.

Transcribe apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el valor probatorio de copias por reproducción mecánica, y también de la Corte Suprema de Justicia sobre la misma materia.

EL MINISTERIO PUBLICO

En criterio de la Procuraduría Octava Delegada en lo Contencioso, la sentencia impugnada debe confirmarse, por cuanto con la prueba documental obrante en autos ha quedado establecido que el demandado fue nombrado Secretario General de la Alcaldía de Soplaviento, cargo en el cual se desempeño desde el 2 de junio hasta el 6 de agosto de 1992, por lo que estaba incurso en la inhabilidad establecida en el artículo 272 de la Constitución.

Estima que el tribunal no incurrió en error al concederle calor provatorio al documento contentivo del acta No.079 referente a la sesión del 8 de agosto de 1992 en la cual se eligió al contralor municipal, pues se trata de una copia mecánica del acta firmada por el Presidente y la Secretaria del Concejo, y dice que si la parte demandada tenía dudas al respecto, "... debió solicitar su cotejo como lo faculta la ley procesal en la oportunidad legal". (Fl.102).

Siendo competente la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del presente asunto, por la cuantía del presupuesto municipal de Soplaviento que asciende a la suma de $ 323.452.433.00 (fl. 33) procede a resolver en el fondo, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con ls hechos generados de la acción instaurada y las consideraciones de derecho expuestas en el libelo demandatorio, la cuestión aquí debatida se reduce a establecer si el acto por medio del cual el Concejo Municipal de Soplaviento, Bolivar, elegió al ciudadano Edgardo Pasos Simancas como contralor de esa localidad, es violatorio de disposiciones constitucionales y legales.

Tomando en cuenta que el apoderado del demamdado solicita la nulidad de toda la actuación, a partir de la presentación de la demanda, pues asegura que los documentos que sirvieron de base para sustentar el cargo referente a la inhabilidad descrita en el artículo 272 de la Constitución en que se dice se encontraba su mandante, son simples fotocopias que carecen de valor probatorio, hace la Sala las siguientes precisiones:

En primer lugar, es bien sabido que las nulidades procesales son taxativas, es decir, que no existe vivio capaz de generar una nulidad se la ley no lo ha establecido previamente.

En nuestro ordenamiento jurídico las causales de nulidad del proceso están previstas en el artículo 140 del Código de Procedmiento Civil, aplicable a los procesos contencioso administrativos por expresa remisión del artículo 165 del C.C.A., y en ninguna de ellas está comprendido el motivo que alega el apelante, po lo que resulta improcedente la solicitud, como así se declarará.

Y en segundo lugar, el Decreto N° 2651 de noviembre 25 de 1991, por medio del cual se expiden normas transitorias para descongestionar los Despachos Judiciales dispone en su artículo 25 lo siguiente:

> "Los documetos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o nó como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin prejuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros".

El articulo 62 ibidem determina que suspende durante su vegencia las normas que le sean contrarias y complementa las demás.

Por manera que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, deben aceptarse como válidas las fotocopias allegadas con la demanda. Aunque no puede dejar de observarse que todas ellas se hallan autenticadas (fls.6 vto.,8vto.,9vto.,10, y otros documentos obran en originales (Fls.7,11).

En cuanto a lo que es materia de controversia, la Sala comparte el pensamiento del Tribunal de instancia por las siguientes razones:

Dispone el artículo 272 de la Constitución que no podrá se elegido contralor departamental, distrital o municipal.

> "...quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea a o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental,distrital o municipal,salvo la docencia."

El señalamiento de esta inhabilidad implica la imposibilidad para un ciudadano de ser válidamente elegido en el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, por razón de encontrarse en alguna de las situaciones jurídicas descritas en la norma, antes de transcurrido el lapso indicado,lo cual tiene una finalidad de conveniencia general por la función de vigilancia de la gestión fiscal de la administración que ejercen las Contralorías.

Al examinar las pruebas allegadas a los autos a efecto de acreditas el cargo endilgado al señor Edgardo Pasos Simancas, aparece demostrado que el mencionado ciudadano fue nombrado Secretario de la Alcaldía Municipal de Soplaviento mediante Decreto No.001 de junio 2 de 1992 (fls. 5 y 6).

Que según lo informa el señor Alcalde del citado municipio, en Oficio N° 094 de agosto 11 de 1992, Edgardo Pasos Simancas "trabajó el período de junio 2 hasta el 6 de agosto/92, como Secretario General (Encargado)" (fl.7).

Que en sesión de fecha 8 de agosto de 1992 que consta en Acta No.079, el Concejo Municipal de Soplaviento eligió al señor Edgardo Pasos Simancas para ejercer el cargo de Contralor para un período de dos años (Fls.18 a 22).

De la documentación referenciada se desprende sin lugar a equívocos que el demandado se desempeño en un cargo público en el municipio de Soplaviento en calidad de Secretario General de la Alcaldía de dicha localidad dentro del último año anterior a la fecha de la elección, y esta situación lo hacía incurso en la inhabilidad establecida en el inciso séptimo del artículo 272 de la Constitución, siendo inelegible para el cargo de Contralor del Municipio.

De acuerdo con lo expuesto se llega a la misma conclusión del a-quo, esto es, que debe ser declarada la nulidad del acto de elección y por tanto 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 Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

Recházase por improcedente la nulidad solicitada.

Conf'írmase la sentencia proferisa por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 1o. de marzo de 1993.

En firme esta providencia vuelva el expediente al lugar de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en sesión del primero (1o) de Julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velasquez, Presidente*; Miren De La Lombana De Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

NULIDAD ELECTORAL-Causales/PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/ANALOGIA-Improcedencia/ARCA TRICLAVE-Inexistencia/CLAVERO-Funciones

En materia electoral las causales de nulidad previstas en el art.223 del C.C.A. son taxativas y ello implica que no existen defectos o irregularidades diferentes de las señaladas en el precepto aludido capaces de estructurarlas e implica, además, que dichas causales no pueden aplicarse por vía analógica a casos o situaciones no contempladas en ellas. La falta del arca triclave no está prevista como causal de nulidad, ni siquiera está considerada como una causal de reclamación . Ahora bien, la función de los claveros es, fundamentalmente, la de proteger los documentos electorales. El art.38 de la Ley 96 de 1985, en su parágrafo, revé en caso de incumplimiento de sus obligaciones, por parte del clavero, unasanción, previa investigación sumaria, más no la nulidad de la elección.

VOTO SECRETO

El art.258 de la C.N. establece un procedimiento para garantizar el principio de la libertad del voto, una de cuyas bases es precisamente el secreto del mismo. Pero no establece que cuando no haya la resrva correspondiente se vivie la elección.

INSCRIPCION ELECTORAL-Irregularidad/NULIDAD ELECTORAL-Inexistencia.

Una supuesta irregularidad en la inscripción como candidato de quien a la postre resulte elegido, en el caso de autos como alcalde. no está instituída como causal de nulidad de la elección correspondiente. El art. 108 de la Carta Magna no prevé una caudal de nilidad; establece una serie de precisiones sobre partidos y movimientos políticos.

ALCALDE -Inhabilidades/EMPLEO DE ELECCION POPULAR/COINCIDENCIA EN EL PERIODO.

El num.8o. del art.179 de la Carta Magna señala en sentido general para todos los residentes en Colombia, que "Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente", de lo cual se concluye que esta norma está consagrando una inhabilidad que cobija a todas aquellas personas que en un momento dado formen parte de una corporación pública u ocupen un cargo público . En el momento de ser elegido Alcalde de Mompox, el demandado ya había renunciado a su investidura de concejal de este mismo municipio, por lo cual no hay coincidencia en los períodos, como lo exige la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D:C: dos (2) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Concejera Ponente : Doctora Miren De La Lombana De Magyaroff

Referencia: Expediente N° 1016. Actor: María Asunción Escorcia Barraza. Apelación Sentencia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la ciudadana MARIA ASUNCION ESCORCIA BARRAZA, mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a f.4) contra la sentencia de marzo 15 de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar decidió denegar las súplicas de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección del señor Víctor Serrano Gómez como Alcalde de Mompox (Bolivar) para el período comprendido entre 1992-1994.

Como consecuencia de lo anterios, ordenar la cancelación de la respectiva credencial y , practicar un nuevo escrutinio para la elección de quien haya de reemplazarlo, excluyendo la totalidad de los votos para Alcalde en los corregimientos de San Ignacio, Calderas, Santa Rosa, Carmen de Cicuco
las Boquillas Candelaria y Santa Cruz.

La demandante invocó como infringidos el art.223 del C.C.A., modificado por el art.17 de la ley62 de 1988, el art. 38 de la ley 96 de 1985, el numeral 8 del art.179, el art.258y108 de la C.N.

Manifiesta la parte actora que la jornada electoral efectuada el 8 de marzo de 1992 se llevó a cabo bajo presiones y violencia ejercidas por inspectores de policía y particulares en contra de los funcionarios encargados de la organización electoral , tales como jurados de mesa, delegados de los registradores departamentales en algunos corregimientos del municipio de Mompox, efectuada por inspectores de policía y particulares así:

De acuerdo a lo expresado por los señores Juan de la Cruz Armesto Thomas y Marco Evangelisra Peréz C., quienes se desempeñaban como delegado y residente respectivamente del corregimiento de Santa Rosa, se ejerció violencia contra el delegado y, contra ls jurados de las mesas de votación que funcionaron en ese corregimiento. Caso similar al narrado ocurrió en los corregimientos de San Ignacio, Carmen de Cicuco, Las Boquillas, Caldera, Santa Cruz y Candelaria, hechos estos violatorios de la ley.

Por otra parte, de acuerdo a la declaración rendida extrajuicio por el señor FARID JALILIE GANDUR, no existieron medidas de seguridad en la guarda de los documentos elaborados por los jurados de votavión, ya que no existió arca triclave, como lo exige la ley.

El candidato a la Alcaldía del municipio de Mompox, señor Víctor Serrano Gómez inscribío su nombre por el movimiento de Restauración de Mompox, el cual carèce de personería jurídica.

En el corregimiento de San Ignacio, el inspector de policía, señor Ignacio Payares, ejerció violencia psicológica contra los jurados de la mesa de votavión y contra el delegado electoral,con el fin de marcarles los tarjetones a los sufragantes, como efectivamente lo hizo, violando así los principios legales y constitucionales relacionados con la organización electoral (fls.1a5).

Mediante auto fechado el 22 deabril de 1992, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda presentada, reconoció al apoderado de la parte actora y ordenó el trámite de acuerdo a lo establecido en la ley (fl.41).

A folio43, el apoderado de la parte demandante corrigió y adicionó la demanda, en los siguientes términos:

El señor V'ctor Serrano Gómez fue elegido concejal del municipio de Mompox para el período constitucional 1990-1992, no renunciando a su investidura, coincidiendo el período de Concejal con el de su elección como Alcalde, violando, en forma flagrante, el art.179, num.8 de la C.N.

El 12 de mayo de 1992, fue admitida la corrección de la demanda presntada por la parte actora , por parte del Tribunal (fl.47).

Mediante escrito presentado el 29 de mayo de 1992, el apoderado de la parte demandada (poder obra a fl.42) dio contestación al libelo, argumentando lo siguiente:

La inhabilidad a que se refiere el num.8 del art. 179 de la C.N. no se presenta en el caso del Dr. Víctor Serrano Gómez, quien había renunciado a su investidura de concejal de Mompox irrevocablemente, renuncia que le fue aceptada por el Alcalde de este mismo municipio desde el día 13 de agosto de 1991, antes de la fecha de las elecciones, mediante resolución No.711 de esta misma fecha. Por lo anteriso, cuando

el demandado fue elegido Alcalde de Mompox ya había dejado de ser concejal de esa localidad.

En cuanto al art.108 de la C.N. vigente, ignora la parte demandada de donde deduce la actora que esta disposición manda y dispone que sólo los partidos políticos y movimientos de igual naturaleza pueden inscribir candidatos para participar en las elecciones. La norma constitucional expresa todo lo contrario, cuando en su inciso cuarto, permite inscribir candidatos a los "movimientos sociales" y "grupos significativos de ciudadanos", sin exigirles a éstos la obtención de personería jurídica. Afirmar lo contrario sería contrariar el artículo 40 de la C.N.

Además, la inscripción de Serrano Gómez como candidato a la Alcaldía de Mompox , se verificó por un grupo significativo de ciudadanos de este municipio, los cuales constituyeron un movimiento al cual denominaron "Movimiento de Restauración de Mompor", afiliados todos ellos, incluido el candidato, al Partido Liberal Colombiano, institución política que sí goza de personería jurídica. Cita como apoyo a este planeamiento la sentencia proferida por este mismo Tribunal de fecha 17 de marzo de 1989, con ponencia del Magistrado Alvaro Anguglo Bossa, la cual se puede aplicar al caso sub-examine, por lo cual no puede prosperar este cargo.

En lo que hace referencia a la inexistencia del arca triclave y exclusión del clavero señor Farid Jalilie Gandur. Alcalde de Mompox para esa época, la prueba no es idónea y los documentos electorales demuestran otra relaidad, especialmente las actas las cuales son documetos públicos que tienen valor de plena prueba.

La violencia contra los jurados de los Corregiminetos de Santa Rosa, Carmen de Cicuco, Las Boquillas, Santa Cruz, Caldera y Candelaria del municipio de Mompox, las pruebas presentadas no prueban los cargos. Es más, ni en el acto de los escrutinios posteriores y definitivos realizados por la Comisión Escrutadora se hicieron impugnaciones provenientes de esta hipotética violencia (fls. 49 a 60).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia fechada el 15 de marzo de 1993, resolvio denegar las pretensiones de la demanda, con base el las siguientes consideraciones (fls. 128 a 137).

En cuanto hace referencia a la violencia y presión ejercida en contra de funcionarios de la organización electoral,tales como jurados de mesa, empleados departamentales, etc., en algunos corregimientos de los municipios de Mompox, efectuada por inspectores de policía y particulares, a pesar de encuadrar en las causales de nulidad previstas en el art.223, no se despacha favorablemente ya que existe orfandad probatoria.

La falta de arca triclave no es causal de nulidad. Además existe declaración del señor Registrador del Estado Civil de Mompox donde asevera que sí existió arca

triclave, clavero y sus afirmaciones concuerdan con los documentos acompañados a la demanda, lo cual es suficiente para denegar el cargo.

Se afirma que el voto no se efectó en forma secreta sino que se obligó a los ciudadaos a votar por determinado candidato, pero no se allegó ninguna prueba, por lo cual, se niega el cargo.

En cuanto a la inscripción de la candidatura del señor Víctor Serrano Goméz a nombre del movimiento político "MOVIMIENTO DE RESTAURACION DE MOMPOX", el cual carece de personería juridídica, no está comprendido como causal de nulidad, y además la Sala ya se había referido a la no prosperidad de la petición en sentencia de marzo 17 de 1989, la cual transcribe.

Se alegó que el señor Serrano Gómez, cuando aspiró a ser Alcalde tenía la investidura de Concejal de Mompox, y no renunció a ésta, según certificación que adjunta a la demanda. Sin embargo, a folio 61, aparece la Resolución por medio de la cual se le aceptó la renuncia, fechada el 13 de agosto de 1991, prueba documental que constituye documento público de pleno valor, por lo cual se desecha el cargo.

Por último, la violación del art.258 de la Carta Política, en cuanto hace referencia a que los ciudadanos del corregimiento de San Ignacio, jurisdicción territorial del municipio de Mompox, sufragaron en forma obligada, no está acreditado, por lo cual tampoco prospera el cargo.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 1993 (fl 140), el cual le fue concedido en el efecto suspensivo, mediante auto fechado el 13 de abril del año en curso (fl.142).

Mediante escrito presentado por el apoderado de la parte dmandada (poder visible a fl. 146)., fechado el 18 de mayo de este año, se solicita la confirmación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, de marzo 15 de 1993 ratificando todas las consideraciones expuestas en ésta (fls.148 a 157).

A folio 158, el apoderado de la parte demandante sustentó el recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia impugnada ya, que de acuerdo a lo expuesto en la adición de la demanda, el señor Víctor Serrano Gómez violó el num.8o del art. 179 de la Constitución Nacional, situación que se encuentra plenamente probada en el proceso. Para sustentar lo expuesto cita un fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y una del tribunal Administratico de Bolívar, donde las situaciones eran idénticas y prosperaron las peticiones de las demandas.

Mediante concepto rendido el 11 de junio de 1993. El Procurador Séptimo Delegado solicitó al Consejo de Estado, la confirmación del fallo recurrido ya que los cargos planteados o bien no tienen entidad anulatoria y otros, si realmente lo tienen, carecen de base probatoria alguna. Tampoco faltan algunos que no solo adolecen de causal jurídica de nulidad, sino también de sustento demostrativo de su ocurrencia (fls. 162 a 168).

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA: La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el art. 29 de la ley 78 de 1986.

EL FONDO DEL NEGOCIO: La sala procede a analizar los cargos en el mismo orden en el cual se plantean en la demanda.

El análisis del caso debe hacerse teniendo en cuenta el marco de litis conformado por la demanda. En consecuencia, los cargos se estudiarán a la luz del concepto de ciolación alegado y frente a la norma o normas que se invoquen como infringidas en cada uno de ellos.

El primer cargo propuesto es la violación del art.223 num.1o del C.C.A. , modificado por el art.17 de la ley 62 de 1988, por considerar la parte actora que la jornada electoral, tales como jurados de votación, delegados de los registradores departamentales, en algunos corregimientos del municipio de Mompox, por parte de inspectores de policía y particulares.

La norma violada es del siguiente tenor:

"Artículo 223 - Modificado por la ley 62 de 1988 artículo 17.las actas de escrutinio de los jurados de cotación de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

"1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votavión, o éstas se hayan destruido por causa de violencia".

Considera la sala ,de acuerdo con el a-quo, que las pruebas aportadas por la parte demandante para demostrar el cargo no cumplen con los requisitos exigidos por la ley, de acuerdo a lo previsto por los arts. 298 y 299 del C. de P.C., en concordancia con el artículo 229 ibídem , ya que las declaraciones rendidas ante notario no son de recibo, salvo los casos excepcionales previstos expresamente por la ley, que no se configuran en el presente.

Como no existe prueba idónea que demuestre lo alegado por la parte actora, no se puede efectuar un mayor análisis del cargo propuesto y debe despacharse desfavorablemente.

El segundo cargo se fundamenta en la violación del art. 38 de la ley 96 de 1985 que establece que los claveros municipales deberán permanecer en le Registraduria respectiva desde las cuatro de la tarde del domingo de las elecciones hasta las doce de la noche del mismo día. A su vez, el art. 39 de la misma ley expresa que, a medida que se vayan recibiendo los pliegos de las mesas de votación, los claveros ls recibirán introduciéndolos inmediatamente en el arca triclave. Como, según la parte deman-

dante, en el municipio de Mompox no existió arca riclave y el señor Farid Jalilie Gandur no recibió los pliegos electorales, de acuerdo a la declaración extrajuicio aportada a este proceso, se presenta una flagrante violación de las normas.

Al respecto debe precisarse que, reiteradamente ha dicho la Sala, en materia electoral las causales de nulidad previstas en el art. 223 del C.C.A. son taxativas y ello implica que no existen defectos e irregularidads diferentes de las señaladas en el precepto aludido capaces de estructurarlas e implica, además, que dichas causales no pueden aplicarse por vía analógica a casos o situaciones no contempladas en ellas.

La falta de arca triclave no está prevista como causal de nulidad, ni siquiera está considerada como una causal de reclamación. Ahora bien, la función de los claveros es, fundamentalmente, la de proteger los documentos electorales. El art. 38 de la ley 96 de 1985, en su parágrafo, prevé en caso de incumplimiento de sus obligaciones, por parte del clavero, una sanción, precia investigación sumaria, más no la nulidad de la elección.

En estas condiciones, el cargo debe despacharse desfavorablemente.

El tercer cargo se refiere a que los ciudadanos no ejecieron su deecho al voto secretamente, violando el art.258 de la C.N. Como la ha sostenido la Sala, en forma reiterada, la situación en concreto no tiene consecuencia nulitante. Se trata de una norma que establece unprocedimiento para garantizar el principio de la libertad del voto, una de cuyas bases es precisamente el secreto del mismo. Pero no establece que cuando no haya la reserva correspondiente se vicie la elección.

A más de lo anteior en ningún momento se probó la situación alegada, por lo cual debe desecharse el cargo sin mayor análisis.

El cuarto cargo es la violación del art. 108 de la Constitución, ya que el demandado inscribio su candidatura a nombre del movimiento político "MOVIMIENTO DE RESTAURACION DE MOMPOX ", el cual carece de personería jurídica.

La Sala debe precisar que, como lo ha sostenido la Sección, una supuesta irregularidad en la inscripción como candidato de quien a la postre resulte elegido, en elcaso de autos como alcalde, no esta instituida como causal de nulidad de la elección correspondient; en consecuencia, por esta sola razón el cargo no está llamado a prosperar.

Sobra aclarar que el art. 108 de la Carta Magna no prevé una causal de nulidad; establece una serie de precisiones sobre partidos y movimientos políticos.

El quinto cargo se reiere a la coincidencia de los períodos de Concejal y Alcalde, en persona del señor Víctor Serrano Gómez, violandose el num.8o. del art. 179 de la C.N.

El num. 8o. del art.179 de la Carta Magna señala en sentido general para todos los residentes de Colombia, que "Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente", de lo cual se concluye que esta norma está consagrando una inhabilidad que cobija a todas aquellas personas que en un momento dado formen parte de una corporación pública u ocupen un cargo público.

En el caso subjudice, de acuerdo a documento que obra a fl. 61, el señor Víctor Serrano Gómez presentó renuncia al cargo de Concejal del municipio de Mompox, el damandado ya había renunciado a su investidura de Consejal de este mismo municipio, por lo cual no hay coincidencia en los períodos, como lo exige la ley, por lo que, no se presenta la inhabilidad.

Conforme a lo anterior, el cargo no puede prosperar.

El último cargo corresponde al ejercicio de violencia psicológica contra los jurados de votación y contra el delegado electoral, por parte del inspector de policía del corregimiento de San Ignacio, con el fin de marcarles los tarjetones a los electores, como, alega, efectivamete aconteció.

Sobre esta situación le resulta imposible a la Sala realizar un análisis mayor,ya que no se aportó ninguna pueba que demuestre tales afirmaciones, por lo cual el cargo no puede prosperar.

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 acuerdo con él administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Reconócese al Dr. Armando Velasco Chávez , como apoderado del señor Víctor Serrano Gómez, en los términos y para los efectos del poder conferido (f l.146).

2. Confirmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, fechada el 15 de marzo de 1993.

Cópiese, notifiquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sala en su sesión de fecha primero (1o) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Armando Gutierrez Velásquez, Presidente de Sala*; Miren De La Lombana De M., Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONCEJAL-Inhabilidades/SANCION PENAL/SANCION PENAL-Temporalidad.

Para la época de elcción el 8 de marzo de 1992, los efectos de la sentencia impuesta al demandado se habían extinguido. Por esta razón, la Sala acoge los planteaminetos del a-quo para denegar las pretenciones de las demandas con fundamento en el criteri jurisprudencial sostenido por la Corte Suprema de Justicia y por el Concejo de Estado en el sentido de que en nuestro ordenamiento jurídico las penas no tienen efectos intemporales, y en consecuencia la inhabilidad descrita en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 no le era imputable al demandado por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

CREDENCIAL - Finalidad

La credencial es simplemente una constancia de que en virtus del acto administrativo declaratorio de elección, se estenta el título o la calidad que éste declara. Noes pues, en concepto de la Sala, más que un elemento formal documentario sin fuerza jurídica vinculante, por lo que se le puede entender como sustituto válido, legalmente reconocido, de la declaración de una elección.

RENUNCIA A CANDIDATURA-Término

La renuncia como cabeza de lista puesta de manifiesto por el demandado ante el Registrador Municipal del Estado Civil, con anterioridad a los comicios, no se hizo constar ni se tuvo en cuenta oportunamente para los efectos de la declaratoria de elección, ya que lo cierto fue que el demandado fué elegidoy declarado Concejal del Libano para el período constitucional 1992-1994. El hecho de que la Comisión Escrutadora luego de declararlo electo, manifieste que le acepta al demandado su renuncia, no

tiene la virtud de tornar inexistente tal acto de elección cuya validez sólo compete decidir a la jurisdicción contenciosa administrativa, pues las funciones, que le estan señaladas a las comisiones estructuradoras municipales por el Código Electoral, no las faculta para aceptar la renuncia de los concejales, ni menos aún para anular o dejar sin validez el acto por el cual son declarados electos. Lo primero corresponde a los alcaldes en virtud de lo estableciso en el artículo 86 del Decreto 1333 de 1986, y lo segundo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conforme a las normas de competencia asignadas por el C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., Julio dieciseis (16) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente N° 0988. Actor : Alfonso Jaramillo Salazar y otro.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y por el señor Alvaro Viveros Lancheros, contra la sentencia proferida el 29 de enero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS Y SUS FUNDAMENTOS

1.1. En libelos separados y posteriormente acumulados en un mismo proceso, los ciudadanos Alfonso Jaramillo Salazar, a través de apoderado, y Luis Angel Martinez Sendoya, en nombre propio, demandaron la nulidad de las actas general y parcial de escrutinio de la Comisión Escrutadora Municipal de Líbano Tolima, pero solo respecto a la declaratoria de elección del señor Gonzalo Poveda Silva como Consejal de dicho municipio para el periodo comprendido entre el 1o. de agosto de 1992 al 31 de Diciembre de 1994 por cuanto la Comisión escrutadora declaró electo al señor Poveda Silva y

luego le aceptó la renuncia que presentó como cabeza de lista al Consejo Municipal, expidiéndole la credencial al señor Alvaro Viveros Lancheros. El demandante Alfonso Jaramillo Salazar pide, además, que el Tribunal declare electo a quien corresponda y se le expida la respectiva credencial de acuerdo con la Constitución y la ley, teniendo en cuenta, para estos efectos, los resultados de las votaciones del 8 de marzo de 1992.

Por su parte, el actor Martinez Sendoya solicita que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se ordene la práctica de un nuevo escrutinio con prescindencia de 1.060 votos emitidos por la lista encabezada por Poveda Silva, se declare el verdadero resultado de la elección y se cancele la respectiva credencial al demandado.

1.2. Narran las demandas que con ocasión de los comisios del 8 de marzo de 1992, entre los concejales aquie se declaró electos en el municipio de líbano figura el señor Gonzalo Poveda Silva, quien estaba inhabilitado por haber sido condenado a la pena de tres años de prisión como autor responsable del delito de hurto de ganado mayor.

El actor Alfonso Jaramillo Salazar anota que como anexo del acta de escrutinio genral aparece una comunicación con fecha 7 de marzo de 1992, por medio de la cual Poveda Silva presenta renuncia como cabeza de lista para el Concejo Municipal para el periodeo 1992-1994, cuando ya había precluido el termino para renuncias y modificar la lista, conforme al artículo 94 del Código Electoral, y por tanto no podía la Comisión Escrutadora tramitar ni aceptar la renuncia extemporanea, amén de que esta atribución corresponde al Alcalde Municipal por disposición de los artículos 303 de la ley 4 de 1913 y 86 del Decreto 1333 de 1986.

1.3. Los demandantes estiman transgredidos los estículos 223-5,227 y 228 del C.C.A., relativos, respectivamente, a la causal de nulidad de das actas de escrutinio cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales y legales para ser elegidos, y a la posibilidad de solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de la elección y el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 según el cual, para ser elegido Concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión.

1.4. Los demandantes solicitaron la suspención de los actos administrativos acusados, siendo decretada esta medida en ambos procesos mediante proveidos de fechas 13 de mayo complementando en auto de agosto 31 y 18 de mayo de 1992.

Apela la desición primeramente citada fue revocada por el Concejo de Estado en auto calendado a 10 de febrero de 1993.

1.5. Por conducto de apoderado el elegido se opuso a las pretenciones formuladas en la demanda de Alfonso Jaramillo Salazar aduciendo que si bien se lo declaro impropiamente elegido Consejal, no se le expidió ninguna credencial porque en el mismo acto se le aceptó la renuncia. Y Y que tampoco estaba inhabilitado para el cargo de Concejal por que la pena impuesta por la justicia castrence se extinguió el 7 de febrero de 1975.

1.6. Mediante auto de fecha julio 22 de 1992 se decretó la acumulación de los procesos radicados bajo los números 8677 y 8680.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima en providencia calendada a 29 de enero de 1993 denegó la nulidad solicitada del acto por el cual se declaró electo Concejal del Libano al señor Gonzalo Poveda Silva, revocó las órdenes de suspensión provisional

del citado acto, declaró la nulidad de los actos administrativos de la Comisión Escrutadora del Libano mediante los cuales se aceptó la renuncia como concejal electo a Gonzalo Poveda Silva, y se declaró elegido a Alvaro Viveros Lancheros como Edil en reemplazo del anterior a quien se le expidió la respectiva credencial.También erdenó comunicar su decisión a las autoridades respectivas para lo de su competencia.

Tuvo en cuenta el a-quo, respecto al motivo alegado por los demandantes para solicitar la nulidad del acto de elección del señor Poveda Silva como Concejal, el criterio expuesto en varias oportunidades por el concejo de Estado en el sentido de que las penas no pueden tener efectos intemporales, y siendo que el demandado cumplió con creces el termino de 3 años de la condena que le fue impuesta, la inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 no le es aplicable.

En cuanto al acto de la Comisión Escrutada mediante el cual aceptó la renuncia presentada por el señor Poveda Silva y luego expidió la credencial al señor Alvaro Viveros Lancheros, segundo en la lista para Consejo Municipal, estimó, el Tribunal de instancia que "...la comisión escrutadora quebrantó el articulo 86 del Decreto ley 1333 de 1986, porque es el Alcalde a quien los Concejales deben presentar las renuncias y las excusas; lo que indica que si no tenía atribución para recibir la renuncia del señor Poveda Silva, mucho menos tenía facultades para aceptarla y como corolario de lo anterior declara electo concejal al señor Alvaro Viveros Lancheros, de donde se desprende que la solicitud de nulidad de estos actos administrativos está llamada a prosperar". (fl.199 cuaderno principal).

LOS RECURSOS DE APELACION

Las razones que llevaron instaurar la alzada, se pueden resumir asi:

A) El señor Luis Angel Martínez Sendoya en breve escrito manifiesta que persigue la revocatoria de la sentencia en cuanto se denegaron las pretenciones de su demanda. Que la sustentación del recurso no es carga procesal y por lo mismo se limita "...a facilitar mediante el recurso que el superior revise en integrum una decisión que -a pesar de adversa al actor-no deja de tener aspectos muy interesantes..." (fl.203 cuaderno principal).

B) El apoderado de Alfonso Jaramillo Salazar solicita la revocatoria de la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, para que en su lugar, "... decrete la nulidad del acto mediante el cual la comisión Escrutadora Municipal del Líbano Departamento del Tolima, declaró electo Concejal de dicho municipo, el día doce (12) de marzo de 1992, al señor Gonzalo Poveda Silva e igualmente decreta la nulidad de la elección del señor Alvaro Viveros Lancheros, para que, de conformidad con la ley, se declare electo y expida credencial a quien corresponda de conformidad con la ley propia del sistema del cuociente electoral " (fl.223 cuaderno principal).

Centra su alegato en torno a la inelegibilidad del señor Poveda Silva destacando que en el texto legal la única excepción en materia de inhabilidades para ser elegido concejal es la condena por delitos políticos. Que el legislador ha sido exigente respecto de la moralización de costumbres políticas a fin de que a las corporaciones públicas lleguen ciudadanos de conducta intachable. Que el artículo 179 de la Constitución vigente consagra como inhabilidad para ser elegido congresista el haber sido condenado "en cualquier época" por sentencia judicial a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos, y por tanto la Sección Quinta del Consejo de Estado "... no puede ignorar, para una recta y adecuada interpretación jurisprudencial, la locución CUALQUIER EPOCA que está escrita intencionalmente y sujeta a la pureza del idioma y al propósito moralista de las nuevas instituciones" (fl. 221 cuaderno principal).

A juicio del apelante, el precepto constitucional guarda armonía con el espíritu que inspira el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, el que tampoco señala límite en el tiempo a propósito de las sentencias condenatorias "... que padezcan los candidatos a los concejos municipales, tanto más si su redacción también ignora la ejecutoria, o sea el momento a partir del cual adquieren la categoría o entidad de cosa juzgada" (fl. 221, cuaderno principal).

Y señala que la norma objeto de análisis, vigente en su integridad, puede merecer un nuevo estudio que el criterio jurisprudencial tenido en cuenta por el *a-quo*, es anterior a la Constitución sancionada el 4 de julio de 1991.

C) El apoderado del demandado Alvaro Viveros Lancheros "adhiere" al recurso de apelación interpuesto por la parte actora con fundamento en que la sentencia impugnada no se ajusta al artículo 170 del C.C.A. por cuanto el *a-quo* se abstuvo de analizar la totalidad de los hechos, pruebas y normas jurídicas pertinentes careciendo el fallo, de motivación respecto de los argumentos de defensa de la parte demandada, así como, de las excepciones propuestas oportunamente.

