REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXIV
CUARTO TRIMESTRE
SEGUNDA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1993

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE DE 1993

Presidente
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO
Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Secretaria: Dra. Katerine Karakalpakis Calderón

SECCION SEGUNDA

Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Secretaria: Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA
Secretaria: Doctora Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Presidente

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Secretario: Jorge A. Torrado Torrado (Hasta el 31 de julio)
Srta. Judith López Díaz (E) (desde el 1o. de agosto a 15 de septiembre)
Doctor Carlos Alberto Flórez Rojas (Desde el 16 de septiembre)

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Presidente

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

Secretario: Dr. Octavo Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. HUMBERTO MORA OSEJO
Presidente

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

Secretaria: Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

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

RELATORES

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

SECCION TERCERA

DEMANDA - Interpretación / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La demanda está lejos de constituir un modelo de técnica. Es en estos casos, sin embargo cuando el Juez ha de aplicar sus esfuerzos de interpretación, orientado por el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial; bajo ese precepto rector de la función jurisdiccional, la Sala estima que, de la demanda -si bien incorrecta-, no se pueden deducir los efectos jurídicos propios de la ineptitud, con mayor razón cuando no se ejercieron los poderes correctivos en el momento de estudiar y decidir la admisión de la demanda; esa omisión genera, como es lógico, la confianza del demandante en la aptitud jurídica del acto de introducción procesal, situación que está igualmente bajo la protección constitucional en el principio de la buena fé. Se debe desde ahora interpretar la demanda para deducir que la verdadera intención del actor fué reclamar los perjuicios de la Nación representada por el Ministro de Defensa, en los términos del C.C.A. No existe, por consiguiente, la falta de legitimación en causa pasiva, circunstancia que impone la decisión de fondo.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO / ACTIVIDADES PELIGROSAS / USO DE ARMA OFICIAL

Hubo imprevisión y falta de cuidado en la realización de los ejercicios de polígono; solo ello puede explicar que no se hubieran apostado guardias vigilantes para que personas no autorizadas pudieran penetrar al interior de las instalaciones militares o que no obstante hallarse por fuera de su perímetro, pudieran colocarse a distancia suficiente o al alcance de las armas usadas en las

maniobras. La situación de la Brigada Militar constituye de por si un riesgo para los ciudadanos que habitaban en el entorno y exige la adopción de especiales medidas de seguridad, en particular cuando se ejercitan actividades de suyo peligrosas como las atinentes a la manipulación de las armas de fuego.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 6474. Actor: JOSE ANTONIO CONDE VILLALBA Y/O. Demandado: LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba, el 9 de octubre de 1990, por medio de la cual se declaró inhibido para decidir de fondo por ilegitimidad de personería por pasiva.

La acción incoada en el *sub-lite* es la de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A.; la demanda está presentada en oportunidad legal, el 15 de julio de 1988, según la constancia visible al fl. 9 vto. y con ella se pretende obtener que la entidad pública referenciada fuese declarada patrimonialmente responsable de la muerte, por descuido en el uso de las armas de dotación, de WASHINGTON ROBINSON CONDE LENES, en hechos ocurridos el 8 de junio del citado año, los cuales fueron protagonizados por tropas de la XI Brigada del Ejército Nacional acantonadas en la ciudad de Montería, en el Departamento de Córdoba.

La causa *petendi*, en síntesis, narra los siguientes hechos:

1.- JOSE ANTONIO CONDE VILLALBA y MARIA APOLINAR LENES SIERRA, contrajeron matrimonio Católico el 2 de marzo de 1957, ceremonia protocolizada en la Notaría Única del Círculo de Ciénaga de Oro (fl. 12) y procrearon al occiso el 15 de noviembre de 1961; desde 5 años antes de la fecha de su muerte, la víctima convivía en forma continua y pública con CLARA GALVAN CORREA, en el Barrio Las Colinas, colindante con la sede en la que se encuentra acantonada la XI Brigada del Ejército Nacional.

"El dia (8) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), entre las diez y media u once de la mañana, se encontraba el joven Washington Robinson Conde Lenes en su casa de habitación. Estando en dicha casa,

sintió algo extraño en su cuerpo, acompañado de profundo dolor. No sabía lo que le estaba pasando. Llamó a la señora María Vertel Pastrana, vecina del mismo, en virtud de la desesperación que tenía, y en virtud de la realidad de lo que le estaba pasando, se dio cuenta que el problema que tenía era una herida de bala. Se pudo verificar que la bala había llegado hasta la espalda, sin haber salido, pues allí se notaba la protuberancia.

"La casa donde sucedieron los hechos, en donde habitaba Washington Robínson Conde Lenes, está ubicada en la cúpula del cerro, que colinda o limita con terrenos de la Brigada del Ejército en Montería. En el sitio donde sucedieron los hechos se oyen plenamente los disparos que hacen en la práctica de polígono de la misma Brigada sus integrantes. Sobra anotar, que es una irresponsabilidad manifiesta por parte de los integrantes que practican en dicho lugar el polígono, por la elemental razón de que alrededor de dicho sitio hay muchos vecinos, entre ellos, mujeres, niños, ancianos, por lo cual en dicha práctica de polígono se debe tomar precauciones de necesidad elemental, para evitar lamentable accidente.

"Estando Washington Robinson Conde Lenes mortalmente herido, por las muestras manifiestas que se le veían en su cuerpo sin saber a ciencia cierta que era lo que le estaba pasando, porque no demostraba sino pequeñas huellas de sangre en un orificio en su cuerpo, fué llevado enseguida a los cuarteles de la Brigada XI del Ejército de esta ciudad.

"En dicha Brigada, en vista de que ya tenía en forma palmaria la responsabilidad de los hechos acecidos(sic), no les quedó otra alternativa que darle al herido todas la atenciones urgentemente pertinentes, por lo cual lo hicieron conducir en primera instancia a la enfermería de la Brigada, donde le practicaron todos los auxilios médicos primarios por parte de una profesional de la entidad. Posteriormente lo llevaron en un vehículo de propiedad de la Brigada al Hospital San Jerónimo de Montería. En dicho centro hospitalario fué intervenido quirúrgicamente varias veces, en una de las intervenciones quirúrgicas, le fué extraído un proyectil, que fué descrito por el facultativo que lo atendió en el hospital, en el experticio médico que se presenta con esta demanda. Como se podrá determinar en el momento legal procedente el proyectil que le fue extraído del cuerpo del occiso, corresponde a una arma de largo alcance y de uso privativo de las Fuerzas Armadas de Colombia.

"Como se demuestra, con la prueba legal pertinente, el señor Washington Robinson Conde Lenes murió el 10 de junio de 1988 en el Hospital San Jerónimo de Montería, tal como lo certifica el facultativo de dicho Hospital.

SECCION TERCERA

"Como prueba fehaciente o fidedigna de la responsabilidad de la Brigada XI del Ejército acantonada en Montería no solamente dicha entidad compró la caja mortuoria y suministraron vehículo de la misma para conducir el cadáver del occiso al Municipio de Ciénaga de Oro, lugar de la residencia de los padres, sino que también se hicieron responsables para sufragar todos los gastos que extrañase inhumación.

"Este hecho evidentemente manifiesto, palmario, está demostrado en forma diáfana la responsabilidad de la Brigada XI del Ejército acantonada en Montería en la inmolación de este joven que apenas estaba comenzando a vivir.

"Debo aclarar, que el certificado de defunción, que se anexa a esta demanda, aparece el muerto como perteneciente a las Fuerzas Armadas de Colombia, como soldado, por lo cual fue atendido sin dilación de ninguna naturaleza en el Hospital San Jerónimo, pero en la verdad desnuda de los hechos, el muerto no hacía parte integral al momento del fallecimiento del Ejército de Colombia, pues antes si hizo parte de la misma como soldado.

"Como lo puede verificar el señor Magistrado, presentó la prueba contundente de que el joven Washington Robinson Conde Lenes murió por perforación intestinal por herida de una arma de fuego, según consta en el certificado de defunción.

"En virtud, de todo lo relacionado, en los hechos de esta demanda, está perfectamente determinado que el proyectil que le quitó la vida al joven Washington Robinson Conde Lenes, fue una bala que provenía de las prácticas que estaban haciendo en el polígono los militares pertenecientes a la Brigada XI del Ejército en Montería. No solamente se demuestra esto con basamento o sustentáculo en los hechos que están demostrados sino que también se demuestran con todos los hechos subsiguientes a la muerte del joven Washington Robinson Conde Lenes, hechos estos que son prueba clara de las responsabilidad de las Fuerzas Militares acantonadas en Montería, porque, como es elemental si no se hubieran sentido responsables de la muerte del joven no hubieran hecho nunca lo que hicieron a la postre.- Desde el momento que hicieron todo lo que hicieron, fue porque se sentían responsables de la muerte del joven, que sobra decir lo inmolaron sin ninguna responsabilidad penal personal. Todo fue fruto de la imprevisión, por lo cual, tengo la plena convicción de que todo fue materia del error imprevisible. Solamente Dios sabe a quien le corresponde la irresponsabilidad.

"A todo lo anterior, de lo cual surgen indicios claros y evidentes de la responsabilidad de la Brigada XI del Ejército de Montería, y se habla de indicios porque son hechos debidamente comprobados, como es la conducta asumida por la entidad militar en relación con el caso que se dilucida, hay otro hecho, que también se traduce en la realidad de lo sucedido al occiso, como es que en una lámina de plástico que sirve de pared a la casa en donde se encontraba el mismo el día de los hechos, presenta una perforación que fue hecha por el proyectil disparado en la mencionada Brigada XI del Ejército y que en esos momentos estaban haciendo prácticas de polígono, sobre el hecho de la perforación de la mencionada lámina de plástico, y sobre todo el hecho del estado en que quedó el occiso en el momento que su cuerpo fue perforado por el proyectil anotado, en forma inmediata acudieron a ese lugar varías personas para percatarse de lo que estaba sucediendo y pudieron comprobar en realidad en los predios de la Brigada XI del Ejército estaban haciendo prácticas de polígono, sobre todo lo cual pueden testimoniar los señores Flor María Vertel, Marcial Ojeda S, Rafael Lozano N, Armando Deber de Arco, Urbina Barón Villadiego, Víctor Teherán, Rosa Argumedo, Tarcisio Torres, Gustavo Antonio Barón, Leonidas Narváez, Clara Araujo Correa y otros.

"En relación con los hechos, también es necesario hacer incapié en lo siguiente: Una vez las personas mencionadas se trasladaron con el herido a la entidad militar y explicaron todo lo sucedido, se dio orden inmediata que se suspendieran las prácticas de polígono que estaban haciendo, como realmente sucedió. El herido, como se explicó antes fue trasladado inmediatamente a la enfermería de la Brigada XI del Ejército, en donde se le hicieron las primeras atenciones médicas de rigor como se explicó antes, en virtud de la gravedad de la herida que presentaba el joven, en un vehículo de la Brigada fue conducido al Hospital de San Jerónimo de Montería, en donde fue intervenido quirúrgicamente por los Doctores Antonio Marosso y Roger Herazo Royeth, quienes pese a sus intervenciones quirúrgicas de urgencia no pudieron evitar el desenlace fatal, pues posteriormente, a los dos días el Doctor Alfredo Rubio expidió el certificado de defunción, quien manifestó que la causa principal de la muerte se produjo por una perforación intestinal producida con arma de fuego." (fls. 2 a 4).