Señala que en la actuación judicial adelantada no se aplicó el debido proceso que garantiza el artículo 29 de la Constitución, pues el *a-quo* no resolvió en el mismo auto admisorio de la demanda la suspensión provisional del acto por el cual la Comisión Escrutadora Municipal aceptó la renuncia presentada por el concejal electo Poveda Silva y ordenó expedir la credencial a su representado. Contra lo dispuesto por el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil el *a-quo* adicionó el auto de 13 de mayo de 1992 fuera del término de su ejecutoria. En contravención a lo previsto en el artículo 155 del C.C.A., la Sección Quinta del Consejo de Estado no decidió de plano el recurso de apelación interpuesto contra el auto de suspensión provisional calendado a 13 de mayo de 1992. A pesar de que su representado pidió pruebas conforme a lo dispuesto en el artículo 144-4 del C.C.A., nada al respecto decidió el *a-quo*. Por auto de julio 22 de 1992 se decretó la acumulación de los procesos electorales sin dar estricto trámite a lo ordenado por los artículos 237, 239 y 249 del C.C.A., de donde resulta improcedente dicha acumulación por la prematura.

Como corolario de lo anterior pide a esta corporación dar aplicación al artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y en subsidio, para el evento de que se resuelva dictar sentencia de segunda instancia, solicita que se revoque el numeral tercero de la providencia impugnada complementándola con resolución de los puntos de la litis omitidos por el *a-quo*.

EL MINISTERIO PUBLICO

La señora procuradora octava delegada en lo contencioso solicita que se confirme la sentencia recurrida.

En su concepto de fondo, comienza analizando la actuación procesal respecto a la cual no encuentra acertada la afirmación en el sentido de que no se haya aplicado el debido proceso, y en cuanto a las excepciones propuestas por el apoderado de Alvaro Viveros Lancheros en la contestación de la demanda advierte que tal escrito no fue recibido oportunamente en la secretaría del tribunal, pero aunque así lo fuera tratándose, como se trata de excepciones previas, el *a-quo* no tenía que pronunciarse sobre ellas en la parte resolutiva del fallo, pues esta clase de excepciones no son aducibles en el proceso electoral.

En cuanto a la pretensión solicitada referente a la nulidad del acto de elección de Gonzalo Poveda Silva como concejal por razón de la inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, manifiesta que no estaba incurso en la misma, basándose en el criterio jurisprudencial de que dicha inhabilidad sólo cobija condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución y no extinguidas.

Y en relación con la solicitud para que igualmente se declare la nulidad del acto de la comisión escrutadora, mediante el cual le aceptó la renuncia al señor Gonzalo Poveda Silva y le expidió la credencial al ciudadano Alvaro Viveros Lancheros, estima, de acuerdo con las pruebas allegadas, que el señor Poveda Silva presentó extemporáneamente la renuncia a su candidatura, pues lo hizo el día anterior a las elecciones. Que en caso de que la hubiere presentado en tiempo, quien debía aceptarla era el Registrador del Estado Civil, ya que ante él se inscribieron las listas.

Y que como la Comisión Escrutadora le aceptó la renuncia como "concejal electo", no tenía competencia para ello pues tal facultad corresponde al Alcalde municipal respectivo según el artículo 86 del Decreto 1333 de 1986. Por tanto considera que este cargo sí prospera.

Siendo competente el Consejo de Estado para conocer, por medio de esta Sección Quinta, del presente asunto en atención a que la cuantía presupuestal del municipio del Líbano asciende a la cantidad de $ 1.330.577.350 (fl. 75 cuaderno 1), procede a decidir lo que en derecho corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Ante todo, se hace referencia a los reparos que formula el señor Alvaro Viveros Lancheros, por conducto de apoderado, a la actuación procesal surtida dentro de este asunto, que dice, desconoce el artículo 29 de la Constitución Nacional que garantiza el debido proceso.

Sostiene que el Tribunal Administrativo no resolvió la suspensión provisional del acto acusado en el mismo auto de admisión de la demanda. Que el *a-quo* adicionó el auto de suspensión provisional por fuera del término de ejecutoria que señala el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil. Que esta Sección Quinta no decidió de plano el recurso de apelación interpuesto contra el auto de suspensión provisional de fecha 13 de mayo de 1992. Que las pruebas por él solicitadas no fueron decretadas. Y que se ordenó la acumulación de los procesos electorales sin cumplir estrictamente el trámite ordenado en los artículos 237, 239 y 240 del C.C.A.

La Sala encuentra improcedente que en la segunda instancia se haga mención a estas irregularidades, por cuanto si en realidad ocurrieron, la parte afectada tuvo ocasión de observarlas dentro de cada una de las etapas de la actividad procesal y de expresar su rechazo en el momento oportuno mediante la utilización de los recursos propios. Si no tomó tal precaución dentro del término indicado por la ley, precluyó su derecho a hacerlo.

Claro está, que al examinar toda la actuación procesal no observa esta Sección Quinta causal alguna que dé lugar a su invalidez, por lo que procede a decidir en forma definitiva el presente asunto.

En cuanto a las excepciones propuestas por el apoderado del señor Alvaro Viveros Lancheros dentro del escrito contestatorio de la demanda promovida por el doctor Alfonso Jaramillo Salazar (fls. 155 a 161 cuaderno N° 3), tal como lo anota la señora procuradora, dicho escrito fue presentado extemporáneamente, si se tiene en cuenta que luego de notificado el auto admisorio de la demanda conforme al artículo 233 del C.C.A., esto es, mediante edicto que fue desfijado el 22 de mayo de 1992 (fls. 110 y 111, cuaderno 3) el término de fijación en lista, dentro del cual se puede contestar la demanda y solicitar pruebas (art. 233-4 C.C.A.) venció el 8 de junio de 1992, según constancia secretarial visible al folio 130, cuaderno 3 del expediente, y el libelo mediante el cual el señor Lancheros respondió la demanda y propuso excepciones fue presentado el 29 de septiembre de 1992 (fls. 155 a 161 del cuaderno 3). En consecuencia, ninguna consideración cabría hacer respecto de su contenido como así lo entendió el *a-quo*.

EL FONDO DEL ASUNTO

Se pretende la nulidad del acto administrativo mediante el cual el señor Gonzalo Poveda Silva fue elegido concejal del municipio de Líbano para el período 1992-

1994, con fundamento en que no podía declararse electo a dicho ciudadano por estar incurso en la inhabilidad descrita en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 según el cual, para ser concejal se requiere,

"... ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión...".

Se cuestiona también el mismo acto por cuanto la Comisión Escrutadora, sin tener facultades le aceptó al señor Poveda Silva la renuncia presentada y le expidió la respectiva credencial al señor Alvaro Viveros Lancheros, segundo renglón en la lista correspondiente.

Con las demandas se presentaron copias de las sentencias de primera y segunda instancia de fechas 21 de mayo de 1973 y 7 de mayo de 1974, proferidas, respectivamente por el Consejo Verbal de Guerra de la Sexta Brigada y por el Tribunal Superior Militar, referentes al juzgamiento del sargento viceprimero Gonzalo Poveda Silva y otros, por el delito de hurto de ganado mayor, a su condena por la pena principal de tres años de prisión como autor responsable de tal delito y a las penas accesorias por un período igual al de la pena principal. También la constancia secretarial del Tribunal Superior Militar según la cual, el 7 de febrero de 1975 se ordenó su libertad por pena cumplida.

Asimismo se allegaron copias de la solicitud de inscripción de la lista de candidatos a concejo municipal de Líbano perteneciente a la Nueva Fuerza Cívica Liberal encabezada por el señor Gonzalo Poveda, (fl. 19, cuaderno 1); del acta de modificación introducida al segundo renglón de dicha lista con el nuevo candidato Alvaro Viveros Lancheros y constancia de aceptación del candidato remplazante (fls. 20 y 21 vot. Cuaderno 1); de la renuncia calendada el 7 de marzo de 1992 y constancia de su recibo en la misma fecha, presentada ante la Registradora Civil Municipal de Líbano por el señor Gonzalo Poveda Silva, "como cabeza de lista para el Concejo Municipal para el año 1992-1994" (fl. 13, cuaderno 1); y de las actas parcial y general de escrutinio de votos emitidos en el municipio de Líbano, en los comicios celebrados el 8 de marzo de 1992.

Analizados en orden cronológico los hechos ocurridos de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se establece que el señor Gonzalo Poveda Silva, quien se había inscrito como cabeza de lista para la Corporación Edilicia de Líbano, presentó renuncia como tal, ante la Registraduría Municipal de Líbano, el día anterior a la celebración de las elecciones que tuvieron lugar el 8 de marzo de 1992.

De conformidad con el artículo 96 del Decreto 2241 de 1986, "... la renuncia a la candidatura deberá formularse por escrito presentado personalmente por el renunciante al funcionario electoral correspondiente, quien hará constar esta circunstancia...".

Por su parte, el artículo 94 ibídem previene que, en caso de muerte, renuncia, etc., las listas podrán modificarse a más tardar 15 días antes de la fecha de las

elecciones. Y resulta lógico que así sea pues obedece a la necesidad de preparar con anticipación las votaciones mediante la impresión de las tarjetas electorales que deben estar disponibles a los sufragantes en la debida oportunidad.

Indiscutible es, en el presente caso, que si el señor Poveda Silva renunció a su candidatura el 7 de marzo de 1992, y teniendo en cuenta que las listas no pueden variarse con posterioridad al plazo que fija la ley, llegado el día de las elecciones el 8 de marzo de 1992, la lista encabezada por el mencionado ciudadano permaneció inmodificada.

Realizadas las elecciones y practicados los escrutinios, dicha lista obtuvo 1.060 votos, correspondiéndole por cuociente electoral un solo concejal.

En tal virtud, se declaró la elección de los ciudadanos elegidos para Concejo para el período 1992-1994, entre ellos, el señor Gonzalo Poveda Silva, y a continuación, en el mismo acto, la Comisión Escrutadora manifestó que en relación con el susodicho ciudadano declarado electo concejal, "... se acepta su renuncia y en consecuencia se ordena expedir la credencial correspondiente al segundo en la lista respectiva señor Alvaro Viveros Lancheros con Cédula de Ciudadanía N° 5.945.581...", tal como consta en el acta general del escrutinio visible de folios 2 a 12 del cuaderno 1.

De todo lo anterior se desprende que la renuncia como cabeza de lista puesta de manifiesto por el demandado ante el registrador municipal del Estado Civil, con anterioridad a los comicios, no se hizo constar ni se tuvo en cuenta oportunamente para efectos de la declaratoria de elección, ya que lo cierto es que el señor Poveda Silva fue elegido y declarado Concejal del Líbano para el período constitucional 1992-1994.

El hecho de que la Comisión Escrutadora luego de declararlo electo, manifieste que le acepta al señor Poveda Silva su renuncia, no tiene la virtud de tornar inexistente tal acto de elección cuya validez sólo compete decidir a la jurisdicción contenciosa administrativa, pues las funciones, que le están señaladas a las comisiones escrutadoras municipales por el Código Electoral, no las faculta para aceptar la renuncia de los concejales, ni menos aún para anular o dejar sin validez el acto por el cual son declarados electos. Lo primero corresponde a los alcaldes en virtud de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 1333 de 1986, y lo segundo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conforme a las normas de competencia asignadas por el C.C.A.

Está demostrado que el entonces sargento viceprimero del ejército Gonzalo Poveda Silva fue procesado en el Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar de la Sexta Brigada por los delitos de hurto de ganado mayor y asociación para delinquir, situación que fue resuelta mediante Consejo Verbal de Guerra en sentencia del 21 de mayo de 1973 (fl. 25 cuaderno 1) con condena, por el delito de hurto, a la pena

principal de tres años de prisión, y a las accesorias por igual período, fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior Militar en sentencia de 7 de mayo de 1974.

El citado tribunal ordenó su libertad el 7 de febrero de 1975 por pena cumplida (fl. 24, cuaderno 1).

Conforme a lo anterior queda claro que para la época de la elección el 8 de marzo de 1992, los efectos de la sentencia impuesta al señor Poveda Silva se habían extinguido. Por esta razón, la Sala acoge los planteamientos del *a-quo* para denegar las pretensiones de las demandas con fundamento en el criterio jurisprudencial sostenido por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado en el sentido de que en nuestro ordenamiento jurídico las penas no tienen efectos intemporales, y en consecuencia la inhabilidad descrita en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 no le era imputable al demandado por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

Teniendo en cuenta que el apoderado de uno de los demandantes discrepa de este criterio jurisprudencial y manifiesta que aunque el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 se encuentra vigente merece un nuevo estudio a la luz de la Constitución de 1991, se señala que no existe hasta el momento razón jurídica alguna para variar dicho criterio, el cual se compagina con la nueva Carta que en su artículo 28, último inciso previene que,

> "En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

Con respecto al señor Alvaro Viveros Lancheros, también ha quedado demostrado por medio de las actas parcial y general del escrutinio que no fue este ciudadano a quien se declaró electo para el cabildo.

La circunstancia de que la Comisión Escrutadora Municipal hubiera erróneamente expedido una credencial al señor Viveros Lancheros, no le confiere por ese sólo hecho la investidura de concejal, ni anula el acto de elección recaído en la persona de Gonzalo Poveda Silva.

La credencial es simplemente una constancia de que en virtud del acto administrativo declaratorio de elección, se ostenta el título o la calidad que éste declara. No es pues, en concepto de la Sala, más que un elemento formal documentario sin fuerza jurídica vinculante, por lo que no se le puede entender como sustituto válido, legalmente reconocido, de la declaración de una elección. Pero como quiera que la comisión escrutadora municipal aceptó una renuncia del concejal electo sin tener competencia para ello, deberá confirmarse la invalidación de esa actuación así como los efectos de ella en cuanto se refiere a la expedición de la credencial al señor Alvaro Viveros Lancheros como concejal en remplazo del señor Gonzalo Poveda Silva.

Se confirmarán, en consecuencia, los numerales primero, tercero y cuarto de la providencia recurrida y se revocará su numeral tercero. Se modificará el numeral segundo de la misma sentencia mediante el cual se revocan las órdenes de suspensión provisional de los actos administrativos acusados por cuanto una de ellas, ya fue revocada por el Consejo de Estado, mediante auto de fecha 1° de febrero de 1993. En su lugar se dispondrá revocar la suspensión provisional decretada mediante providencia del 18 de mayo de 1992, dictada dentro del proceso radicado bajo el número 8677, posteriormente acumulado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, parcialmente de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1° Confírmase los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 29 de enero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2° Modifícase el numeral segundo en el sentido de revocar la orden de suspensión del acto administrativo acusado contenida en auto de fecha 18 de mayo de 1992 dictado dentro del proceso acumulado N° 8677.

En firme esta providencia vuelva el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff,* ausente con excusa; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, secretario.

Actor: Alfonso Jaramillo Salazar Exp. 0988

CONCEJO MUNICIPAL - Funciones/REGLAMENTO INTERNO - Cumplimiento/NULIDAD ELECTORAL/PERSONERO MUNICIPAL - Elección/SECRETARIO - Elección

El Concejo Municipal no citó, como debía hacerlo, con tres días de anticipación para la elección de los funcionarios, sino que procedió a nombrarlos ignorando lo previsto en el reglamento de régimen interno del Concejo Municipal. Como se ha dicho anteriormente, el acuerdo en cuestión, que constituye el reglamento de trabajo de esa Corporación es de obligatorio cumplimiento por cuanto fue dictado con fundamento en expresas autorizaciones que da la ley a los concejos. Y por lo tanto, si ellos establecen formalidades para la elección de funcionarios de competencia de los concejos, tal requisito debe cumplirse en forma estricta pues de lo contrario está viciado de nulidad .

CONCEJO MUNICIPAL - Sesiones/CONCEJO MUNICIPAL/SESIONES ORDINARIAS -Prórroga

El Concejo Municipal no sesionó en el sitio señalado oficialmente, sin cumplir con lo previsto en la art. 6° del reglamento interno del Concejo Municipal, ya que no se citó, mediante proposición aprobada, para reunirse en sitio diferente al oficial, sino que aprobó la proposición de sesionar en lugar diferente y procedió de inmediato a dar comienzo a la reunión. El acta N° 061 está fechada el 10 de septiembre de 1992, por lo cual estaría cobijada por los 10 días previstos por la ley, en caso de prórroga.
Como la parte actora no allegó prueba que acredite la ausencia de la prórroga y, por lo mismo, la extemporaneidad, el cargo debe recibir despacho favorable, por este aspecto.

CONCEJO MUNICIPAL/SESIONES ORDINARIAS - Prórroga/CARGA DE LA PRUEBA (Aclaración de voto)

Al consagrar el art. 79 del D. 1333 de 1986, las fechas de iniciación de las sesiones ordinarias de los concejos municipales durante el año y la duración de las mismas y teniendo en cuenta el acto la fecha de celebración de la reunión del concejo de Suárez Tolima en la que fueron elegidos el personero municipal y el secretario del concejo, materia de este proceso, le bastaba a éste afirmar, como lo hizo en el hecho 16 de la demanda, que dicha elección de esos funcionarios, se llevó a cabo por fuera del periodo de las reuniones ordinarias del mes de agosto de 1992, acorde con el principio consistente en que "quien afirma prueba". Dicha elección se cumplió dentro de la prórroga de las sesiones ordinarias, le correspondía a los demandados aportar la prueba de tal situación, no sólo porque se trata de una situación favorable a ellos, sino por tratarse de una excepción a lo normal que son las sesiones ordinarias del Concejo Municipal, pues aunque es regla general que la prueba incumbe al demandante, también lo es que la de la excepción corresponde a quien alega ésta. La existencia de prórrogas de las sesiones ordinarias, constituyen una situación fáctica de excepción al desarrollo normal de las sesiones del concejo, cuya existencia corresponde demostrar a quien favorece, ya que quien pretende modificar una situación de hecho ordenada en la ley debe procurar la prueba de que tiene derecho a modificarla en su favor. El demandante, como ya se advirtió, debe probar el fundamento de su acción y el demandado el de su excepción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de julio del mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana De Magyaroff*

Referencia: Expediente N° 1030. ACTOR: CARLOS ARTURO CABALLERO BAENA. APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnante (reconocida a fl. 61) contra la sentencia 25 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda, mediante la cual se solicitó la nulidad de los actos de elección de la Dra. Cecilia Giraldo Saavedra como personera del municipio de Suárez y del señor Rafael Polanía Cornelio como secretario del Concejo, efectuados por el Concejo Municipal de Suárez, en sesión del día 10 de septiembre de 1992, según consta en el acta 061 de esa misma fecha.

El demandante invocó como infringidas las siguientes disposiciones art. 223 y el num. 8° del art. 313 de la C.N., el art. 100 del Decreto 1333 de 1986, con la modificación introducida por el art. 2° de la Ley 53 de 1990, los arts., 78 y 79 del Código de Régimen Municipal; los arts. 29, 30, 31, 33 y 41 del Acuerdo N° 001 de 1990; el art. 61 de la Ley 11 de 1986, en concordancia con el art. 72 del Decreto 1333 de 1986.

Manifiesta el actor que, si bien es cierto que entre las atribuciones del concejo, están las de elegir Personero Municipal y Secretario de la Corporación, también es cierto que estas elecciones deben sujetarse a las reglas o procedimientos señalados por la ley y el reglamento interno para la elección de funcionarios municipales.

La sesión del Concejo Municipal de Suárez, supuestamente ordinaria, efectuada el 10 de septiembre de 1992 con la finalidad de nombrar los funcionarios arriba mencionados está viciada de nulidad por las siguientes razones:

- La reunión se efectuó fuera del lugar señalado oficialmente como sede de las sesiones del Concejo.
- La sesión se efectuó cuando ya había precluido el término legal de las sesiones ordinarias, por lo cual, la Corporación carecía de competencia para elegir funcionarios.
- Además, se convocó a estas elecciones sin haber señalado día y hora, y con los tres días de anticipación exigidos por la ley. La proposición fue realizada el mismo día que se llevó a cabo la votación y elección de los funcionarios.
- Por otra parte, nada se dijo, al momento de la elección del período de los elegidos.
- Por último, no se citó, por escrito, a los concejales que debían intervenir en las sesión del 10 de septiembre de 1992.

Dentro del mismo escrito solicitó la suspensión provisional de los actos emitidos por el Concejo Municipal de Suárez (Tolima) en sesión del 10 de septiembre de 1992, por medio de los cuales resolvió elegir a la Dra. Cecilia Giraldo Saavedra como Personera Municipal, y al señor Rafael Polanía Cornelio como Secretario de la Corporación, decisiones éstas contenidas en el Acta N° 061 de igual fecha (fls. 33 a 41). Mediante auto fechado el 26 de octubre de 1992, el Tribunal Administrativo del Tolima denegó la petición de la medida de suspensión solicitada por considerar que era indispensable allegar mayores elementos de juicio y hacer razonamientos propios de la sentencia (fls. 42 a 45).

Mediante escrito presentado el 28 de octubre de 1992, el demandante recurrió el auto anterior, solicitando la revocatoria del mismo y, que en su lugar, se decretara la suspensión provisional (fls. 50 y 51).

A folio 60, el señor Luis Ángel Martínez Sendoya solicita que se le reconozca como parte impugnadora, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, "por desconocer el derecho, la causa y la razón en que se apoyan".

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante auto fechado el 11 de diciembre de 1992, resolvió rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto y

reconocer al ciudadano Martínez Sendoya como parte impugnadora de la acción (fls. 61 y 62).

Los demandados no dieron contestación a la demanda.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Tolima, por sentencia fechada el 25 de marzo de 1993, declaró la nulidad de los actos de elección de la Dra. Cecilia Giraldo Saavedra como personera de Suárez y Rafael Polanía Cornelio como Secretario del Concejo, nombramientos hechos por el Cabildo en su sesión del 10 de septiembre de 1992 según consta en el Acta N° 061 de la misma fecha, con base en los siguientes argumentos:

- La sesión no se realizó en el recinto que tiene el concejo para ello, por lo cual los actos que en ella se realizaron carecen de validez, según la ley.

- No se dio cumplimiento a la citación previa de tres días que exige el Reglamento Interno del Cabildo, en su art. 29, por lo cual, las elecciones carecen de validez alguna, lo que conlleva a decretar la nulidad de los mismos (fls. 99 a 103).

Mediante escrito presentado el 12 de abril de este año, la parte impugnadora apeló el fallo del tribunal, agregando que la sustentación la expondría directamente ante el superior (fl. 105).

Durante el término de traslado a las partes para presentar alegatos, no se presentó manifestación alguna.

El señor Rafael Polanía Cornelio presentó, a través de apoderado (poder obra a fl. 114), escrito de los alegatos de conclusión, pero en forma extemporánea (el término venció el 9 de junio de 1993 y la fecha de presentación es del 16 del mismo mes y año), por lo cual, la Sala no entrará a estudiarlos en la sentencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, mediante concepto fechado al 1° de julio d este año, solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, acogiendo los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo del Tolima (fls. 130 a 135).

CONSIDERACIONES

Competencia. La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto por el art. 132-4, en concordancia con el art. 131-2 y 265 del C.C.A.

El fondo del negocio. La Sala estudiará los cargos de la demanda de acuerdo a su orden de presentación en la misma:

1. El demandante sostiene que la sesión realizada el 10 de septiembre de 1992 se efectuó fuera del lugar señalado oficialmente como sede de la Corporación Edilicia, violándose el art. 78 del Decreto 1333 de 1986.

La norma violada reza:

"Las reuniones de los concejos que se efectúen fuera del lugar señalado oficialmente como sede de las sesiones y los actos que en ellas se realicen, carecen de validez".

Teniendo en cuenta el Acuerdo N° 001 de 1990, "sobre el reglamento del régimen interno del Concejo Municipal Suárez Tolima", el artículo 6° aclara que el Concejo Municipal deberá instalarse y reunirse en la cabecera del respectivo municipio, en el sitio señalado oficialmente como sede para las sesiones. Mediante proposición aprobada por la mayoría de los concejales en la cual se señalará fecha, hora y lugar, el concejo podrá sesionar en sitios diferentes.

En el informativo aparece, a folio 2, el Acta N° 061 de septiembre 10 de 1992 donde se especifica que el presidente del Concejo Municipal hizo la siguiente proposición: "Que en vista de que se encuentra alterado el orden (sic) público y que el señor alcalde nos ha impedido por medio de la violencia el acceso al recinto del Concejo Municipal debido a que le fueron colocados dos (2) candados a la puerta de entrada, uno autorizado por el Concejo y otro por el Alcalde ...propone que esta sesión se realice junto a la puerta de la entrada principal, siendo protegidos por un contingente de policías pertenecientes a los municipios de Espinal y de Suárez, teniendo como base para ello el artículo 140 de la Constitución Política. Puesta a consideración de los asistentes, fue aprobada por unanimidad".

Con base en lo anterior, se aprecia claramente que el Concejo Municipal de Suárez no sesionó en el sitio señalado oficialmente, sin cumplir con lo previsto en el art. 6° del Reglamento Interno del Concejo Municipal, ya que no citó, mediante proposición aprobada, para reunirse en sitio diferente al oficial, sino que aprobó la proposición de sesionar en lugar diferente y procedió de inmediato a dar comienzo a la reunión.

Por lo anterior, debe prosperar el cargo.

2. Considera el actor que la reunión se celebró cuando ya había precluido el término legal de las sesiones ordinarias y, por ende cuando carecía de competencia la Corporación para elegir funcionarios.

De acuerdo al art. 36 del Acuerdo N° 001 de 1990, el concejo se reunirá ordinariamente cuatro veces al año: el 1° de agosto, el 1° de noviembre, el 1° de febrero y el 1° de mayo. Las sesiones durarán cada vez 30 días prorrogables a juicio del Concejo por diez (10) más, de acuerdo a lo previsto por el art. 79 del Decreto 1333 de 1986.

El Acta N° 061 está fechada el 10 de septiembre de 1992, por lo cual estaría cobijada por los 10 días previstos por la ley, en caso de prórroga. Como la parte actora no allegó prueba que acredite la ausencia de la prórroga y, por lo mismo, la extemporaneidad, **el cargo debe recibir despacho desfavorable.**

3. Estima el demandante que la elección está viciada de nulidad ya que se procedió a la elección de personero y secretario del Concejo, sin haberse efectuado una previa citación para tal finalidad.

El art. 29 del Acuerdo N° 001 de 1990 establece: "El Concejo Municipal no podrá proceder a la elección de empleados cuyo nombramiento le corresponda, sino después de haber señalado día y hora con tres (3) días completos de anticipación por lo menos, en virtud de proposición aprobada por la mayoría de votos de los concejales presentes en la sesión".

De acuerdo a lo consignado en el Acta N° 061 de septiembre 10 de 1992, el concejal Alfonso Vargas hizo la siguiente proposición: "Por falta absoluta del personero municipal y del secretario del concejo pide se haga la elección correspondiente". Puesta a consideración fue aprobada por los cuatro concejales asistentes. Inmediatamente, los ediles procedieron a nombrar estos funcionarios y a posesionar al secretario de la Corporación.

Resulta claro para la sala que el Concejo Municipal de Suárez (Tolima) no citó, como debía hacerlo, con tres días de anticipación para la elección de los funcionarios, sino que procedió a nombrarlos ignorando lo previsto en el Reglamento de Régimen Interno del Concejo Municipal. Como se ha dicho anteriormente, el acuerdo en cuestión, en este caso el 001 de 1990, que constituye el reglamento de trabajo de esa Corporación es de obligatorio cumplimiento por cuanto fue dictado con fundamento en expresas autorizaciones que da la ley a los Concejos. Y por lo tanto, si ellos establecen formalidades para la elección de funcionarios de competencia de los concejos, tal requisito debe cumplirse en forma estricta pues de lo contrario está viciado de nulidad.

Por lo anterior, resulta claro que la elección de la doctora Cecilia Giraldo Saavedra como personera del municipio de Suárez y del señor Rafael Polanía Cornelio como secretario del concejo de este mismo municipio son nulas.

Así las cosas, la Sala concluye que la sentencia apelada debe confirmarse.

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 acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confirmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, fechada el 25 de marzo de 1993.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS DOCTORES LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA Y MIGUEL VIANA PATIÑO

Magistrada Ponente: *Dra. Miren De La Lombana De Magyaroff*

Referencia : Expediente N° 1030 Electoral Segunda Instancia. Actor: Carlos Arturo Caballero Baena

Con todo respeto, nos permitimos aclarar el voto en este proceso respecto a la consideración contenida en el primer párrafo de la página octava en la que dice: "... Como la parte actora no allegó prueba que acredite la ausencia de la prórroga y, por lo mismo, la extemporaneidad, el cargo debe recibir despacho desfavorable, por este aspecto", por estimar que al consagrar el art. 79 del D. 1333 de 1986, las fechas de iniciación de las sesiones ordinarias de los concejos municipales durante el año y la duración de las mismas y teniendo en cuenta el actor la fecha de celebración de la reunión del concejo de Suárez (Tolima) en la que fueron elegidos el personero municipal y el secretario del concejo, materia de este proceso, le bastaba a éste afirmar, como lo hizo en el hecho 16 de la demanda, que dicha elección de sus funcionarios, se llevó a cabo por fuera del período de las reuniones ordinarias del mes de agosto de 1992, acorde con el principio consistente en que "quien afirma prueba".

Si dicha elección se cumplió dentro de la prórroga de las sesiones ordinarias, le correspondía a los demandados aportar la prueba de tal situación, no sólo porque se trata de una situación favorable a ellos, sino por tratarse de una excepción a lo normal que son las sesiones ordinarias del Concejo Municipal, pues aunque es regla general que la prueba incumbe al demandante, también lo es que la de la excepción corresponde a quien alega ésta.

La existencia de prórrogas de las sesiones ordinarias, constituye una situación fáctica de excepción al desarrollo normal de las sesiones del Concejo, cuya existencia corresponde demostrar a quien la favorece, ya que quien pretende modificar una situación de hecho ordenada en la ley debe procurar la prueba de que tiene derecho a modificarla en su favor. El demandante, como ya se advirtió, debe probar el fundamento de su acción y el demandado el de su excepción.

Los demás aspectos tratados en la sentencia que desató el recurso de apelación, los compartimos en su totalidad.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

INDICIOS

Los hechos para merecer el calificativo de indicios deben estar demostrados en el proceso (art. 248 del C. de P.C.). Para que el juez estime como medios de prueba es menester que la demostración del hecho indiciario haya sido decretada y practicada en legal forma, es decir, que necesitando ser probado, el medio utilizado por ello no debe carecer de valor probatorio por vicios o irregularidades en su aducción, ordenación, admisión o práctica, pues de darse cualquiera de esas situaciones resulta carente de mérito demostrativo.

ACTA DE ESCRUTINIOS - Firmas/JURADO DE VOTACION/NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia/RECLAMACION ELECTORAL

La nulidad de las actas de escrutinio de los jurados votación (e-17) por falta de la firma de los jurados o por no tener las exigidas por la ley, no es procedente. Esa irregularidad constituye solo causal de reclamación (Art. 192 num. 3 del Código Electoral), acusable dentro de la actuación administrativa.

ALCALDE/DECLARATORIA DE ELECCION/CREDENCIAL-Expedición/ COMPETENCIA/COMISION ESCRUTADORA DISTRITAL/COMISION ESCRUTADORA MUNICIPAL/RECURSO DE APELACION/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.

La competencia para declarar la elección de Concejales y Alcaldes corresponde a las comisiones escrutadoras distritales y municipales, las que deben expedir las respectivas credenciales. Solo cuando se apele de sus decisiones o se presenten desacuerdos entre sus miembros, deberán abstenerse de expedir las credencial "...para que sean los delegados del Consejo Nacional Electoral quienes resuelvan el caso y expidan las credenciales...". Diferente era lo previsto en el original artículo 166 del C. Electoral que otorgaba a los Delegados del Consejo Nacional Electoral la competencia para declarar la elección de concejales y expedir las credenciales correspondientes, de modo que lo por ellos así resuelto, lo mismo que en cuanto a la elección de consejeros intendenciales, y comisariales,

diputados, representantes y senadores tenía apelación para ente el Consejo Nacional Electoral. Al presente es de entender que subsiste la posibilidad de este recurso en cuanto a la declaratoria de elección de Diputados, Representantes a la Cámara y Gobernadores, pero no en lo concernientes a la elección de alcaldes y concejales, pues dichos delegados conocen de las apelaciones que se formulen contra lo resuelto por las Comisiones escrutadoras distritales y municipales en la segunda instancia de la vía gubernativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Amado Gutierrez Velásquez.*

Referencia: Expediente N° 1037. Actor: Marcos Maria Fossy

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, contra la sentencia que profirió el H. Tribunal Administrativo del Magdalena con fecha 30 de marzo del año en curso.

Tramitada la segunda instancia y no observando en lo actuado causal de nulidad que lo invade, se resuelve la alzada partiendo de los siguientes.