El *a-quo* dio curso a la demanda y notificó el auto admisorio al Ministerio de Defensa Nacional, el cual se hizo representar judicialmente por medio de apoderado especial (fls. 19 a 30). Vencido el término probatorio y luego del traslado a las partes para alegar de conclusión, el Tribunal profirió la sentencia materia de la impugnación en virtud de la cual deniega las pretensiones que se le plantearon en libelo demandatorio según se dejó anotado al principio de esta

providencia. En opinión del *a-quo*, no hay lugar a dictar sentencia de mérito, pues de menos el presupuesto procesal de la legitimación en la causa por pasiva; para fundamentar su punto de vista, hace las siguientes reflexiones:

> "Uno de los presupuestos procesales, lo constituye la capacidad para ser parte en el proceso, bien por activa como por pasiva. En el presente caso la acción se encaminó según el petitum contra el Ministerio de Defensa Nacional con domicilio en Bogotá, ubicado en el Centro Administrativo Nacional, CAN, representado legalmente por el señor Ministro de Defensa, general del Ejército Rafael Samudio Molina o quien haga sus veces."
>
> "Los Ministerios entre ellos el Ministerio de Defensa, no tiene personería y por lo mismo no pueden comparecer en juicio no como demandantes ni como demandados, aunque sea el Ministerio quien representa a la Nación en cada caso."
>
> "....."
>
> "En el presente caso, la demanda debió dirigirse contra la Nación Colombiana y no contra el Ministerio de Defensa, pues éste no tiene capacidad para ser parte. Luego si ello es así, falta el presupuesto procesal capacidad para ser parte, lo que trae como consecuencia un fallo inhibitorio." (fls. 191 a 199).

Insatisfecho con el contenido del fallo, encontrándose en oportunidad legal, la parte actora lo apeló y sustentó el recurso en el escrito agregado a los fls. 201-202; el recurrente, pide revocar el proveído objeto de su impugnación y en su lugar despachar favorablemente las súplicas que formuló en la demanda; en apoyo de su solicitud, además de citar la jurisprudencia de la Corporación, aduce que el fallo en cuestión viola los artículos 2, 55 y 57 de la Constitución Política anterior, 3 y 149 del C.C.A. y agrega: "Los artículos anteriores de la Carta Política expresan claramente que el Gobierno o la Nación están representados por el Presidente y los Ministros; yo no entiendo el porqué se sale ahora diciendo en una sentencia inhibitoria que el Ministerio de Defensa no es la Nación, porque dizque no tiene personería jurídica. Acaso la Carta Magna no le está dando esa personería?

> "El Honorable Consejo de Estado en varias oportunidades se ha pronunciado en contra del excesivo formalismo, que muy seriamente puede finalizar en denegación de justicia. Tampoco entiendo el porque el Tribunal de inhibe para fallar, existiendo la norma empresa y clara contemplada en el art. 3o. del C.C.A. Cual la razón para que el mismo Tribunal se hubiere

declarado inhibido después de tres años de haberse presentado la demanda, es decir, que esperó para que la acción estuviese caducada y no hubiere posibilidades de presentar nuevamente aquel libelo."

En el término concedido para alegar de conclusión en el segundo grado la actora guardó silencio; la parte demandada hizo llegar el memorial que se observa a los fls. 212 y 213 en el cual solicita se confirme la decisión adoptada por el fallador de primera instancia pues el art. 137 del C.C.A imponía que la demanda estuviera dirigida contra la Nación y no como se hizo contra el Ministerio de Defensa, pues este no tiene capacidad para ser parte. El Doctor Fernando Ospina Henao, Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado, es del criterio que se debe acceder a lo pedido por el recurrente, por dos razones fundamentales que se sintetizan en los siguientes apartes:

La Primera: "Auncuando (sic), la demanda en su *petitum* no es un modelo de técnica jurídica, sin embargo, en tratándose de una acción de reparación directa por responsabilidad extracontractual, con citación y audiencia del Ministerio Público y del representante legal del respectivo Ministerio, en éste caso el Sr. Ministro de Defensa Nacional, esta agencia Fiscal considera que esa falta de técnica procesal del libelo quedó subsanada con la admisión de la demanda y la notificación de dicho auto al señor Ministro de la Defensa Nacional, quien a folio 24 vto, se notificó personalmente y constituyó apoderada, a quien se le reconoció personería y actuó en el proceso como apoderada de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional." (fls. 218-219).

La segunda y ultima: "Está probado que se hacían prácticas de tiro en el batallón, el día y la hora en que resultó herido el Señor Conde Lenes, y que el proyectil extraído a la víctima, corresponde a una arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Luego se presume la culpa que se ha de endilgar a la Nación por los hechos que se han analizado." (fls. 221-222)

LA SALA CONSIDERA:

El recurrente y el Ministerio Público tienen razón, de la cual esta despojado el fallo apelado; la relación jurídico-procesal se trabó entre partes legitimadas para postular las pretensiones y para oponerse a ellas, vale decir, para actuar como sujetos activo y pasivo de la pretensión; por otra parte y como adelante se analiza, están reunidos los supuestos axiólogos que comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración, circunstancias que imponen revocar la decisión del *a-quo* y dictar fallo de fondo, accediendo a la mayoría de las pretensiones formuladas.

SECCION TERCERA

1.- En múltiples oportunidades la Sala ha sostenido, de manera constante, que el juez está obligado a interpretar la demanda, en su contexto, con el objeto de precisar su alcance y contenido,en aras de aplicar una recta y cumplida justicia y evitar las providencias inhibitorias.

En sentencia del 20 de enero de 1989, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (Expediente No. 339, Actor: Pablo Segundo Galindo), con ponencia del Consejero Doctor Guillermo Benavídes Melo, la Corporación al resolver un caso muy cercano con el presente, dijo:

> "Es verdad que el derecho es forma. Mas no puede extremarse el aforismo hasta el punto de considerar que falla fundamentalmente la demanda por una irregularidad como la indicada, mucho menos cuando en el auto admisorio de la misma se dispuso la notificación personal al Ministerio, disposición que ha de entenderse en el sentido de que tal comparecencia se ordenó porque el Ministro para este caso representa a la Nación, toda vez que legítimamente ha de concluirse que el conductor del proceso conoce la ley y por lo tanto no le es extraño el artículo 149 del C.C.A. que gobierna lo relacionado con la representación de las personas públicas."

En el caso que examina la Sala, no hay duda de que la demanda está lejos de constituir un modelo de técnica. Es en estos casos, sin embargo cuando el Juez ha de aplicar sus esfuerzos de interpretación, orientado por el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial; bajo este precepto rector de la función jurisdiccional, la Sala estima que, de la demanda-si bien incorrecta- no se pueden deducir los efectos jurídicos propios de la ineptitud, con mayor razón cuando no se ejercieron los poderes correctivos en el momento de estudiar y decidir la admisión de la demanda; esa omisión genera, como es lógico, la confianza del demandante en la aptitud jurídica del acto de introducción procesal, situación que está igualmente bajo la protección constitucional en el principio de la buena fe. Esta breve reflexión conduce a señalar que únicamente circunstancias excepcionalmente graves e insubsanables pueden conducir a la producción de un fallo inhibitorio el cual, pese a su presentación neutral, reviste, en materia administrativa contenciosa, efectos generalmente desastrosos y fatales para el actor; es oportunidad ésta para recordar la obligación que tiene el juez de estudiar seriamente la demanda en el momento de decidir sobre su admisión, de modo que el auto que la ordene no se convierta en un trámite más del proceso del que se pueda desentender el magistrado conductor del mismo.

La demanda dirigida contra el Ministerio de Defensa y no contra la Nación, siendo como es, la última, y no el primero, la titular de personalidad y, por lo tanto, de capacidad de comparecencia al proceso, es un asunto tan ostensible

que se debió tener en cuenta desde los momentos iniciales del proceso; como tal cosa no se hizo, se debe ahora interpretar la demanda para deducir que la verdadera intención del actor fue reclamar los perjuicios de la Nación representada por el Ministro de Defensa, en los términos del C.C.A, No existe, por consiguiente, la falta de legitimación en causa pasiva, circunstancia que impone la decisión de fondo, y, por ende, la revocatoria de la sentencia apelada.

La acción fue promovida en término hábil por las personas que tienen derecho a postular las pretensiones en cuanto acreditan el parentesco aducido en la demanda (fls. 11 y 12).

2.- Esta debidamente probado que la Décima Primera Brigada del Ejército Nacional se encuentra acantonada en la ciudad de Montería, Departamento de Córdoba, y que dentro de sus instalaciones se realizan prácticas propias de la milicia, entre ellas, las de polígono o de disparo a siluetas. La sede castrense colinda con el Barrio Las Colinas que en una de cuyas viviendas, de las más cercanas a la instalación militar, residía la víctima y algunos de sus familiares.

Con el acta de diligencia de inspección judicial practicada el 20 de junio de 1988 (fls. 78 y ss) y con las declaraciones recibidas en el proceso, se establece la inexactitud de lo afirmado en la demanda, en el sentido de que la víctima recibió el tiro fatal mientras se encontraba al interior de su casa de habitación; esa conclusión se impone, luego de las siguientes consideraciones el arma que produjo el disparo, -Fusil G-3 o Galil-, tiene un alcance aproximado de 400 metros; entre el sitio donde se practica el polígono y la vivienda de la víctima hay una distancia aproximada de 1.220 metros; en el espacio que está de por medio, el terreno presenta un fuerte desnivel, superior a 50 metros; la casa solo hubiera podido ser alcanzada con él disparo, por rebote, que no se dio por falta de fuerza y porque el proyectil no presenta deformación por un impacto de esa naturaleza; finalmente, las paredes no presentan ninguna perforación por donde hubiera podido pasar la bala y llegar hasta donde se hallaba reposando el occiso (fls. 139 a 141).

Las inspecciones judiciales realizadas el 8 de julio de 1988 y el 9 de mayo de 1989 y las declaraciones del Capitán Cardona Pinzón Germán, del Subteniente Luis Gómez Díaz, del Teniente Guillermo Vargas, del Soldado Leopoldo Blas Antonio Jiménez y de Emma Cerpa (fls. 104 ss, 139 ss, 76 81, 86, 94 y 96), todas contestes y convincentes sobre la razón de su dicho, permiten establecer que la víctima salió de su casa de habitación en dirección a una zona cubierta de maleza, intermedia con la de polígonos de las instalaciones militares,en donde se dedicó, según algunas versiones, a cazar pájaros y según otras, a recoger leña; mientras desarrollaba alguna de dichas actividades, fue alcanzado por el

proyectil disparado por los conscriptos; el informe rendido al efecto por el Comandante de Contraguerrilla de la Unidad Militar reconoce que el siniestro se produjo con armas y por agentes oficiales, en los siguientes términos:

> "El señor TE. VARGAS SANCHEZ GUILLERMO Comandante de la Contraguerrillas "PUMA" se encontraba cumpliendo con el horario de Instrucción, a lo cual correspondía Polígono, donde desarrollando el tiro instintivo resultó herido el señor ROBINSON WINSTON(sic) CONDE LENES por un tiro de munición 7.62, fue atendido inicialmente por la Oficial de Sanidad de la Brigada TE. MED. CLARA ESPERANZA DIAZ GALVIZ en el dispensario de la unidad, posteriormente ella lo envió al Hospital de la localidad para su atención y mejoría." (fl. 68).

Refuerza lo dicho el dictamen de balística, en cuanto da cuenta que el proyectil fue "disparado con una arma de energía cinética superior a las 350 libras/pie (fusil), de uso privativo de las Fuerzas Militares de Colombia." (fl. 60 y 148).