ANTECEDENTES:

Por medio del procurador judicial el ciudadano Marcos María Fossy, en ejercicio de la acción pública electoral, demandó la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor José Antonio Martínez Miranda como alcalde popular de Aracataca, para el período comprendido entre el 1o. de junio de 1.992 y el 31 de diciembre de 1.994, contenido en la Resolución N° 32 del 21 de marzo de 1992, artículo segundo, expedida por los delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción del Magdalena. También la nulidad de las Resoluciones N° 01 y 03 del 18 de marzo de 1992 y el 19 del 19 del mismo mes y año, proferida por los mismos delegados del Consejo Nacional Electoral y de algunas actas de escrutinio de jurados de votación en relación con dicha elección, la cancelación de la credencial del alcalde electo y la práctica de nuevos escrutinios con declaratoria de elección, expedición de la respectiva credencial y comunicación de ello a las autoridades determinadas en el libelo de la demanda.

Fueron invocadas como infringidas las siguientes normas:

a) Del art. 233 del C.C.A., subrogado por el art. 17 de la Ley 62 de 1988:

1) El numeral 2o en razón a que las actas de escrutinio de los jurados de votación de las mesas # 8, 16 y 24 de la cabecera municipal y 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15 y 16 del corregimiento de El Retén son falsas o apócrifas por serlo... los elementos que sirvieron para su formación, como que carecen de firmas de sus jurados de votación; o tienen menos de las firmas exigidas por la ley para que sean válidas; son

falsas o apócrifas sus listas de sufragantes (formularios E-14), los registros de votantes (formularios E-15) y los resultados por cada candidato que aparecen en las actas de escrutinio de los Jurados de Votación) y también de los denominados formularios E-24 (Cuadros con Resultados de Escrutinio Municipal de Alcalde); no corresponde al verdadero resultado de los escrutinios realizados en cada mesa..."; porque se invalidaron votos, se adulteraron resultados.

Agrega que después de firmadas las actas, aparecen votos de personas que no podían sufragar según el censo electoral, y las firmas visibles en las actas de escrutinio no corresponden a los jurados legalmente nombrados o son de personas distintas de los jurados de mesa que se instalaron.

2) El numeral 3o., cargo circunscrito a la mesa N° 10 del corregimiento El Retén, porque los ejemplares del acta de escrutinio de los jurados de votación no tenían el mínimo de firmas para considerarla válida, toda vez que

> "... se le adicionaron en el ejemplar del Acta para los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil otras dos (2) firmas más, para un total de cuatro firmas en este ejemplar, pero esas dos firmas adicionales se estamparon en este documento posteriormente y no corresponden a los jurados que debieron firmar...".

c) Numeral 4o., Artículo 223 del C.C.A., en cuanto para la elección de alcalde no se aplicó el sistema de simple mayoría.

d) Del Código Electoral los artículos 192, 193 y 180, puesto que los Delegados del Consejo Nacional Electoral negaron el recurso de apelación cuando resolvieron reclamación que se les propuso; también, porque no se abstuvieron de hacer la declaratoria de elección.

II. La demanda, ajustada a derecho, fue admitida (fl. 108-109) y oportunamente impugnada por el señor José Antonio Martínez Miranda, quien mediante apoderado la contestó (fl. 118-122) y en término aportó y solicitó pruebas (fl. 124-145).

III. **El fallo recurrido.**

El a-quo declaró la nulidad del acta de escrutinio del jurado de votación (E-17), del registro de votantes y de la lista de sufragantes (E-14 y E-15) correspondientes a la mesa Nro. 10 del corregimiento El Retén, y del acta E-24 de la Comisión Escrutadora Municipal en cuanto a la misma mesa. En lo demás negó las pretensiones, disponiendo finalmente colocar en conocimiento de la autoridad competente presunta infracción penal. Sustenta la sentencia así:

> "...En este orden de ideas, por no estar acreditados los cargos esgrimidos con la demanda, no puede declararse la nulidad de las Actas E-17, E-15, E-24 (Actas de escrutinio de los Jurados de Votación, Registro de Votantes y Actas de Comisión Escrutadora) de las mesas impugnadas, salvo las del formulario E-17

de la mesa 16 de El Retén porque se demostró ... que la señora Miriam Quevedo Arrieta actuó como jurado "sin hacer sido designada ni encargada como tal ..., y como indicio de la falsedad realizada por dicha señora en esa formulario E-17 y en el registro de votantes E-15, tenemos conforme al dictamen grafológico (fl. 274) que "escribió de puño y letra los 42 nombres de supuesto sufragantes, en donde no concuerdan los cupos de cédulas de ciudadanía con los nombres de los votantes"; y las restantes personas que figuran en el formulario E-17 como jurados tampoco lo eran, según dicho dictamen, lo que la torna falsa ideológicamente (fl. 305-306).

IV. **El recurso.**

El procurador del actor, inconforme con la decisión de la primera instancia, interpuso recurso de apelación sin sustentarlo.

Por su parte, el apoderado del impugnador alegó de fondo para criticar la posición del Tribunal respecto del mérito dado al dictamen grafológicos como "indicio", tratándose de "una prueba legalmente inexistente" y "jurídicamente incongruente. Termina con solicitud de revocatoria de las nulidades decretadas y confirmación del fallo en lo demás.

V. **Concepto de la Procuraduría Delegada.**

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso solicita revocatoria del numeral primero de la sentencia recurrida y confirmación para el que deniega "las otras pretensiones de la misma...". Al respecto expresa:

"...El dictamen grafológico a que se refiere la sentencia recurrida, con el que la parte demandante pretendía demostrar sus afirmaciones, no puede ser tenido en cuenta o apreciado por muchas razones, entre otras porque, como lo advierte el Tribunal, por haber sido aportado durante el término para alegar de conclusión, no pudo ser controvertido por el demandado".

"Debe anotarse que en el mismo fallo el Tribunal incurrió en una contradicción puesto que por una parte denegó la mayor parte de las peticiones de la demanda porque, aclaró el A-quo, el dictamen grafológico con el que aquella pretendía demostrar sus aseveraciones no podía, por las razones anteriores, ser considerado y de otro lado accedió a decretar la nulidad del Acta de Escrutinio de los Jurados de Votación, Registro de Votantes y Lista de Sufragantes de la Mesa N° 16 de El Retén, porque de acuerdo con el mismo dictamen que debe tomarse como indicio de la existencia de una falsedad..." (fl. 332).

CONSIDERACIONES:

Se solicita la nulidad de la declaratoria de elección del Sr. José Antonio Martínez Miranda como alcalde de Aracataca, consignada en el artículo 2o. de la Resolución

número 32 del 21 de marzo de 1992, expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción del Magdalena (fl. 27-34); además, la nulidad de determinados actos de trámite, de actas de escrutinio, la cancelación de la credencial expedida y la práctica de nuevos escrutinios, etc. Se aducen, como normas violadas, los numerales 2o, 3o., y 4o., del art. 223 del C.C. Administrativo, conforme al texto del Art. 17 de la Ley 62 de 1988 que subrogó el 65 de la Ley 96 de 1985, y algunas disposiciones del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986).

Por método se estudiarán las acusaciones apoyadas en los numerales 2o., y 3o. del Art. 223 del C.C.A. como un solo cargo, en atención a la presentación que hizo el actor cuando aduce dichas causales pretendiendo que las actas de los formularios E-14, E-15 y E-17 de las mesas numeros 8, 16, y 24 de la cabecera municipal y 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15 y 16 del corregimiento El Retén, son falsas o apócrifas porque así lo son los elementos que sirvieron para su formación, en razón de ser falsas las firmas de los jurados de votación, carecer o tener menos de las firmas exigidas por la ley, así como también ser falso el cuadro con el resultado de los escrutinios de las mesas (E-24) o porque hubo alteración sustancial de votos válidos anulados en los escrutinios mediante el artificio de agregar otra "X" o "+" en el tarjetón, para que aparecieran sufragados por varios candidatos.

Prescribe la norma:

"Artículo 223 CAUSALES DE NULIDAD. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

"1. Cuando...

"2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

"3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustancias en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden".

.....

Con la demanda se allegó copia de la declaratoria de la elección acusada (Resol. 32 de marzo 21 de 1992 Art. 2o.); de las Resoluciones 01 y 019 del 18 de marzo de 1992, expedidas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral del Magdalena para desatar apelaciones interpuestas contra Resoluciones de la comisión escrutadora municipal de Aracataca, y la Resolución N° 03, del 18 de marzo en mención y de los mismos delegados, con la que resolvieron reclamaciones que propuso ante ellos por primera vez el apoderado de quien es actor en este proceso (fl. 37, 41 a 44); actas de escrutinio (fl 48, 49, 50 y 51); listados de sufragantes (fl 57 a 98) y formularios E-24, (fl. 99 a 108). Dicho acervo, aportado regular y oportunamente, debe valorarse, como también el allegado con el escrito de impugnación del Sr. Martínez Miranda (fl. 128-145), y el recepcionado en la etapa probatoria (fl. 166-202).

Sin embargo, a pesar de que se solicitó y ordenó la práctica de prueba técnico-grafológica sobre los originales de las actas de escrutinio, listas de sufragantes y

votantes, actas de instalación de jurados y tarjetones electorales, ésta, si bien se realizó, no llegó al proceso en oportunidad y por tanto no pudo ser objeto de publicidad y contradicción (Art. 238 del C. de P.C.). De allí que no procedía asumirla como prueba en el proceso, quedando en dichas condiciones sin valor demostrativo como en principio lo señaló el a-quo.

Más, se equivocó al considerar dicha experticia como "indicio" porque ello riñe con los mismos postulados procesales, puesto que pese al decreto de la prueba su no contradicción la torna inválida para los fines perseguidos y, por ende, inepta para deducir indicios de lo que legalmente no es prueba.

Los hechos para merecer el calificativo de indicios deben estar demostrados en el proceso (Art. 248 del C. de P.C.). Para que el juez los estime como medios de prueba es menester que la demostración del hecho indiciario haya sido decretada y practicada en legal forma, es decir, que necesitando ser probado, el medio utilizado para ello no debe carecer de valor probatorio por vicios o irregularidades en su aducción, ordenación, admisión o práctica, pues de darse cualquiera de esas situaciones resulta carente de mérito demostrativo y "en consecuencia el hecho indiciario 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, 2a. edición, pág. 460).

El medio probatorio idóneo para acreditar la falsedad o apocrifidad de los registros o de los elementos que sirvieron para su conformación, o para demostrar alteraciones sustanciales en lo escrito es, sin duda, el grafológico. Pero la experticia ordenada, si bien se realizó, no puede asumirse como válida por las razones arriba expuestas, circunstancia que releva a la Sala del estudio de las pretensas falsedades que se alegan dadas en las actas de escrutinio de los jurados de votación y en los elementos que sirvieron para conformarlas, amparadas como están con la presunción de legalidad que no puede discutirse partiendo de hipótesis o inferencias sin respaldo.

Tampoco la prueba documental habida en el expediente y la diligencia de inspección judicial realizada por el Tribunal (fl. 215-217) son conducentes para demostrar esa apocrifidad o falsedad, como que nada acreditan al respecto.

Así las cosas, en ausencia de prueba demostrativa de los cargos invocados con apoyo en dichas causales, estos están llamados a fracasar y por ello se confirmará en lo pertinente la decisión del a-quo.

Por lo demás, la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación (E-17) por falta de la firma de los jurados o por no tener las exigidas por la ley, no es procedente. Esa irregularidad constituye solo causal de reclamación (Art. 192 numeral 3o., del Código Electoral), acusable dentro de la actuación administrativa. Con todo, dicha anomalía solo se observa respecto a la mesa Nro. 10 del corregimiento El Retén, inconsistencia que suplió en su momento la Comisión Escrutadora pertinente.

Y el formulario E-24 no constituye acta de escrutinio sino documento auxiliar, de modo tal que no es anulable.

Se acusó como violado igualmente el numeral 4o. del Art. 223 del C.C.A., porque los votos para la elección de alcalde fueron computados mediante el sistema del "cuociente electoral" y no conforme al de simple mayoría. El cargo no podía prosperar desde la presentación del mismo, por cuanto se omitió exponer sus fundamentos y ante ello, observando el texto de la Resolución 32 del 21 de marzo de 1992 en su artículo 2o. debe concluirse, como lo hizo el Tribunal, que difiere la queja del contenido del acta.

En cuanto a la pretensión de nulidad de las resoluciones 01. 03 de marzo 18 de 1992 y 19 de marzo de 1992, de esta última por no haber concedido los delegados del Consejo Nal. Electoral el recurso de apelación que interpuso el apoderado del Sr. Marcos Ma. Fossy, en el escrutinio general, contra las Resoluciones Nos. 03, 09 y 10 proferidas por esa Comisión el 18 de marzo de 1992, resulta pertinente observa que el Art. 193 del Código Electoral, subrogado por el 16 de la Ley 62 de 1988, prescribe:

> "Contra las resoluciones que resuelvan las reclamaciones presentadas por primera vez ante los Delegados del Consejo Nal. Electoral procederá el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante dicho Consejo".

Dicha apelabilidad de las Resoluciones dictadas por los Delegados del Consejo Nal. Electoral también la preveía, con idéntico efecto, el original artículo 193 del Código Electoral.

Pero es de entender que esa norma debe interpretarse en armonía con lo que estatuyen los artículos 166 y 175 del C. Electoral, subrogados por los artículos 12 y 13 de la Ley 62 de 1988.

Al presente conforme a esos textos, la competencia para declarar la elección de Concejales y Alcaldes corresponde a las comisiones escrutadoras distritales y municipales, las que deben expedir las respectivas credenciales. Solo cuando se apele de sus decisiones o se presenten desacuerdos entre sus miembros, deberán abstenerse de expedir las credenciales "...para que sean los delegados del Consejo Nacional Electoral quienes resuelvan el caso y expidan las credenciales...". Diferente era lo previsto en el original artículo 166 del C. Electoral, que otorgaba a los Delegados del Consejo Nal. Electoral la competencia para declarar la elección de concejales y expedir las credenciales correspondientes, de modo que lo por ellos así resuelto, lo mismo que en cuanto a la elección de consejeros intendenciales y comisariales, diputados, representantes y senadores tenía apelación para ante el Consejo Nal. Electoral. Al presente es de entender que subsiste la posibilidad de ese recurso en cuanto a la declaratoria de elección de diputados, Representantes a la Cámara y Gobernadores, pero no en lo concerniente a la elección de alcaldes y concejales, pues dichos delegados conocen de las apelaciones que se formulen contra lo resuelto por las Comisiones escrutadoras

distritales y municipales en la segunda instancia de la vía gubernativa. Por ello la denegatoria de la apelación que se aduce para demandar la nulidad de las precitadas resoluciones, se encuentra ajustada a derecho. Por lo demás, el acto aducido no es causal de nulidad de los actos de las Corporaciones electorales, conforme a lo previsto en el Art. 227 del C.C.A.- Por ello debe denegarse la pretensión del actor, como bien lo hizo el a-quo.-

La Corporación revocará el numeral primero del fallo recurrido, porque no podía disponer la nulidad del Acta de escrutinio de los jurados de votación, de riesgo de votantes y de la lista de sufragantes de la mesa N° 16 del corregimiento El Retén, en razón a que la prueba del supuesto fáctico se tomó de aquella no asumida validamente en el proceso. En efecto, si el dictamen grafológico no es dable tenerlo como prueba, toda deducción emanada de él carece de apoyo.

Respecto de la orden de investigar presunta infracción penal por parte de la señora Mirian Quevedo Arrieta, la Sala comparte el criterio y confirmará lo decidido.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto del Procurador Séptimo Delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE, el numeral primero de la sentencia de fecha marzo 30 del año en curso, que profirió el Tribunal Administrativo del Magdalena en el proceso que promovió Marcos María Fossy contra el acto declaratorio de la elección del Sr. José Antonio Martínez Miranda, como alcalde de Aracataca para el período constitucional que concluye el 31 de diciembre de 1994.

En lo demás, confírmase la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha de hoy doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO/NOTIFICACION POR EDICTO - Improcedencia / EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA1 DEL TITULO POR FALTA DE NOTIFICACIÓN

De acuerdo a lo estatuído en el artículo 44 del C.C.A., las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificará personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. Agrega la disposición que "si no hay otro medio más eficaz de información al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél halla 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 se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto". A su turno el artículo 45 expresa que si no se pudiera hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia. Sin el cumplimiento de los anteriores requisitos "no se tendrá por hecha la notificación ni producirá sus efectos legales la decisión..." conforme lo indica el artículo 48 del estatuto citado. En el presente caso el administrador de la Aduana Nacional de Buenaventura dictó la Resolución número 0785 del 14 de junio de 1989, contentiva del titulo que sirve de funcionamiento a la acción ejecutiva, pero en su notificación personal, no se ajustó al procedimiento legal contemplado por los artículos 44, 45 y 48 del C.C.A. En sub judice se utilizó en el procedimiento de notificación personal, un medio de comunicación distinto al contemplado por el artículo 44 del C.C.A., quedando el acto administrativo que originó el mandamiento de pago, afectado de ilegalidad no siendo viable su notificación por edicto y dando lugar a que aquél, no alcanzara su grado de firmeza.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente N° 0325. Jurisdicción Coactiva. Direccion de Aduanas Nacionales Administración de Aduana Santafe de Bogota C/Centro de Investigación para el Desarrollo (CEAT).

El presente negocio, ha llegado a esta Corporación en apelación del acto fechado el 15 de agosto de 1990 (fl. 11), mediante el cual, el juzgado único nacional de ejecuciones fiscales libró mandamiento de pago contra el "Centro de investigación para el desarrollo CEAT" por la suma de dos millones doscientos cuarenta y cuatro mil seiscientos cuarenta y siete pesos ($ 2.244.647.oo) m/cte., como capital más interés y costas del proceso.

Se fundamentó la medida ejecutiva, en el título contenido en la Resolución número 0785 expedida por el administrador de la Aduana de Buenaventura.

El Doctor Carlos Darío Camargo de la Hoz obrando con poder legalmente conferido por la entidad "Centro Internacional de Investigaciones para el desarrollo CIID", recibió notificación personal del auto de mandamiento de pago y dentro de la oportunidad legal ¾como lo afirma la entidad ejecutante a folio 53¾, interpuso contra aquél recurso de reposición y en subsidio apelación pretendiendo su revocatoria bajo los siguientes fundamentos:

"a) El título originario, esto es, la Resolución N° 0785 emitida el 14 de junio de 1989 por la administración de la Aduana Nacional de Buenaventura, fue dirigido en contra de una persona jurídica distinta... ya que por medio de ella se estableció una obligación a cargo del CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO "CEAT" y no en contra del CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO CIID.

b) De otro lado la mencionada resolución no se encuentra ejecutoriada por no haberle sido notificada a mi mandante, cercenándole la oportunidad para interponer los recursos pertinentes al agotamiento de la vía gubernativa, en abierta violación del derecho constitucional de defensa. En estas condiciones la falta de notificación de dicha providencia le impide producir efectos legales y su cobro por la vía ejecutiva, de acuerdo a normas pertinentes del Código Contencioso Administrativo".

En providencia del 26 de mayo de 1993 vista a folios 72 y ss., fue negado el recurso de reposición, al considerar el funcionario ejecutor que para notificar personalmente la resolución, se citó al representante legal del sancionado por medio de un marconigrama a la calle 72 N° 5-84 piso 13 (fl. 3) y ante su no comparecencia, se notificó por edicto, según lo preceptuado por el artículo 45 del C.C.A. (fl. 4).

Y respecto a la confusión que se presenta entre la persona ejecutada y la que está actuando en el proceso a través de apoderado, en la misma providencia se expresa, con fundamento en las pruebas allegadas, que se trata de la misma persona jurídica.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo a lo estatuido en el artículo 44 del C.C.A., las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Agrega la disposición que "Si no hay otro medio más eficaz de información al interesado, para hecer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél 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 se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto".

A su turno el artículo 45 expresa que si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia.

Sin el cumplimiento de los anteriores requisitos "no se tendrá por hecha la notificación ni producirá sus efectos legales la decisión ..." conforme lo indica el artículo 48 del estatuto citado.

En el presente caso el administrador de la Aduana Nacional de Buenaventura dictó la Resolución número 0785 del 14 de junio de 1989, contentiva del título que sirve de fundamento a la acción ejecutiva, pero en su notificación personal, no se ajustó al procedimiento legal contemplado en los artículos 44, 45 y 48 del C.C.A..

En efecto, para cumplir dicho acto envió el marconigrama N° 355 (fl. 3), citando al representante legal de la entidad demandada, considerando seguramente que empleando este medio llenaba el requerimiento normativo, criterio con el que no está de cuerdo la Sala porque como lo dijo en el expediente N° 0140 al analizar caso similar con ponencia de quien elabora este proyecto.

> Si bien el marconigrama es un medio de comunicación moderno, rápido y de constante evolución tecnológica, por estos efectos jurídicos no sirve como elemento de convicción, porque carece de ese grado de certeza de que deben estar revestidas ciertas actuaciones. Para el caso a estudio el que realmente la información hubiera llegado a su destino.

El correo certificado tiene la particularidad de que al destinatario de la carta, mensaje, información, etc., se le envía por la oficina de correo de su lugar un aviso personal para que se acerque allí a reclamarlo y previa su identificación y firma del recibo se le hace entrega del recado.

Este procedimiento es sin lugar a dudas más confiable, de más certeza jurídica que otros, como el marconigrama, que es de entrega domiciliaria e impersonal, por eso el legislador previó en la norma anteriormente transcrita, que , a falta de otro medio más eficaz de información para hacer la notificación personal, se debe emplear el correo certificado (Auto de noviembre 28 de 1991. EXP. 0140. Partes: LA NACIÓN C/INDUSTRIA PASTEURIZADORA Y LECHERA DEL POMAR S.A.).

En el sub judice se utilizó en el procedimiento de notificación personal, un medio de comunicación distinto al contemplado por el artículo 44 del C.C.A., quedando el acto administrativo que originó el mandamiento de pago, afectado de ilegalidad no siendo viable su notificación por edicto y dando lugar a que aquél, no alcanzara su grado de firmeza.

En la actuación que se desprende de autos y así no lo señale expresamente, tuvo en cuenta el apoderado de la entidad ejecutada para alegar la falta de ejecutoria del título contenido en la Resolución N° 0785 del 14 de junio de 1989, al reiterar en su escrito que "la falta de notificación de dicha providencia le impide producir efectos legales y su cobro por la vía ejecutiva, de acuerdo con las normas pertinentes del Código Contencioso Administrativo".

Adujo, pues, el recurrente la inexigibilidad del título por falta de notificación legal y esta circunstancia aparece claramente demostrada en el proceso, siendo por tanto próspero el recurso de apelación.

Respecto al otro aspecto objeto del mismo recurso, esto es, haberse notificado la orden de pago a una persona jurídica distinta a aquella sancionada en la resolución, como bien lo dice el funcionario ejecutor, de las pruebas que obran en el expediente se hace inconfundible, que la persona obligada con la administración sea la misma vinculada al proceso mediante la notificación del mandamiento de pago, pero ya que se debe corregir el procedimiento de notificación personal del acto administrativo, estima la Sala conveniente que se dicte un acto complementario aclarando la sigla de la persona jurídica demandada, puesto que en cuanto al nombre no se ha presentado confusión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Revocar el auto de mandamiento de pago librado el 15 de agosto de 1993, por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en favor del Tesoro Nacional y en contra del "CEAT".

En firme la decisión vuelva el expediente a la oficina de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la jurisprudencia contenida en el auto de 28 de noviembre de 1991, Exp. 0140, Partes: LA NACIÓN/ INDUSTRIA PASTEURIZADORA Y LECHERA EL POMAR S.A.

PROCESO ELECTORAL/PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA-Improcedencia.

El artículo 251 del C.C.A., precepto especial que regula la segunda instancia en las acciones electorales, no consagró una etapa probatoria; dicha ausencia encuentra su explicación en la perentoriedad que caracteriza el respectivo trámite procesal y en el deber de dar estricto cumplimiento a los términos señalados en el mismo.

CONCEJO MUNICIPAL-Integrantes/FALTAS ABSOLUTAS/SUPLENTES

Si por mandato de la ley y para el período 1990-1992, el Concejo Municipal de Armenia debía estar integrado por 17 miembros, las faltas absolutas prevenientes de renuncias, muertes, nulidad de elecciones etc., no tenían la virtualidad de variar la cantidad de sus integrantes, puesto que una reducción no solo hubiera contrariado los preceptos que previamente fijaron el número de miembros de ese Cabildo, sino aquellos que señalaban la forma como habrían de ser llenadas las vacancias absolutas recurriendo, v.gr., a la figura del suplente, siguiendo el orden de colocación en la respectiva lista o, a la realización de nuevos comicios, si el retiro de concejales, principales y suplentes, se presentaba antes de culminar el último año del respectivo período y en tal número, que impidiera la integración del quórum o de la mayoría; en tal caso, el Gobierno Departamental o Municipal debía convocar a nueva elección, señalando el día que ésta debía verificarse, tal como lo dispone el artículo 131 del C.E.

CONCEJO MUNICIPAL/QUORUM DELIBERATORIO/QUORUM DECISORIO-Inexistencia/MAYORIAS/CONTRALOR MUNICIPAL-Elección

Todas las corporaciones de elección popular deben observar las normas sobre quórum y mayorías (art. 148 C.N.); el quórum es el número necesario de miembros para deliberar o decidir validamente y de acuerdo con el artículo 145 de la Constitución Nacional, constituye quórum deliberatorio la asistencia de la cuarta parte de los miembros de la respectiva corporación, mientras que el quórum decisorio lo conforma la mayoría de sus integrantes. Las decisiones, dice el artículo 146 de la misma preceptiva, se tomarán por "la mayoría de los votos de los asistentes", salvo que la Constitución exija una mayoría especial. Al aplicar al sub-judice los artículos 145 y 146, en concordancia con el 148 de la Carta Fundamental se tiene, que si el Concejo Municipal de Armenia estaba integrado por 17 miembros, sus decisiones no podían tomarse, validamente, sin la asistencia de por lo menos nueve (9) concejales, número que corresponde a la "mayoría de sus integrantes", esto es, a la mitad más uno de sus miembros, cifra que conforme lo estableció esta Sala en sentencia del 31 de agosto de 1988, se obtiene mediante la aproximación, por defecto, al número entero más próximo, tomando en cuenta que la cifra de los integrantes de la corporación es impar. La mitad de los 17 miembros del Concejo es igual a 8.5 más uno, aumenta a 9.5 y como la aproximación se hace por defecto, la mayoría requerida en este caso, o lo que es lo mismo, el quórum para elegir Contralor de Armenia era de nueve (9). Como a la sesión del 18 de mayo de 1992 asistieron solo siete (7) cabildantes, es evidente que la elección de Contralor Municipal realizada en ella contrarió el artículo 145 de la Carta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente N° 1036. Electoral Segunda Instancia. Apelacion Sentencia Dictada por el Tribunal Administrativo del Quindio, el 23 de Abril de 1992. Actor: Samuel Ramos Herrera.

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos oportunamente por las partes demandada (fl. 467 cdo. ppl) y coadyuvante (fl. 497 cdo. ppl.) contra la sentencia de la referencia.

ANTECEDENTES

I. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS.

1. Actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral el ciudadano Samuel Ramos Herrera demandó del Tribunal Administrativo del Quindío

la nulidad de la elección de la doctora Martha Liliana Hurtado Parra como Contralora del Municipio de Armenia (Quindío).

El demandante considera que el acto impugnado, emanado del Concejo Municipal de Armenia, el 18 de mayo de 1992, transgrede las siguientes disposiciones:

1.1. Artículo 148 de la Constitución Nacional, por remisión directa que de este precepto hace el artículo 145 ibídem, en lo que se refiere al quórum para tomar decisiones, pues si el Cabildo Municipal de Armenia está integrado por 17 concejales, el quórum a una sesión con voz y voto debe sumar 9, equivalente a la mitad más uno y de acuerdo con el acta de sesión N° 3 que consta de 11 folios, solo contestaron a lista 7 miembros, número inferior al mínimo requerido para tomar decisiones.

La asistencia a la sesión de 5 concejales suplentes que no podían hacerlo con voz y voto, tiene como sanción la invalidez del acto demandado, porque los que se presentaron en calidad de principales no integraban el quórum para abrir sesiones y deliberar; por este aspecto también resultan transgredidos los artículos 145, 146 y 148 de la Constitución actualmente vigente.

1.2. Por los mismos motivos se infringió el artículo 261 de la Carta, en razón de que el Presidente del Concejo de Armenia permitió que en la reunión del 18 de mayo de 1992 participaran, con voz y voto, 5 concejales suplentes quienes votaron el acto de elección de Contralor Municipal de Armenia, sin considerar que las suplencias en las corporaciones públicas de todo el país habían sido abolidas.

La norma referida se infringió en forma directa, con la del precepto concordante contenido en el artículo 380 de la misma Carta que derogó en forma expresa, incluyendo sus reformas, la Constitución que estuvo vigente hasta 1991, o sea que la institución de los suplentes que se pretendió revivir en el Concejo de Armenia, desapareció definitivamente de las corporaciones públicas desde 1991.

1.3. También se violó el artículo 179-8 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 74 y 91 del C.R.M., pues en el acto de elección de Contralor de Armenia participó el Concejal principal Javier Ocampo Cano, quien para el 18 de mayo de 1992 había perdido su investidura, por mandato expreso del artículo 179-8 de la Carta Fundamental, toda vez que desde el 8 de marzo del mismo año había adquirido la calidad de diputado.

1.4. El acto impugnado también transgredió el artículo 66 del Reglamento de Trabajo del Concejo Municipal de Armenia - Acuerdo N° 24 del 3 de septiembre de 1977 - según el cual, las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mitad más uno de los integrantes del Cabildo Municipal; en concordancia con el artículo 127 ibídem, en cuanto dispone que no hay votación cuando el total de los votantes resultaré inferior al quórum legal.

Los preceptos mencionados, pretermitidos en la elección de Contralor forzosa-

mente debieron tenerse en cuenta por disposición del artículo 9 del mismo reglamento interno que establece que para efectos de la sesión preliminar, como para las demás sesiones del Concejo hay dos clases de quórum así: para deliberar, constituido con la presencia de un número de concejales equivalente, por lo menos, a la tercera parte de los integrantes de la Corporación y, para decidir, constituido con la presencia de un número de concejales equivalente a la mitad más uno del total de los integrantes de la Corporación.

1.5. También se omitió la aplicación del reglamento del Concejo Municipal, en la presentación de excusas por escrito de parte de los concejales que en su momento estaban en incapacidad absoluta o temporal para comparecer a la sesión, o en su defecto, la aplicación de la norma supletoria del reglamento del concejo, contenida en el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986, en concordancia con el artículo 86 ibídem.

Lo anterior, por cuanto los concejales ausentes y presentes en la sesión del 18 de mayo de 1992 no acreditaron documentalmente, ante el alcalde municipal o ante la secretaría del cabildo, las circunstancias de las vacancias transitorias y absolutas que se presentaron en la citada reunión, irregularidad que vicia de nulidad la producción del acto a que se llegó y que es motivo de impugnación.

2. En el mismo escrito incoatorio, el actor pidió la suspensión provisional del acto acusado aduciendo que de la confrontación directa de dicho acto con las disposiciones constitucionales y legales relacionadas en la demanda surgía manifiesta la infracción de estas últimas, infracción que también podía observarse al confrontar los elementos de formación y desarrollo del acto impugnado con los documentos públicos que acompañaron el libelo.

3. La demanda fue admitida y en el mismo proveído el a-quo negó la suspensión provisional del acto demandado (fls. 217-222 cdo. ppl); la última de las decisiones mencionadas fue recurrida en apelación y revocada en esta instancia disponiéndose en su lugar la suspensión solicitada (fls. 9 a 18 cdN° 1 "A").

4. Los señores Jairo Arbeláez Arias (fls. 213 a 215 y 231 a 233 cdo. ppl) y José Jesús Laverde Ospina (fls. 224 a 230 cdo. ppl.) comparecieron al proceso solicitando se les reconociera como parte coadyuvante de la demandada, el primero y del actor, el segundo y en la contestación del libelo, el primero de los nombrados propuso las excepciones de inepta demanda, por no comprender todos los actos demandables; de procedimiento errado, por no haberse dado trámite oportuno al incidente de recusación y la genérica (fls. 246 a 255 cdo. ppl).

5. Durante el término del traslado para que las partes presentaran sus alegatos, los ciudadanos Tulio Castrillón Castaño (fls. 319 a 321 cdo. ppl), Nubia Cecilia Zuluaga Duque (fls. 335 cdo.ppl.) y María Antonia Duque (fl. 336 cdo. ppl.), solicitaron se les reconociera como impugnadores. En el mismo término, la demandada presentó incidente de nulidad (fls. 337 a 367 cdo. ppl.), el cual adicionó posteriormente (fls. 387 a 413 cdo. ppl.).

6. Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 y siguientes del C.C.A., y después de resolver varios incidentes, el Tribunal Administrativo del Quindío dictó sentencia favorable a las pretensiones del actor (fls. 454 a 464 cdo.ppl.), exponiendo para el efecto los argumentos que la Sala resume así:

EL FALLO RECURRIDO EN APELACION

1. Con la excepción de inepta demanda, por no comprender todos los actos demandables, pretende el proponente que unas precisas causales de nulidad, planteadas en la demanda y, dirigidas con exclusividad a un determinado acto como el de elección de Contralora Municipal, se extiendan a actos precedentes cuya validez no se ha puesto en duda, v.gr. la convocatoria que el Concejo hiciera para dicha elección, partiendo del supuesto, no probado, de que la condición de suplentes que asistía a los concejales que la hicieron, los incapacitan para ello.

Al quedar determinado que las suplencias operaron bajo el amparo de la ley, hasta el 31 de julio de 1992, esa excepción no estaba llamada a prosperar y menos aún si atacaba los actos administrativos no complejos de conformación de terna de candidatos por parte de los Tribunales del Distrito Judicial del Quindío.

El mal denominado procedimiento errado, o lo que es lo mismo, trámite inadecuado, bien puede constituir una razón para recurrir la decisión que le de cabida, más no una excepción de fondo, sin embargo, el a-quo, se le dio oportuno trámite al incidente de recusación, resuelto en una Sala compuesta por conjueces debidamente sorteados y posesionados.

2. Y como no prosperó ninguna excepción procedió a analizar el fondo del asunto y, al respecto observó:

Al adoptar sus decisiones, las corporaciones públicas de elección popular deben cumplir con las normas constitucionales referidas al quórum y a las mayorías, tal como prescriben los artículos 145 y 148 de la Carta Política, esto es, que las referidas decisiones solo pueden adoptarse previa la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine otro quórum diferente.

Desde la Constitución de 1886, -art. 82- se estableció como quórum decisorio la mitad más uno de los asistentes de cada Corporación en particular, cantidad que no cambió a pesar de las distintas variantes adoptadas en la nueva carta.

La copia del formulario E-28, que como prueba se aportó al proceso, señala que fueron 17 los concejales -con sus respectivos suplentes- los que conformaron el Concejo Municipal de Armenia para el período 1990-1992, situación que debía respetarse hasta el vencimiento del período, el 31 de julio de 1992, no obstante que la nueva Carta Política aboliera las suplencias, luego, resulta incuestionable que la ma-

yoría decisoria, exigida por uno y otro ordenamiento, era de nueve concejales pero, según puede constatarse en el acta N° 3 del 18 de mayo de 1992, solo 6 de ellos participaron activamente en la elección de Contralora Municipal de Armenia, número que nunca puede constituir la mayoría absoluta indicada para tomar decisiones, por tanto, la elección demandada resulta nula.

A pesar de que el concejal N° 7, identificado como César Alonso Arias Barbosa, suplente de la lista encabezada por Rogelio González Ceballos, mantuvo una permanente oposición a la elección de Contralor, lo cierto es que al momento de sufragar, solo 6 votos llegaron a manos de los escrutadores y fue la concejal Clara Luz Giraldo de Mejía, quien señaló la puerta donde se encontraba el señor Arias Barbosa, para que definiera si estaba o no presente y al llamar a lista contestó nuevamente.

El a-quo entendió que el retiro del Concejal dejaba solo a 6 de ellos en disposición de tomar la determinación -como en efecto lo hicieron- con 5 votos a favor de la doctora Martha Liliana Hurtado Parra y otro a favor de una tercera persona no identificada y la respuesta posterior de Arias Barbosa al llamado a lista, simplemente variaba una vez más el quórum, después de la determinación ya adoptada, pasando de 6 a 7, sin que ello incidiera para cambiar la conclusión de que ni uno ni otro número de concejales constituía la mayoría absoluta, tomando en cuenta el número total de componentes del concejo.

El constituyente y el legislador entienden que las corporaciones de elección popular están compuestas por personas que en razón de los más diversos motivos se retiran o desaparecen y es por ello por lo que tratan de prever, hasta donde les es posible, la forma de suplir esas faltas, previsiones que se quedan en el campo de la normalidad, pero no cubren el de la anormalidad que significó la expedición de una nueva Carta Política que propicio una desbandada de políticos de profesión para no inhabilitarse; por esta razón si el número inicial de concejales componentes de la Corporación de Armenia era de 17, este tuvo que rebajar porque las leyes previstas para hacer los reemplazos resultaron insuficientes en el caso especial mencionado.

Jurisprudencialmente se tiene definido que la concurrencia de los suplentes a las sesiones de los concejos no es caprichosa sino regulada, debe previamente acreditarse y aceptarse la ausencia del principal por falta absoluta o temporal.

La Ley 85 de 1916 dio fin al sistema de los suplentes personales y estableció el de los suplentes numéricos, sistema que posteriormente fue incluido en la Constitución de 1889 con la reforma de 1986.

El a-quo se refirió a lo sucedido en el Concejo Municipal de Armenia a partir del 4 de julio de 1991, cuando principales y suplentes determinaron renunciar a sus curules, lo cual operó así: Luis Janil Avendaño Hernández, dejó la posibilidad de actuar a su suplente Lorenzo Bonilla Ramírez; la lista encabezada por la señora Lucelly García de Montoya que obtuvo dos concejales desapareció del panorama del Concejo Municipal porque sus renuncias fueron aceptadas, esto constituye una

falta absoluta tanto de principales como de los suplentes que podían reemplazarlos, así entonces era del Concejo Municipal quedando ya no de 17 sino 15 concejales, reduciendo a 8 la mayoría absoluta; por renuncia aceptada desapareció la lista encabezada por Juan Zuluaga Herrera y en relación con su suplente Gustavo Hernández García aparecen dos certificaciones, la primera expedida por el Secretario del Concejo Municipal, en donde se le presenta inhabilitada por cancelación de credencial y la segundo cuando lo señala como Gerente del Instituto de Seguros Sociales y la aceptación de ese empleo público implica falta absoluta.

Finalmente rebajaría a 7 la mitad más uno del número total de concejales; al analizar la lista encabezada por David Barros Vélez esta lista también podría tenerse por desaparecida si se estudia la situación de la suplente María Mercedes Botero de Angel quien según certificó el Secretario del Cabildo no presentó su renuncia y se desempeña como Gerente de la Empresa de Energía del Quindío, empleo este cuyo carácter de público es indiscutible.

De acuerdo con lo dicho, resulta que no se allegó prueba al proceso de que la señora Botero de Angel hubiese renunciado u ocupara su escaño en el Concejo Municipal de Armenia, ni de que para ese entonces, desempeñara el cargo aludido en la Empresa de Energía del Quindío; así las cosas, el número de integrantes del Cabildo seguiría siendo de 14, exigiendo la toma de decisiones la mayoría absoluta, es decir 8 miembros y aún cuando esta última tesis no fuera aceptada y la citada profesional también se considerara por fuera de la Corporación ya quedó claro que en la determinación electoral de la señora Contralora del Municipio solo tomaron parte 6 concejales y por tanto no se llenaron ni cumplieron las exigencias constitucionales y legales para hacerla validamente, de lo que se concluye igualmente la nulidad del acto.

3. Los escritos firmados por los señores Tulio Castrillón Castaño, Nubia Cecilia Zuluaga Duque y María Antonio Duque Duque no fueron tenidos, en cuenta en razón de que no fueron aportados en la oportunidad legal -art. 235 C.C.A.- como tampoco fue tenida en cuenta la petición de nulidad, por falta de competencia signada por la demandada -art. 242 C.C.A.-.

Y con base en los argumentos anteriormente expuestos, el Tribunal Administrativo del Quindío declaró nulo el acto que eligió como Contralora Municipal de Armenia a la doctora Martha Liliana Hurtado Parra.

En salvamento de voto visible a folios 465 y 466, el magistrado doctor Silvio Giraldo Monsalve, manifiesta que al leer el acta que obra a folios 175 a 186, se observa que la sesión se inicio con 7 concejales y entre ellos el señor Alonso Arias quien intervino repetidas veces, antes de proceder a la votación; que el resultado de ésta fue de 5 votos por la señorita Hurtado Parra y uno por otro nombre, para un total de 6 votos; de lo cual cabe deducir que el concejal Arias, enemigo de que se procediera a la elección, se abstuvo de votar.

Pero no es dable sacar la conclusión de que el indicado Arias hubiera desintegrado

el quórum abandonando el recinto, pues no se hallaba en él antes y después de la votación, fuerza es concluir que estaba en el mismo, en el momento de tal votación, pues no existe prueba de que lo hubiera abandonado ni de que cuando se le vio en la puerta estuviera regresando al mismo; además se verificó que Arias estaba en la puerta (que es estar dentro del recinto), después de la votación y no en el momento de la misma.

Afirma que se dio la elección de la señorita Hurtado Parra porque el Concejo sesionó con la asistencia de 7 concejales que constituyen mayoría absoluta, suficiente para proceder a tomar decisiones (art. 145 C.N.). Integrantes de la Corporación 13 mayoría absoluta 7, y la decisión se tomó por 5 concejales, mayoría suficiente para tomar decisiones -art. 146 C.N.- asistentes 7, mayoría absoluta de 7: 4 como por la doctora Hurtado Parra hubo 5 votos, resultó elegida por un voto más de los que se harían necesarios para tal propósito.

Antes de que el a-quo concediera los recursos de apelación, los ciudadanos Tulio Castaño, María Antonia Duque Duque y Nubia Cecilia Zuluaga Duque, interpusieron sendos recursos de reposición contra la parte resolutiva de la sentencia que les negó la intervención como impugnantes. Por su parte, la demandada solicitó al a-quo que mediante sentencia adicional ó complementaria se resolvieran los incidentes de nulidad que no fueron procesados uno a uno antes de dictar sentencia, sumada a otra petición de nulidad contra la sentencia de primer grado, fundamentada en la falta de competencia para dar trámite a una inepta demanda, donde presuntamente existen falsedades ideológica y material (fls. 468 a 478 cdo. ppl.).

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Después de transcribir parte de la sentencia recurrida junto con el salvamento de voto, la recurrente sostiene que al cuantificar en 14 la cifra definitiva de concejales, el a-quo no excluyó a las siguientes personas: Alba Stella Buitrago Pérez, Alcaldesa de Armenia; Alberto Marín Cardona, fallecido; María Mercedes Botero de Angel, Gerente de la Empresa de Energía del Quindío y Gustavo Hernández García, Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Quindío; luego para el 18 de mayo de 1992 solo quedaron 10 concejales y el quórum deliberatorio del concejo para esa misma fecha, en sesión plenaria, legalmente era de 5 concejales y para que ese quórum decisorio fuera legal, se necesitaba la mitad más uno.

En la elección llevada a cabo el 18 de mayo de 1992, donde se nombró Contralora para el municipio de Armenia, hubo una votación a favor de 6 votos; de acuerdo con el acta levantada asistieron físicamente al recinto desde que se inició la sesión, 7 concejales y de acuerdo con el artículo 70 (inc. seg.) del Decreto 1333 de 1986, la decisión mayoritaria para que el Contralor de Armenia quedara validamente elegido era la mitad más uno de los asistentes.

Después de las faltas absolutas, el Concejo Municipal de Armenia quedó integrado por 10 miembros; a la sesión plenario del 18 de mayo de 1992, asistieron un total

de 7 concejales y ello demuestra que había una asistencia mayor a la mitad más uno del total de sus 10 integrantes.

La Sección Quinta del Consejo de Estado cambió la jurisprudencia en lo relacionado con el aspecto cuantitativo electoral, cuando el número de integrantes de una corporación es impar, en el sentido de que la determinación de la mitad más uno se hace por exceso y no por defecto; así las coas, en el Concejo de Armenia integrado por 17 miembros, el quórum correspondiente era de 10, pero como dicho cabildo cambió la integración de sus miembros, por renuncias, un fallecimiento y elecciones en cargos públicos, se produjeron algunas vacancias absolutas así: de 34 integrantes (17 principales y 17 suplentes) se ausentaron definitivamente 16 en razón de que 12 de ellos renunciaron, uno falleció, uno fue elegido alcalde de Armenia, otro fue nombrado gerente de la Empresa de Energía y uno más fue designado Gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Quindío y concluye que el quórum definitivo de concejales que quedó en el Concejo de Armenia era de 9.

El inciso segundo del artículo 145 de la Carta dispone que las decisions se tomen con la asistencia de la mayoría de lo cual se deduce que la mayoría calificada de la mitad más uno de los asistentes a la sesión plenaria del Concejo Municipal era de 5 votos en caso de haber estado presente los nueve concejales.

El artículo 146 de la Constitución Nacional indica que las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes.

Entonces si el quórum decisorio o total de componentes del Concejo Municipal quedó de 9 ediles y, en la sesión plenaria del día 18 de mayo de 1992 fecha en la cual fue elegida Contralora de Armenia estaban presentes y contestaron a la lista la mayoría de componentes del Cabildo, esto es, 7 concejales, al llevarse a cabo la votación a favor del contralor hubo un guarismo de votos a su favor de 5; se depositó un voto por Martha Isabel y el nombre compuesto de la Contralora elegida es Martha Liliana, deduciéndose que estaba legalmente identificado con el nombre primario y sus apellidos, por lo tanto se puede considerar válido dicho voto; el séptimo concejal no votó, ni negó su voto pero lo más lógico es tenerlo como negativo o sea 6 afirmativos y uno por la negativa, luego la elección estuvo ajustada a derecho.

A la sesión plenaria del 18 de mayo asistieron 7 concejales de los 9 que componente el Cabildo, en contra de la elección solamente estuvo el Concejal César Alonso Arias lo cual no incidió en la votación ni disolvió el quórum, porque para deliberar podía ser la cuarta parte de 9 que es igual a 3; esta operación matemática arroja un quórum deliberatorio y decisorio bastante precario, pero acorde con el mandato contenido en el artículo 145 de la Carta.

Para demostrar la ausencia absoluta de la Concejal María Mercedes Botero de Angel es suficiente observar el acta de posesión N° 087 del 5 de marzo de 1991.

La vacancia absoluta dejada por la concejal Alba Stella Buitrago Pérez, elegida Alcaldesa de Armenia es fácil demostrarla con el contenido del acta de posesión del

1o. de junio de 1992, suscrita por el Juez Primero Municipal de Armenia y con la constancia de la Registradora Especial del Estado Civil de la misma ciudad en la que da cuenta de su elección como burgomaestre de ese municipio. Agrega, que a pesar de que el hecho notorio no necesita prueba, está demostrado que el entonces Concejal Gustavo Hernández García produjo una vacancia absoluta de acuerdo con la certificación del Jefe de la División de Personal del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Quindío, según la cual, el mencionado Hernández García se posesionó como Gerente Seccional de ese Instituto, como consta en el acta de posesión N° 2321 del 6 de febrero de 1991, suscrita por la Directora General del I.S.S.

3. De la impresión dice la apelante, que el libelista conocía de la existencia del acta con la nomenclatura en 11 folios y de la que reposa en el archivo del Concejo con 12, situación que dejaba en entredicho la demanda; por esta razón, e invocado el artículo 214 - 2 - 3 - 4 del C.C.A., solicitó la práctica de varias pruebas, tendientes a demostrar la existencia de "actas gemelas", circunstancia, que a su juicio conduce a que las súplicas de la demanda no tenga ninguna aceptación.

4. Finalmente, de una parte solicita se decrete la revocatoria de la sentencia de primer grado y de otra sostiene que existe una prejudicialidad que podría llegar a se propuesto para la suspensión del progreso; también sostiene que podría estarse frente a un fraude procesal que impediría un fallo de mérito; además, agrega, que en el auto de suspensión provisional no esta ejecutoriado, en razón de que el recurso extraordinario de súplica que contra él se presentó se encuentra en trámite ante la Sala Plena del Consejo de Estado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En su concepto visible a folios 767 a 776 cdo. ppl., la Señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso manifestó que, de conformidad con los artículos 251, 252 y 253 del C. de P. C., el medio de prueba que contiene el acto impugnado es válido; agrega que estando el Concejo Municipal de Armenia conformado por 17 ediles, de conformidad con los artículos 145 y 148 de la Carta, el quórum decisorio era de 9.

Contrario a lo que concluyó el a-quo, las suplencias no operaban hasta el 31 de julio de 1992, porque el artículo 261 de la nueva Carta Política suprimió esa figura y esta disposición debía aplicarse a partir del 7 de julio de 1991 fecha en que se promulgó la Carta.

Según el acta que recogió la sesión del 18 de mayo de 1992, a ella solo asistieron dos concejales principales, uno de ellos con su respectivo suplente, quien también participó en la elección; en ese documento se advierte además que el señor Javier Ocampo Cano ostentaba la calidad de concejal, así hubiera sido elegido diputado y coincidieran, en parte los dos períodos, ya que aquel no renunció a su cargo de Concejal y la inhabilidad que se plantea por ese aspecto debió ser declarada mediante sentencia, por lo cual, a la hora de la verdad solo asistieron dos (2) concejales y

siendo así, los cargos deben prosperar, ya que no asistió el número de integrantes del Cabildo exigidos por la Constitución y por la ley para la elección de Contralora, puesto que se hicieron presentes personas que no ostentaban la investidura de Concejales, por lo cual, no hubo asistencia de mayoría absoluta y por tanto tampoco hubo el quórum exigido.

Por las razones resumidas, solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

1. DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS.

Invocando el artículo 214 -2 - 3 - 4 del C.C.A., (fls 545-546 cdN° ppl.) la recurrente solicitó se oficiara a la Procuraduría Provincial con sede en Armenia, para que certificara si es cierto que en dicho despacho se adelanta investigación disciplinaria con motivo de unas supuestas inconsistencias encontradas en las "actas gemelas", correspondientes a la sesión plenaria del Concejo Municipal de Armenia, en la que se eligió Contralora Municipal de esa capital; asimismo pidió que se oficiara a la Fiscalía Quinta especializada en donde debió iniciarse (sic) denuncia presentada por los delitos de falsedad ideológica y material; también pidió que se oficiara al Concejo Municipal a fin de que el Secretario expidiera sendas certificaciones en las que constara la fecha y el número de acta que negó la aprobación del Acta N° 3 del 18 de mayo de 1992 y que igualmente certificara en relación con la no existencia de la cinta magnetofónica en la cual se grabó la sesión plenaria de la misma fecha.

La peticionaria afirma que por fuerza mayor los documentos mencionados antes no pudieron aducirse en la primera instancia, en razón de que solo se detectaron entre los meses de abril y mayo y, porque el actual Secretario General del Concejo Municipal certificó que el Acta N° 3 del 18 de mayo de 1992 no estaba aprobada y que la cinta magnetofónica de la que hablaba el señor Secretario que le precedió en el cargo, no existe en ese despacho.

Finalmente sostiene que con las pruebas documentales que anexa y las que solicita, se desvirtúan las que fueron aducidas por el libelista.

El precepto invocado por la recurrente expresa:

"PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

ART. 214. Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se **decretarán únicamente** en los siguientes casos:

(...)
2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor, o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior. (resalta y subraya la Sala).

Ya ha dicho esta Sala, que en procesos como el sub-judice no hay lugar a aplicar la norma transcrita, en razón de que el artículo 251 del C.C.A., precepto especial que regula la segunda instancia en las acciones electorales, no consagró una etapa probatoria; dicha ausencia encuentra su explicación en la perentoriedad que caracteriza el respectivo trámite procesal y en el deber de dar estricto cumplimiento a los términos señalados en el mismo. Como los argumentos expuestos por la apelante no constituyen nuevos o diferentes elementos de juicio que permitan variar el criterio sentado, este habrá de ser reiterado en esta ocasión y, en consecuencia, la Sala no apreciará como elementos probatorios los documentos aportados después de dictada la sentencia recurrida y asímismo se abstendrá de decretar las pruebas solicitadas.

2. DEL ACTO DEMANDADO.

El artículo 139 del C.C.A., dispone que a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado; en este caso la misma obra a folios 180 a 186 y 175 a 179 del cuaderno principal y en ella aparece una certificación del Secretario General del Concejo Municipal en la que da cuenta que el documento en referencia "Es fiel transcripción del texto contenido en la grabación magnetofónica (cassette) de la sesión del 18 de mayo de 1992"; en esas condiciones y conforme prevé el artículo 251 (inc. ter.) del C. de P.C., la copia contentiva del acto acusado es un documento público y por ende, se presume auténtico mientras no se compruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad (art. 252 del C. de P. C.), para cuyo efecto el artículo 289 ibídem, señala unas oportunidades precisas, que para el caso serían la contestación de la demanda, ya que en este caso el documento en cuestión se aportó con el libelo; o dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordenó tenerlo como prueba.

Al dejar pasar las oportunidades señaladas en el citado artículo 289, la demanda optó por discutir la validez del documento contentivo del acto demandado utilizando, improcedente y reiteradamente las figuras de la prejudicialidad y de la nulidad, pero asimismo sus peticiones en uno y otro sentido fueron resueltas, según puede observarse en las providencias calendadas el 13 de mayo de 1993 (fls. 56 a 59 cdN° N° 1"A"), y el 23 de abril de 1993 (fls. 454 a 464 cdN° ppl.).

Las razones expuestas son suficientes para desestimar los argumentos de la recurrente, tendientes a desvirtuar la validez del documento aportado con la demanda y contentivo del acto acusado.

3. DE LA NULIDAD PLANTEADA

La demandada afirma que la sentencia de primer grado quedó viciada de nulidad en razón de la falta de competencia del magistrado, generada por la aceptación de una demanda inepta y porque la acción ya había caducado; como en este caso -agrega la apelante- el juez del conocimiento guardó silencio en relación con las nulidades que se plantearon en el proceso, solicitó entonces que se dictara sentencia adicional o complementaria en la que se decidieran los incidentes que, afirmó, no fueron resueltos antes de dictada la misma; unidos a otro incidente adicionalmente planteado contra el proveído de primer grado, originado en la falta de competencia para dar trámite a una inepta demanda, en la que presuntamente existían falsedades ideológica y material.

Al respecto hay que anotar que la ley no consagró las nulidades procesales como formas de impugnación de la sentencias ni de ninguna otra providencia, toda vez que estas formas están reservadas únicamente para los procesos y si bien es cierto que el artículo 142 del C.P.C. admite que las nulidades se propongan aún después de dictado el fallo, es evidente que en tales casos dicho proveído debe dar lugar a una actuación posterior a su expedición; esta exigencia excluye procesos como el sub-judice que concluyen cuando se dicta sentencia. A lo dicho hay que agregar, en contra de lo que afirma la recurrente, que el a-quo si se refirió a su petición de nulidad que en el fondo es igual a la que se resolvió en esta instancia mediante auto calendado el 13 de mayo de 1993 (fls. 56 a 59 cdo. N° 1 "A"). En efecto, en relación con la nulidad que planteó la demandada (fls. 337 a 367 cdo.pp.), el Tribunal del Quindío expuso:

"Igualmente, habrá de tenerse en cuenta que el art. 242 del C.C.A., en su cuarto inciso, establece: vencido el término para alegar no se admitirá incidente alguno distinto al de recusación, si el Magistrado hubiere comenzado a conocer después de aquel Y DE NULIDAD, POR FALTA DE COMPETENCIA sobre la cual, una vez decidido, no cabrá recurso (Mayúsculas de la Sala)" (fl. 463 cdo. ppl.).

El a-quo consideró que las razones expuestas por la incidentista eran diferentes a la incompetencia mencionada en el artículo 242 del C.C.A., por la cual se abstuvo de dar curso a la petición correspondiente, decisión que por encontrarse ajustada a derecho merece ser coadyuvada por esta Corporación.

4. EL PROBLEMA DE FONDO.

4.1. La primera de las excepciones propuestas por uno de los terceros intervinientes, denominada de inepta demanda, pertenece a la categoría de las excepciones previas, pues ella aparece en el numeral 7o. del artículo 97 del C. de P. C., que así las denomina y que además limita el número y la oportunidad para proponer esa clase de medios exceptivos.

Del contenido del artículo 164 del C.C.A., puede inferirse que, las excepciones previas no son procedentes en ningún proceso contencioso administrativo, razón por

la cual no constituía obligación del fallador de primera instancia decidir la que se propuso en este proceso, sin embargo, el a-quo se refirió a ella, exponiendo para el efecto los argumentos resumidos en este mismo proveído y que la Sala encuentra ajustados a la ley.

Tal como expuso el a-quo, lo que el excepcionante denominó procedimiento errado, por no haberse dado trámite oportuno al incidente de recusación, no constituye una excepción,pese a lo cual, también observó que dicho incidente fue oportunamente tramitado y resuelto por una Sala compuesta por Conjueces.

4.2. Ante todo cabe recordar que desde el momento en que se decidió el recurso de apelación, interpuesto contra la decisión del a-quo que denegó la solicitud de suspensión provisional del acto impugnado, esta Sala precisó que, aún cuando "... el artículo 261 de la C.N., acabó con las suplencias, los concejos integrados en 1990 con principales y suplentes terminaban su período el 31 de julio de 1992" (fls. 17 cdo. 1 "A").

En relación con el mismo aspecto ya se había pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil, exponiendo al efecto los siguientes argumentos que en esta ocasión se prohijan:

> El artículo 261 de la Constitución Nacional dispone que no tendrán suplentes los cargos de elección popular en corporaciones públicas y que las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista en orden de inscripción sucesivas y descendentes.
>
> Conforme a la disposición mencionada, en adelante ninguna elección para Corporaciones comprenderá suplentes ni las vacancias absolutas podrán proveerse en forma distinta de la determinada por el artículo 261.
>
> Es conveniente expresar, frente al texto de la mencionada norma, y en concordancia con el artículo 19 transitorio, que su operancia y efectos están destinados a regular hacia el futuro las elecciones que se celebren con posterioridad.
>
> Del mismo artículo 19 transitorio se deduce que las nuevas elecciones para concejales y diputados se efectuarán en 1992 y que por lo mismo, mantienen su vigencia las investiduras de principales y suplentes, integrantes de las asambleas y concejos elegidos para el período comprendido entre 1990 y 1992.
>
> Las corporaciones elegidas el 11 de marzo de 1990, para un período de dos años, de conformidad con la Constitución y legislación anteriores, se rigen por los regímenes departamental y municipal contenidos en los Decretos 1222 y 1333 de 1986 hasta cuando se elijan, en 1992, de acuerdo con la nueva Constitución y la legislación que la desarrolle, los concejales y diputados a que se refiere el artículo transitorio 19.
>
> El reconocimiento por la nueva Constitución del período de los diputados y

concejales elegidos el 11 de marzo de 1990, comprende a los suplentes, puesto que adquirieron dicha calidad desde el día en que fueron declarados elegidos y hasta cuando pierdan su investidura, es decir, hasta el vencimiento del período. De donde resulta que dichos suplentes deben ser llamados por el Presidente de la respectiva corporación, en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales, atendiendo el orden de colocación de sus nombres en la correspondiente lista electoral. (artículo 38 Decreto 1222 de 1986 y artículo 73 del Decreto 1333 de 1986).

Para los efectos previstos en el Decreto 1333 de 1986, la calidad de concejal principal o suplente, se adquiere desde el momento en que fueron declarados elegidos y se conserva hasta el vencimiento del período, principio válido respecto de la calidad de diputado, principal o suplente,para los efectos previstos en el Decreto 1222 de 1986.

Como el artículo 261 de la nueva Constitución no dispone que los concejales y diputados elegidos en calidad de suplente el 11 de marzo de 1990 perdieran su investidura, ni ello se deduce de su contexto, puesto que esa disposición solamente rige para el futuro y el período para el cual fueron elegidos no ha vencido, ni la nueva Constitución previó que entraran en receso o quedaran imposibilitados para ejercer sus cargos, resulta ajustado a la lógica concluir que los diputados y concejales suplentes conservan su investidura y pueden continuar actuando hasta el vencimiento del período.

Es obvio, en tal circunstancia, el funcionamiento integral de las corporaciones que subsisten y su sujeción al régimen dentro del cual fueron elegidos sus miembros principales y suplentes, régimen que conserva en su integridad, mientras llega a tener aplicación el artículo 261 de la nueva Constitución en las elecciones de 1992. Por ahora sólo es posible, en todo caso, el llamamiento de los suplentes elegidos, en defecto de los principales.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

1. Los concejales y diputados suplentes, elegidos para el período 1990-1992, conservan su investidura y en consecuencia pueden continuar actuando hasta el vencimiento de dicho período.

2. El artículo 261 de la Constitución Política tendrá aplicación y efectividad a partir de las elecciones de 1992 para concejos y asambleas, previstas por el artículo 19 transitorio de la misma Constitución.

3. Según la respuesta al punto anterior los suplentes deben reemplazar a los principales en sus faltas absolutas o temporales en el período comprendido entre 1990 y 1992.

4. La forma de llenar las vacantes de los actuales concejales y diputados es la que está prevista en los Códigos de Régimen Departamental y Municipal

(Decretos Leyes 1222 y 1333 de 1986).

5. Los suplentes reemplazan a los principales hasta agotar la correspondiente lista de elegidos.

6. Los suplentes que reemplazaron a concejales y diputados principales antes de entrar a regir la Constitución Política de 1991, continúan en el desempeño de sus funciones siempre y cuando se trate de faltas absolutas o subsistan las faltas temporales de los principales". (CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del Ministro de Gobierno relacionada con la actuación de los diputados y concejales suplentes. Radicación N° 402 Consejero Ponente: doctor Jaime Paredes Tamayo, Santafé de Bogotá D.C. 13 de septiembre de 1991).

Con la demanda fue aportada copia del acto declaratorio de elección de concejales de Armenia (F. E-28, fl.29 cdo. ppl.) para el período 1990 a 1992, 34 en total repartidos entre 17 principales y el mismo número de suplentes así:

	PRINCIPALES	SUPLENTES
1.	Avendaño H. Luis Janil	Bonilla Ramírez Lorenzo
2.	Barros Vélez David	Botero de Angel María M.
3.	Buitrago P. Alba Stella	Rivas Urrea Ramón Elías
4.	Ceballos R. Silvio Nel	Giraldo Jaramillo Clara
5.	García de M. Lucelly	Arias Mora Ricardo
6.	Valencia Díaz Luis E.	Mora de Zuleta María P.
7.	González Ceballos Rogelio	Arias Barbosa Cesár A.
8.	Nossa Montoya Gerardo	Angel Díaz Rigoberto
9.	Henao Ospina C. Evelio	Salazar Palacio Jorge I.
10.	López López José Ancisar	Toro Volney
11.	Palacio de E. Argelia	Arcila Botero Martha I.
12.	Torres Velásquez Jorge	López de López Luz Mary
13.	Marín Cardona Alberto	Muñoz Peláez Luis Mario
14.	Ocampo Cano Javier	González Mesa Henry
15.	Rojas Rivera José Daniel	Sánchez Serrano Cornelio
16.	Tafur Tapias José Daniel	Cardona de Jaramillo Inés
17.	Zuluaga Herrera Juan E.	Hernández García Gustavo

En relación con la integración de los Concejos Municipales, el artículo 67 del Decreto 1333 de 1986 dispone:

(...)

Los concejos municipales se compondrán de los siguientes concejales: L. 30/69, art. 1o.
Los municipios cuya población no exceda de 5.000 habitantes, elegirán 6; los que tengan de 5.0001 a 10.000 elegirán 8

los que tengan de 10.0001 hasta 20.000 elegirán 10;
los de 20.0001 hasta 50.000, elegirán 12;
los de 50.0001 hasta 100.000, elegirán 15; y
uno más por cada 100.000 habitantes, hasta completas el máximo de 20.

Por su parte el artículo 68 de la misma codificación establece:

Art. 68.-Las cifras de población a que se refiere el artículo anterior, serán las consignadas en el último censo aprobado por la ley. Si el municipio fuere de creación posterior a la fecha del censo legalmente aprobado, se tomará encuentra, para los mismos efectos, el último censo realizado aunque no haya sido aprobado por la ley y, en su defecto, la población acreditada por la expedición de las ordenanzas que creó (1) el respectivo Distrito Municipal. L. 30/69, art. 2°.

Quiere ello decir, que si por mandato de la ley y para el período 1990-1992, el Concejo Municipal de Armenia debía estar integrado por 17 miembros, las faltas absolutas provenientes de renuncias, muertes, nulidad de elecciones, etc., no tenían la virtualidad de variar la cantidad de sus integrantes puesto que una reducción no solo hubiera contrariado los preceptos que previamente fijaron el número de miembros de ese Cabildo, sino aquellos que señalaban la forma como habrían de ser llenadas las vacancias absolutas recurriendo, v.gr., a la figura del suplente, siguiendo el orden de colocación en la respectiva lista o, a la realización de nuevos comicios, si el retiro de concejales, principales y suplentes, se presentaba antes de culminar el último año del respectivo período y en tal número, que impidiera la integración del quórum o de la mayoría; en tal caso, el Gobierno Departamental o Municipal debía convocar a nueva elección, señalando el día en que ésta debía verificarse, tal como lo dispone el artículo 131 del C.E.

Según indica la copia del acta N° 3 que registró la sesión del Concejo Municipal de Armenia, llevada a cabo el 18 de mayo de 1992 y en la que se realizó la elección demandada, a ella asistieron los siguientes concejales: Clara Luz Giraldo de Mejía, César Alonso Arias Barbosa, Jorge Iván Salazar Palacio, Javier Ocampo Cano, Jorge Torres Velásquez, Luz Mary López de Orozco (sic) y Volney Toro Arbeláez.