Como lo dice el informe oficial, desde el primer momento las autoridades militares asumieron con responsabilidad las obligaciones que les entraba el siniestro: Le prestaron los primeros auxilios médico-asistenciales, lo trasladaron al hospital de la ciudad y producido el deceso, se ocuparon del pago de los gastos de entierro en la Nueva Funeraria Gómez. Según el registro civil de defunción y la historia clínica, el paciente falleció como consecuencia de perforación intestinal producida con arma de fuego, que dio lugar a una sepsis o schok pséptico por anaerobios o gran negativos, que a su vez le produjo un paro cardiorespiratorio y como consecuencia natural y directa la muerte (fls. 13, 92 , 133 -134).

La situación antes descrita indica que hubo imprevisión y descuido en la realización de los ejercicios de polígono; solo ello puede explicar que no se hubieran apostado guardias vigilantes para que personas no autorizadas pudieran penetrar al interior de las instalaciones militares o que no obstante hallarse por fuera de su perímetro, pudieran colocarse a distancia suficiente o al alcance de las armas usadas en las maniobras. La situación de la Brigada Militar constituye de por si un riesgo para los ciudadanos que habitaban en el entorno y exige la adopción de especiales medidas de seguridad, en particular cuando se ejercitan actividades de suyo peligrosas como las atinentes a la manipulación de las armas de fuego.

La administración no hizo esfuerzo para librarse de las imputaciones de la demanda y como no aparece probado que los hechos se hubieran generado por razones de fuerza mayor, o de hecho exclusivo de un tercero o de la propia

víctima, quedó incólume la presunción de falla o de falta del servicio por el inadecuado uso de las armas oficiales y, por consiguiente, el Estado debe reparar los perjuicios infligidos a los demandantes (arts. 16 de la Constitución anterior y 90 de la actual).

La legitimación en la causa respecto de las personas afectadas con el daño, se acreditó suficientemente con las copias del registro civil de matrimonio y de nacimiento allegados a los autos a fls. 11 y 12 ; conforme a las orientaciones de la Sala los demandantes tienen derecho al reconocimiento de los perjuicios morales que reclaman, en la suma equivalente, en pesos colombianos, a mil gramos (1.000) de oro fino para cada uno de ellos; para su pago se tendrá en cuenta el precio interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia, oportunidad a partir de la cual sobre las sumas así liquidadas se causarán los intereses comerciales y de mora según lo dispuesto en el art. 177 del C.C.A.

No se accede al reconocimiento de los perjuicios materiales por lucro cesante, pues además de que no se probó que se hubieran causado, se tiene establecido que para casos como éste su reconocimiento sólo es posible hasta cuando la víctima cumpla la edad de 25 años, a partir de la cual se presume que una persona en condiciones normales deja el hogar paterno para conformar su propia familia; en el caso objeto de examen el occiso ya había sobrepasado esa edad límite.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia apelada, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba el 9 de octubre de 1990.

SEGUNDO: DECLARASE a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL patrimonialmente responsable de la muerte de WASHINGTON ROBINSON CONDE LENES, ocurrida el 14 de junio de 1988, en la ciudad de Montería, en el Departamento de Córdoba.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal 2o. **CONDENASE** a la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales a favor

de JOSE ANTONIO CONDE VILLALBA y MARIA APOLINARIA LENES SIERRA, la suma equivalente, en pesos colombianos, a mil (1.000) gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

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 oportunidad, las sumas así concretadas devengarán los intereses que establece el art. 177 del C.C.A.

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

Cópiese, notifíquese, comyuníquese, cúmplase, y devúelvase al Tribunal de origen.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha primero (1°) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

PRUEBAS - Oportunidad / ACCION DE REPARACION DIRECTA / LEGITIMACION EN LA CAUSA / DAMNIFICADO

El Tribunal con manifiesta ligereza desechó las pruebas documentales sobre el estado civil del occiso y sus hermanos; dichas actas de incorporaron al proceso dentro del término de fijación en lista. En esta clase de procesos no es requisito indispensable probar la calidad con que se actúa en la etapa inicial. Dicho de otra manera, en el proceso contencioso de reparación directa no interesa la calidad de heredero sino de damnificado y esta se demuestra a lo largo del proceso.

FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO

Los miembros de la institución demandada debieron en el peor de los casos disparar al aire como señal de advertencia y no contra la reunión tumultuaria, menos aún a quema ropa.

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo- Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Proceso No. 6657. Actor: WILLIAN BECHARA MENDOZA.

Resuelve la Sala el recurso de apelación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 8 de marzo de 1991, por medio de la cual se inhibió de fallar el fondo del asunto.

SECCION TERCERA

ANTECEDENTES PROCESALES

El 28 de junio de 1988 WILLIAN BECHARA MENDOZA, mediante apoderado debidamente constituído y en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demanda en contra de la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, para que se la declarara patrimonialmente responsable por la muerte de HAMLET BECHARA CUESTA ocurrida el 29 de mayo de 1987 en la ciudad de Quibdó.

Como consecuencia de la declaración anterior solicitó condenar a la entidad demandada a pagar perjuicios morales y materiales, más los intereses a que haya lugar y la correspondiente actualización.

Los hechos de la demanda se reseñan así:

"1.- El dia 29 de mayo de 1987 aproximadamente a las 9 1/2 a 10 de la mañana, un oficial de esa entidad dió muerte a el (sic) joven HAMLET BECHARA CUESTA con arma de dotación de la misma Policía en la carrera 5a. entre calles 25 y 26 cuando en la ciudad de Quibdó se llevaba a cabo un paro Cívico.- No sobra hacer resaltar en este punto de que los señores uniformados (Oficiales, Sub-oficiales y Agentes de la Policía Nacional) tenían orden expresa de la señora Gobernadora de no disparar contra nadie.

"2.- De inmediato fue llevado a el (sic) Hospital San Francisco, de Asís de esta ciudad y sometido a intervención quirúrgica; momentos más tarde se produjo su fallecimiento.

"3.- El oficial de la Policía que, disparó contra la víctima, según testigos que lo identifican entre los oficiales GUILLERMO DUQUE y RAMON MARQUEZ HILLIDGE, se encuentran en este momento en el cuartel de la misma entidad gozando de plena libertad sin que hasta el momento se haya llegado a definir quien es el verdadero culpable.

"4.- El joven desaparecido era hijo de WILLIAN BECHARA MENDOZA y DENCY CUESTA ASPRILLA (Q.E.P.D.), además de sus hermanos: IAN DE JESUS BECHARA CUESTA; lo que significa que con su muerte sus familiares se han visto patrimonialmente afectados, fuera del sufrimiento moral por la irreparable pérdida del hijo y hermano que los ha sumido en profundo pesar."

La entidad demandada mediante apoderado judicial se opuso a las súplicas de la demanda y formuló excepciones invocando la ineptitud de la

demanda y la falta de legitimación en la causa por activa; en el mismo *libelo* solicitó la práctica de pruebas.

Vencido el término probatorio se ordeno correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. La parte demandante extemporáneamente insistió en la legalidad de lo pedido.

La entidad demandada sostuvo:

"....."

"Analizando el caso *Subjudice* se observa lo siguiente : El hecho productor del daño aparece bien acreditado dentro del proceso. El señor HAMLET (sic) BECHARA CUESTA murió a causa de las lesiones que con arma de fuego de dotación oficial (sic) disparados presuntamente por uno de los miembros de la Policía- Nacional en desarrollo del Paro Cívico realizado en la Población de Quibdó el pasado 29 de Mayo de 1987 aproximadamente a las 10 a.m. La investigación realizada sindica como autores a los Oficiales de la Institución Policiva Tenientes: DUQUE LOPEZ GUILLERMO Y MARQUEZ HILLIDGE RAMON (contra quienes dentro del expediente penal se exoneró de responsabilidad). En las anteriores circunstancias y analizadas las conclusiones expuestas por el Consejo Verbal de Guerra y posteriormente el fallo del Tribunal superior que absolvieron a los precipitados uniformados, deberá tenerse en cuenta para la calificación de la conducta de la víctima durante el desarrollo de los sucesos trágicos.

"Efectivamente muestran los hechos que el señor HAMLET BECHARA CUESTA participó en el paro cívico que posteriormente degeneró en graves disturbios entre el personal de uniformados y la población civil. Obran en el proceso pruebas testimoniales diferentes a las rendidas por los propios implicados donde se corrobora, que los uniformados al mando de los Tenientes DUQUE LOPEZ y MARQUEZ JOSE RAMON cuando trataban de proteger a la comunidad de Quibdó de los ataques de la turba enfurecida dando cumplimiento al mandato constitucional consagrado en el Art. 16 de la Carta de " proteger la vida, la honra y bienes de los ciudadanos " fueron atacados VIOLENTAMENTE por los manifestantes, entre ellos por el propio HAMLET BECHARA CUESTA. Era en (sic) consecuencia lógica la respuesta de los señores uniformados de la Policía Nacional, tenían que actuar, tenían que defenderse de un peligro grave e inminente.

SECCION TERCERA

"La Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha manifestado sobre el particular lo siguiente : " No puede exigírsele a la Policía que para cumplir un procedimiento con una persona armada o contra una turba enfurecida tenga que actuar inerme para salvaguardar así la letra del Art. 16 de la Constitución Nacional por que en parte alguna puede entenderse que el principio constitucional exija virtudes heroicas en los funcionarios estatales hasta que el punto de que para salvar la vida de quien injustamente los agreden tenga que ofrendar la propia "(subrayas fuera del texto). " No repugna a nuestro derecho que aún los agentes del orden pueden en circunstancias excepcionales como las aquí narradas justificar su conducta mediante una LEGITIMA DEFENSA. Pero esto debe entenderse referido a su responsabilidad penal...."

El Señor Fiscal del Tribunal por su parte estimó negar las suplicas de la demanda, por ineptitud de la misma y falta de legitimación en la causa por activa.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal para adoptar la decisión impugnada reflexionó así:

"....."

"Según poder conferido por WILLIAN BECHARA MENDOZA, éste, en uso de la acción de reparación directa, faculta al doctor VICTOR MANUEL VALENCIA SERNA, para que demande a la Nación Colombiana y obtenga la indemnización correspondiente, según resultado del juicio. La facultad es concedida, sólo en su nombre. Pero, ya en la presentación de la demanda, el apoderado, solicita para su poderdante y sus causahabientes.

"Toda persona natural o jurídica, puede ser parte en un proceso, al cual puede comparecer por si misma, si tiene capacidad para disponer de sus derechos o por medio de su representante legal, en caso contrario. Esta capacidad jurídica y procesal, es lo que se conoce, según la jurisprudencia, como personería adjetiva, o sea, capacidad, adecuada representación y habilidad litigioso o el derecho a comparecer por si misma o por intermedio de abogado. El poder conferido por WILLIAN BECHARA MENDOZA, al doctor Víctor Manuel Serna, según la expresión, "para que me represente", va referido a la obligación del apoderado, de representar y defender, los derechos del demandante, en el juicio para el cual fué autorizado, y en los términos del poder a él conferido.-

"Según el contenido de la demanda, BECHARA MENDOZA, solicita indemnización, para él y sus hijos. Pero éstos, no se encuentran legalmente representados en juicio, por las siguientes razones:

"1o.- Si se trata de personas con capacidad jurídica suficiente, para comparecer, por si mismas a juicio, debieron hacerlo personalmente, de ser profesionales del derecho, o en caso contrario, por intermedio de abogado. De no ser personas hábiles para comparecer en juicio, debieron hacerlo por intermedio de su representante legal, o debidamente autorizados por éste, con sujeción a las normas que regulan la materia. Sea ésta, razón suficiente, para negar las pretensiones de la demanda, con respecto a IAN DE JESUS, KATERINE y MUNIR JOSE BECHARA CUESTA.