Todas las corporaciones de elección popular deben observar las normas sobre quórum y mayorías (art. 148 C.N.); el quórum es el número necesario de miembros para deliberar o decidir validamente y de acuerdo con el artículo 145 de la Constitución Nacional, constituye quórum deliberatorio la asistencia de la cuarta parte de los miembros de la respectiva corporación, mientras que el quórum decisorio lo conforma la mayoría de sus integrantes. Las decisiones, dice el artículo 146 de la misma preceptiva, se tomarán por "la mayoría de los votos de los asistentes", salvo que la Constitución exija una mayoría especial.

Al aplicar al sub-judice los artículos 145 y 146, en concordancia con el 148 de la Carta Fundamental se tiene, que si el Concejo Municipal de Armenia estaba integrado por 17 miembros, sus decisiones no podían tomarse, validamente, sin la asistencia de por lo menos nueve (9) concejales, número que corresponde a la "mayoría de sus

integrantes", esto es, a la mitad más uno de sus miembros, cifra que conforme lo estableció esta Sala en sentencia del 31 de agosto de 1988, se obtiene mediante la aproximación, por defecto, al número entero más próximo, tomando en cuenta que la cifra de los integrantes de la corporación era impar.

En efecto, **la mitad** de los 17 miembros del Concejo es igual a 8.5, **más uno,** aumenta a 9.5 y como la aproximación se hace por defecto, la mayoría requerida en este caso, lo que es lo mismo, el quórum para elegir Contralor de Armenia era de nueve (9). Como a la sesión del 18 de mayo de 1992 asistieron solo siete (7) cabildantes, es evidente que la elección de Contralor Municipal realizada en ella contrarió el artículo 145 de la Carta, que a la letra dice:

> (...)
> El Congreso pleno, las Cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. **Las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente**". (resalta y subraya la Sala).

Habiendo quedado establecido que el acto de elección de Contralor Municipal de Armenia contrarió la disposición constitucional transcrita, resulta irrelevante entrar a analizar los hechos acaecidos en la sesión que la produjo y si éstos influyeron o no en la decisión demandada, pues aún cuando la mayoría de los asistentes hubieran votado en favor de la doctora Martha Liliana Hurtado Parra, su elección como Contralora Municipal de Armenia no podía ser válida, puesto que no hubo quórum decisorio, es decir el de nueve (9) concejales, no el de los siete (7) -o seis (6)- que asistieron a la sesión del 18 de mayo de 1992, en la que resultó elegida.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA

Confirmase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 23 de abril de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y en firme este proveído vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del día dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la consulta de 13 de septiembre de 1991, Radicación 402,

ALCALDE- Inhabilidades/SANCION PENAL-Temporalidad/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL- Vigencia/SERVIDOR PUBLICO-Inhabilidades/CARGO DE ELECCION POPULAR/DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO

La decisión judicial de suspender la ejecución de la condena durante un período de prueba si se cumplen determinados requisitos en relación con la pena impuesta y la personalidad y antecedentes del condenado según el artículo 68 del Código Penal, no significa que la sentencia no este vigente o haya desaparecido del plano jurídico penal, pues bien puede ocurrir que mientras esté corriendo el período de prueba al cual ha sido sometido el condenado, éste incurra en la comisión de un nuevo delito o incumpla cualquiera de las obligaciones impuestas por el juzgado y, en este caso, "...se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada" (art. 70 Código Penal). Por tanto, no se puede concluir que la condena de ejecución condicional haga desaparecer automáticamente los efectos de la sentencia, ya que de acuerdo con el artículo 71 del Código Penal, sólo cuando haya transcurrido el período de prueba con la observancia de los deberes exigidos es que condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo disponga. Cumplidos, entonces, los dictados y exigencias de la normatividad penal para extinción de la condena, en los términos anteriormente anotados, se puede hablar validamente de la desaparición de la inhabilidad prevista en el artículo 5 literal c) de la Ley 78 modificado por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990. Para el 3 de febrero de 1992, día de su inscripción como candidato a la alcaldía de Falan y aún a la fecha de su elección el 8 de marzo de 1992, la condena que le había sido impuesta por el

delito de peculado por aplicación diferente se encontraba vigente, pues no había concluído el período de prueba por un lapso de dos años fijados en la misma providencia, ni hay constancia de que se hubiera proferido la resolución correspondiente declarando su extinción. No debe perderse de vista que el artículo 122 de la Constitución Nacional establece, en su inciso final, una inhabilidad para el desempeño de funciones públicas del servidor público que hubiere sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado. Esta inhabilidad de carácter especial similar en su alcance y proyección, a la establecida en el numeral 1o. del artículo 179 de la Constitución Política para los Congresistas, constituye en el sentir de la Sala una excepción a la norma también constitucional que consagra la intemporalidad de las penas; y como inhabilidad tiene vigencia y aplicación inmediata.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente N° 1013. Actor: Luis Angel Martinez Sendoya

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por el demandante Luis Angel Martínez Sendoya, por el apoderado del demandado y por el tercero impugnante José Tirso Escobar Delgado, contra la sentencia proferida el 1o. de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro de los procesos acumulados de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos Luis Angel Martínez Sendoya en nombre propio, y Hernando Gómez Reina por conducto de apoderado en ejercicio de la acción pública electoral, presentaron sendas demandas, ante el Tribunal Administrativo del Tolima, solicitando la nulidad de la elección del señor Humberto Orjuela Rozo como alcalde del Municipio de Falan, departamento del Tolima para el período 1992-1994, y como consecuencia de lo anterior la cancelación de la respectiva credencial.

El señor Luis Angel Martínez Sendoya, pidió también se ordenara la práctica de un nuevo escrutinio con prescindencia de los votos emitidos en favor del elegido, a fin de que se declare el verdadero resultado de la elección y que se comunique la sentencia definitiva al Gobernador del Departamento, al Personero Municipal, al Registrador del Estado Civil de Falan y a todos los funcionarios que deban conocer la decisión.

2. Los fundamentos de hecho de las pretensiones giran en torno a la inhabilidad establecida en el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, en que se hallaba incurso el demandado, quien había sido condenado, por sentencia del 23 de febrero de 1990 proferida por el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Honda y confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué enprovidencia del 16 de mayo de 1990, a la pena principal de seis meses de prisión y a la interdicción de derechos por un año, como autor responsable del delito de peculado por aplicación diferente. Al momento de su elección como Alcalde de Falan se encontraba gozando del beneficio de la condena de ejecución condicional que se le otorgó en la misma sentencia.

3. Como normas violadas, además de la disposición anteriormente citada, Luis Angel Martínez Sendoya invoca los artículos 2, 4 inciso 1o, 6 y 40 de la Constitución Nacional, el artículo 6o. del Código Civil y los artículos 84 y 227 del C.C.A.. Y el apoderado de Hernando Gómez Reina, el artículo 29 inciso 2o. de la Ley 78 de 1986 y el último inciso del artículo 122 de la Constitución.

4. El actor Martínez Sendoya en el mismo libelo demandatorio solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la cual fue decretada por el Tribunal Administrativo del Tolima en proveído del 20 de abril de 1992, posteriormente revocado por el Consejo de Estado en auto de fecha julio 13 de 1992, al conocer por apelación de la decisión anterior.

5. El señor Orjuela Rozo, por conducto de apoderado constituido para contestar ambas demandas, se opuso a las pretensiones en ellas formuladas. En relación con la de Martínez Sendoya adujo que una de las características de la pena es la de no ser intemporal. Que la que fue impuesta por 6 meses por sentencia que quedó ejecutoriada el 29 de mayo de 1990 no puede afectar su elección puesto que el tiempo de la misma ya se cumplió.

Que las pruebas aportadas por el actor relativas a los actos de elección "...no se pueden tener como prueba válida para ninguna consideración judicial, en razón a que no se pueden considerar como documentos públicos idóneos, ya que la mal llamada autenticación que los acompaña, simplemente dice que es fotocopia de copia, por lo que no tienen el mismo valor o la misma fuerza del original" (fl. 80).

Como medios exceptivos propuso, "no haberse ordenado la citación al proceso del señor Registrador del Estado Civil", con fundamento en que el artículo 150 del C.C.A. establece que las entidades públicas son parte en todos los procesos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan, y en el presente caso, el acto administrativo impugnado fue proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil que debió ser considerada como parte, y al desestimarla se ha constituido violación flagrante del precepto constitucional del debido proceso.

También, "ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales", por cuanto el actor no cumplió con los requisitos de forma que señala el artículo 137 del

C.C.A. respecto a los actos impugnados que carecen de validez probatoria en razón a que fueron aportados en fotocopia de copia, "...circunstancia que no permite a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pronunciarse sobre la nulidad solicitada..." (fl. 81).

6. Como terceros impugnantes de la acción dentro del proceso relativo a la demanda de Luis Angel Martínez Sendoya, fueron reconocidos los ciudadanos Félix Eduardo Martínez Ramírez, Carlos Arturo Ortigoza Garza, Amanda Linares, Tirso Escobar Delgado y Simón Castro Benitez quien propuso la excepción de mérito de "inaplicabilidad de las normas señaladas".

Y en relación con la demanda de Hernando Gómez Reina, Félix Eduardo Martínez Ramírez, Leoncio Gutiérrez Rodríguez, Simón Castro Benítex y Guillermo Hernández Bahamón.

7. Por auto de fecha septiembre 14 de 1992 se decretó la acumulación de ambos procesos, radicados bajo los números 8644 y 8660.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia de fecha 1o. de febrero de 1993, declaro nulo el acto de elección de Humberto Orjuela Rozo como Alcalde Popular de Falan para el período 1992-1994 y ordenó la cancelación de la credencial correspondiente. También dispuso comunicar la decisión al Gobernador del Departamento para los efectos legales consiguientes, y denegó las demás pretensiones.

El a-quo analizó primero los medios exceptivos propuestos manifestando que el hecho de no haber sido ordenada la citación al proceso del señor Registrador Nacional del Estado Civil, no puede considerarse como excepción, pues la notificación implica una actuación procesal, que en caso de ser necesaria, generaría nulidad de lo actuado, la cual no se presentó puesto que el auto admisorio de la demanda fue proferido cumpliéndose lo dispusto en el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del artículo 233 del C.C.A..

Respecto a la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, encontró el Tribunal de instancia que si bien en el proceso 8644 los documentos a que hace referencia el demandado no reúnen los requisitos de plena prueba, no fueron rearguidos de falsos, y tales documentos aparecieron en el proceso 8660 con el lleno de las formalidades de ley, por lo que la fuerza probatoria de los mismos cobija por igual a ambos procesos, cuando se trata de procesos acumulados, luego por este aspecto, no prospera la excepción.

En cuanto al fondo del asunto señaló que es ostensible el quebranto del artículo 5 ordinal c) de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, pues si bien la sentencia confirmatoria de la pena de seis meses de prisión a la cual

fue condenado Humberto Orjuela Rozo quedó ejecutoriada el 29 de mayo de 1990, al procesado se le había

concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, suspendiéndose la ejecución de la sentencia por el término de dos años, durante el cual continuó en libertad, lo cual significa que para el 8 de marzo de 1992, fecha de su elección como alcalde estaba vigente la sentencia condenatoria que le había sido impuesta por un delito no político.

Respecto a la petición para que se haga un nuevo escrutinio señaló el a-quo que está por fuera de la ley en virtud de que debe darse aplicación al artículo 8 de la Ley 49 de 1987 dado que el término transcurrido en ejercicio de las funciones de Alcalde de Falan es inferior a un año y por lo mismo corresponde al Gobernador del departamento fijar la fecha para la elección de nuevo Alcalde.

LOS RECURSOS DE APELACION

a) El demandante Luis Angel Martínez Sendoya impugnó la sentencia para que se revoque parcialmente respecto a la decisión desfavorable a su pretensión de que se ordene la práctica de un nuevo escrutinio con prescindencia de los votos emitidos en favor del candidato elegido a efecto de que se declare el verdadero resultado de la elección.

b) El apoderado de Humberto Orjuela Rozo solicita la revocatoria total de la providencia para que en su lugar se profiera fallo inhibitorio por falta de uno de los presupuestos de las demandas acumuladas, o en su defecto, se denieguen las súplicas de las mismas.

Señala que el Tribunal de instancia no se ocupó de estudiar la idoneidad de las pruebas contentivas de los actos administrativos enjuiciados, los que adolecen de vicios de ilegalidad en su reproducción. Que ninguno de los demandantes los aportaron debidamente auténticados, ni en la etapa probatoria se reparó tal situación, no obstante la petición en tal sentido hecha por el actor Martínez Sendoya.

c) José Tirso Escobar Delgado, tercero impugnante, formuló el recurso de alzada pero no lo sustentó.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E) al referirse a las objeciones del apoderado del demandado contra la sentencia del a-quo señaló que, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, los actos acusados acompañados a la demanda de Luis Angel Martínez Sendoya sí reúnen los requisitos legales, puesto que tales documentos son auténticos porque fueron expedidos por la Oficina donde se encuentran los originales de los mismos.

En cambio la fotocopia del acto por el cual se declara la elección o Acta parcial de escrutinio del 8 de marzo de 1992, aportada por el otro demandante Gómez Reina es deficiente pues la respectiva diligencia de autenticación no fue cumplida por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil sino por el Juez Promiscuo Municipal de Falan.

Manifiesta que la deficiencia anotada no puede generar las consecuencias que pretende uno de los apelantes, dado que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil establece que es auténtico un documento cuando hay certeza sobre la persona que lo ha elaborado, y al comparar los que fueron aportados por Gómez Reina con los anexados por Martínez Sendoya, de esa simple confrontación surge la certeza de que aquellos corresponden a un documento público elaborado y firmado por los mismos delegados del Registrador del Estado Civil.

En cuanto al asunto de fondo, advierte que comparte la decisión del Tribunal de anular el acto, pero no está de acuerdo con la afirmación del a-quo en el sentido de que la inhabilidad prevista en el artículo 5, literal c) de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990 sólo se aplica en caso de sentencias condenatorias vigentes al momento de la elección, pues considera que tal precepto no hace esa distinción.

Y respecto a la petición de Martínez Sendoya para que se modifique la sentencia con el fin de que se ordene la práctica de nuevos escrutinios, la estima improcedente, porque en el caso de falta absoluta originada en la declaratoria de nulidad de un acto de elección, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 49 de 1987 que modificó el artículo 20 de la Ley 78 de 1986, no ha lugar a que en la sentencia se ordene la práctica de un nuevo escrutinio.

CONSIDERACIONES

Antes de entrar en el estudio de fondo en el sub-lite,se ocupa la Sala de las excepciones propuestas por el apoderado del señor Humberto Orjuela Rozo dentro del proceso N° 8644, y al respecto debe señalar que tiene el carácter de previas, puesto que están relacionadas con cuestiones inherentes al procedimiento, por lo cual no tiene cabida dentro del contencioso electoral (art. 166 del C.C.A. derogado por art. 68 del decreto 2304 de 1989).

La circunstancia de no haberse ordenado la situación personal al proceso del señor Registrador Nacional del Estado Civil, lo encuentra la Sala acertado, y no le asiste razón al excepcionante para oponer este hecho, puesto que el proceso contencioso electoral está sujeto al procedimiento especial establecido en el Título XXVI, capítulo IV del C.C.A., y el artículo 233 sobre auto admisorio de la demanda, en el proceso electoral, prevé que éste debe notificarse por edicto; y personalmente al Ministerio Público y al nombrado o elegido por junta o entidad colegiada, pero no contempla la citación que echa de menos el excepcionante. Por tanto, si este requisito no tiene existencia jurídica, carece de fundamento tal censura.

Respecto de la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales señalados en el artículo 137 del C.C.A., en razón a que los documentos referentes al acto impugnado carecen de validez porque no fueron expedidos por el funcionario de la oficina donde reposan los originales, sino por los delegados departamentales de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en fotocopias de copias; y los relativos a las sentencias de primera y segunda instancia aportados en fotocopia como pruebas por el actor, no se encuentran autorizados por el juez correspondiente como lo previene el numeral 1o. del art. 254 del Código de Procedimiento Civil, sino simplemente por el Secretario del Despacho y, por tanto, tampoco pueden estimarse como válidos, la Sala encuentra, respecto de los primeros documentos, que efectivamente se trata de la reproducción mecánica de una copia del formulario E-28 o acta parcial de escrutinio de fecha 8 de marzo de 1992 en el cual consta la declaratoria de elección del señor Humberto Orjuela Rozo como Alcalde del municipio de Falán, y respecto de las sentencias de fechas 23 de febrero de 1990 del Juzgado Primero Penal del Circuito y 16 de mayo de 1990 del Tribunal Superior de Ibagué -Sala Penal- que tales copias fueron autenticadas y expedidas de la manera como lo anota el excepcionante.

Pero, si bien, de acuerdo con el artículo 168 del C.C.A., en los procesos contencioso administrativos se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlos y criterios de valoración, en cuanto resulten compatibles, no puede perderse de vista que estando vigente el Decreto 2651 de 1991, que tiene fuerza de ley, mediante el cual se expidieron normas transitorias para la descongestión de despachos judiciales, debe darse aplicación a lo dispuesto en su artículo 25, en cuanto dispone que:

> "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros".

Este decreto, conforme a lo establecido en el artículo 62, último inciso, suspendió "durante su vigencia todas las normas que le sean contrarias y complementa las demás".

Así las cosas, debe darse cumplimiento a lo allí previsto, aceptando como válidas tanto las fotocopias del acto acusado como las pertinentes a las sentencias de primera y segunda instancia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Honda y del Tribunal Superior de Ibagué -Sala Penal-, siendo innecesarias más razones para concluir que también carecen de fundamento las argumentaciones del apoderado del demandado, respecto a la falta de validez de tales documentos, por lo que no puede ser procedente un fallo inhibitorio.

Observa además la Sala, que el señor Simón Castro Benítez, reconocido como parte impugnante dentro del proceso N° 8644, aduce la excepción de mérito que denominó de "inaplicabilidad de las normas señaladas como violadas por la deman-

da" (fl. 19), la cual no merece un pronunciamiento especial pues tiene que ver con aspectos propios del fondo del asunto, cuyo examen procede hacer a continuación.

Se pretende en las demandas la nulidad del acto por medio del cual se declaro la elección del señor Humberto Orjuela Rozo como Alcalde municipal de Falan, departamento del Tolima para el período 1992-1994.

Se ataca la validez de dicho acto con fundamento en que el demandado fue condenado mediante sentencia por el delito de peculado por aplicación diferente, y esta circunstancia lo inhabilitaba para ser elegido Alcalde según lo previsto en el artículo 5 literal c) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, del siguiente tenor:

"No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

...:

c) Se le haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal, o resolución de acusación que se encuentre debidamente ejcutoriada al momento de la inscripción de su candidatura excepto cuando se trate de delitos políticos".

Con relación al precepto citado, en reciente fallo de la Sala, del cual fue ponente, quien redacta la presente, se dijo lo siguiente:

"A más de las causales de impedimento establecidas para ser elegido alcalde en la norma transcrita, sobre existencia de sentencia condenatoria de carácter penal o de resolución de acusación debidamente ejecutoriada, en su contra, la norma introduce un requisito de temporalidad que ubica en el tiempo la prsencia de la causal y la referencia "al momento de la inscripción", para que ella produzca los efectos de nulidad que invalide la elección del mandatario municipal. Tal consagración, dentro del artículo citado obedece al propósito del legislador de evitar, desde antes de la elección, la intervención en el debate electoral de personas cuestionadas penalmente, bien por haber sido condenadas por delitos políticos, o por estar ligadas procesalmente en juicio penal por infracciones de la misma naturaleza. Lo que persigue en últimas la norma es evitar el acceso a la dirección del ente territorial municipal, de individuos que en razón de las causas anotadas no han sido habilitados por la ley ni la justicia como aptos social y jurídicamente para ocupar el cargo de elección popular al cual aspiran.

La Sala ha sido constante en señalar que comparte el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que no tienen las penas efectos intemporales en nuestro ordenamiento jurídico y que frente a ellas operan fenómenos como la prescripción, la rehabilitación y la extinción, de lo cual dan fe los artículos 28 y 98 de la nueva Carta Política que, respectivamente, rechazan las penas y medidas de seguridad imprescriptibles y la pérdida perpetua de la ciudadanía.

> También de acuerdo con el criterio de la Corte, esta Sección Quinta ha reiterado, en relación con la disposición contenida en el artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 y su posterior modificación por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, que en cuanto a la situación de inhabilidad de una persona por habérsele dictado sentencia penal condenatoria, tal inhabilidad sólo puede predicarse respecto de condenas vigentes". (sentencia de agosto 6 de 1993, Exp. No.1017, actor Luis Angel Martínez Sendoya).

En el sub-lite se demostró plenamente con la copia de la sentencia de fecha 23 de febrero de 1990 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Honda, que el señor Humberto Orjuela Rozo fue condenado a la pena principal de seis meses de prisión, al pago de una multa de mil pesos ($1.000), como autor responsable del delito de peculado por aplicación diferente y a la interdicción de los derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal y que le fue concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, ordenando suspender dicha sentencia por un lapso de dos años durante el cual continuaría en libertad bajo las condiciones que le fueron impuestas (fls. 5 a 16 cuaderno principal).

Que mediante providencia dictada el 16 de mayo de 1990 por el Tribunal Superior de Ibagué -Sala Penal, se confirmó la sentencia anterior en lo relacionado con la pena de seis meses de prisión y multa de mil pesos ($1.000), se modificó en cuanto a la interdicción de derechos y funciones públicas aumentándola en un año, y se halló correcta "la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional por lapso de prueba de dos años". (Fls. 19 a 27 cuaderno principal).

Según constancia secretarial de fecha 30 de mayo de 1990 visible al folio 28 vuelto del cuaderno principal, la sentencia de segunda instancia a que se ha hecho mención, quedó ejecutoriada el 29 de mayo de 1990.

El señor Humberto Orjuela Rozo inscribió su candidatura a la Alcaldía de Falán, departamento del Tolima el 3 de febrero de 1992 según aparece en el formulario E9 o acta de solicitud, constancia de aceptación e inscripción como candidato, obrante al folio 30 del cuaderno principal.

Ahora bien, la decisión judicial de suspender la ejecución de la condena durante un período de prueba si se cumplen determinados requisitos en relación con la pena impuesta y la personalidad y antecedentes del condenado según el artículo 68 del Código Penal, no significa que la sentencia no esté vigente o haya desaparecido del plano jurídico penal, pues bien puede ocurrir que mientras esté corriendo el período de prueba al cual ha sido sometido el condenado, éste incurra en la comisión de un nuevo delito o incumpla cualquiera de las obligaciones impuestas por el juzgado y, en este caso, "...se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada" (art. 70 Código Penal).

Por tanto, no se puede concluir que la condena de ejecución condicional haga desaparecer automáticamente los efectos de la sentencia, ya que de acuerdo con el

artículo 71 del Código Penal, sólo cuando haya transcurrido el período de prueba con la observancia de los deberes exigidos es que la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo disponga.

Cumplidos, entonces, los dictados y exigencias de la normatividad penal para la extinción de la condena, en los términos anteriormente anotados, se puede hablar validamente de la desaparición de la inhabilidad prevista en el artículo 5 literal c) de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 12 de la ley 53 de 1990.

Ahora bien, como en el presente caso al señor Humberto Orjuela Rozo se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional mediante sentencia que quedó ejecutoriada el 29 de mayo de 1990, es evidente que para el 3 de febrero de 1992, día de su inscripción como candidato a la Alcaldía de Falán y aún a la fecha de su elección el 8 de marzo de 1992, la condena que le había sido impuesta por el delito de peculado por aplicación diferente se encontraba vigente, pues no había concluido el período de prueba por un lapso de dos años fijado en la misma providencia, ni hay constancia de que se hubiera proferido la resolución correspondiente declarando su extinción. Se encontraba entonces, inhabilitado para ser elegido alcalde, al tenor del artículo 5 literal c) de la Ley 78 de 1986 modificado por el artículo 12 de la Ley 53 de 1990, y esta situación, origina la nulidad del acto mediante el cual se le eligió como alcalde del municipio de Falán, como así lo dispuso acertadamente el Tribunal de instancia en la sentencia objeto de impugnación, la cual deberá confirmarse.

De otro lado, no debe perderse de vista que el art. 122 de la Constitución Nacional establece, en su inciso final, una inhabilidad para el desempeño de funciones públicas del servidor público que hubiere sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado. Esta inhabilidad de carácter esencial similar en su alcance y proyección, a la establecida en el numeral 1o. del artículo 179 de la Constitución Política para los Congresistas, constituye en el sentir de la Sala una excepción a la norma también constitucional que consagra la intemporalidad de las penas; y como inhabilidad tiene vigencia y aplicación inmediata.

Como está establecido en el proceso el demandado fue demandado por el delito de "Peculado por Aplicación diferente" contemplado en el artículo 136, título III del Código Penal que trata de los delitos contra la administración pública, ílicito que fue cometido por el demandado en su condición de Alcalde municipal de Falan como se desprende de las sentencias de fechas 23 de febrero de 1990 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Honda y 16 de mayo del mismo año de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibague confirmatoria de la anterior.

En tal virtud esta Sala considera acogiendo la apreciación contenida en el libelo de la demanda del apoderado del actor Hernando Gómez Reina que el señor Humberto Orjuela Rozo se encontraba también inhabilitado por efectos de tales sentencias para ser elegido como Alcalde del municipio de Falan en los términos del inciso final del artículo 122 de la Constitución Nacional.

También comparte la Sala el criterio del a-quo para denegar las pretenciones del actor Luis Angel Martínez Sendoya reiteradas en su memorial de apelación, en lo referente a la realización de un nuevo escrutinio por cuanto no se compadecen con lo previsto en las disposiciones legales pertinentes. Solo que debe anotarse que habiendo trascurrido mas de un año del período del Alcalde sin haberse dictado la sentencia que ponga fin a este proceso, a consecuencia de las numerosas peticiones bilatorias que se precintaron las que debió atender y resolver el a-quo, resulta imposible la aplicación del artículo 8 de la Ley 49 de 1987 y debe darse cumplimiento al artículo 7 del Decreto 1001 de 1988.

Como quiera que en el proceso hay constancia de las denuncias que hacen concejales y vecinos del municipio de Falan en memorial de fecha 14 de marzo de 1993 (fls. 176 y 188 cuaderno principal) respecto de presuntas faltas contra la ética profesional por parte del profesional del derecho Doctor Félix Eduardo Martínez Ramírez, se ordenará que se compulsen copias de lo pertinente con destino al Tribunal Superior de Ibagué, para lo de su cargo.

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:

1. Confirmase la sentencia de fecha 1o. de febrero de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, objeto de apelación.

2. Compúlsense copias de los memoriales visibles a folios 176 a 188 del cuaderno 1 y demás documentos necesarios con destino al Tribunal Superior de Ibagué, Sala Disciplinaria, para que determine lo que estime pertinente en relación con el doctor Félix Eduardo Martínez Ramírez, portador de la tarjeta profesional N° 54.850 del Ministerio de Justicia.

En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se puede consultar la sentencia de agosto 6 de 1993, Exp. 1017.

ACTO DE EJECUCION/ACTO DE NOMBRAMIENTO- Diferencias

Se considera elección el procedimiento mediante el cual de entre varios candidatos se escoge por votación a una persona para ocupar un cargo o empleo por proveer. Tal procedimiento puede darse bien porque sean los ciudadanos quienes elijan al funcionario o porque sean los ciudadanos quienes elijan al funcionario o porque lo haga una corporación en aquellos casos en los cuales la constitución o la Ley señalan este trómite para proveer un cargo. Puede suceder, también que a la elección realizada por los ciudadanos o a la realizada por las corporaciones no se presente sino un solo candidato. Esa circunstancia tampoco desvirtúa el carácter original de la elección. En tales condiciones no puede catalogarse como elección exclusivamente la denominada popular, porque conforme a lo visto las corporaciones pueden realizar esta clase de actos y de hecho lo hacen, cuando así lo establece la constitución o la ley. En el nombramiento, por el contrario, se señala una persona sin que previamente se sometan a votación distintos nombres independientemente del proceso de selección previo al nombramiento mismo. En esta clase de actos nunca participa la opinión pública, vale decir, nunca son realizados por los ciudadanos sino por un nominador señalado por la constitución o la ley.

ACTO DE NOMBRAMIENTO/NOTIFICACION EN ESTRADOS

Salvo las elecciones para las cuales la ley señala una forma específica de notificación, las demás se notifican en estrados. En tales condiciones, esta es la forma en la cual queda notificada en debida forma la elección del contralor. Tal aspecto es independiente de la comunicación que se haga de la elección y de los demás trámites que tienen efectos en el campo laboral y, por lo mismo, son independientes del proceso electoral para efectos de determinar la oportunidad en la presentación de la demanda.

ACCION ELECTORAL/ACTO DE NOMBRAMIENTO/CADUCIDAD-Término

Los aspectos atinentes a la fecha en la cual le fue comunicada la elección a quien resultó elegido no es asunto que incida en determinar la fecha de caducidad de la acción. Tampoco lo es la fecha en la cual el interesado aceptó la designación, porque como antes se dijo, ese es un aspecto que puede tener importancia en un juicio distinto al electoral pero que no señala un término especial para realizar el conteo de términos. Menos aún tiene relación con el estudio, lo relativo a la fecha en la cual se le comunicó al señor Alcalde la elección cuestionada por cuanto no es la fecha de dicha comunicación la que debe tenerse en cuenta para establecer la caducidad de la acción, que como es sabido es un contencioso objetivo de anulación. En tales condiciones es claro que la fecha en la cual se produjo la elección fue el 4 de agosto de 1992, fecha en la cual quedó legalmente notificada por estrados y por lo mismo desde el día siguiente debe hacerse la cuenta para establecer el término de caducidad de la acción a que se refiere el artículo 7° de la Ley 14 de 1986. En el presente caso se observa que desde dicha fecha a la de presentación de la demanda hubo un término superior a los 20 días de que trata la norma por lo cual la acción fue instaurada en forma extemporánea.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. , (20) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: Doctora Miren De La Lombana De Magyaroff

Referencia: Expediente N° 1034. Actor: Antonio Abuchaibe Manrique

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Antonio Abuchaibe Manrique como Alcalde Municipal de La Calera contra la Sentencia de mayo 3 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para realizar un pronunciamiento de fondo del proceso iniciado por la demanda mendiante la cual se solicitó la nulidad del nombramiento del señor Luis Miguel Medellín Vargas como contralor del municipio de La Calera (Cundinamarca).

Además, solicita se realicen las gestiones necesarias para proveer en forma legal, el cargo de contralor de dicho municipio.

ANTECEDENTES:

El demandante invoca como infringido el art. 272 de la C.N.

Manifiesta la parte actora que el señor Luis Miguel Medellín Vargas, aunque el Concejo Municipal de La Calera, se encontraba en sesiones ordinarias, fue nombrado por la alcaldía del mismo municipio como contralor, mediante Decreto N° 022 de mayo 14 de 1992, tomando posesión del cargo en la misma fecha. Este nombramiento se debe a que, mediante Oficio N° 039-92, de fecha 4 de abril, el Concejo Municipal solicitó al señor alcalde nombrar interinamente el cargo de contralor por renuncia del titular. El demandado ha venido devengando sueldo, por parte del municipio desde esa fecha hasta la actualidad (octubre 2 de 1992).

El señor Medellín remplazó al Contralor nombrado para el período pasado, adquiriendo así todas sus calidades las cuales ejerció por período de 17 días, y en esas mismas condiciones se desempeñó en los meses de junio, julio y agosto hasta su nueva posesión, la cual se realizó el 10 de septiembre de 1992.

El Contralor Municipal presentó la documentación ante el Tribunal Superior de Bogotá, para quedar dentro de la terna, a pesar de venir desempeñando ese cargo, inhabilidad que el tribunal desconoció al designarlo.

El Concejo Municipal de La Calera, mediante Acta N° 002 de agosto 4 de 1992 procedió a elegirlo. Este nombramiento fue comunicado al interesado, mediante Oficio N° 100, sin fecha determinada (agosto de 1992).

El 29 del mismo mes y año, a través de Oficio N° A-137-92, la Alcaldía, que preside el demandante, devolvió la documentación presentada por el elegido para su posesión, por cuanto el certificado judicial no estaba actualizado desde el 19 de octubre de 1991. Valga anotar que con esta irregularidad se posesionó la primera vez.

Unido a lo anterior, la Alcaldía no podía dar posesión al nombrado pues éste no había aceptado la designación. Es así como el señor Medellín, en oficio dirigido al Concejo Municipal, fechado el 30 de agosto de 1992, por fuera de los términos legales para hacerlo, aceptó el nombramiento.

Para subsanar lo dispuesto en el art. 44 del Decreto Reglamentario N°1950 de 1973, el concejo municipal, mediante Oficio N° 130 de septiembre 6 de 1992, comunicó al Dr. Medellín Vargas la designación, aduciendo un error involuntario al no colocar fecha en la comunicación anterior, dándole plazo de 10 días para la aceptación o renuncia de manera expresa del cargo. El nombrado respondió en esa misma fecha, aceptando la designación.

Con fecha septiembre 9 del mismo año, mediante Oficio N° 131 de septiembre de 1992, el Concejo envía copia del Oficio 130 antes mencionado y les solicita que - ...en lo posible haga la posesión.

El 10 de septiembre de 1992, el demandado se posesiona ante la Juez Promiscua Municipal de La Calera, en el cargo de contralor municipal, donde presentó la

documentación, incluyendo además constancia médica de esa misma fecha. Mediante Oficio N° 146-92, fechado el 26 de septiembre de 1992 se comunica a la alcaldía de la posesión del señor Luis Miguel Medellín Vargas como contralor municipal de La Calera.

Como se puede observar hay violación clara del inciso 5° del artículo 272 de la Constitución Nacional que dice que ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato y del inciso 8° del mismo artículo que dice que "no podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año ...quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo docencia".

El término para medir la caducidad de la acción se debe contar desde el momento en que el Concejo Municipal notificó nuevamente al elegido, reviviendo instantáneamente el tiempo de aceptación del cargo, dándole nueva vida jurídica a dicha designación.

En el mismo escrito el actor solicitó la suspensión provisional del acto administrativo proferido por el Concejo Municipal el 4 de agosto de 1992, mediante Acta N° 002, por medio del cual se efectuó el nombramiento demandado.

En auto fechado el 6 de octubre de 1992, el tribunal concedió 5 días a la parte demandante para aportar constancia del monto del presupuesto del municipio de La Calera (fl. 44).

A folio 45, el actor aportó la constancia solicitada y corrigió la demanda, aportando unas pruebas.

El 29 de octubre de 1992, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca suspendió provisionalmente el acto proferido el 29 de agosto de 1992 por el concejo municipal de La Calera, mediante el cual se eligió al señor Medellín Vargas como contralor municipal, por considerar que infringe ostensiblemente el inc. 8° del art. 272 de la C.N. (fls. 83 a 86).

Mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 99) el señor Luis Miguel Medellín Vargas interpuso recurso de apelación contra el auto arriba mencionado, con el fin que se revoque este proveído y en su defecto se abstenga de ordenar la suspensión provisional e incluso solicta que se dé por terminado el proceso, declarando la caducidad de la acción electoral. Considera que, caducada la acción, no hay juez competente para conocer de la misma, por lo cual, el acto admisorio se dictó sin competencia para ello, lo que genera una nulidad de lo actuado, que debe decretarse de oficio, de acuerdo a lo previsto en el art. 145 del C. de P. C. aplicable por remisión del art. 267 del C.C.A.

En auto fechado el 18 de diciembre de 1992, el Consejo de Estado resolvió que esta Sala sólo es competente para avocar el conocimiento de la apelación en cuanto concede o niega la medida cautelar en mención y que el conocimiento del proceso

sigue siendo del tribunal. Lo anterior implica que los argumentos contra la admisión de la demanda no son de recibo para los efectos de revocar la suspensión provisional por resultar impertinentes.

Lo propio sucede con la petición a esta corporación de declarar de oficio la nulidad de lo actuado por lo anteriormente expuesto. Como la Sala comparte las razones aducidas por el Tribunal para el decreto de la suspensión provisional, el proveído debe ser confirmado como efectivamente lo hizo (fls. 108, 113, exp. 920).

El memorial presentado el 4 de diciembre de 1992, el demandado se opuso a todas las prestaciones de la demanda y de su adición y solicita que se condene en costas al actor, con los siguientes argumentos:

- El actor no invoca en el libelo causal de nulidad por la cual se pretende declarar nula la elección, lo cual constituye un supuesto de carácter sustantivo que debe conllevar a la no prosperidad de la acción. Como la jurisdicción contenciosa es rogada, mal puede el juzgador proceder a dictar fallo, escogiendo él cuál de las causales es la pertinente.

- La demanda fue presentada extemporáneamente por los siguientes motivos:

a) La elección fue hecha mediante Acta N° 002 de agosto 4 de 1992.

b) El señor Medellín acreditó ante la alcaldía los documentos antes del 29 de agosto del mismo año, fecha en la cual le fue devuelta la documentación. Esto implica que el elegido había hecho manifestación inequívoca de aceptar el cargo para el cual fue nombrado.

c) Para evitar polemizar con el Alcalde, quien exigía manifestación expresa de la aceptación del cargo, olvidando que la presentación de los documentos para la posesión presumía su aceptación, el concejo recibió comunicación el 30 de agosto de 1992, por parte del señor Medellín, aceptando el nombramiento.

d) Si la aceptación tácita se dá antes del 29 de agosto, cuando presentó los documentos para la posesión el elegido, se concluye el conocimiento del acto administrativo de su elección y su notificación por conducta concluyente.

Así las cosas, la fecha para contar los 20 días exigidos por la ley para determinar el período dentro del cual se ha debido presentar la demanda es el 29 de agosto de 1992 y el resultado es que la demanda se presentó en forma extemporánea (fls. 106 a 109).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por sentencia del 3 de mayo de 1993, se declaró inhibido para realizar un pronunciamiento de fondo sobre las preten-

siones de la demanda, por haberse presentado la misma por fuera del término de caducidad de la acción electoral, ordenando levantar la orden de suspensión provisional del acto de elección realizado por el Concejo Municipal de La Calera el día 4 de agosto de 1992 por medio del cual se eligió a Luis Medellín Vargas como contralor de dicha localidad, dejando sin efecto la providencia de esa sección, fechada el 29 de octubre de 1992, y la providencia del H. Cons de Estado que la confirmó.

Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

—En el caso de la caducidad de la acción, el art. 7° . de la Ley 14 de 1988 distingue entre la elección y nombramiento. Para efectos de la primera se preceptuó que la acción electoral caduca a los veinte días contados a partir de la notificación legal de la elección, y en cuanto al segundo la acción electoral debe contabilizarse a partir del día siguiente de la expedición del nombramiento. Para este último caso, no se exige la publicación o la comunicación de dicho nombramiento.

—Apoya la anterior conclusión, el hecho de que ha analizado el artículo 244 de la Ley 4° de 1913, Código de Régimen Político, precepto que se estima vigente por no referirse a la organización municipal, la comunicación allí contenida de comunicar la elección al nombrado, no puede entenderse como una notificación de dicho acto puesto que tales designaciones se comunican y no se notifican.

— Por otra parte el art. 164 de la Ley 4° de 1913, hoy recogida en el art. 127 del Decreto 1333 de 1986 de que -no se pueden revocar los nombramientos ya comunicados+ establece la comunicación del nombramiento como requisito para impedir la revocación del mismo, más no para otro fin.

— De acuerdo a lo anterior, el término caducidad debe contabilizarse a partir del día hábil siguiente a la expedición del acto de elección, es decir, el día 5 de agosto de 1992, por lo cual la acción caducó el 3 de septiembre de 1992. Como la demanda se introdujo el 2 de octubre del mismo año es extemporánea la presentación de la demanda ya que la acción estaba caducada, imponiéndose un fallo inhibitorio (fls. 134 a 145).

Mediante escrito presentado en la secretaría del tribunal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 3 de mayo de 1993, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

La comunicación a que hace referencia el tribunal es a todas luces una notificación ya que el espíritu de la norma es muy claro y no tiene asidero alguno el criterio plasmado en la providencia recurrida. De acuerdo a lo anterior, en el supuesto caso que se hubiese comunicado al señor Medellín, mediante Oficio N° 100, sin fecha, pero que por la secuencia de los oficios bien podría ser 11 ó 13 de agosto de 1992 y al estar aceptando el cargo el día 29 del mismo mes y año, pretermitió lo dispuesto en el art. 44 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, y aunque para lo concerniente a

esta jurisdicción no tiene efectos, no sobra advertir lo sospechoso, que inclusive podría ser materia de investigación lo relacionado con el Oficio N° 100 referido.

De todo lo anterior, se tiene que el acto administrativo no cumplió el objeto del mismo, por lo que resultaba inocuo demandar el acto por la omisión del ente nominador en comunicarlo, al no notificar el acto administrativo, tal y como lo ordena la ley.

La comunicación donde se notifica la elección del funcionario, o mejor, la pretensión de dar vida jurídica a un acto que había perdido su valor y efecto, se produce el 9 de septiembre de 1992, mediante Oficio N° 131. Por lo anterior, de acuerdo a lo expuesto, se observa claramente que la acción electoral se ejerció dentro del término previsto en la ley (fls. 148 y 149).

Durante el término de traslado para presentar alegatos, el apoderado del demandado solicita confirmar la sentencia recurrida en todas y cada una de sus partes, acogiendo los argumentos plasmados en la providencia y ratificando los expuestos en la contestación de la demanda (fls. 159 a 161).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Octava Delegada en lo Contencioso, mediante concepto N° 81 solicita la confirmación de la sentencia recurrida por considerar que la demanda se presentó por fuera del término de caducidad de la acción electoral, previsto en el art. 7° de la Ley 14 de 1988, ya que aunque no hay certeza de la fecha de notificación del acto de elección como contralor al señor Medellín Vargas, sí la hay de que éste para el 29 de agosto de 1992 ya estaba notificado.

Contados los 20 días, el término expiró el 18 de septiembrte del mismo año y la demanda fue presentada el 2 de octubre de 1992, presentándose la caducidad (fls. 165 a 170).

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación en atención a lo previsto en el art. 132-4 en concordancia con el art. 131-2 y 265 del C.C.A. y conforme al documento obrante a folio 47.

OPORTUNIDAD

Lo primero que debe precisar la Sala es lo atinente a la clase de acto producido por un Concejo Municipal cuando elige un Contralor Municipal.

Se considera elección el procedimiento mediante el cual de entre varios candidatos se escoge por votación a una persona para ocupar un cargo o un empleo por proveer.

Tal procedimiento puede darse bien porque sean los ciudadanos quienes elijan el funcionario o porque lo haga una corporación en aquellos casos en los cuales la constitución o la ley señalan este trámite para proveer un cargo.

Puede suceder, también, que a la elección realizada por los ciudadanos o a la realizada por las corporaciones no se presente sino un solo candidato. Esa circunstancia tampoco desvirtúa el carácter original de elección.

En tales condiciones no puede catalogarse como elección exclusivamente la denominada popular, porque conforme a lo visto las corporaciones pueden realizar esta clase de actos y de hecho lo hacen, cuando así lo establece la constitución y la ley.

En el nombramiento, por el contrario, se señala una persona sin que previamente se sometan a votación distintos hombres independientemente del proceseo de selección previo al nombramiento mismo.

En esta clase de actos nunca participa la opinión pública, vale decir, nunca son realizados por los ciudadanos sino por un nominador señalado por la constitución o la ley.

En tales condiciones debe concluirse que el contralor, en este caso de un municipio, se designa por elección del concejo de la localidad correspondiente.

Ahora bien, de acuerdo al art. 7° de la Ley 14 de 1988, modificatorio del art. 28 de la Ley 78 de 1986:. -la acción electoral caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento cuya nulidad trata".

Si en el caso en estudio lo demandado es la declaratoria de elección de un contralor municipal, el término en cuestión debe contarse a partir del siguiente al de la notificación de la elección.

El aspecto que debe dilucidarse es cuando se considera notificada en debida forma una elección. Al respecto, ya en anteriores oportunidades la Sala ha precisado que salvo las elecciones para las cuales la ley señala una forma específica de notificación, las demás se notifican en estrados.

En tales condiciones, esta es la forma en la cual queda noitificada en debida forma la elección del contralor.

Tal aspecto es independiente de la comunicación que se haga de la elección y de los demás trámites que tienen efectos en el campo laboral y, por lo mismo, son

independientes del proceso electoral para efectos de determinar la oportunidad en la presentación de la demanda.

Ahora bien, en el informativo aparecen las siguientes pruebas:

Fl. 12. Decreto N° 022 de 1992 expedido por el alcalde especial de La Calera, por medio del cual mombra al señor Luis Miguel Medellín Vargas como Contralor de ese municipio, en interinidad. Mayo 14 de 1992.

Fl. 13. Acta de posesión del señor Medellín como Contralor Municipal de La Calera, en interinidad. Mayo 14 de 1992.

Fl. 20. Oficio N° A-137-92, enviado por el alcalde especial de La Calera al señor Luis Miguel Medellín Vargas, fechada el 29 de agosto de 1992, donde le devuelve los documentos aportados para su posesión como contralor municipal de este municipio, por no estar al día el certificado de antecedentes judiciales.

Fl. 22. Acuerdo N° 003 de 1990 por medio del cual se crea la contraloría municipal de La Calera y se dictan otras disposiciones.

Fl. 28. Solicitud del señor Medellín a la Juez Promiscuo Municipal de La Calera para que le dé posesión como Contralor del municipio. Septiembre 10 de 1992.

Fl. 31. Acta N° 002 de agosto 4 de 1992 por medio de la cual se eligió al señor Luis Miguel Medellín Vargas como contralor municipal.

Fl. 39. Oficio N° 100-92, sin fecha, por medio del cual se le comunica el nombramiento al señor Medellín V.

Fl. 38. Oficio N° 130-92 donde se subsana la omisión de fecha del oficio 100-92. Fechado el 6 de septiembre de 1992.

Fl. 37. Comunicación mediante la cual el contralor elegido acepta la designación. Fechada el 6 de septiembre de 1992.

Fl. 41. Acta de posesión del contralor municipal de La Calera ante la juez promiscua de este municipio. Fecha 10 de septiembre de 1992.

Fl. 110. Agosto 30 de 1992, Oficio N° 0021 de 1992 por medio del cual el señor Luis Miguel Medellín acepta la designación como contralor municipal de La Calera, en propiedad. Enviado a los miembros del H. concejo municipal.

En el presemte caso se observa que la elección se verificó el 4 de agosto de 1992, por lo cual, esa es la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término de caducidad de la acción que empezó a correr el 5 del mismo mes y año.

Los aspectos atinentes a la fecha en la cual le fue comunicada la elección a quien resultó elegido no es asunto que incida en determinar la fecha de caducidad de la acción.

Tampoco lo es la fecha en la cual el interesado aceptó la designación, porque como antes se dijo, ese es un aspecto que puede tener importancia en un juicio distinto al electoral que no señala un término especial para realizare el conteo de términos.

Menos aún tiene relación con el asunto en estudio, lo relativo a la fecha en la cual se le comunicó al señor alcalde la elección cuestionada por cuanto no es la fecha de dicha comunicación la que debe tenerse en cuenta para establecer la caducidad de la acción, que como es sabido es un contencioso objetivo de anulación.

En tales condiciones es claro que la fecha en la cual se produjo la elección fue el 4 de agosto de 1992, fecha en la cual quedó legalmente notificada por estrados y por lo mismo desde el día siguiente debe hacerse la cuenta para establecer el término de caducidad de la acción a que se refiere el art. 7° de la Ley 14 de 1986, ya citado.

En el presente caso se observa que desde dicha fecha a la presentación de la demanda hubo un término superior a los 20 días de que trata la norma por lo cual la acción fue instaurada en forma extemporánea.

No puede pretender el demandante que se tome como punto de partida para contabilizar el plazo, el 6 de septiembre de 1992, fecha en la cual el Concejo Municipal, mediante Oficio N° 130-92 subsanó la omisión de la fecha en el Oficio 100-92, por medio del cual se le comunicó el nombramiento como contralor al señor Medellín Vargas, y le reiteró al interesado la nominación efectuada por esta corporación, ya que las actuaciones anteriores demuestran que éste ya estaba notificado del acto de elección.

En este orden de ideas, resulta claro que la acción ya estaba caducada cuando se entabló la demanda y el fallo inhibitorio era procedente.

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 acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechada el 3 de mayo de 1993.

Cópiase, notifíquese, devuélvase al tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades/CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Organización/AUTONOMIA ADMINISTRATIVA/PROVISION DE EMPLEOS/COMPETENCIA/CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Facultades/SUBCONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección/ PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

De acuerdo a la Constitución de 1886, las facultades de las asambleas en relación con las contralorías departamentales se limitaban, según el numeral 8° del artículo 187, a "organizar las contralorías departamentales y elegir contralor para un período de dos años". Con base en tales facultades entendió esta Sección Quinta, que era posible la elección de funcionarios distintos de los contralores, por parte de dichas corporaciones departamentales, ejerciendo la atribución organizativa que la anterior carta les otorgaba. En el inciso 3°, artículo 272 de la nueva carta se establecieron parámetros específicos para la organización de las contralorías departamentales como distritales y municipales, dirigidos a que dichas contralorías deberían organizarse como entidades técnicas, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. Por razón de la autonomía e independencia que actualmente gozan tales entidades, por expresa manifestación constitucional, es obvio que la provisión de los empleos creados en ellas corresponden a los jefes de tales organismos, sin que dicha atribución pueda ser compartida con alguna otra autoridad estatal, por ser función específica e indelegable propia y característica de la actividad administrativa que desarrollan. Al elegir la asamblea departamental del Meta, en su sección del 9 de octubre de 1992, al señor Agustín Hortúa Rodríguez, en el cargo de subcontralor departamental, transgredió las normas constitucionales contenidas en los artículos 268, aplicable éste último, por remisión del numeral 5° de la primera de las normas mencionadas, al ejercer una atribución que no era de su competencia. Para la Sala es evidente que a partir de la expedición y vigencia de la nueva Carta Política, dejó de regir y tener efectos jurídicos la disposición de la Or-

denanza N° 003 de 1984 de la Asamblea Departamental del Meta, en cuanto dispuso la elección, por dicha corporación, del cargo de subcontralor de la contraloría departamental.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre 14 de 1993.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente N° 1039. Actor: Carlos Eleazar Lopez Castro

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del departamento del Meta contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 1993 por el Tribunal Administrativo del mismo departamento.

ANTECEDENTES:

1. El ciudadano Carlos Eléazar López Castro en ejercicio de la acción pública electoral, solicitó al Tribunal Administrativo del Meta la nulidad de la elección de subcontralor del citado departamento recaída en la persona de Agustín Hortúa Rodríguez, según consta en el Acta N° 004 de octubre 9 de 1992.

2. Adujo el demandante que en la Constitución de 1991, como en la carta anterior ninguna norma atribuye a las asambleas departamentales la facultad de elegir, en las contralorías, funcionarios distintos al contralor. Que en la sesión de la Duma realizada el 9 de octubre de 1992, se incluyó en el orden del día la elección del subcontralor departamental de conformidad con las facultades otorgadas por la Ordenanza N° 003 de 1984. Que una vez efectuada y hechos los escrutinios, arrojó un total de 10 votos a favor de Agustín Hortúa Rodríguez.

Que en la misma sesión, cinco diputados advirtieron sobre la inobservancia de los artículos 121, 122, 272 y 300 de la Carta Política, aduciendo que la asamblea no estaba autorizada por la constitución ni la ley para hacer esta elección.

3. Consideró el actor que el acto acusado viola los artículos 121, 125, 268, 272 y 300 de la carta y las razones de su quebrantamiento son que las autoridades y servidores de la administración no pueden ejercer sino aquéllas funciones expresamente atribuidas por la constitución y la ley, y la elección del sub-contralor por la asamblea no está autorizada en norma alguna.

4. En el mismo libelo demandatario solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, la que fue decretada por el tribunal, en proveído del 18 de noviembre de 1992. Apelada esta decisión, el Consejo de Estado la revocó mediante auto de 10 de febrero de 1993.

5. La demanda fue notificada personalmente al señor Agustín Hortúa Rodríguez y al gobernador del departamento del Meta. El demandado se abstuvo de contestarla, no así el mandatario regional quien lo hizo por conducto de apoderado, manifestando que la asamblea departamental al proferir la Ordenanza N° 003 de 1984 que creó la Subcontraloría, previó que la designación de quien ejerciera este cargo sería y sigue siendo un acto facultativo y no opcional de la corporación. Que dicha ordenanza se halla vigente y por tanto es ley del departamento y que si bien el artículo 268 numeral 10 de la constitución establece que el contralor deberá proveer los cargos que hayan sido creados por la ley, "... hasta el momento este desarrollo constitucional que debe hacer la ley aún no forma parte del mundo jurídico, luego su especialidad está sujeta a esta reglamentación como lo sostuvo el Honorable Consejo de Estado en el proceso N° 0723 al revocar la suspensión provisional del nombramiento de Directores, Gerentes o Jefes Seccionales de los establecimientos públicos, contenida en el artículo 305 de la C.N." (fl. 49, cuaderno principal).

En su criterio, no encuentra asidero legal, constitucional o jurisprudencial para que prosperen los pedimentos de la demanda por lo que pide que sean desechados.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Meta en providencia de fecha 3 de mayo de 1993 declaró nula la elección de sub-contralor del departamento, hecha por la asamblea el 9 de octubre de 1992 a favor del ciudadano Agustín Hortúa Rodríguez, por encontrar ajustadas al ordenamiento jurídico las deducciones del demandante en torno a la atribución que tiene el contralor departamental para proveer los empleos del organismo que dirige.

Consideró el *a-quo* que si el artículo 187 ordinal 8° de la anterior constitución permitía deducir de su texto, que la asamblea en uso de sus facultades podía reservarse la atribución para elegir otros funcionarios del Ente fiscalizador fuera del Contralor, tal posibilidad a la luz de la nueva carta, no es jurídicamente viable. Agregó que, "al anterior juicio se arriba partiendo del atributo que le entrega la constitución a los Organos Fiscalizadores Seccionales y Locales, de ser entidades técnicas, dotadas de autonomía administrativa, principio básico del que deben partir las Asambleas y Concejos para organizarlas, y concordante con el mandato perentorio al contralor de proveer los empleos del Organo de Control que dirige, no es preceptiva aislada sino política general que enmarca la estructura del Estado, cuando en el artículo 113 al diferenciar las ramas del poder público, habla ya expresamente de los órganos autónomos e independientes..." (fl. 78).

Señaló que, al iniciarse la vigencia de la nueva Carta Política, la Ordenanza N° 003 de 1984 aducida como prueba debe excluirse como insubsistente, porque la constitución es norma de normas y cuando una disposición jurídica es incompatible con su texto, pierde validez.

EL RECURSO DE APELACION:

El representante judicial del departamento del Meta se aparta de la decisión proferida por el tribunal pues considera que la Ordenanza 003 de 1984 no viola normas superiores y por tanto la elección del sub-contralor estuvo ajustada a derecho.

Manifiesta que el artículo 272 de la actual constitución otorgó a las asambleas la facultad de organizar las contralorías, que, según concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, son dependencias de los departamentos con autonomía administrativa y presupuestal para ejercer sus funciones, sin que ello signifique que los contralores departamentales pueden nombrar y remover libremente a sus empleados, ya que éstos deben ser designados por el sistema de méri...tos y pertenecer a la Carrera Administrativa que prescribe la ley, conforme a los artículos 268, numerales 10 y 272, inciso 6° de la constitución.

A juicio del apelante "es sabia e interesante" esta apreciación del Consejo de Estado "... por cuanto es la misma constitución que faculta a las asambleas para organizar las Contralorías a través de ordenanzas, respetando desde luego, la constitución y la ley, en éste último evento sería la Ley 27 de 1992 en vías de reglamentación, pero observemos que el cargo de contralor y subcontralor ambos de elección de la Duma departamental, el primero por mandato constitucional y el segundo por mandato ordenanzal, el hecho de que el subcontralor lo elija la asamblea para nada viola la constitución, por el contrario, ella misma la faculta para que la asamblea organice a las contralorías, este evento dá incluso una mayor autonomía porque es para período fijo que redunde en beneficio de una mejor fiscalización" (fl. 84, cuaderno principal).

Por todo lo anterior solicita que se revoque la sentencia del *a-quo*.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Considera la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso que el tribunal de primera instancia acertó en declarar la nulidad del acto de elección acusado por cuanto no es de competencia de la Asamblea Departamental la elección del Sub-contralor, ya que no existe actualmente norma constitucional ni legal que así lo indique.

Deduce del inciso 5° del artículo 272 de la constitución, que otorga a los contralores departamentales las mismas atribuciones del contralor general, entre ellas la de proveer los empleos de su dependencia, que es al contralor departamental a quien le corresponde la designación del Subcontralor, teniendo en cuenta que la carta dotó a los órganos fiscalizadores de completa autonomía.

CONSIDERACIONES:

Conocidos los planteamientos hechos en la demanda, en el libelo contestatorio de la misma y en el memorial de apelación, y analizados los elementos probatorios,

se procede a resolver el fondo del asunto, a fin de establecer si la Asamblea Departamental del Meta al elegir, en su sesión del 9 de octubre de 1992, subcontralor de la contraloría del departamento, actúo conforme a derecho.

De acuerdo a la Constitución de 1886, las facultades de las Asambleas en relación con las contralorías departamentales se limitaban, según el numeral 8° del artículo 187, a "organizar las contralorías departamentales y elegir contralor para un período de dos años". Con base en tales facultades entendió esta Sección Quinta, que era posible la elección de funcionarios distintos de los contralores, por parte de dichas corporaciones departamentales, ejerciendo la atribución organizativa que la anterior carta les otorgaba. Al respecto, con ponencia del Doctor Amado Gutiérrez Velásquez, expresó la Sala lo siguiente en auto del 29 de enero de 1990:

> "... la norma invocada atribuye a las asambleas la facultad de organizar la contraloría departamental mediante Ordenanza, y de elegir contralor para un período de dos años, sin que ello implique que no pueda la asamblea elegir a otros funcionarios de la Oficina de Control Fiscal, si se reserva esta facultad mediante ordenanza. Entender lo contrario equivaldría a hacerle decir al precepto mucho más de lo que la expresión gramatical y la lógica permiten, cuando por ley únicamente se pueden establecer limitaciones en orden a los gastos de funcionamiento de esas contralorías, que no en aspectos de su organización, según la previsión del artículo 190, inciso 1° de la carta".

Pero a partir de la vigencia de la actual Constitución Política, promulgada el 7 de julio de 1991, la situación hasta entonces existente varió radicalmente, pues en el inciso 3°, artículo 272 de la nueva carta se establecieron parámetros específicos para la organización de las contralorías departamentales como distritales y municipales, dirigidos a que dichas contralorías deberían organizarse como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Por razón de la autonomía e independencia de que actualmente gozan tales entidades, por expresa manifestación constitucional, es obvio que la provisión de los empleos creados en ellas corresponde a los jefes de tales organismos, sin que dicha atribución pueda ser compartida con alguna otra autoridad estatal, por ser función específica e indelegable propia y característica de la actividad administrativa que desarrollan, la que se vió ratificada con la expedición de la Ley 27 de 1992 en la forma siguiente:

> "Mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la constitución, que carecen de ellas, de las Contralorías Departamentales, Distritales diferentes al Distrito Capital, Municipales, Auditorías y/o Revisorías Especiales de sus entidades descentralizadas, y de las Personerías, le serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley".

Y según el artículo 4° ibídem,

"... los empleos de los organismos y entidades a que se refiere la presente ley son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de período fijo conforme a la constitución y a la ley, los de libre nombramiento y remoción determinados en la Ley 61 de 1987, en los sistemas específicos de administración de personal, en los estatutos de las carreras especiales, y en el nivel territorial, los que se señalan a continuación:

...

4. Empleos de las contralorías departamental y municipal y de las personerías que tengan un nivel igual o superior a jefe de sección o su equivalente".

En relación con la autonomía de los organismos fiscalizadores, los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente expresaron lo siguiente:

"Es característica esencial de la función fiscalizadora y de los organismos encargados de realizarla, que tenga autonomía frente a las demás funciones, órganos y ramas del poder público, sin que ello implique que deje de colaborar armónicamente en la realización de los fines del Estado.

(...)

Por lo mismo, el órgano de control no forma parte de las entidades que controla; es autónoma e independiente y no está sujeto a las directrices y pautas que pueden señalar las que han de ser controladas, pues de lo contrario de nada serviría el control si éste debe ejercerse conforme a los términos e indicaciones que señale el que ha de ser fiscalizado". (Informe Ponencia sobre Estructura del Estado, Gaceta Constitucional N° 59, abril 25 de 1991, páginas 5 y 10).

Ahora bien, como el inciso 5° del artículo 272 de la actual constitución determinó que los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán en su jurisdicción, las mismas funciones del Contralor General de la República establecidas en el artículo 268 *ibídem*, y en el numeral 10 de esta norma se establece la atribución de "proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley", es obvio que la carta radicó en cabeza de aquéllos funcionarios la facultad nominadora de todo el personal que integra los citados órganos de control, defiriendo a la ley la función de dictar las normas correspondientes de carrera administrativa.

Este precepto está en armonía con el artículo 125 de la Constitución Política según el cual,

"los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la constitución o la ley, serán nombrados por concurso público".

Ahora bien, con el propósito de cumplir prontamente este anhelo de institucionalizar la carrera administrativa en todas las entidades estatales del país, el constituyente fijó un plazo para dictar las disposiciones reglamentarias, disponiendo en el artículo transitorio 21 de la Carta Política que,

"Las normas legales que desarrollen los principios consignados en el artículo 125 de la Constitución, serán expedidas por el congreso dentro del año siguiente a su instalación. Si en este plazo el congreso no las dicta, el Presidente de la República queda facultado para expedirlas en un término de tres meses.

A partir de la expedición de las normas legales que regulen la carrera, los nominadores de los servidores públicos la aplicarán en un término de seis meses.

El incumplimiento de los términos señalados en el inciso anterior serán causal de mala conducta.

Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la constitución".

En el *sub-lite* es indiscutible que cuando la Asamblea Departamental del Meta creó el cargo de subcontralor en la contraloría mediante la Ordenanza N° 003 de 1984 y le asignó las funciones de:

"... Intervenir en nombre del Contralor en la formación de los procesos fiscales, cuando sea comisionado para ello.

— Vigilar en coordinación con el contralor el funcionamiento de la contraloría.

— Conceptuar sobre la fijación, otorgamiento, legalidad y suficiencia de las sanciones a los empleados de manejo, cuya decisión la dará el contralor.

— Dar concepto previo sobre las incompatibilidades que se presenten entre los funcionarios públicos cuya decisión la dará el contralor.

— Revisar las actas de las visitas efectuadas por los visitadores de la contraloría.

— Vigilar las labores de los empleados de la Contraloría, velar por el cumplimiento del régimen interno y proponer al contralor las sanciones disciplinarias cuando sea el caso.

— Representar al contralor en las juntas de organismos departamentales o municipales en su ausencia.

— Presentar al contralor para su aprobación el proyecto de presupuesto de la contraloría para cada año, dentro de la cuantía señalada en el Código Fiscal, así como los acuerdos mensuales de la misma.

— Remplazar al contralor para efectos de aprobación o visar actos de cuentas en que está impedido legalmente para hacerlo.

Las demás que le asigne el Contralor General del Departamento", estaba creando un empleo dependiente del contralor dentro de la planta de personal de la Contraloría del Meta.

En este orden de ideas es claro que al elegir la Asamblea Departamental del Meta, en su sesión de octubre 9 de 1992, al señor Agustín Hortúa Rodríguez en el cargo de subcontralor departamental, transgredió las normas constitucionales contenidas en los artículos 272, incisos 3° y 5°, y el numeral 10 del artículo 268, aplicable, éste último, por remisión del numeral 5° de la primera de las normas mencionadas, al ejercer una atribución que no era de su competencia.

Para la Sala es evidente que a partir de la expedición y vigencia de la nueva Carta Política, dejó de regir y tener efectos jurídicos la disposición de la Ordenanza N° 003 de 1984 de la Asamblea Departamental del Meta, en cuanto dispuso la elección, por dicha corporación, del cargo de subcontralor de la Contraloría Departamental, pues según lo establece el artículo 9° de la Ley 153 de 1887,

"La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

De otra parte es importante anotar que al ser expedida la Ley 42 de 1993, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Distritales y Municipales les corresponde, por virtud del artículo 69 de la misma, regular "por medio de ordenanzas o acuerdos la forma de proveer las ausencias definitivas y temporales de los contralores de las entidades territoriales". Por consiguiente, es a través de los procedimientos que tales corporaciones determinen cómo en el futuro se habrán de suplir las faltas absolutas y temporales de los funcionarios en ella señalados.

De lo anterior se concluye que la Asamblea Departamental del Meta carecía de facultad para elegir al subcontralor de la contraloría de dicho departamento, siendo por tanto nulo el acto mediante el cual se eligió en dicho cargo al señor Agustín Hortúa Rodríguez, como así fue declarado por el *a-quo* en la sentencia apelada, cuya confirmación habrá de disponerse.

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 la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, el 3 de mayo de 1993 objeto de apelación.

En firme esta providencia vuelva el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

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

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente N° 1039. ACTOR: CARLOS ELEAZAR LOPEZ CASTRO

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada en la providencia que antecede, por las siguientes razones:

En mi concepto el problema se reduce a establecer si la elección de sub-contralor departamental, realizada conforme a lo previsto por una ordenanza expedida en 1984, es nula porque a juicio de la demanda, la ordenanza en cuestión es violatoria de los artículos 121, 125, 268, 262 y 300 de la constitución expedida en 1991.