"2o.- Para demostrar el parentesco existente, entre el demandante WILLIAN BECHARA CUESTA. MENDOZA, y las personas anteriormente mencionadas, adjunta con la demanda, unos registros civiles, que pueden verse a folios 9 a 11. Según artículos 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970, aquellos documentos, son pruebas de los hechos, actos y providencias, relativos al estado civil y capacidad de las personas, pero, no es menos cierto, que entratándose (sic) de la filiación paterna, extramatrimonial o natural, los artículos 54 al 60 del mismo Decreto, exigen recoger los actos declarativos, como son: el reconocimiento voluntario o declaración judicial. Artículos 1o., 10 y 11 de la Ley 75 de 1968. Según las anteriores normas, en el folio del registro civil de nacimiento del hijo natural, debe quedar consignado: nombre, apellidos, identidad y residencia de los padres (del padre, cuando sea aceptada ésta calidad por él), datos que no pueden ser registrados, sino, por el inscrito, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; la persona que haya cuidado de su crianza, o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el Ministerio Público. Las copias, sólo pueden ser expedidas, a estas mismas personas, a las autoridades judiciales y de policía, en ejercicio de sus funciones y dentro de su competencia. Si el padre, no es el denunciante, será citado. Si acepta la paternidad, "se procederá a extender la diligencia de reconocimiento en el folio en que se inscribió el nacimiento, con su firma y la del funcionario".

"El artículo 60, textualmente dice:

"Definida legalmente la paternidad o maternidad natural o ambas, por reconocimiento o decisión judicial...."

"Y el artículo 115, remata así:

"Las copias y certificados que consignen el nombre de los progenitores y la calidad de la filiación, solamente podrá expedirse en los casos en que sea necesario demostrar el parentesco y con esa finalidad, previa indicación del propósito y bajo recibo, con identificación del interesado."

"Es por lo anterior, que la copia o certificado del registro de nacimiento de una persona, no demuestra el estado de hijo natural, por la mención que de él se haga, ya que sólo tiene como fin, demostrar el acto del nacimiento, a menos que tales certificaciones registren los actos voluntarios o judiciales, demostrativos del estado civil de hijo natural o extramatrimonial. Pero, si como en el caso a estudio, no aparecen esos actos declarativos de la paternidad, no pueden dársele el efecto legal de probar la paternidad natural, porque, dicha inscripción, carece del carácter constitutivo del estado civil mencionado.

"Se observa sin embargo, que a folios: 52, 53, 54, aparece la prueba suficiente, demostrativa de la paternidad natural. Documentos presentados en forma extemporáneo, teniendo en cuenta el artículo 138 del C.C.A.

"La norma en cita, sostiene, que a la demanda, debe acompañarse, "las pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer" y que se encuentren en poder del actor. El principio de la lealtad, impone, que cada parte, en su oportunidad, muestre su juego probatorio.

"Otra de las oportunidades, para las pruebas, es solicitarlas, según artículo 169 del C.C.A. c) hacer, las valer en diligencia de Inspección Judicial, según artículo 146-3 del C.P.C.

"El fallador, debe apoyar su decisión, en las pruebas, regular y oportunamente allegadas al proceso, por haber sido, solicitadas, decretadas, practicadas e incorporadas, dentro de los términos y oportunidades señalados para ello. Artículo 174 y 183 del C.P.C.- La prueba, que no sea allegada regularmente, o de acuerdo, con las reglas que la Ley establece, carece de un requisito probatorio, que impide que la prueba, sea apreciada por el juzgador, Proceder el sentenciador en forma contraria, es incurrir en error de derecho, por claro quebrantamiento de los artículos antes mencionados.

"Sea suficiente lo expuesto, para que este Tribunal, se declare inhibido para fallar, sobre las pretensiones de la demanda."

FUNDAMENTO DEL RECURSO

Contra la decisión del Tribunal, la parte actora interpuso el recurso de apelación y fundamento su inconformidad, así:

"....."

"Se dice entonces dentro de los considerandos de la sentencia que se negarán las pretensiones.de la misma y luego resulta INHIBIENDOSE PARA FALLAR sobre el fondo del asunto.

"Dice también la mencionada providencia que hoy apelo que para demostrar el parentesco existente entre el demandante WILLIAN BECHARA MENDOZA y sus hijos adjunta con la demanda, unos registros civiles, documentos éstos que fueron expedidos por autoridad competente y si en el momento de estudiar la demanda para su admisión o no por parte del *a-quo*, este debió de analizarlos para su respectiva corrección y no como se hizo ahora en la sentencia, el cual no se analizó ni se dijo nada sobre la controversia de la demanda sino que se entró fué a estudiar éstos documentos, los cuales fueron reforzados (sic) para su aceptación probatoria cuando el proceso se encontraba en la etapa de fijación en lista como se puede ver a folios 52, 53, y 54. A estos documentos se les dió su valor probatorio correspondiente toda vez que al dictarse el auto de fecha 27 de marzo de 1989, visible a folio 55, el cual se ordena tener como PRUEBAS las aportadas con la demanda según su apreciación legal. Si éstos documentos no reunían los requisitos fehacientes a criterio del Juez, éste debió de rechazarlas in limine, tal como lo ordena el artículo 178 del C. de P.Civil.

"Ahora bien, los artículos 183, parte final del primer inciso y 187 del C. de P. C., ordenan la forma como se deben apreciar las pruebas cuando dice: " Art. 183..... El Juez resolverá expresamente sobre la admisión de dichas pruebas, cuando decida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente."

"Art. 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana critica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la Ley sustancial para la existencia o validez de cierto actos. El Juez expondrá siempre razonadamente (sic) el mérito que le asigne a cada prueba".

"De otra parte y como lo enseña el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, no se debe ser tan rigorista, cuando dice: " La falta de los respectivos

documentos del estado civil podrá **suplirse**, en caso necesario, POR OTROS DOCUMENTOS AUTENTICOS, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales,.."

"Los certificados que se aportaron o anexaron al momento de presentarse la demanda, fueron expedidos como ya dijo por autoridad competente, y eran los únicos que se tenían en el momento para demostrar el parentesco entre los demandantes y el occiso, para luego (sic) suplirlos o reforzarlos tan pronto como se obtuvieron las respectivas actas de reconocimiento y que fueron aportadas a la demanda en el período oportuno o sea fijación en lista del proceso."

"Por todo lo anterior, señores Magistrados, es que solicito se REVOQUE la sentencia proferida por el *a-quo* y se condene la (sic) NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-, a la indemnización a que tienen derecho el padre y los causahabientes del occiso HAMLET BECHARA CUESTA, tal y como está demostrado en el expediente."

En el trámite de la segunda instancia, se dispuso correr traslado a la partes para que presenten sus alegatos de conclusión en esta oportunidad, la entidad demandada solicito revocar la sentencia impugnada y en su lugar negar las súplicas de la demanda en lo que se refiere a las pretensiones del actor WILLIAN BECHARA MENDOZA y confirmarlo en lo demás. La Señora Fiscal de la Corporación consideró revocar parcialmente la decisión del *a-quo*, por estimar que el demandante WILLIAM BECHARA CUESTA demostró oportunamente el interés jurídico para actuar, en calidad de padre de la víctima y además, por estar probados los elementos que configuran la falla del servicio, razón por la cual sostuvo:

"La Fiscalía con base en el recaudo probatorio (sic) obrante en el expediente, concluye que efectivamente en la oportunidad en que ocurrieron los hechos que originaron la presente acción, se llevaba a cabo una manifestación de protesta por la ciudadana de Quibdó y que con ocasión de la misma, hubo enfrentamientos entre los civiles manifestantes y los uniformados de la Policía Nacional quienes tenían orden expresa de la Gobernadora del Departamento, de no disparar contra la ciudadana sino tan sólo vigilar y preservar el orden.

"Como causa de la inconformidad que motivó a los manifestantes y las vociferaciones colectivas que presidían el ambiente los ánimos se exaltaron, los participantes en el mismo se auxiliaron de piedras y guijarros para hacer aun más notoria su protesta, actividades en las que al parecer

participaba el joven BECHARA CUESTA exponiéndome al igual que los demás, a ser lesionados en su integridad física debido a lo cual es de aceptar que existió, aunque no con exclusividad, culpa de su parte en la agresión de que fué víctima, pues no se comprobó que éste hubiese atacado directamente al Oficial agresor sino tan sólo que hacia parte de la multitud.

"La diligencia y acta de necropsia efectuada al cadáver de la víctima consigna como causas de su fallecimiento "herida arma de fuego", otras de las anotaciones consignadas en la misma destacan:..... Presenta herida puntiforme a -nivel del hipocondrio derecho ... aparato digestivo Presenta herida irregular y perforación hígado, lóbulo derecho; destrucción del hilio hepático, destrucción vena porta, herida de vena cava, desgarros de arterias y venas lumbares" "CONCLUSION : El deceso de quien en vida respondió al nombre de HAMLET BECHARA CUESTA fue a causa directa de la herida de fuego recibida - herida esencialmente mortal." (fl. 247 Anexo 1).

"El oficial sindicado de haber sido el autor del disparo que le causó la muerte a BECHARA CUESTA, afirma en su declaración que hizo algunos disparos al aire pero que sólo horas más tarde se entero que uno de los manifestantes habla fallecido a consecuencia de los mismos, versión que en cuanto a su veracidad no es de recibo pues si en realidad los disparos efectuados por el Oficial hubiesen sido al aire, tal como lo sostiene, éstos no hubieran hecho impacto en el cuerpo del occiso, menos en el hígado y abdomen, causándole la muerte.

"Por lo analizado concluye la Fiscalía, que en los hechos que se analizan y originaron la presente acción, no sólo es predicable la culpa de la víctima, sino también la de la administración representada en el Oficial dirigente del operativo, quien imprudentemente en ves de disparar al aire, lo hizo contra la multitud amotinada, sin tener en cuenta la indefensión de ésta, circunstancia ante la cual fácilmente hubiesen podido utilizar medios de dispersión como los gases lacrimógenos o similares, evitando de esta forma la ocurrencia de hechos como el que culminó con la muerte de BECHARA CUESTA, debiendo, en consecuencia, ser compartida la responsabilidad en la proporción en que la falla o falta se reconozca como causa del daño ocasionado.

"Establecida como se halla la responsabilidad, es pertinente precisar otros aspectos básicos y que por lo mismo incidirían en la decisión o fallo de segunda instancia. Veamos:

SECCION TERCERA

"Para efectos del reconocimiento de indemnización por perjuicios, contenida en las pretensiones de la demanda, es necesario tener en cuenta que no obstante el señor apoderado del actor haber impetrado la acción en nombre y representación de su poderdante el doctor WILLIAM BECHARA MENDOZA y sus hijos IAN DE JESUS, KATHERINE y MUNIR BECHARA CUESTA, menores de edad para la época de instaurarse la demanda, el poder a lo otorgado para la representación legal dentro del proceso, hace referencia tan sólo al padre de la víctima, en razón de lo cual las pretensiones de la demanda en favor de los precisados menores, no están llamadas a prosperar por falta de representación. Deberá por lo tanto confirmarse la sentencia del *a-quo* en lo pertinente.

"La alegada falta de legitimación en la causa por activa, relacionada con el accionante BECHARA MENDOZA en razón de la cual el Tribunal se declaró inhibido para fallar, es decisión que deberá revocarse para en su lugar decidir de fondo. El Tribunal fundamenta su decisión inhibitorio en que la prueba idónea y que legitimaba al actor para demandar en su calidad de padre del occiso, como es la partida de registro civil de nacimiento, no fue aportada con los anexos de la demanda, sino posteriormente y en forma extemporáneo.