Se observa que la demanda se instaura contra un acto expedido conforme a una ordenanza que no ha sido anulada por esta jurisdicción. En consecuencia, el estudio debe hacerse en la misma forma empleada hasta ahora por la Sala para establecer la aplicación de disposiciones anteriores a la constitución hoy vigente, a saber:

a) Si la disposición constitucional no tiene antecedentes y el tema por lo mismo es nuevo, todo aquello que se defiera a la ley sólo puede ser aplicado cuando se produzca el correspondiente desarrollo legal.

b) Si la disposición constitucional tiene antecedentes normativos en la carta anterior, y había sido desarrollada por la ley, debe analizarse si ese desarrollo anterior no contradice la nueva Constitución y se aplicará mientras se profiere el nuevo.

En el presente, se trata de la segunda de las circunstancias, con la precisión de que los términos de comparación son una ordenanza departamental y la Constitución de 1991.

Es importante empezar por analizar la última parte de la providencia que antecede por cuanto en ella se da aplicación al artículo 9° de la Ley 153 de 1887, sin que en el presente caso se presente la clara contradicción entre lo dispuesto por la ordenanza y el texto o el espíritu de la nueva constitución, como se quiere deducir.

En efecto, la providencia está estructurada sobre la base de afirmar que antes de la Constitución de 1991 no existía una autonomía administrativa de las contralorías departamentales y que sólo a partir de la vigencia de esta última se estableció tal autonomía, lo que deduce la mayoría, del texto del artículo 272, que establece la facultad de las asambleas para organizar dichas contralorías departamentales y da al contralor departamental las mismas facultades que el artículo 268 *ibídem* da al contralor general, entre las cuales se cuenta proveer los cargos de su dependencia.

El aspecto atinente a la autonomía administrativa está suficientemente explicado, precisamente, en la providencia que se invoca para sostener que tal era la tesis de la Sala cuando no se había expedido la actual constitución y que a mi juicio, muestra que la autonomía se aceptaba antes. No hay por lo tanto, contradicción por este aspecto.

Ahora bien, es cierto que la nueva constitución en su artículo 272, atribuye a los contralores departamentales las mismas funciones que el artículo 268 de la Constitución Nacional, atribuye al Contralor General de la República; y que esta última disposición establece en su numeral 10 que el contralor general nombra los funcionarios de su dependencia, en la forma allí prevista; pero tal atribución no se extiende al nombramiento de su propio remplazo.

En efecto, las faltas tanto absolutas como temporales del Contralor General de la República según la constitución deben suplirse por una autoridad distinta del propio contralor. Tal disposición no quiebra ni la autonomía administrativa de la contraloría, ni la facultad de nominador de los funcionarios de su dependencia que se predica del contralor porque se trata de elegir su sustituto.

El hecho mismo de que el sustituto del contralor no sea nombrado por éste último no es asunto que puede considerarse como novedoso ni como excepcional pues otro tanto ocurre en los demás cargos y empleos del Estado.

No sería lógico que tal atribución, negada por la constitución al contralor general, pudiera ejercerla el contralor departamental, sin que le fuera señalada por ordenanza como en el presente caso se desprende de la providencia, tal como quedó elaborada.

Ahora bien, en la providencia que antecede no se transcribió la primera de las funciones que el artículo 3° de la Ordenanza 003 de 1984, atribuye al subcontralor y que aparece en el primer inciso del siguiente tenor:

"Las que por disposiciones legales señalan al contralor titular, cuando haga sus veces por falta temporal o absoluta, mientras vuelve al servicio o se llene la vacante".

Es decir, establece como primera, la función de remplazar al contralor.

Al aplicar la expuesta al comienzo del presente salvamento, como forma b) del análisis de posibles contradicciones entre la constitución vigente y normas de inferior jerarquía, anteriores a la misma se deduce que no se presenta contradicción.

En la providencia que antecede, se menciona la Ley 42 de 1993 para deducir que las corporaciones públicas departamentales establecerán para el futuro cómo se suplen las faltas de los contralores departamentales. Esta disposición así invocada sólo reafirma la tesis aquí expuesta: La Duma departamental estableció una forma de remplazar al contralor y mientras no la cambie está vigente porque no se opone a la norma superior.

En las condiciones anotadas no puede hablarse de una clara contradicción del texto o del espíritu de la constitución vigente y por lo mismo, no hay lugar a aplicar el artículo 9° de la Ley 153 de 1887, por cuanto no aparecen violadas las disposiciones invocadas en la demanda y la asamblea estaba facultada para hacer el nombramiento cuestionado y así ha debido declararlo la Sala.

No se analizan en este salvamento los aspectos relacionados con la carrera administrativa, que aunque se tratan en sentencia considero no tienen relación directa con el asunto en estudio.

Miren De La Lombana De Magyaroff

Fecha ut supra

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Elección/TERNAS/ DEMANDA ELECTORAL/SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

Lo demandado fueron los actos producidos por el Senado de la República, sobre los cuales no tiene competencia contencioso-administrativa la Corte Suprema de Justicia. Esa competencia radica en el Consejo de Estado que la realiza a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Admininistrativo por mandato del artículo 6º de la Ley 14 de 1988, subrogatorio del 231 del C.C.A.

ACCION PUBLICA ELECTORAL/ACCION PUBLICA DE NULIDAD-Diferencias

La acción contenciosa de nulidad electoral es apenas una especie de la de simple nulidad, consagrada en la aludida norma por medio de control de los actos administrativos cuando, entre otras causales, "... infrinjan las normas en que deberían fundarse...". Está por ello, revestida de algunos caracteres de aquella, como la de ser acción popular ejercitable en defensa de la legalidad, pero se diferencia en cuanto la electoral caduca pasados veinte días del siguiente al de la notificación del acto de elección y por tener procedimiento especial, compulsivo y breve.

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Reelección/CORTE CONSTITUCIONAL PROVISIONAL/MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Período

Al aludir el artículo 29 transitorio de la C.P. de 1991 a las elecciones que se produzcan de magistrados de esas tres altas Cortes con posterioridad a la promulgación de la Carta sólo puede referirse, en cuanto a

la Corte Constitucional, a las realizadas de modo ordinario, con período individual de ocho años por el Senado de la República, a partir de la vigencia de la Constitución, puesto que es en ese régimen donde está consagrada la prohibición. Atribuirle alcance distinto conduciría al absurdo, al prohibir la reelección de magistrados de esa corporación elegidos antes de su vigencia cuando no existía la Corte Constitucional. Precisamente con ese alcance debe entenderse lo dispuesto en el artículo 319, inciso 2° de la Ley 5ª de 1992, al precisar que la primera elección de magistrados de la Corte Constitucional se hará el 1° de diciembre de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutierrez Velásquez.*

Referencia: Procesos Electorales Acumulados Nos. 0946 Y 0957. Actores: Hernando Prieto Bernal, Ferney López y Otros, Respectivamente.

El señor Hernando Prieto Bernal y, en proceso separado, los señores Ferney Celis López, Ciro Hernán Castro Rodríguez y Omar Hernán Benavides Calderón, pretenden la declaratoria de nulidad de los actos de elección de los miembros de la Corte Constitucional efectuada por el Senado de la República en sesión del primero (1°) de diciembre de 1992, publicado en la Gaceta del Congreso N° 197, año I, del miércoles 9 de los mismos mes y año.

Por auto de fecha junio diez (10) del año en curso, proferido en el Expediente N° 0946, se dispuso la acumulación de los dos procesos mencionados, tomando fundamento en que se dan causales previstas en el Art. 238 del C.C.A.

En diligencia de sorteo de consejero conductor de los procesos acumulados, correspondió al suscrito ponente continuar su tramitación. Concluida ésta, con aporte de alegatos de la Procuradora Judicial de la Nación-Ministerio de Justicia- y del apoderado de los cuatro (4) magistrados que habiendo hecho parte de la anterior Corte Constitucional fueron nuevamente elegidos, una vez recibido el concepto del señor Procurador séptimo delegado en lo Contencioso y por no observar en lo actuado motivo alguno de invalidez se decide lo que en derecho corresponde, previa relación de los antecedentes generales concernientes a ambos procesos y de los de cada uno de ellos en particular.

I. Aspectos generales.

I.1. Siendo la nulidad electoral una acción pública o popular, todo ciudadano tiene legitimidad en la causa y capacidad de postulación.

I.2. Las demandas que dieron origen a los procesos de la referencia fueron presentadas antes de que transcurriera el término de caducidad de la acción, previs-

to en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifica legalmente el acto que declara la elección, pues lo fueron el 21 y el 22 de enero del año en curso, respectivamente, ante la secretaría de la sección.

I.3. Por reunir los requisitos de ley y estar acompañada cada una con copia auténtica del acta de la sesión en que se produjeron los actos acusados, la Gaceta del Congreso N° 197 del miércoles 9 de diciembre de 1992, las dos demandas fueron admitidas oportunamente.

II. Particularidades de los procesos acumulados

Referencia: Expediente N° 0946. ACTOR: HERNANDO PRIETO BERNAL

II.1.1. Solicita el actor, en su propio nombre, la nulidad de las elecciones de magistrados de la Honorable Corte Constitucional para el período de 8 años iniciado el 1° de marzo de este año producidas por el Senado de la República el 1° de diciembre de 1992, pero sólo en cuanto a los magistrados reelegidos Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. Consecuencialmente, la invalidación de credenciales a ellos expedidas en tal carácter.

Apoya las pretensiones con la afirmación de que "tanto la Corte Suprema de Justicia como el gobierno... incluyeron magistrados en ejercicio de la Corte Constitucional en las ternas que debían presentar al Senado de la República para la elección de Corte Constitucional para el período de ocho (8) años iniciable el 1° de marzo del presente año, produciéndose la elección de cuatro de ellos, los relacionados atrás.

Como violadas señaló los artículos 22 y 29 transitorios y 233 y 239, inciso 3°, permanentes, de la Constitución Política.

Igualmente el 318, inciso 2° de la Ley 05 de 1992.

El concepto de la violación se limita a expresar que el tenor de las citadas disposiciones constitucionales y legales los magistrados de la Corte Constitucional son irrelegibles, así se trate de los designados para el período que previó el artículo 22 transitorio, pues entonces también fueron elegidos y no nombrados, y para un período así fuera de un año.

Igualmente, porque el artículo 29 transitorio previó como primera elección de magistrados para la Corte Constitucional la que se produjera "... con posterioridad a la promulgación de la presente reforma..."

Esas normas, incluyendo el inciso 2°, artículo 318 de la Ley 5ª, de 1992, concluye, fueron desconocidas por el Honorable Senado al efectuar las elecciones de los cuatro magistrados reelegidos, que deben declararse nulas.

Para el trámite de la acción invocó el artículo 223, siguientes y concordantes del C.C.A.

1.2. El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente a los cuatro magistrados de la Corte Constitucional cuya elección se pide nulitar. También a los señores Ministro de Justicia y Gobierno.- Aquellos y el señor Ministro de Justicia se hicieron presentes en el proceso mediante apoderados, oponiéndose a las pretensiones con argumentos suscintamente consignables del modo que sigue:

a) El señor procurador judicial de los Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, expresa que las pretensiones no tienen fundamento en la Carta Política ni en la Ley, por cuanto la inhabilidad estatuida en el inciso 3°, artículo 239 de la constitución es de carácter permanente y se refiere a las circunstancias ordinarias y normales de integración de la Corte Constitucional.- Por ello no es aplicable a los magistrados elegidos para esa alta corte bajo el régimen provisional, excepcional y extraordinario previsto en el artículo 22 transitorio de la Carta. Ello explica, agrega, por qué la inhabilidad consagrada en el artículo 240 de la Carta Política no tuvo operancia para la elección de magistrados de la Corte Constitucional efectuada bajo el régimen transitorio?.

Detalla, seguidamente, las diferencias en cuanto a número de magistrados, período y forma de elección de la Corte Constitucional provisional y a la elegida bajo el régimen constitucional permanente, para destacar por qué los de aquella no quedaron incursos en la inhabilidad comentada, situación interpretada con autoridad por el legislador al expedir la Ley 5ª de 1992, cuyo artículo 319, inciso 2°, señala como primera elección de la Corte Constitucional la efectuada el 1° de diciembre de 1992, con período de 8 años iniciado el 1° de marzo de este año.

Hace énfasis en el ámbito restrictivo de aplicación de las inhabilidades electorales, que no extensivo.

1.3. A su vez, la representante judicial del Ministerio de Justicia sustenta inicialmente la oposición en lo que califica de erróneo planteamiento del actor, por considerar no sinónimos los términos "designar" y "nombrar", diferentes del sentido del verbo "elegir". De allí pasa a sostener que los magistrados de la Corte Constitucional integrada bajo el régimen provisional del artículo 22 de la Carta fueron designados y no elegidos, contrario de lo ocurrido con la integrada por el Senado de la República el 1° de diciembre de 1992.

Luego examina lo concerniente a la ley que debía determinar el número impar de miembros de la Corte Constitucional, expedida la cual (Ley 5ª de 1992, artículo 317) se hizo aplicable el inciso 2° del artículo 239 de la Carta Constitucional siendo esa la primera elección, de donde concluye que en dicho acto no pudo darse reelección. En igual sentido interpreta el canon del artículo 29 transitorio.

Con relación al alcance del artículo 233 de la C. P., expresa que se refiere a los magistrados elegidos con período de ocho años, prohibición no aplicable a los del artículo 22 transitorio.- Coincide con la interpretación del artículo 239 de la Constitución expuesta por el procurador judicial de los demandados, en cuanto que ellos no fueron elegidos para integrar la Corte Constitucional provisional.- También respecto del carácter restrictivo de las inhabilidades.

1.4 En oportunidad se decretaron las pruebas aportadas y solicitadas por el actor y las pedidas por los impugnadores, allegadas en oportunidad.

Referencia: Expediente N° 0957. Actores: Ferney Celis López, Ciro Hernán Castro Rodríguez y Omar Hernán Benavides Calderón

II.2.1. Los ciudadanos de la referencia, también en sus propios nombres, demandaron la declaratoria de nulidad de la totalidad de la elección de miembros de la Honorable Corte Constitucional efectuada por el Senado de la República en sesión del 1° de diciembre de 1992 para el período de ocho años iniciado el 1° de marzo del cursante año. Subsidiariamente, la de los magistrados Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, de "la terna" presentada por el Presidente de la República; y Fabio Morón Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, de "la terna" presentada por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Para fundamentar las pretensiones afirman que en el presentado acto eleccionario el Senado de la República eligió contra expresa prohibición constitucional, a los doctores Cifuentes Muñoz, Martínez Caballero, Morón Díaz y Hernández Galindo, quienes venían desempeñando el cargo de magistrados de la Corte Constitucional por elección que se hizo en aplicación de lo establecido en el artículo 22 transitorio de la Carta Fundamental. Aducen, al efecto, las previsiones de los artículos 233 y 239 de la constitución, en cuanto prohíben la reelección de los magistrados de la Corte Constitucional, razón por la cual no podían ... "los funcionarios o corporaciones facultadas constitucionalmente para enviar las ternas de los candidatos a ser elegidos como magistrados, incluir los nombres de quienes vienen desempeñando esa investidura y, mucho más errado proceder a una elección con esos vicios en la formación de sus candidatos..."

Como violadas, además de dos aludidas normas, indican las previsiones de los artículos 22 y 29 transitorios de la Constitución Política. El concepto de violación lo apoyan en comentario del periódico EL TIEMPO de ésta capital, publicado según afirman en la edición del 25 de noviembre de 1992.

A sustentar la pretensión de nulidad de la elección de los Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y José Gregorio Hernández Galindo se contraen los hechos y el capítulo de la demanda intitulado "Normas violadas y concepto de la violación..." (fol. 5). Es sólo en el aparte de la demanda destinado a solicitar la "Suspensión Provisional" donde se hace superficial

referencia a los demás integrantes de la Corte Constitucional elegidos por el senado en la sesión del 1° de diciembre de 1992, al expresar:

> Pero es más, el acto acusado es NULO, no lo es, sólo en relación con los magistrados inhabilitados para ocupar el cargo o para ser reelegidos por estar ejerciendo ya la magistratura, afecta a todos los elegidos por cuanto si los actuales magistrados están inhabilitados para ser nombrados en el nuevo período, no debió incluirseles en las ternas, se hizo a pesar de la evidente transgresión a la ley, consecuencialmente las ternas están afectadas, vale decir no están integradas debidamente, su composición es ilegal por estar incluidos nombres de personas en las que concurren causales de inhabilidad y si eso implica que sus nombres no deban, ni debieron considerarse en la elección efectuada por el senado, se impone la conclusión cierta e indiscutible de que no se observaron las precisas condiciones legales para proceder a la designación de Magistrados de la Corte Constitucional..." (fol. 8).

Es de advertir que la demanda inicialmente se propone "... en ejercicio de la acción pública consagrada en el Libro Segundo, Título XI Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) previo los trámites **del respectivo proceso electoral...** (Subraya la Sala).

Y bajo el epígrafe de DERECHO se indican las normas constitucionales y legales ya indicadas, así como "Los artículos 84 y 223 a 251 del C. C. A...." Como procedimiento se señala "El establecimiento (sic) por el título XXVI, capítulo 4°, artículos 223 y ss. del C. C. A. (fol. 9). Al invocar la competencia de esta Sección se invoca el artículo 231 de la codificación citada.

II.2.2. Antes de admitir se rechazaron los impedimentos manifestados por dos de los integrantes de la Sección. El auto admisorio, con el que igualmente se negó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, fue notificado personalmente a los nueve (9) elegidos magistrados de la Corte Constitucional y al procurador delegado. También se lo hizo por estado y edicto.

II.2.3. Unicamente los magistrados Cifuentes Muñoz, Hernández Galindo, Martínez Caballero y Morón Díaz comparecieron, mediante apoderado, a contestar la demanda. El mandatario judicial, el mismo constituido para el proceso radicado al N° 0946, se opuso a las pretensiones con argumentación similar a la allí expuesta, es decir, que por no encontrar fundamento en la constitución y en la ley no existe causal de inhabilidad de sus patrocinados para ser elegidos magistrados de la Corte Constitucional por el Senado de la República, amén de no contener la demanda "... una fundamentación seria sobre el particular..."

II.2.4. Las pruebas decretadas se practicaron en su totalidad, asumiéndoselas en el proceso en legal forma.

III. Del traslado a las partes para alegar por escrito solo hicieron uso el apoderado de los cuatro magistrados atrás mencionados y la mandataria judicial del Ministerio de Justicia. Ambos procuradores reiteran los criterios expuestos al contestar las demandas, complementados con extenso análisis de interpretación bajo los métodos teleológico, sistemático, lógico jurídico, histórico y subjetivo de las normas que los actores indican violados con las elecciones acusadas. Así mismo, lo concerniente al alcance restrictivo de las causales de inelegibilidad electoral.

IV. Concepto del señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E).

Propone el colaborador del Ministerio Público, antes de entrar en el examen de fondo de la cuestión *sub-judice*, dos objeciones cuya prosperidad imposibilitarían, al menos parcialmente, fallar de fondo, así:

IV.1.1. El Consejo de Estado no es competente para juzgar de la constitucionalidad y legalidad de los actos electorales acusados, por cuanto le correspondió presentar tres de las ternas que tuvo en cuenta el Honorable Senado de la República en la elección de magistrados de la Corte Constitucional efectuada el 1° de diciembre de 1992. Esa participación en la integración del acto de elección implica que sea la Corte Suprema de Justicia la competente para conocer del presente proceso, habida cuenta que a ella corresponde el juzgamiento de los actos administrativos producidos por el Consejo de Estado (Art. 128, numeral 16, inciso 2° del C. C. A.). Que ello fue lo que equivocadamente llevó a la declaratoria de impedimentos no aceptados por dos de los integrantes de la Sala, cuando en realidad la cuestión hace relación con la competencia misma.

Ese planteamiento, agrega, versa de modo incontrovertible con el proceso a que dio origen la demanda presentada por el señor Ferney Celis López y otros, por cuanto en ella se pretende la declaratoria de nulidad de la elección efectuada el 1° de diciembre de 1992 de la totalidad de los integrantes de la Corte Constitucional, entre ellos, de los tres escogidos de las tres ternas que presentó el Consejo de Estado, lo cual constituye una "...participación dinámica, real, directa y efectiva en la formación del acto complejo de la elección de magistrados..." (fol. 170).

Por ello concluye:

"En semejantes circunstancias, desde el inicio del proceso el Consejo de Estado debió declararse incompetente para conocer de los actos acusados **en cuanto determinaron la elección de magistrados incluidos por la corporación en las ternas por ella misma elaboradas**. Esta fue, a juicio de este despacho, la declaración sospechada por los dos consejeros que desacertadamente manifestaron el impedimento, confundiendo así un problema de incompetencia, con una causal de inhabilidad, sin detectar la identidad del problema o la real dimensión del fenómeno que se operaba. Si el consejo expresó en aquella ocasión su rechazo por tratarse de una cuestión institucional, es precisamente

el Consejo de Estado el que, **Invocando justamente y ahora si la institucionalidad**, el que debe remitir el expediente, con la copia íntegra, a la Corte Suprema de Justicia para que allí se surta el fallo pretendido en relación con los tres magistrados de la Corte Constitucional integrantes de las ternas elaboradas por esa corporación..."

IV.1.2. El que denomina "problema de las acciones". Lo hace consistir en haber tramitado el juez uno de los procesos "por un derrotero totalmente diferente al que invocó de manera expresa el demandante..."

Alude el expediente radicado al N° 0957, cuya demanda propuesta por Ferney Celis López y otros se inicia con invocatoria "... **de la acción pública consagrada en el Libro Segundo, Título XI, artículo 84 del Codigo Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)...**" (Subraya del texto transcrito).

Afirma que la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. no se ajusta "... en forma alguna a las circunstancias que pueden motivar las acciones previstas en el capítulo de los procesos electorales...", precisando como tales la de nulidad de una elección (Art. 228 del C. C. A.) y la de nulidad de una declaratoria de elección cuando se trata de elecciones populares (Art. 229 *ibídem*). Estas son ejercitables por las causales enumeradas en los artículos 223 y 228 de la misma obra, no incluidas en las del artículo 84 en cita, por lo que se dá gran diferencia entre la acción de simple nulidad y la de nulidad de carácter electoral.

Pasa a sostener que la acción invocada se fundamenta en la violación de los artículos 233 y 239 de la Constitución Política, en cuanto prohíben la reelección de los magistrados de la Corte Constitucional, "... **motivo este que no aparece, por no encajar en ninguna de las previsiones taxativas del artículo 228 del C.C.A.**..." (fol. 182).

Concluye que por haber impulsado la acción por el procedimiento electoral, cuando "la censura no está prevista como determinante de la nulidad electoral, sino de la simple nulidad tal como la demanda lo estructura, el proceso no puede culminar con el examen de fondo de la *litis*...".- Dicho error, adiciona, se pudo evitar recurriendo al artículo 140, numeral 4° del C. de P. Civil, en armonía con el 267 del C. C. A.

IV.2. Al proceder al análisis de fondo de la cuestión *sub-judice* comienza por referirse al proceso radicado al N° 0957 para, guardando consonancia con su anterior concepto acerca del error de procedimiento en su tramitación, señalar que el acto censurado "... debe examinarse a la luz del artículo 84 que fue el señalado por la parte promotora de la acción..." (fol. 189).

Pero reconociendo el contenido electoral de los actos acusados, afirma que se deben tener en cuenta también los principios generales de la ley electoral estatuidos en el artículo 1° del respectivo código. Sitúa la cuestión en la causal de infracción de las normas a las que aquellos debían estar sujetos, aunque de inmediato y en repeti-

das ocasiones reconoce su naturaleza electoral para concluir descartando la violación del régimen permanente de elección de magistrados de la Corte Constitucional previsto en los artículos 233 y 239 de la Carta Política fundamental, no sólo por el contexto literal de esas disposiciones, sino ante el carácter restrictivo de las inhabilidades electorales, de aplicación no extensiva o analógica.

Igualmente, que de estimar configurada la causal de inelegibilidad aducida se quebrantaría el derecho fundamental a la igualdad prescrito en el artículo 13 de la Carta Política. Y porque entendía la prohibición como estatuida para el nominador, es decir, en cuanto al senado debe abstenerse de elegir para la Corte Constitucional a aquéllas personas que ya hubieran sido elegidas para el mismo cargo, se guarece la integridad constitucional del artículo 40, numerales 1° y 7°.

Concluye pretendiendo una declaración anulatoria de carácter procesal como petición principal y, en subsidio, denegatoria de las súplicas de la demanda con decisión de incompetencia parcial.

CONSIDERACIONES:

Las diversas cuestiones que se precisa dilucidar, con relación a los procesos acumulados de la referencia, imponen seguir el mismo orden utilizado por el colaborador del Ministerio Público en su concepto, puesto que antes del examen de mérito se debe definir si hay lugar a declaratoria de incompetencia parcial y a la nulidad procesal impetradas.

La primera, la incompetencia que atribuye el señor Procurador Séptimo Delegado (E) al Consejo de Estado para conocer de la pretensión de nulidad de los actos declaratorios de la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional Doctores Vladimiro Naranjo Meza, Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell, por cuanto las ternas de las que ellos fueron elegidos las elaboró y presentó esta corporación al Senado de la República, se apoya en una doble argumentación: que los actos eleccionarios dichos conforman actos administrativos complejos, pues se integraron con el acto administrativo que el Consejo de Estado produjo al confeccionar dichas tres ternas y con el de elección de dichos magistrados para la Corte Constitucional por el Senado de la República en la sesión del 1° de diciembre de 1992.

La segunda, en la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de los contenciosos que se promuevan contra los actos administrativos que expide el Consejo de Estado, conforme a lo previsto en el inciso 2°, numeral 16 del artículo 128 del C. C. A. Este segundo aspecto de la argumentación es incontrovertible, por la claridad y precisión de la norma que atribuye esa competencia, aunque, obvio es, valedero sólo cuando la acción se encamina contra acto administrativo expedido por el Consejo de Estado.

El primero, en cambio, se apoya en el concepto del acto administrativo complejo, que se afirma constituido con dos manifestaciones de voluntad fusionadas en un solo acto administrativo, la del Consejo de Estado en la selección de los integrantes

de las tres ternas que le correspondió presentar y la del senado al efectuar las elecciones acusadas.

Sin embargo con dichas manifestaciones de voluntad administrativa no se produjo un solo acto. El Consejo de Estado expidió el suyo como resultado de las elecciones que realizó para integrar las ternas que le correspondió presentar; a su vez, los electorales del senado constituyen actos distintos, conexos con aquél en cuanto tomaron en cuenta a los candidatos ternados. Distinto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando concejo y alcalde concurren a la expedición de un Acuerdo Municipal, donde sí interviene la voluntad de dos o más funcionarios y órganos para integrar un acto complejo.

En el caso de autos dos órganos de distintas ramas del poder público intervienen produciendo cada uno actos independientes; con distinto contenido, aunque el del consejo sea preparatorio del que expidió el Senado de la República.

Además lo demandado fueron los actos producidos por el Senado de la República, sobre los cuales no tiene competencia contencioso-administrativa la Corte Suprema de Justicia. Esa competencia radica en el Consejo de Estado, que la realiza a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso

Administrativo por mandato del artículo 6° de la Ley 14 de 1988, subrogatorio del 231 del C. C. A.

Ambas acciones se incoaron para impetrar la nulidad de los actos de elección producidos por el Senado, de donde se desprende que la competencia es de esta corporación, así el vicio proviniera de la elaboración de las ternas. Por ello la Sala denegará la pretensión del señor Procurador Séptimo Delegado (E) al proponer la declaratoria parcial de incompetencia de esta corporación.

Tampoco asiste razón al colaborador del Ministerio Público en cuanto pide declarar la nulidad procesal por el trámite dado al proceso radicado al N° 0957, el especial electoral, cuando a su juicio correspondía el ordinario previsto para la acción de simple nulidad del artículo 84 del C.C.A.

Al respecto basta observar que la acción contenciosa de nulidad electoral es apenas una especie de la de simple nulidad, consagrada en la aludida norma como medio de control de los actos administrativos cuando, entre otras causales, "... infrinjan las normas en que deberían fundarse...". Está, por ello, revestida de algunos caracteres de aquélla, como la de ser acción popular ejercitable en defensa de la legalidad, pero se diferencia en cuanto la electoral caduca pasados veinte días del siguiente al de la notificación del acto de elección y por no tener procedimiento especial, compulsivo y breve.

El actor en la demanda que dio lugar al proceso número 0957 expresó actuar "... en ejercicio de la acción pública consagrada en el Libro Segundo, Título XI, artículo 84 del C.C.A. (Decreto 01 de 1994), previos los trámites del respectivo proceso electoral...", con lo que señaló de modo bien preciso el medio de control de legalidad de simple nulidad, en su caso tramitable por el procedimiento especial que el mismo libelo de la demanda expresa, el especial electoral, dada la naturaleza de los actos acusados.

Este carácter de los actos acusados también lo admite el colaborador del Ministerio Público dando pie a mayor precisión en cuanto al acierto en el trámite de la acción por la vía especial que se hace mérito.

Igualmente, el artículo 228 del C.C.A., comprendido entre las disposiciones que cita el actor como fundamento de sus pretensiones, señala la procedencia de la acción de nulidad electoral cuando el elegido "fuere inelegible...". Este es, precisamente, el meollo de la *causa petendi*, en cuanto afirma inhabilidad de algunos de los magistrados de la Corte Constitucional para ser elegidos por el Senado de la República en la sesión del 1° de diciembre de 1992, por tratarse de reelección prohibida por la Constitución Política para los integrantes de la Corte Constitucional y de otras altas corporaciones de la Rama Judicial (artículo 233 de la C.P.).

De allí que la Sala también estime infundada la pretensión de nulidad del aludido proceso, pues ni siquiera alcanza visos de equivocación la invocación que la demanda hace del artículo 84 del C.C.A., habida cuenta que con ello simplemente se alude al medio de control ejercitado pero no al procedimiento a seguir en el trámite de la acción.

Examen de la cuestión de fondo

1. Entrando al examen de lo que es el meollo del asunto en juzgamiento, se observa que los actores se sirven de los mismos razonamientos para sostener que se deben anular los actos declaratorios de la elección de los doctores Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz como Magistrados de la Corte Constitucional, producidos por el Senado de la República el 1° de diciembre de 1992 para el período de ocho (8) años iniciado el 1° de marzo de este año.

El fundamento fáctico de esa pretensión radica en que tanto el Presidente de la República como la Honorable Corte Suprema de Justicia incluyeron los nombres de aquéllos en las ternas que presentaron al senado para la elección dicha, y porque el senado los eligió, no obstante que venían desempeñando el mismo cargo por elección que se les hizo para integrar la Corte Constitucional provisional dispuesta en el artículo 22 transitorio de la Carta Política Fundamental. Ese acto de elección, concluyen, por configurar reelección debe declararse nulo por ser violatorio de la prohibición prescrita en los artículos 233 y 239 de la Constitución Política, en concordancia

con lo estatuido en sus artículos 22 y 29 transitorios. También citan como infringido el artículo 318 de la Ley 5ª de 1992, por la cual se expidió el reglamento del Congreso de la República.

Unicamente la demanda que dio origen al proceso radicado al N° 0957 extiende la pretensión nulatoria a los actos de elección de los demás miembros de la Corte Constitucional, bajo el concepto apenas expuesto en la solicitud de suspensión provisional sin indicación de normas violadas, "... de que no se observaron las precisas condiciones legales para proceder a la designación de Magistrados de la Corte Constitucional...", puesto que "... las ternas están afectadas, vale decir, no están integradas debidamente, su composición es ilegal por estar incluidos nombres de personas en las que concurren causales de INHABILIDAD..." (fol. 8).

Carece, entonces, la demanda de un elemento formal en lo que versa con la pretensión de nulidad de las elecciones de los demás Magistrados de la Corte Constitucional, vacío ante el cual debe inhibirse la Sala de decidir al respecto. Se da allí ineptitud formal de la demanda, porque no contiene concepto de violación ni indicación de las disposiciones violadas. Habría que agregar el argumento reiterado de los impugnadores, en cuanto al carácter restrictivo de interpretación y aplicación de las causales de inhabilidad electoral, precisamente por constituir limitaciones del derecho fundamental a ser elegido, de la capacidad electoral pasiva consagrada en el artículo 40 de la Constitución Política. Esto lleva a concluir que de prosperar las demandas formuladas contra las elecciones de los Doctores Cifuentes Muñoz, Hernández Galindo, Martínez Caballero y Morón Díaz, la nulidad de esos actos no afectará la de los magistrados cuya elección no estuviera viciada por la inhabilidad alegada, pues la causal, más precisamente denominada de inelegibilidad, sería personal y no transmisible.