"Esta Agencia del Ministerio Público al observar las pruebas en referencia, advierte que si bien es cierto, ésta no se aportó al proceso con la demanda, si fue alegada con posterioridad y dentro del tiempo oportuno. Según constancia visible al folio 55, el proceso se fijó en lista el lo. de diciembre de 1988 desfilándose el 14 de diciembre; y la prueba en cuestión se aportó a los autos el 5 del precitado mes de diciembre (fl. 51) lo que equivale a su presentación oportuna, por ende su plena validez probatoria.

"Por lo anterior deberá aceptarse que el actor WILLIAN BECHARA MENDOZA está legitimado para actuar dentro del presente proceso en su condición de padre de la víctima HAMLET BECHARA CUESTA y consecuentemente reclamar indemnización por los perjuicios ocasionados con su muerte.

"En este orden de ideas, la Fiscalía conceptúa que las pretensiones del actor deberán ser atendidas en cuanto a la indemnización por perjuicios morales y en proporción a la responsabilidad atribuida a la Administración Pública-Policía Nacional, más no así, en lo relativo al reconocimiento de perjuicios materiales, toda vez que su causación no se acreditó dentro del proceso. Deberá en consecuencia, confirmarse la providencia de primera instancia respecto a la denegación de las pretensiones de la demanda en

favor de IAN DE JESUS, KATHERINE y MUNIR BECHARA CUESTA y revocarse en cuanto se refiere al fallo inhibitorio proferido respecto al actor WILLIAN BECHARA MENDOZA para en su lugar decretar la condena a que haya lugar."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala se aparta de la decisión del Tribunal, por consiguiente revocará la providencia para decidir de fondo, previas las siguientes consideraciones:

La razón que indujo al *a-quo* para proferir sentencia inhibitoria, es la falta de legitimación en la causa por activa del actor y sus hijos. En efecto, el tribunal sostiene que los documentos que acreditaron la condición de padre y hermanos de la víctima fueron presentados extemporáneamente; esto es, no se anexaron a la demanda o se solicitaron con ella. Agrega que, la inobservancia del artículo 139 del C.C.A, , al no presentar oportunamente las pruebas que se pretende hacer valer, trae como consecuencia que no sean tenidas en cuenta por parte del fallador.

El impugnante, acepta que a la demanda sólo se anexaron los registros civiles de nacimiento de los hermanos del occiso, pero, que en el término de fijación en lista se adjuntaron las actas completas en las, cuales aparecen inscritos los nacimientos de MUNIR, IAN y HAMLET ANTONIO BECHARA CUESTA, las cuales obran a folios 52, 53 y 54.En ellas se observa que son hijos naturales reconocidos de WILLIAN BECHARA MENDOZA. A folio 161 aparece el acta correspondiente de KATHERINE BECHARA CUESTA con la misma anotación.

La Sala observa que el Tribunal con manifiesta ligereza desecó las pruebas documentales sobre el estado civil del occiso y sus hermanos, pues tal como lo advierte la Señora Fiscal de la Corporación, dichas actas se incorporaron al proceso dentro del término de fijación en lista. En esta clase de procesos no es requisito indispensable probar la calidad con que se actúa en la etapa inicial. Dicho de otra manera, en el proceso contencioso de reparación directa no interesa la calidad de heredero sino damnificado y esta se demuestra a lo largo del proceso. En consecuencia, la prueba documental aludida será apreciada y vaporada por el fallador.

No obstante lo anterior, se advierte a folio 1o. del proceso que el señor WILLIAN BECHARA MENDOZA confirió poder en nombre propio al abogado VICTOR MANUEL VALENCIA SERNA y no lo hizo a nombre y representación de sus hijos menores IAN, MUNIR y KATHERINE BECHARA CUESTA. El poder es amplio y suficiente para que represente sus intereses,

más no los de sus hijos. De suyo la demanda estaba limitada a los efectos previstos en el poder especial y las pretensiones relacionadas con la solicitud de perjuicios morales y materiales no podían hacerse extensivas en favor de los hijos menores del impugnante.

La ausencia de poder para que el procurador judicial represente los intereses de los menores, da lugar a que esta Corporación solamente se ocupe de resolver la controversia en relación con los intereses del demandante WILLIAN BECHARA MENDOZA.

Como quedó anotado anteriormente WILLIAN BECHARA MENDOZA probó la calidad de padre extramatrimonial del occiso HAMLET ANTONIO BECHARA CUESTA con el acta completa del Registro Civil de Nacimiento que obra a folio 54 del expediente. Desde este punto de vista la legitimación por activa del demandante para actuar está demostrada.

Acreditada la condición anterior, se procede a resolver si se dan o no los presupuestos que configuran la responsabilidad de la administración.

De las pruebas incorporadas al proceso, sin lugar a dudas quedó probado que aproximadamente a las 10 a.m. del día 29 de Mayo de 1987, con ocasión de un paro cívico Departamental llevado a cabo en la ciudad de Quibdó, se presentaron disturbios por parte de los manifestantes, situación que condujo a los miembros de la Policía Nacional, entre quienes se encontraban los tenientes GUILLERMO EUSTORGIO DUQUE LOPEZ y JOSE RAMON MARQUEZ ILLIDGE a disparar contra la multitud con el fin de disolver la manifestación. A consecuencia de los disparos efectuados por los uniformados resulto gravemente herido HAMLET BECHARA CUESTA así : "Herida de hígado, destrucción de Hilio hepático, herida de vena cava abdominal, herida de vena porta y vasos lumbares." (f 1. 5 y 6 Cdno. No. 2), quien falleció momentos más tarde en el Hospital San Francisco de Asís de esa ciudad. (fls. 5, 6, 7 y 29 Cdno. No. 2).

Por el delito de homicidio se adelantó proceso ante la Justicia Penal Militar en contra de los ST. GUILLERMO EUSTORGIO DUQUE LOPEZ y JOSE RAMON MARQUEZ ILLIDGE, cuyas copias completas obran en cuadernos separados No. 1, 2 y 3 del expediente. Este proceso concluyó con cesación de todo procedimiento en favor del teniente JOSE RAMON MARQUEZ ILLIDGE, y en lo que se refiere al teniente GUILLERMO DUQUE LOPEZ, mediante sentencia definitiva, fue absuelto del delito imputado.

Igualmente obra copia del proceso disciplinario tramitado en contra del oficial GUILLERMO EUSTORGIO DUQUE LOPEZ quien fué separado

temporalmente de la Policía Nacional por el término de seis meses, por faltas constitutivas de mala conducta.

Tanto en el proceso penal como en el disiciplinario se observa que el hecho punible fué cometido en actos propios del servicio y con ocasión del mismo. Igualmente, que los uniformados adoptaron esa conducta a causa de los disturbios presentados por parte de los ciudadanos manifestantes. Sin embargo, los miembros de la institución demandada debieron en el peor de los casos disparar al aire como señal de advertencia y no contra la reunión tumultuaria, menos aún a quema ropa. No existe prueba que permita inferir que el occiso atacó directamente al oficial GUILLERMO EUSTORGIO DUQUE LOPEZ y que éste por su parte haya tenido que repeler la supuesta agresión.

Sin duda, en el caso *sub-exámine* la falla del servicio está demostrada, aunque también podría decidirse el proceso bajo el régimen de falla presunta, por el elemento instrumental utilizado, un arma de fuego de dotación oficial, revolver, marca "Ruger" calibre 38 largo, de propiedad de la institución demandada. Este hecho de suyo compromete la responsabilidad de la administración. La Policía Nacional no mostró ninguno de los eximentes de responsabilidad.

Bajo los supuestos anteriores, se deduce que el hecho dañoso constituido por los disparos efectuados por parte del oficial de la Policía Nacional es imputable a la administración. El daño consistente en el fallecimiento del joven HAMLET ANTONIO BECHARA CUESTA está probado, igualmente el nexo causal entre uno y otro. En consecuencia, la decisión del Tribunal se revocará y en su lugar se declarara la responsabilidad patrimonial de la entidad accionada.

PERJUICIOS MORALES: La Sala presume el daño moral ocasionado al padre del difunto HAMLET ANTONIO, BECHARA CUESTA. Por lo tanto la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Policía Nacional pagará el equivalente de 1000 gramos de oro en favor de WILLIAN BECHARA MENDOZA, de acuerdo con el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

PERJUICIOS MATERIALES: Se reconocerán perjuicios materiales en favor del actor WILLIAN BECHARA MENDOZA en la modalidad de lucro cesante, hasta cuando la víctima hubiera cumplido 25 años de edad, teniendo en cuenta que el occiso estaba en edad legal productiva de trabajo. La liquidación se hará con el salario mínimo legal vigente a la época del fallecimiento, se actualizará hasta la fecha de la sentencia y se descontará el 50 % que se entiende es lo que el occiso destinaba en su propio sostenimiento.

SECCION TERCERA

INDEMNIZACION DEBIDA: Para WILLIAN BECHARA MENDOZA.

HAMLET ANTONIO BECHARA CUESTA (Víctima) nació el 23 de Agosto de 1964 (fl. 54 Cdno. principal); cumplió 25 años de edad el 23 de Agosto de 1989.

Salario mínimo : mayo de 1987 = $ 20.509, 80; 50 % $ 10.254, 90
n = mayo 29/87 a agosto 23/89 = 2 años, 2 meses, 25 días
= 26, 83
Indices: mayo/87 (inicial) = 71, 19; agosto/93 (final) = 310, 25
RA = 10.254, 90 x 310 25/71, 19 = 44.691, 4
RA = $ 44.691, 43
S = 44.691, 43 x ((1.004867) a la 26, 83 - 1)/0.004867
S = 44.691, 43 x 0.1391301/0.004867 = 1.277.567, 93
S = $ 1.277.567, 93

La entidad demandada pagará en favor del señor WILLIAN BECHARA MENDOZA, la suma de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.277.567, 93 m/cte.).

En mérito de lo expuesto EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 8 de marzo de 1991 por las razones expuestas en la parte motiva, en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARASE patrimonialmente responsable a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional por la muerte de HAMLET ANTONIO BECHARA CUESTA ocurrida el 29 de mayo de 1987, en la ciudad de Quibdó.

SEGUNDO: CONDENASE a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales en favor de WILLIAN BECHARA CUESTA, en su condición de padre del occiso, la suma equivalente de MIL (1000) GRAMOS DE ORO, de acuerdo con el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: CONDENASE a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($ 1.277.567, 93 m/cte.).

CUARTO: Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Ejecutoriada esta sentencia se enviará copia de ella, junto con las constancias de notificación y ejecutoria al Ministerio de Defensa, Policía Nacional y a la parte demandante para su cumplimiento.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha lo de octubre de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DELEGACION PARA CONTRATAR / CUANTIA

Resulta por lo menos contradictorio e ilógico que la clara benéfica intención consignada en el Decreto que delegó la contratación llegara a estancar o a detener en una suma determinada la facultad delegada para contratar, a sabiendas de que el proceso financiero de nuestro país se encuentra sometido a permanentes alteraciones que dia a dia menguan el poder adquisitivo de nuestra moneda, obligando a la adopción de criterios y políticas financieras que permitan mantener un equilibrio entre los precios del mercado y la capacidad adquisitiva del peso colombiano. De ahí precisamente los incrementos que se vienen haciendo y que se hicieron en materia de contratos de obras públicas en el Código Fiscal ya mencionado. Pretender que tales aumentos en las cuantías son independientes y ajenos al decreto, implicaría admitir dos regulaciones normativas sobre la misma materia y significaría el desconocimiento y desaparición en la práctica de la facultad de contratación delegada a buena hora establecida, contradiciendo así abiertamente la finalidad y el espíritu de la norma, en provecho de una interpretación estrictamente gramatical de la misma.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No.8180. Actor: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, DEMANDADOS: Departamento del Valle del Cauca, Dario Sanin Angel, Luis Fernando Ramírez Alvis y Jesús Antonio Celis Castellanos.