2. Los distintos elementos documentales allegados a los expedientes acumulados acreditan:

a) Los Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, fueron Magistrados de la Corte Constitucional integrada bajo la previsión del artículo 22 transitorio de la Constitución Política. El primero designado por el señor Procurador General de la Nación, los dos siguientes designados por el Presidente de la República y el último elegido, al igual que el Doctor Ciro Angarita Barón, por los cinco magistrados inicialmente designados o elegidos, conforme a la previsión del inciso segundo del citado texto constitucional (folios 111, 102, 104, 83, 94, 95, 96 y 97 del Expediente N° 0946).

b) Los mismos Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y José Gregorio Hernández Galindo fueron elegidos Magistrados de la Corte Constitucional para el período que se inició el 1° de marzo de este año, por actos del Senado de la República en sesión del 1° de diciembre de 1992. Dichas elecciones las produjo la Cámara Alta del Congreso con base en las ternas primera

y tercera presentadas por el Presidente de la República con inclusión de los Doctores Cifuentes Muñoz y Martínez Caballero, respectivamente; y de las ternas 2ª y 3ª presentadas por la Corte Suprema de Justicia con inclusión de los Doctores Morón Díaz y Hernández Galindo, en su orden (Gaceta del Congreso N° 197, año I, del miércoles 9 de diciembre de 1992).

c) En la misma sesión del 1° de diciembre de 1992 el Senado de la República eligió para la Corte Constitucional a los Doctores Hernando Herrera Vergara, Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz, Vladimiro Naranjo Meza y Antonio Barrera Carbonell. El primero de la terna N° 2 del Presidente de la República, el segundo de la terna N° 1 de la Corte Suprema de Justicia, y los tres restantes de las ternas presentadas por esta corporación (Gaceta del Congreso N° 197, año I).

d) Los cuatro magistrados de la Corte Constitucional, cuya elección se acusa de ser constitutiva de reelección, tomaron posesión de esos cargos el 1° de marzo de este año ante el Presidente de la República (folios 92 a 95 del Expediente N° 0957 y 98 a 101 del Expediente N° 0946). De la posesión de los otros cinco magistrados, no obra prueba en autos, pero se la estima innecesaria porque ese aspecto no atañe a lo que es materia de juzgamiento.

3. La Constitución Política vigente institucionalizó la Corte Constitucional, como órgano de la Rama Judicial al que se confía "... la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...", el 241 de la Carta. Defiere a la ley la determinación del número impar de sus miembros; prescribe criterio para su integración, procedimiento de elección y prohibición de reelegir a sus miembros (artículos 239 y 240 de la Carta Política).

En desarrollo de la atribución constitucional primeramente anotada se expidió la Ley 5ª de 1992, que fija en nueve (9) el número de los integrantes de la Corte Constitucional (artículo 317); precisa el procedimiento de su elección, reitera la prohibición de la reelección y prevé la forma de llenar las vacancias que en ella se presenten (artículo 318); especifica que los períodos de los magistrados de la Corte Constitucional serán individuales de ocho años y determina que "la primera elección se hará el 1° de diciembre de 1992 y su período se iniciará el 1° de marzo del año siguiente..." (artículo 319). Estas normas legales fueron declaradas constitucionales por la Corte Constitucional en fallo de febrero 4 del corriente año, Expediente C-025, Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Dentro de este régimen, que es el permanente de integración de la Corte Constitucional, produjo el Senado de la República la elección de magistrados para la Corte Constitucional en sesión del 1° de diciembre de 1992. De entrada se afirma que en ese contexto institucional permanente no cabe hesitación, por ser claro y preciso, acerca de la prohibición de reelegir a los magistrados de la Corte Constitucional.

La duda surge en cuanto las pretensiones en los procesos acumulados en examen se sustentan en la afirmación de que la prohibición de la reelección prescrita en

el régimen permanente de la Corte Constitucional se extiende a quienes fueron nombrados bajo el régimen provisional prescrito en el artículo 22 transitorio de la Constitución Política, conformación extraordinaria que se vio precisada a disponer el constituyente para asegurar la transición institucional en cuanto al control constitucional, ante la total cesación de funciones del Congreso de la República elegido en 1990 por disposición del artículo 3° transitorio de la Carta. Para la fecha en que entró en vigencia la nueva Carta Constitucional, no podía ejercer ninguna de sus atribuciones el Senado de la República, órgano al que la Carta asignó la elección de Magistrados de la Corte Constitucional, lo cual de no solucionarse del modo provisional, excepcional y extraordinario previsto en la norma transitoria implicaría retraso en la puesta en vigencia de las nuevas instituciones.

Fue para "... servir de puente hacia la instauración del régimen constitucional ordinario...", como lo expresó la Corte Constitucional en el fallo antes citado refiriéndose a las facultades otorgadas al Presidente de la República para nombrar la Sala Disciplinaria transitoria del Consejo Superior de la Judicatura, que dispuso el constituyente la integración de la Corte Constitucional mediante el procedimiento fijado en el artículo 22 transitorio, de siete (7) miembros con períodos de un año, designados, no por el senado, sino por nombramiento de dos de ellos por el Presidente de la República y uno por el Procurador General de la Nación, y la elección de los otros cuatro así: uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Consejo de Estado y los dos restantes por los cinco anteriores de ternas presentadas por el Presidente de la República.

En ese régimen transitorio no se estatuyó causal de inelegibilidad distinta a la del parágrafo 1° del citado artículo 22 transitorio, en cuanto prohibió designar Magistrados de la Corte Constitucional a los miembros de la Asamblea Constituyente. Por el contrario, el parágrafo segundo del mismo canon suspendió la aplicación de la inhabilidad estatuida en el artículo 240 permanente de la Carta, autorizando la elección para la Corte Constitucional provisional de quienes el año anterior a esa elección se hubieran desempeñado como Ministros del Despacho, Magistrados de la Corte Suprema o Consejeros de Estado. De allí que por el carácter restrictivo de las causales de inelegibilidad no sea admisible la aplicación de una prohibición establecida para el régimen permanente a quienes hicieron parte de la Corte Constitucional transitoria.

Pero como el artículo 29 transitorio previó que "Para la aplicación en cualquier tiempo de las normas que prohíben la reelección de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, sólo se tomarán en cuenta las elecciones que se produzcan con posterioridad a la promulgación de la presente reforma...", con apoyo en esa disposición los actores afirman que la prohibición de la reelección se extiende a los miembros de la Corte Constitucional provisional. No es ése, sin embargo, el sentido de la norma, pues al aludir a las elecciones que se produzcan de magistrados de esas tres altas Cortes, con posterioridad a la promulgación de la Carta, sólo puede referirse, en cuanto a la Corte Constitucional, a las realizadas de modo ordinario, con período individual de ocho años por el Senado de la República, a partir de la vigencia de la Constitución, puesto que es en

ese régimen donde está consagrada la prohibición. Atribuirle alcance distinto conduciría al absurdo, al prohibir la reelección de magistrados de esa corporación elegidos antes de su vigencia cuando no existía la Corte Constitucional. Precisamente con ese alcance debe entenderse lo dispuesto en el artículo 319, inciso segundo, de la Ley 5ª de 1992, al precisar que la primera elección de Magistrados de la Corte Constitucional se hará el 1° de diciembre de 1992.

Esta conclusión se ve reforzada por la interpretación finalista o teleológica de la prohibición de reelegir Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, estatuida en el artículo 233 de la Constitución Política. Si lo que con ello se persigue es facilitar el remozamiento de quienes integran esas Corporaciones, para que a ellas lleguen nuevas corrientes doctrinales y jurisprudenciales, asegurando la independencia de sus miembros frente a quienes elaboren las ternas para su futura integración y a los miembros de la corporación nominadora, esa finalidad no puede estar en contradicción con la que consagra la estabilidad de sus integrantes, que podrán permanecer en el ejercicio de sus cargos por un período individual de ocho (8) años, mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso (artículo 233 de la C.P.). El logro de esas finalidades se frustra al considerar inhabilitado para ser elegido Magistrado de la Corte Constitucional a quien sólo provisionalmente, por el breve período de la Corte integrada atendiendo la previsión del artículo 22 transitorio de la constitución. Además, ello implicaría desigual tratamiento para los miembros de la aludida corte provisional frente a los demás colombianos, para quienes la prohibición de la reelección sólo se daría una vez elegidos con período individual de ocho (8) años, desconociendo el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta. Se observa, igualmente, que la prohibición para reelegir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sólo opera en relación a los elegidos con período individual de ocho (8) años después de promulgada la Constitución, careciendo de justificación, tratamiento diferente que se diera a los miembros de la Corte Constitucional provisional, designados unos y elegidos otros con período de un (1) año.

Respecto del concepto del Ministerio Público en el examen de fondo de la cuestión, la Sala prohija parcialmente los criterios consignados en los siguientes apartes: "... la figura de la no reelección hay que tomarla dentro del contexto del artículo 233 de la Carta que la prohíbe terminantemente y que la reitera en el último inciso del artículo 239 *ibídem*, para aquellos magistrados que hubieren cumplido un período individual de 8 años en el ejercicio del cargo". "Como puede observarse, hay una relación íntima, de conexión semántica y de estructura jurídica de ligar el desempeño individual de la magistratura por espacio de 8 años, a la prohibición misma de la reelección..." (folios 192 y 193).

La Sala discrepa con lo expuesto sólo en cuanto afirma que la relación íntima de la inhabilidad prevista en las normas permanentes invocadas se establece con el desempeño de la magistratura por espacio de ocho años y no con la elección para período individual de 8 años.

De aceptar el planteamiento del colaborador habría que admitir que quien elegido con período de 8 años no ejerce la magistratura por todo ese lapso podría ser reelegido para completar el período individual dicho, lo cual entraña contradicción con la preceptiva constitucional.

Tampoco puede asentir a la distinción que el señor Procurador plantea, en cuanto sostiene que la no reelegibilidad prescrita en las normas en examen no es causal de inhabilidad sino una prohibición "al elector permanente que es el Senado y de allí que es a la administración...". De todos modos, sea lo uno o lo otro resultaría invalidable el acto, de estimar que la inhabilidad o la prohibición cubre a los Magistrados de la Corte Constitucional provisional por infracción de la norma, lo que la Sala no comparte por las razones atrás consignadas.

No tienen vocación de prosperidad, por consiguiente, las pretensiones de nulidad de los actos de elección para la Corte Constitucional de los cuatro magistrados que hicieron parte de la Corte Constitucional provisional, pues dichos actos no violan la prohibición de reelegir magistrados de esa alta Corte que se consagra en el régimen permanente de la Jurisdicción Constitucional, en el artículo 233 de la misma Carta y en el artículo 318 de la Ley 5ª de 1992.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, parcialmente acorde con el concepto del señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E) y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. DENIÉGASE la pretensión de nulidad de los actos de elección de magistrados para la Corte Constitucional de los Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, producidos por el Senado de la República en sesión del 1° de diciembre de 1992.

2. Por ineptitud formal de la demanda, declárase inhibida para decidir acerca de la solicitud de nulidad de los actos de elección como Magistrados de la Corte Constitucional de los Doctores Hernando Herrera Vergara, Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz, Vladimiro Naranjo Meza y Antonio Barrera Carbonell, efectuados por el Senado de la República en la fecha ya indicada.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Período/MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Reelección/NULIDAD ELECTORAL (Salvamento de Voto).

El artículo 29 transitorio, en relación con la alusión de los magistrados de la Corte Constitucional no sobra sino que adquiere su verdadero sentido: Regular, entre otras, la situación de quienes integraron la Corte Constitucional por el período especial establecido en el artículo 22 transitorio y respecto a los cuales el artículo 239 no dice nada en relación con la posibilidad de su reelección. Con el solo texto del artículo 319 de la Ley 5ª de 1992, lo más que se puede afirmar es que, en efecto, como dice la ley, la primera elección que realiza el Senado para integrar la Corte Constitucional es la prevista para el 1° de diciembre de 1992, sin que pueda afirmarse que la norma le quita el carácter de tal a la realizada por el mecanismo establecido en el artículo 22 transitorio o que, conforme a la disposición legal, pueda darse la reelección.

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

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente N° 946. Actor: Hernando Prieto Bernal

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada en la providencia que antecede, por no estar de acuerdo con los argumentos centrales que sirven de base para adoptar la citada decisión, a saber:

1. Sostiene la providencia que el sentido de la norma, cuando se refiere "a las elecciones que se produzcan de Magistrados en esas tres altas cortes, con posterioridad a la promulgación de la Carta, sólo puede referirse a las realizadas para inte-

grar la Corte Constitucional de modo ordinario, por el senado, a partir de su vigencia, puesto que es en este régimen donde está consagrada la prohibición".

2. Que "atribuirle alcance distinto conduciría al absurdo, al prohibir la reelección de los magistrados de esa corporación elegidos antes de su vigencia, cuando no existía la Corte Constitucional" y precisa que "con ese alcance debe entenderse lo dispuesto en el artículo 319, inciso 2°, de la Ley 5ª de 1992, al precisar que la primera elección de magistrados para la Corte Constitucional será la efectuada por el Senado el 1° de diciembre de 1992".

En mi concepto, la sentencia, en últimas, viene a sostener, sin afirmarlo expresamente, que la inclusión de la Corte Constitucional en el artículo 29 transitorio sobra, no sólo por la razón plasmada en la providencia y que se transcribió antes, sino porque, aunque no lo diga, es evidente que la no reelección de los magistrados para integrar esa corporación dentro del sistema ordinario, como se le denomina en la sentencia, ya fue prevista en el artículo 239 de la Carta.

Pero, la anterior interpretación de la norma deja de lado el principio general según el cual entre dos criterios de interpretación debe preferirse el que conduzca a dar efectos a la disposición interpretada.

Al respecto me permito observar:

El artículo 29 transitorio de la Carta establece:

> "Para la aplicación en cualquier tiempo de las normas que prohíben la reelección de los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, sólo se tomarán en cuenta las elecciones que se produzcan con posterioridad a la promulgación de la presente reforma".

El texto anterior puede suscitar muchas críticas pero entre ellas no se puede señalar la de oscuridad.

En efecto, la norma es muy clara: Quienes hayan hecho parte de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional, con posterioridad a la promulgación de la Carta Política de 1991, están inhabilitados para ser reelegidos.

En la disposición transcrita no se alude a si la elección fue por un año o por menor.

Tampoco se especifica si se trata de elección bajo régimen transitorio o permanente.

Considero que si alguna excepción quería incluirse en el artículo 29 transitorio debía hacerse en forma expresa. Tal como se exceptuó expresamente en el artículo

22 transitorio a los ministros y magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de la inhabilidad prevista en el artículo 240 de la Carta.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio de interpretación a que se aludió atrás, considero que el artículo 29 transitorio reguló dos aspectos:

De una parte, excluyó del régimen ordinario de inhabilidad para ser reelegidos a los consejeros de Estado y a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, integrantes de tales corporaciones con anterioridad a la promulgación de la Carta y aquí acepto que conforme se dice en la sentencia, no puede aplicarse a los magistrados de la Corte Constitucional creada por la misma Carta, porque no es el caso de autos; pero de otra parte, es un hecho que creó una inhabilidad para los magistrados que integraron la Corte Constitucional por el período especial de un año, establecido en el artículo 22 transitorio de la Carta porque la situación fáctica descrita encaja perfectamente en el supuesto normativo.

Conforme a lo anterior, el artículo 29 transitorio, en relación con la alusión de los magistrados de la Corte Constitucional no sobra sino que adquiere su verdadero sentido: regular, entre otras, la situación de quienes integraron la Corte Constitucional por el período especial establecido en el artículo 22 transitorio y respecto a los cuales el artículo 239 no dice nada en relación con la posibilidad de su reelección.

En cuanto a la precisión que se hace en la sentencia en relación con la Ley 5ª de 1992, considero que no tiene cabida sin hacerse un análisis de los antecedentes, para deducir las consecuencias correspondientes. En realidad con el solo texto del artículo 319 de la Ley 5ª de 1992, lo más que se puede afirmar es que, en efecto, como dice la ley, la primera elección que realiza el senado para integrar la Corte Constitucional es la prevista para el 1° de diciembre de 1992, sin que pueda afirmarse que la norma le quita el carácter de tal a la realizada por el mecanismo establecido en el artículo 22 transitorio o que, conforme a la disposición legal, pueda darse la reelección.

En tales condiciones, considero que la Sala con los elementos de juicio que tenía a su disposición, ha debido declarar la nulidad de la elección de quienes siendo integrantes de la Corte Constitucional fueron reelegidos, o solicitar formalmente los antecedente de la Ley 5ª de 1992, para cotejar los antecedentes y tomar la decisión con mayores elementos de juicio, en lugar de denegar, como lo hizo, la pretensión de nulidad a que se refiere el numeral 1° de la anterior sentencia.

De los señores Consejeros,

Miren De La Lombana De Magyaroff.

fecha ut supra.

CONCEJAL-Inhabilidades/SANCION DISCIPLINARIA

No sería aceptable que quien ha sido inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos por disposición de autoridad competente pueda eludir los efectos de la sanción con sólo cambiar de entidad territorial para acceder a nuevo cargo. Ello en la práctica constituiría burla ostensible de la norma de derecho positivo que estatuye, en el régimen disciplinario, la sanción comentada.

PROCESO ELECTORAL/EXCEPCIONES PREVIAS-Improcedencia

En los procesos contencioso-administrativos, y el especial electoral es uno de ellos, no es procedente la formulación de excepciones previas en forma incidental, ni como motivos de nulidad, excepciones de fondo o motivos para recurrir. Así resulta de la derogatoria expresa del art. 163 del C.C.A. por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Amado Gutierrez Velásquez.*

Referencia: Expediente N° 1051. Actor: Mario Rochell Awad.

Por apelación, interpuesta por el apoderado sustituido del impugnador de la demanda, conoce la Sala de la sentencia de fecha junio dieciséis (16) del corriente año, en virtud de la cual el Honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró la nulidad de la elección, como contralor municipal de Ocaña, del señor Héctor Emiro Quintero Jaime.

Rituada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que en derecho corresponde partiendo del examen de los siguientes

ANTECEDENTES:

I. La sentencia apelada

El fallo que originó la inconformidad del recurrente declaró no probadas las excepciones previas de pleito pendiente, indebida identificación del demandado e inepta demanda, y anuló la elección como contralor de Ocaña del señor Héctor Emiro Quintero Jaime, efectuada por el concejo de ese municipio en sesión del 30 de mayo de 1992 para el período comprendido entre el 1° de junio de ese año y el 31 de diciembre de 1994. Tomó fundamento para ello en la inelegibilidad del citado Quintero Jaime por la sanción de destitución que le impuso el Gobierno Nacional mediante Decreto N° 737 de 10 de abril de 1989, recurrido en reposición y ratificado por el Decreto N° 1664 del 27 de julio del mismo año, de la cual y como accesoria también le dedujo inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de tres (3) años "...de conformidad con el artículo 17 de la Ley 13 de 1984...".

Consideró que la sanción disciplinaria en mención, no obstante haberla impuesto el Ejecutivo Nacional, produce efectos en todas las órbitas territoriales "... porque no tendrá lógica que no fuera así, esto es, que si a alguien se le destituye de un cargo nacional pueda laborar en uno municipal y viceversa, ya que el objetivo de la norma es que si una persona ha sido separada del servicio, no pueda ejercer ningún tipo de función pública por un término prudencial, cuyo plazo estipula mismas (*sic*) ley...".

II. Fundamentos de la apelación

La inconformidad con el fallo la sustenta el apelante reiterando los argumentos dados al proponer las excepciones de pleito pendiente, indebida identificación del demandado e inepta demanda por falta de los requisitos formales.

En nada se refiere a la cuestión de fondo examinada por el *a quo* para sustentar la declaración de nulidad del acto electoral acusado, aspecto que, por consiguiente, no amerita mayores disquisiciones de la Sala.

III. Concepto del Ministerio Público

Desestima las argumentaciones dadas para reiterar las excepciones, y en cuanto a la vigencia de la sanción disciplinaria acoge lo expuesto por el *a quo* con relación a la fecha desde la cual se puede contar la inhabilidad del señor Quintero Jaime para ser elegido o nombrado en cualquier empleo público.

CONSIDERACIONES:

En reiteradas oportunidades ha sostenido la Sala que en los procesos contencioso-administrativos, y el especial electoral es uno de ellos, no es procedente la formulación de excepciones previas en forma incidental, ni como motivos de nulidad, excepciones de fondo o motivos para recurrir. Así resulta de la derogatoria expresa del artículo 163 del C.C.A. por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989.

De esta categoría de medios exceptivos son los alegados por el impugnador de la demanda, que reitera su mandatario judicial para fundamentar el recurso que se desata, lo cual basta para inferir el fracaso de la apelación contra el fallo de primera instancia. Pero también, como es obvio, a revocar lo resuelto por el *a quo* en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas, toda vez que no es pertinente pronunciamiento al respecto, sino que, de relacionarse con lo que es objeto del debate contencioso administrativo su dilucidación debe hacerse con el examen de mérito de la cuestión *sub judice*.

No sobra observar, sin embargo, que la planteada excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, sustentada en que el actor acompañó copia del Acuerdo aprobatorio del presupuesto municipal de Ocaña sin la constancia de su publicación, implicaría, de darla por probada, que el proceso es de única instancia ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. A ello conduce la circunstancia de no tener cuantía la acción de nulidad electoral, por lo que el requisito de acreditar el presupuesto municipal cuando se trata de demanda contra elección efectuada por los Concejos o de los nombramientos hechos por autoridades municipales, atañe sólo a la determinación de las instancias del proceso (art. 131, numeral 3° del C.C.A., subrogado por el artículo 2° del Decreto-Ley 597 de 1989). De allí la grave contradicción que entraña el argumento que al respecto plantea el recurrente, pues de prosperar simplemente, llevaría a la abstención de todo pronunciamiento del juzgador de segunda instancia, quedando en firme el fallo apelado.

La Sala, por lo demás, tiene por acertados los razonamientos que formula el *a quo* en cuanto a las mal propuestas excepciones de pleito pendiente e indebida identificación del demandado aunque, como ya se anotó, sin lugar para pronunciamiento especial.

Resta observar que el segundo de los citados medios exceptivos se apoya en un supuesto procesalmente erróneo, cual es el de entender que en los procesos especiales electorales son personas naturales las demandadas.

Lo acusado es el acto de elección, que en el proceso está precisamente individualizado como el que produjo el Concejo de Ocaña en sesión del 30 de mayo de 1992 para elegir contralor municipal. Por ello el yerro en que incurrió el actor al consignar el segundo nombre del elegido es cuestión sin ninguna relevancia, máxime cuando en el cuerpo de la demanda se encuentra escrito de modo correcto.

Por lo demás, el juicio valorativo que hizo el *a quo* de la sanción disciplinaria de destitución del señor Oscar Emiro Quintero Jaime, en el cargo de Jefe de División, Código 2040, Grado 14 del Distrito de Obras Públicas N° 2, Ocaña, con la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de tres (3) años, impuestas con los Decretos del Ejecutivo Nacional números 737 de 10 de abril de 1989 y 1164 de 27 de julio del mismo año, es a todas luces acertado. No sería aceptable que quien ha sido inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos por disposición de autoridad competente pueda eludir los efectos de la sanción con solo cambiar de entidad territorial para acceder a nuevo cargo. Ello en la práctica constituiría burla ostensible de la norma de derecho positivo que estatuye, en el régimen disciplinario, la sanción comentada.

Y por lo que atañe a la falta de prueba acerca de la publicación de los aludidos decretos, basta con destacar que esos actos administrativos fueron notificados al citado Héctor Emiro Quintero, dejando constancia en cuanto a la del Decreto 1164 de 1989, de su publicación en el Diario Oficial. Además, la previsión del artículo 46 del C.C.A. versa únicamente con aquellas decisiones que afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, quedando la publicación "a... juicio de las autoridades...".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto de la señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **Revócase** el punto primero de la parte resolutiva del fallo apelado. En lo demás, confírmase la sentencia apelada.

2. **Reconócese** personería al abogado Daniel Antonio Rodríguez Mora, como apoderado sustituto del señor Héctor Emiro Quintero Jaime, en los términos del memorial visible al folio 154.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL-Requisitos/MANIFIESTA INFRACCION/ ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/JUNTA DIRECTIVA/DELEGADO DEL CONCEJO-Período/SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Al referirse la norma en su numeral 2° a la "manifiesta infracción" de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la nulidad, dado que aquella expresión en su concepción semántica, es comprensiva de los que debe ser evidente, claro, descubrirse en el acto mismo de la confrontación, es decir, "a primera vista" sin necesidad de recurrir a ningún análisis de fondo, pues si éste dá lugar, la infracción no es manifiesta debiéndose dejar el asunto para las reflexiones ponderadas de la sentencia. Si bien la norma consagra que el período de los delegados del Concejo a las Juntas o Consejos directivos de las entidades descentralizadas del municipio, deberá coincidir con el período de la corporación que hizo su elección, ello no impide que este período se vea interrumpido para los delegados al presentarse alguna de las situaciones que contemplan los artículos 161, inciso 3° y 163 del Decreto 1333 de 1986, especialmente esta última que se refiere a la imposición de sanciones por parte de la Procuraduría General de la Nación, cuando los miembros de dichas juntas incurran en alguno de los casos que ella contempla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente N° 1065. Electoral Segunda Instancia. Actores: Ricardo Alberto Mendieta Rubiano Y Héctor Ortiz Guerrero

A través de apoderado legalmente constituido, los actores de la referencia concurrieron ante el Tribunal Administrativo de Boyacá solicitando, previo el trámite del proceso especial electoral, la nulidad del acto expedido por el Concejo Municipal de Chiquinquirá en sesión ordinaria realizada el 7 de marzo de 1993, en virtud del cual eligió a los ciudadanos MIGUEL ANTONIO RODRÍGUEZ Y MILTON SAMUEL GONZÁLEZ FORERO, como delegados ante la Junta de la Corporación de Desarrollo de la mencionada localidad y como consecuencia de la nulidad disponer, que los señores HÉCTOR ORTIZ GUERRERO Y RICARDO ALBERTO MENDIETA RUBIANO, quienes fueron remplazados por aquéllos, tienen derecho a ejercer esas delegaciones por el período indicado en los artículos 314 de la Constitución Nacional y 19 transitorio de la misma.

SUSPENSION PROVISIONAL:

En el acápite 4°, del libelo demandatorio, solicitan los demandantes la suspensión provisional del acto acusado, al considerarlo manifiestamente violatorio del artículo 20 de la Ley 53 de 1990, al señalar el precepto que el período de los delegados del Concejo a las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del municipio, deberá coincidir con el período de la corporación que hizo la elección.

Al efecto se argumenta, que de acuerdo a disposición expresa del artículo 314 de la Constitución Nacional, el período de los concejales elegidos en 1992 es de tres (3) años y éstos conforme al artículo 19 transitorio de la misma carta, ejercerá sus funciones hasta el 31 de diciembre de 1994.

"En el caso *sub-lite*, los señores GONZÁLEZ FORERO Y RODRÍGUEZ OBANDO fueron elegidos de manera abiertamente ilegal cuando no había transcurrido siquiera un (1) año del período de tres (3) años para el cual habían sido elegidos por expresa disposición legal los señores MENDIETA RUBIANO Y ORTÍZ GUERRERO", quienes —estiman los actores— no podían ser cambiandos ni removidos durante ese período, puesto que una vez efectuada la elección como delegado del concejo o la junta del ente descentralizado del orden municipal, el ejercicio de esa potestad por parte de la corporación quedó agotada sin que pueda ser ejercida de nuevo.

El tribunal de instancia en auto del 4 de agosto de 1993 (fl. 64 y s.s.) al admitir la demanda, denegó la suspensión provisional impetrada por considerar que del simple cotejo solicitado por los actores, entre la norma que invocan como infringida y el acto acusado, "no surge a primera vista la evidencia de esta circunstancia, porque el postulado legal nada dice a la estabilidad de los delegados nombrados, ni expresamente prohíbe su remoción durante dicho lapso; máxime, cuando el acto acusado habla de "restructuración de algunas juntas directivas de los institutos descentralizados de orden municipal" (fl. 49), por citación previa para tal fin (fl. 46), lo cual implica la existencia de situaciones de hecho sólo posibles de analizar en el respectivo fallo con la finalidad de dilucidar la legalidad o ilegalidad de la nueva elección de los delegados del caso...".

EL RECURSO DE APELACION:

Se impugna la decisión contraria a las pretensiones de la parte demandante, al estimar su Procurador Judicial que la providencia presenta una "considerable fisura en la interpretación del artículo 152 del C.C.A.".

A este respecto plantea que el*a-quo* admite el primer presupuesto de la disposición, al encontrar que existe manifiesta infracción de las normas que invoca como quebrantadas, según las cuales el período de los delegados en el caso caso *sub-examine* se extiende hasta el 31 de diciembre de 1994, período que fue cercenado en dos años por el acto acusado.

No obstante —continúa— admitida la manifiesta infracción, la providencia le "introduce un elemento extraño y ajeno que no aparece previsto en la ley, como es el concepto de "a primera vista", el que podrá tener efectos al observar un objeto material en su aspecto externo, más no en la interpretación de aquélla.

Aduce que en la providencia recurrida no se realizó el ejercicio de confrontación y por el contrario se habla de situaciones no contempladas en el acto acusado ni en la ley, como es el caso de entrar a considerar la no prohibición en ésta, de que los delegados puedan ser removidos durante su período constitucional y legal.

CONSIDERACIONES:

No asiste razón al recurrente al presentar como argumento para expresar su inconformidad con el auto admisorio de la demanda en cuanto denegó la solicitud de suspensión provisional, la afirmación de que el *a-quo* no confrontó el acto impugnado con la norma que adujo como directa y ostensiblemente infringida, esto es, el artículo 20 de la Ley 53 de 1990.

Si se repasa el texto de la providencia objeto de alzada se encuentra, como lo hace la Sala, que el tribunal no sólo relaciona la antecitada norma con los artículos 314 y 19 transitorio de la Constitución Nacional, sino que hace la cotejación echada de menos.

En efecto, así expresa después de referirse a tales disposiciones y a los fundamentos de hecho de la solicitud.

"Sin embargo, del simple cotejo de la norma alegada como manifiestamente infringida con el acto acusado, no surge a primera vista la evidencia de esta circunstancia..."; las razones para llegar a tal conclusión aparecen en la parte motiva de este proveído, haciéndose innecesaria su repetición.

Tampoco es acertado el memorialista en la argumentación que a manera de crítica, hace a la expresión "a primera vista" que emplea el tribunal en el auto objeto de revisión, porque esta locución es, entre varias, una de las utilizadas de manera

constante por la Jurisprudencia de la corporación, en la interpretación del artículo 152 del C.C.A., con el propósito de hacer esta preceptiva más entendible en su significado y alcance, concretamente, al referirse la norma en su numeral 2°, a la "manifiesta infracción" de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la nulidad, dado que aquella expresión en su concepción semántica, es comprensiva de lo que debe ser evidente, claro, descubrirse en el acto mismo de la confrontación, es decir, "a primera vista" sin necesidad de recurrir a ningún análisis de fondo, pues si a esto da lugar, la infracción no es manifiesta debiéndose dejar el asunto para las reflexiones ponderadas de la sentencia.

A este criterio que es precisamente el aplicado por el *a-quo*, adhiere la Sala después de examinar en vía de revisión la confrontación motivo de inconformidad y encontrar que, ciertamente, de la sencilla comparación del acto impugnado con el artículo 20 de la Ley 53 de 1990, no puede deducirse tan claramente la infracción alegada, porque además de lo que se expone acertadamente en la providencia apelada si bien la norma consagra que el período de los delegados del Concejo a las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del municipio, deberá coincidir con el período de la corporación que hizo su elección, ello no impide que ese período se vea interrumpido para los delegados al presentarse alguna de las situaciones que contemplan los artículos 161, inciso 3° y 163 del Decreto 1333 de 1986, especialmente esta última que se refiere a la imposición de sanciones por parte de la Procuraduría General de la Nación, cuando los miembros de dichas juntas incurran en alguno de los casos que ella contempla.

Se hace énfasis en lo dispuesto por el artículo 163, puesto que en el Capítulo IV del Acta N° 007 del 7 de marzo de 1993 vista a folios 53 y s.s., que contiene el acto de elección demandado, consta que antes de procederse por el concejo a la "restructuración de algunas juntas directivas de los institutos descentralizados del orden Municipal", el presidente dio lectura al Oficio N° 0143 de febrero 16 de 1993, recibido del Procurador Regional de Chiquinquirá y al Oficio N° 0025 de mayo del mismo año enviado al Procurador General de la Nación, sin que del contenido de sus textos se haya dejado constancia en el acta, ignorándose si hay de por medio algunas sanciones o cual la incidencia de esos comunicados en la elección, partiendo del supuesto de la antecitada norma.

Los aspectos anteriormente analizados impiden dilucidar en esta oportunidad y con la claridad requerida, si realmente el acto acusado es violatorio de la norma invocada por el actor, por tanto el auto recurrido deberá ser confirmado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar el auto de fecha 4 de agosto de 1993, en cuanto deniega la solicitud de suspensión provisional.

Copíese, notifíquese, devúelvase al tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren De La Lombana De Magyaroff, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

La Imprenta Nacional de Colombia

realizó el diseño gráfico de

« Anales del Consejo de Estado »

3er. trimestre de 1993 Tomo II

y terminó su impresión en febrero de 1996

Ivstittia et Litterae