Conoce, la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1o. Las pretensiones:

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 16 de mayo de 1991, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción relativa a contratos o controversia contractual, el Departamento del Valle del Cauca formuló demanda contra el Departamento del Valle del Cauca Secretaría de Obras Públicas y contra los señores Jesús Antonio Celis Castellanos, como contratista que fué de dicho departamento; Darío Sanín Angel como Secretario de Obras Públicas y Luis Fernando Ramírez Alvis como interventor, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que son Nulos el Contrato No. 043-89 de agosto 11 de 1989, Suscrito entre el Departamento del Valle y el Contratista JESUS ANTONIO CELIS CASTELLANOS, el cual según su Cláusula 1ª. tiene por objeto la Construcción Carretera San Marcos - Loboguerrero, abscisas K 1+500 al K 1+900, con un valor inicial de $50.386.762 y el Contrato Adicional No. 0156, adicionar al Contrato No. 043-89, suscrito entre las mismas partes, el cual tenía por objeto adicionar el valor del Contrato Original en la suma de $25.191.865.

"2. Que son Nulos todos los Actos, Actas y documentos suscritos o emanados en virtud o como consecuencia de los precisados Contratos.

"3. Que son Nulas las Resoluciones No. -169 de julio 13 de 1989, "Por la cual se autoriza la apertura de una Licitación Privada en la Secretaría de Obras Públicas Departamentales", expedida por el Señor Secretario de Obras Públicas del Departamento y la No. 0184 de agosto 4 de 1989, "Por la cual se adjudica la Licitación No. SOP-074-89, relativa a la Construcción de la carretera San Marcos -Loboguerrero", expedida por el Secretario de Obras Públicas del Departamento.

"4. Que cono consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene solidariamente al Ingeniero Contratista JESUS ANTONIO CELIS CASTELLANOS y al Ingeniero DARIO SANIN ANGEL, quien obró como Secretario de Obras Públicas del Departamento, a pagar al Departamento del Valle del Cauca el total de las sumas desembolsadas

por el Departamento en virtud de los citados Contratos. Debiendo devolver estas sumas, o sea, la cuantía de $75.578.627,oo m/cte., que era el monto total del Contrato más su Adicional. Se debe condenar a los Demandados citados en este punto, a pagar la citada suma indexada para lo cual se tendrá en cuenta la Corrección Monetaria entre el momento en que se efectuaron los pagos por parte del Departamento y el momento en que se efectúe el reembolso por parte de los Demandados, en virtud de la Sentencia que emane de este Proceso.

"5. Que en consecuencia de la declaración a que se refiere la solicitud anterior, se condene solidariamente a los Demandados Ingenieros JESUS ANTONIO CELIS CASTELLANOS y DARIO SANIN ANGEL a pagar al Departamento del Valle del Cauca intereses a la tasa comercial vigente al momento de ejecutarse la sentencia, sobre la suma que deben reintegrar. Los intereses a los cuales se condenen deben ser los más altos autorizados en el comercio por la ley y deberán pagarse por todo el tiempo transcurrido entre el momento en que el Departamento efectuó los desembolsos y el momento en que se reintegre el dinero. Para el cálculo de los intereses se debe tener en cuenta el valor real de la moneda, o sea, que para cada caso se debe actualizar el respectivo monto con la correspondiente corrección monetaria.

"6. Que se declare que los Señores JESUS ANTONIO CELIS CASTELLANOS, DARIO SANIN ANGEL y LUIS FERNANDO RAMIREZ ALVIZ son responsables por los perjuicios que se hayan causado o se llegaren a causar al Departamento o a terceros con motivo de la ejecución de la obra a que se refieren los Contratos demandados y que en consecuencia, el Departamento no tiene responsabilidad alguna con relación a los perjuicios que se hayan causado o se llegaren a causar con o en desarrollo del Contrato.

"7. Que se condene a los demandados JESUS ANTONIO CELIS CASTELLANOS, DARIO SANIN ANGEL y LUIS FERNANDO RAMIREZ ALVIZ a pagar a título de indemnización al Departamento del Valle del Cauca, todos los dineros que el Departamento llegare a pagar o haya pagado a terceras personas por concepto de daños causados con motivo o como consecuencia de la ejecución de los Contratos a que se refiere esta demanda.

"8. Que se condene a los Demandados JESUS ANTONIO CELIS CASTELLANOS, DARIO SANIN ANGEL y LUIS FERNANDO RAMIREZ ALVIZ, a pagar las costas del presente Proceso en los términos del Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

"9. Que la sentencia que se dicte en virtud del presente Proceso se le debe dar cumplimiento por parte de los Demandantes, según lo dispuesto por el Título XXII de la parte segunda del Libro 2° del Código Contencioso Administrativo en especial en los términos de los Artículos 174, 176, 177 inciso 4° y 5°., 178 y 179 de dicha Norma".

2o. **Los hechos:**

Aparecen ampliamente referidos en la demanda y los mismos pueden sintetizarse así:

1. Por medio del Decreto No. 0347 del 25 de febrero de 1987, el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, en el artículo 1°. delegó en forma permanente en los Secretarios y Directores de Departamentos Administrativos la facultad de celebrar contratos de obras públicas, pero sólo en aquellos cuya cuantía máxima fuere inferior a $24.978.000. El aludido estatuto nunca fué modificado en el límite establecido a la cuantía hasta la cual delegó la facultad de contratación.

2. El demandado Darío Sanín Angel, fundamentado en la delegación mencionada, como Secretario de Obras Públicas Departamentales, autorizó a esa Secretaría para abrir la Licitación Privada No. SOP-074-89 con el objeto de ejecutar la obra necesaria para la construcción de la carretera San Marcos Loboguerrero, abscisas K 1-500 mts. al K 1-900 metros. Tal licitación se adjudicó al ingeniero Jesús Antonio Celis Castellanos, por valor de $50.386.762.oo y un plazo de 7 meses, y el 11 de agosto de 1.989 se suscribió el respectivo contrato.

3. El 28 del mismo mes y año se suscribió el acta de iniciación y se estableció como fecha de vencimiento el 28 de abril de 1990. El 7 de noviembre siguiente se suscribe un acta mediante la cual se modifica el contrato disminuyéndolo, pues el sector de la obra que iba de las abscisas K.1+500 al K.1+900, pasó del K.1+550 al K.1+900, sin embargo su valor no fue disminuido.

4. En diciembre de 1989, a pesar de haber disminuido el objeto del contrato en un 12.5%, se suscribió el contrato adicional No. 0156 para "cubrir el valor de la obra adicional según presupuesto anexo aprobado por el Secretario de Obras Públicas, Departamentales".

5. El contrato 043-89 se liquidó el 16 de abril de 1990.

SECCION TERCERA

Relaciona la parte actora como vulneradas las disposiciones contenidas en los artículos 20 y 63 de la Constitución Política y 45, 65 numeral 1, 91, 123, 128, 164 y 165 del Código Fiscal del Departamento.

3o. **Actuación procesal:**

Los demandados comparecieron al proceso representados por el mismo apoderado, quien sostiene que el Decreto 0347 de 1987 sí fué modificado en sus cuantías por normas superiores. Acude al texto del artículo 7°. de dicho estatuto, según el cual "las ordenes de trabajo y los contratos para la construcción de obras públicas que se adjudiquen directamente, por licitación privada o pública, SE TRAMITARAN EN EL RIGUROSO ORDEN QUE SE PRESENTAN (sic.) EN LOS DIAGRAMAS DE PROCEDIMIENTOS..." (mayúsculas del memorialista). Entendido el decreto aludido como un todo, se, observa que en ninguno de los diagramas A (órdenes de trabajo); B (adjudicación directa) o C (licitación privada) aparece la firma del Gobernador, lo cual debe entenderse como la voluntad de este funcionario de dejar en manos de sus Secretarios la firma de los contratos adjudicados en licitación privada y consecuencialmente la capacidad para satisfacer los trámites requeridos para la adjudicación.

Al referirse a las cuantías contractuales advierte que en 1987, por Decreto 1662 del 30 de noviembre, se aumentó en un 22% y quedó la licitación privada en $ 20.315.440, la cual por Ordenanza 003-E fue elevada y calculada en salarios mínimos, o sea, 1.189 salarios que correspondía a $ 30.483.000. Luego, mediante la Ordenanza 047 de 19 de diciembre de 1988, la cuantía se elevó a 1.703.50 salarios mínimos mensuales, es decir, $58.070.000.oo. En 1990, con el aumento del salario mínimo, la cuantía pasó a $73.168.000, o sea, 1.783.50 salarios mínimos mensuales.

Estiman los demandados que conforme a lo expresado, los procedimientos del Decreto 0347 de 1987 continuaban vigentes, pero se derogaban las cuantías para la adjudicación de los contratos y se incorporaban a dicho decreto. Aduce que el Secretario de Obras Públicas como ingeniero que era, sometió a revisión jurídica el contrato y como no fue cuestionado, dedujo su viabilidad. Con respecto a la interventoría considera que actuó diligentemente presentando presupuesto, cuadros comparativos y volúmenes totales de obra ejecutada.

Así mismo, proponen las siguientes excepciones:

1. Escogimiento de la acción equivocada. Estiman los demandados que la acción incoada no es la procedente, en razón a que el contrato fue ejecutado completamente, se levantó el acta de liquidación final y el Departamento no hizo observación alguna, en tanto que la acción contractual se ejerce "para

impugnar actos no separables de la administración, expedidos durante la vigencia de un contrato administrativo". Lo procedente hubiera sido demandar con fundamento en las acciones previstas en los artículos 84 y 85 del C.C.A.

2. Acumulación indebida de pretensiones. Consideran los demandados que se da esta excepción "porque, se quiere alcanzar una sentencia de responsabilidad por perjuicios causados al departamento y a terceros", respecto de los cuales el Departamento no puede solicitar reparación del daño pues los terceros no le han otorgado poder para demandar.

3. Falta de titularidad para accionar. Manifiesta la parte demandada que en tratándose de la nulidad absoluta, ésta pueden solicitarla el Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, pero quien dio motivo a la nulidad no puede alegarla. Además, estima que la nulidad pedida no es clara, manifiesta, ni evidente y el juez debe acudir, para establecerla, a un reforzado argumento de interpretación. De otra parte aduce que así, estuviera legitimado el Departamento para pedir la nulidad, carece de acción para repetir por lo pagado en razón de dicho acto, "a sabiendas de la ilicitud en el objeto o en la causa de este"

4. Falta de comportamiento culposo o doloso. Se afirma que respecto de ninguno de los demandados puede afirmarse que, haya actuado con la intención positiva de, causar daño y sí, por el contrario, que lo hicieron de acuerdo con las normas contractuales vigentes. En la demanda no se expuso como un hecho la existencia del dolo o culpa para así controvertirlo, sino que apenas se limitó a enunciar el comportamiento doloso o culposo, sin determinar hechos específicos que lo acrediten.

5. Enriquecimiento sin causa. Se fundamenta esta excepción en que al pedir el Departamento la devolución de lo pagado a los contratistas, quienes realizaron los gastos en desarrollo del contrato, el ente oficial se estaría enriqueciendo sin justa causa a costa del empobrecimiento del contratista, a menos que probara la no ejecución del contrato.

La parte actora solicitó la acumulación de varios procesos que se tramitaban ante el Tribunal, en los cuales era demandante el Departamento del Valle del Cauca y se accionaba por otros contratos, contra los funcionarios que los aprobaron y adjudicaron. Tal acumulación fue denegada por el magistrado sustanciador y confirmada la decisión por la Sala al resolver el recurso ordinario de súplica.

En su alegato de conclusión, la parte demandada reitera su oposición a las pretensiones del actor, dado que en el proceso los demandados probaron

que sí cumplieron con las funciones delegadas por el Gobernador del Departamento. Aduce el concepto favorable de la Contraloría Departamental respecto de los requisitos del contrato, así como la decisión absolutoria de la Procuraduría Departamental en favor de Darío Sanín Angel, Luis Fernando Ramírez Alviz y otros funcionarios que tuvieron relación con el contrato de construcción de la carretera San Marcos - Loboguerrero. Encuentra además una ligereza conceptual del demandante al accionar contra un contrato finalizado, con acta de liquidación suscrita y ya ejecutada, desconociendo el principio de legalidad. Concluye solicitando que no se acceda a las súplicas de la demanda y se acepten las excepciones propuestas.

La parte actora al alegar de bien probado y con referencia a las excepciones planteadas afirma que el Consejo de Estado ha sostenido que "cuando el contrato ya ha sido celebrado y se pretende la nulidad de actos separables, debe incoarse la acción contractual". Respecto de la indebida acumulación de pretensiones, advierte que unas son principales y otras subsidiarias, pero no opuestas a aquellas, pues son consecuencia. En cuanto a la titularidad para accionar, sostiene que ella se consagra en el artículo 87 del C.C.A., cuando establece que "cualquiera de las partes de un contrato... podrá pedir se declare.... la nulidad... ". Igualmente descarta la prosperidad de las excepciones por "falta de comportamiento doloso o culposo", cuya calificación corresponde hacerla al juzgador; ni el "enriquecimiento sin causa", si se demuestra que los costos contractuales fueron excesivos para el Departamento.

Con respecto a la no modificación del Decreto 0347 de 1987 en relación con la cuantía hasta por la cual se delegó en los Secretarios y Directores de Departamentos Administrativos, la facultad de contratación, cita la demandante el artículo 23 del Código Fiscal del Departamento, el cual establece que para su tramitación, los contratos de Obras Públicas se sujetarán, según su cuantía, a que si su valor es igual o superior a 714 salarios mínimos mensuales, e inferior a 1.783.50 salarios mínimos mensuales, "requerirán licitación privada y su adjudicación la harán el Gobernador y el Secretario respectivo previa evaluación de las propuestas". Tales cuantías en 1989 correspondían a $23.248.000 y $58.070.000. Como el Contrato 043 de 1989 se suscribió por la suma de $ 50.386.762, su adjudicación debió hacerla el Gobernador y el Secretario de Obras Públicas.

Con respecto a la delegación para celebrar contratos de Obras Públicas, sostiene que en el Decreto 0347 de 1987 se consagró esa facultad "en cuantía inferior a $24.978.000... con arreglo a los procedimientos administrativos establecidos en el articulo 7°. del presente Decreto". Sin embargo, el contrato se celebró por $ 50.386.762.

Acepta la parte actora que luego de 1987 sí se modificaron las cuantías del Código Fiscal, pero sólo las de ese Código, "en ningún momento los actos administrativos que modificaron las cuantías delegaron en los Secretarios y Directores de Departamentos Administrativos, facultades del Gobernador en materia de contratos, ni mucho menos modificaron el Decreto 0347 de 1987", por cuanto su modificación requiere de otro decreto, de un acto administrativo expreso que así lo consagre. Respalda igualmente su posición con el pronunciamiento de la Procuraduría Departamental en el sentido de que "los Secretarios de Obras Públicas no podían celebrar contratos excediendo la suma de $24.978.000, señalada en el Decreto 0347 de febrero 25 de 1987".

4o. **La sentencia apelada:**

Consideró el Tribunal que las excepciones propuestas no debían prosperar, por cuanto la acción procedente era la contractual, dado el origen de la controversia planteada. Así mismo encuentra inundada la indebida acumulación de pretensiones, pues las mismas no se excluyen entre sí, y tanto la nulidad del contrato, como la de los actos de apertura y adjudicación, cuya nulidad se funda en la incompetencia del funcionario, como este vicio afecta todo el proceso contractual desde su comienzo, hace posible su englobamiento en una misma demanda.

Al referirse a la legitimación para obrar, encuentra el Tribunal que el Departamento del Valle del Cauca sí está legitimado para solicitar la nulidad del contrato y las consecuencias restituciones e indemnizaciones inherentes a una declaración de nulidad. En cambio, para reclamar a nombre de terceros, por no representarlos, mal podría hacerlo.

Con respecto a la legitimación por pasiva, encontró el Tribunal que El contratista Celis Castellanos y el Secretario de Obras Públicas Sanín Angel, podrían ser demandados, no así el ingeniero interventor Ramírez Alviz, cuyas actuaciones no tuvieran incidencia en la validez del contrato, punto central de controversia.

Enfocó el fallador *a-quo* la situación examinada, desde el punto de vista de la contravención de normas de derecho público e incompetencia para la celebración del contrato por parte del funcionario que lo hizo. Se pregunta así, si el Secretario de Obras Públicas del Departamento podía disponer la apertura de la licitación privada y su adjudicación, así como la suscripción de dicho contrato.

Estima el Tribunal que la competencia para contratar originalmente radica en el Gobernador, pero normas del Código Fiscal del Departamento lo autorizan

para delegar en los Secretarios y otros funcionarios la facultad de contratar en cuantía inferior a 2.674.50 salarios mínimos mensuales. Fue entonces con esa facultad, que el Gobernador expidió el Decreto 03447 de 1987, y delegó la facultad de celebrar contratos de obras públicas inferiores a $ 24.978.000.

Así las cosas, concreta el fallador de primera instancia el punto central de controversia, en establecer "si la Cuantía fijada por el Gobernador en el Decreto que delegó la facultad de contratar estaba ligada o no a las cuantías señaladas en el Código Fiscal del Valle y si al ser modificadas las de éste, se alteraba o no la cuantía para la delegación" y se decide por admitir que "la delegación cuestionada hay que entenderla como delegación para celebrar contratos en la cuantía que señale el Código Fiscal, dato este último circunstancial y por lo mismo sujeto a cambios y con vocación de incidir en todo el proceso de la contratación (incluída la delegación para contratar", de donde concluye que como el Gobernador podía delegar la celebración de contratos en cuantía inferior a 2.674.50 salarios mínimos, equivalentes en la fecha de los contratos a $ 87.080.382.75, y que el valor de los cuestionados ascendió a $ 50.386.762 y $ 25.191.865, "se colige que su celebración era de la competencia del Secretario de Obras Públicas".

Con referencia a las normas de derecho público violadas, no encontró el Tribunal que las relacionadas en la demanda hubieran sido violadas. Concluye entonces que las excepciones son infundadas y no accede a lo solicitado en la demanda. De lo decidido, una de las Magistradas integrantes de la Sala aclaró su voto.

5o. **La apelación:**

La apoderada del Departamento apeló de la anterior decisión, por considerar que si bien algunas disposiciones modificaron las cuantías del Código Fiscal, las mismas no delegaron en los Secretarios o Directores de los Departamentos Administrativos, facultades del Gobernador en materia contractual y menos aún modificaron el Decreto 0317 de 1987, pues para esto se requiere de un acto administrativo expreso sobre la materia.

De otra parte aduce que la delegación contenida en el Decreto 0347 de 1987 lo era para contratos de cuantía inferior a $ 24.978.000 cuando fueron por licitación privada, en cuyo caso el delegatario podía determinar su adjudicación. Pero en contratos por valor superior a dicha cantidad, si bien se tramitaban mediante el proceso de licitación privada, para la apertura y adjudicación le correspondía el Gobernador.

Considera el recurrente que el Gobernador con el Decreto 0347 de 1987, delegó por una suma definida en pesos colombianos y se hizo antes de las modificaciones al Código Fiscal, y con anterioridad al sistema de incrementos por salarios mínimos. Concluye que la atribución delegada fue clara, se señalaron los parámetros y límites de la delegación y no puede el fallador "aumentar el alcance de la norma expresando que eran las mismas cuantías del Código Fiscal".

Expresa también la recurrente que el objeto del contrato se modificó mediante acta de 7 de noviembre de 1989, al reubicar el abscisado de la vía del K.1+500 al K.1+900; por el de K-1+550 al K.1+900. contra expresa prohibición del artículo 115 del Código Fiscal. Con referencia al caso del interventor Ramírez Alvis, sostiene la impugnación que por su sola condición de funcionario público debe someterse a la Constitución y la ley, con el deber de informar aquellas violaciones, además de que el Código Fiscal en distintas disposiciones alude directa o indirectamente a la responsabilidad del interventor.

6o. **Concepto del Ministerio Público:**

El señor Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación encuentra extraño que el contrato, precedido por licitación y vigilado, no hubiera sido cuestionado por ilegalidad durante los siete meses de su ejecución y que sólo después de cumplirlo sea la propia administración la que invoque su presunta torpeza para invalidar sus propios actos. Se muestra de acuerdo con el criterio del *a-quo*, porque considera que el Gobernador mediante el Decreto 0347 de 1.987, delegó en los Secretarios y Directores de Departamentos Administrativos, la facultad de celebrar contratos de obras públicas, en cuantía inferior a 2.674.50 salarios mínimos, y afirma que al modificarse las cuantías del Código Fiscal, " no hay razón para suponer que el tope de las cuantías señaladas en el decreto de delegación, hubiera quedado congelado para la celebración de contratos de obras públicas". Concluye solicitando la confirmación del fallo apelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La sentencia apelada se confirmará, por cuanto la Sala comparte los planteamientos jurídicos y la interpretación que hizo el *a-quo* respecto de las disposiciones legales y contractuales reguladores de la contratación pública en el Valle del Cauca.

Previamente manifiesta la Sala que comparte lo decidido por el Tribunal con respecto a las excepciones denominadas "escogimiento de acción equivocada" y la de "indebida acumulación de pretensiones", por cuanto, dada la naturaleza y origen contractual de la controversia, la acción adecuada era la consagrada en el artículo 87 del, C.C.A. No hay lugar tampoco a la prosperidad

de la otra excepción, dado que son peticiones no excluyentes entre sí, sino por el contrario, complementarias para reclamar la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia de las declaraciones de nulidad impetradas.

Ahora bien, básicamente la controversia en el caso bajo estudio, puede concretarse en los siguientes puntos:

1o. El Decreto 0347 del 25 de febrero de 1987, expedido por el Gobernador del Valle del Cauca, delegó en los Secretarios y Directores de Departamentos Administrativos "...la facultad de celebrar los contratos de obras públicas en cuantía inferior a $24.978.000... con arreglo a los procedimientos administrativos establecidos en el artículo 7 del presente Decreto".

2o. El ingeniero Darío Sanín Angel, en su condición de Secretario de Obras Públicas del Departamento, mediante la Resolución 0169 de 13 de Julio de 1989 determinó la apertura de la Licitación Privada No. SOP-074-89, cuyo objeto era la construcción del carreteable San Marcos - Loboguerrero, abscisas K-1+500 metros al K-1+900 metros. (fl. 98).

3o. El mismo funcionario expidió la Resolución No. 0184 del 4 de agosto de 1989, mediante la cual y en uso de las facultades "conferidas por el Decreto No. 0347", adjudicó al Ingeniero Jesús A. Celis, la construcción de la obra referida, por un valor inicial de $ 50.386.762. Posteriormente se firmó un contrato adicional por la suma de $ 25.191.865, para un total de $ 75.578.627.

4o. Mediante el Decreto 1662 de 30 de noviembre de 1987 se reajustaron en 22% "las cuantías fijadas en el libro IV, Régimen de los contratos del Decreto Extraordinario 1388 de 1983 (Código Fiscal del Departamento). Posteriormente la Ordenanza 003-E de febrero de 1988 aumentó las cuantías y dispuso calcularlas en salarios mínimos mensuales. Así mismo, mediante el artículo 6° de la Ordenanza 047 del 19 de diciembre de 1988 se incrementaron las cuantías de los contratos regulados en el Código Fiscal del Departamento.

Las anteriores situaciones permiten a la Sala comprender que el Secretario de Obras Públicas demandado, al proceder a la licitación privada, adjudicación y celebración del contrato referido, lo hizo en ejercicio de la "facultad de celebrar contratos de obras públicas en cuantía inferior a $ 24.978.000" y bajo el convencimiento de que por el incremento de las cuantías de los contratos en el Código Fiscal, también dicho incremento se proyectaba con relación a las cuantías establecidas por el Decreto 0347 de 1987.

Precisamente en este punto radica la cuestión fundamental que a la Sala corresponde resolver en segunda instancia. Se trata de definir si la cuantía

señalada por el Gobernador en el aludido Decreto de delegación de la facultad para contratar, va implícito el incremento en las cuantías que sobre contratos públicos se estableció en el Código Fiscal del Valle del Cauca, de tal forma que los aumentos consagrados en dicho estatuto repercuten sobre el monto fijado en el artículo 1° del Decreto 347 de 1987, dictado por el Gobernador del mencionado departamento.

Para la parte actora esa delegación fue clara, señaló sus parámetros y sus límites, lo cual legalmente imposibilita a los funcionarios delegatarios y al mismo fallador ampliar el alcance de la norma para sostener que se trata de las mismas cuantías incrementadas en el Código Fiscal Departamental. A su vez, la parte demandada sostiene que las modificaciones hechas al Estatuto Fiscal necesariamente se proyectan sobre el monto señalado en la facultad otorgada para que los Secretarios o Directores de Departamentos Administrativos celebren los contratos de obras públicas.

Frente a las dos posiciones antagónicas asumidas por el ente demandante y por los demandados, considera la Sala que no puede examinarse dicha situación con un criterio en extremo restringido y delimitado al texto aislado del artículo 1 del Decreto 0347 de 1987, en razón a que se trata de una norma integrante del "primer acto administrativo que permitirá reducir sustancialmente los procedimientos para contratar las obra públicas en el Departamento...", como lo explica el propio Gobernador en el segundo considerando del aludido Decreto.

Fué, pues, intención del la administración del Departamento del Valle del Cauca agilizar la contratación pública y con buen tino delegó en forma permanente la facultad de celebrar contratos de obras públicas en cuantía inferior a $24.978.000, con arreglo a los procedimientos administrativos que en el artículo 7 se establecieron atendiendo el valor del respectivo contrato, todo en procura de una contratación más ágil, más sencilla, más práctica y actualizada, especialmente favorable para los intereses económicos tanto del contratista como del Departamento, y, desde luego, beneficioso para todos los administrados.

En las anteriores condiciones resulta por lo menos contradictorio e ilógico que la clara y benéfica intención consignada en el Decreto 0347 de 1987, llegara a estancar o a detener en la suma de $24.978.000 la facultad delegada para contratar, a sabiendas de que el proceso financiero de nuestro país se encuentra sometido a permanentes alteraciones que día a día mengua el poder adquisitivo de nuestra moneda, obligando a la adopción de criterios y políticas financieras que permitan mantener un equilibrio entre los precios del mercado y la capacidad adquisitiva del peso colombiano. De ahí precisamente los incrementos que se vienen haciendo y que se hicieron en materia de contratos de obras públicas en el Código Fiscal ya mencionado. Pretender que tales aumentos en las cuantías

son independientes y ajenos del Decreto 0347 de 1987, implicaría admitir dos regulaciones normativas sobre la misma materia y significaría el desconocimiento y desaparición en la práctica de la facultad de contratación delegada a buena hora establecida, contradiciendo así abiertamente la finalidad y el espíritu de la norma, en provecho de una interpretación estrictamente gramatical de la misma.

Para la Sala, como conclusión de su función administradora de justicia, luego de examinar el sentido, alcance y efectos de la disposición comentada, y dentro de la denominada lógica de lo razonable, bien podía el Secretario de obras públicas hoy demandado, ejercer la facultad delegada para contratar teniendo en cuenta como límite de la cuantía del contrato respectivo, el valor correspondiente señalado en le código fiscal, estatuto éste que necesariamente incide en todo el proceso de la contratación, inclusive hasta la delegación para contratar, como lo señaló el juzgador *a-quo*. Consecuencialmente, si conforme al Ordenamiento Fiscal, la delegación para celebrar contratos tendría como límite máximo en 1989 el equivalente a 2.674.50 salarios mínimos mensuales, esto es, $ 87.080.382.75, como el contrato inicial ($50.386.762) y el adicional ($25.191.865), no superaron la limitación anotada, se impone concluir que el secretario de Obras Públicas si se encontraba facultado legalmente para contratar, y por consiguiente, los cargos que por tal aspecto formula el Departamento del Valle del Cauca no pueden prosperar.

Llama de manera especial la atención de la Sala la situación que se presenta en este proceso, donde se manifiesta la actividad del ente demandante, en contraste con la conducta pasiva, indiferente y si se quiere complaciente que demostró ante los hechos y circunstancias que fundamentan esta demanda, la que al parecer se repite en once actuaciones tan similares que la propia administración solicitó que se acumularan con el presente proceso.

Olvida la administración departamental que no es dable alegar su propia torpeza para obtener la invalidez de sus actuaciones. Fueron varios meses los que ocuparon el trámite de la licitación, la adjudicación, celebración, ejecución, y liquidación del contrato para que extrañamente, sólo después de agotadas estas etapas, el departamento accione en múltiples oportunidades contra los mismos funcionarios.

Ahora bien, con respecto a la pretendida violación de las disposiciones constitucionales y del Código Fiscal del Valle del Cauca, la Sala comparte las apreciaciones que hizo el fallador de primera instancia para negar la prosperidad de los cargos que en tal sentido formuló el ente oficial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de acuerdo con el concepto del señor Agente

del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 27 de noviembre de 1992, por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, primero de octubre de mil novecientos noventa y tres.

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 / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Parto

Los diversos medios de prueba allegados a los autos fueron correctamente valorados y apreciados por el fallador de primer grado; de ellos no se deduce que el servicio hubiera funcionado mal; por el contrario, se observa que en el procedimiento de pre-parto, de parto y post-parto se adoptaron todas las medidas necesarias y aconsejables para cubrir cualquier riesgo previsible que pudiera presentarse, sujetas en un todo a los canones de la ciencia médica y de la actividad hospitalaria, razón que permite afirmar que los pacientes recibieron el adecuado y necesario cuidado que podía esperarse de la entidad oficial. Ningún accidente obstétrico que le haya dejado consecuencias orgánicas fue sufrido por la demandante; y la muerte del recién nacido se originó en un imponderable, pues el cordón umbilical se le anudó al cuello, impidiéndole la normal entrada de oxígeno, todo lo cual, se tradujo en hipoxia severa y por ello, pese a los cuidados científicamente ofrecidos falleció a las 31 horas, al sobrevenirle un paro cardiorespiratorio, a causa de anoxia perinatal.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

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

Referencia: Expediente No. 6513 Actor: BENJAMIN HERRERA PALOMINO Y OTRA. Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS-

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 Santander el 7 de noviembre de 1990, por medio del cual denegó las súplicas de la demanda y condenó a la parte actora al pago de las costas causadas en la primera instancia.

Este proceso tuvo origen en la demanda que fué presentada oportunamente el 10 de julio de 1986 en la cual, en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el art. 86 del C.C.A., se busca obtener que se declare al Instituto de Seguros Sociales patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados por la muerte del neonato JUAN RAMON HERRERA ARDILA y de las lesiones psico-físicas inferidas a PATRICIA ARDILA ROCHA, según hechos ocurridos entre el 14 y el 16 de julio de 1983, los cuales se atribuyen la mala calidad de los servicios institucionales concernientes a la atención médica del parto y el puerperio.

La causa *petendi* se hizo consistir en los siguientes hechos:

Desde varios años atrás los demandantes hacían vida común, configurando un hogar estable y armónico; a mediados de octubre de 1982, concibieron un hijo. Patricia Ardila Rocha estaba afiliada a los Seguros Sociales, según carnet No. 13-0197703, número patronal 13018200280, razón por la cual solicitó y obtuvo que la Regional Santander le suministrara la atención y control prenatal a través de su CENTRO DE ATENCION BASICA de FLORIDABLANCA.

"4. El 17 de noviembre de 1982 la señora PATRICIA ARDILA ROCHA consultó en los servicios de Medicina General del ISS, por presentar HEMORRAGIA VAGINAL y encontrarse en embarazo, con fecha de última regla el 29 de septiembre anterior. Se dispuso su remisión al servicio PRENATAL (Historia Clínica folio 4 numeración azul);

"5. Durante la fase asistencial prenatal se determinó una inserción baja placentaria, diagnosticada por ecografía, la última de ellas practicada el 9 de junio de 1983 por el Dr. REINALDO MORA, la que además reveló feto de gran desarrollo (macrosómico). En dicha fase, se presentó sintomatología de tipo hemorrágico en cuatro oportunidades;

"6. En la Historia Obstétrica se señaló como fecha de última regla el 29 de septiembre de 1982, y como fecha probable del parto al parecer el 6 de julio de 1983 (fecha enmendada y repisada; folio 21 Hoja Clínica);

"7. El 14 de julio de 1983 la señora PATRICIA ARDILA ROCHA se presentó a la CLINICA LOS COMUNEROS, en Bucaramanga, del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para atención de parto.

Evaluada a las 8:30 horas por el Obstetra de turno Dr. MARIO MUTIS M. Código 06-10, registró en la historia clínica la siguiente situación

Edad: 28 años (mas once meses);
Motivo de consulta: salida de líquido claro a través de genitales desde las 05 Hs F.U.R: 29- IX-82 G-1;A-O
Altura uterina: 32 c
Ruidos fetales: positivo
Situación: longitudinal Presentación: cefálica.

T.V. Cuello largo cerrado, presentación cefálica, membranas rotas.
T.A.:100/70
Edema en miembros inferiores
I.D.: G-1- A-O (primer parto; sin abortos).
Embarazo de 41 semanas
Rotura prematura de Membranas
Tto: 8:30 Hs
Dextrosa al 5% en agua destilada 500 xxc.c
Pitocin 5U. mezclar y pasar a 15 gotas por minuto. (H. CLINICA fl. 10-11).

"8. Desde las 8:30 hasta las 18:00 horas del 14 de julio de 1983 no se hicieron evoluciones médicas del estado de la paciente; o cuando menos, no aparece registro alguno de dicha evolución en la Historia Clínica de la actora;

"9. Según las notas de enfermería, que no aparecen en la HISTORIA CLINICA suministrada por el ISS., a las 9:25 horas se presentó alteración de la fetocardia con registro de 100 por minuto (BRICARDIA, en patrón normal 120/160), que responde favorablemente a cambio de posición.

A las 9 horas se administra Ocitócito Inductor del parto;

"Se desconoce, por falta de anotaciones médicas, la estación fetal a las 17 horas y el valor de la fetocardia.

"11. Se desconoce, por falta de anotaciones médicas en la Historia Clínica, la evolución a partir de las 17 Hs. A las 22:35 se produce expulsión de

feto, con uso de espátulas y episiotomía. Se indicó feto masculino de 4.200 gr. en estado desconocido, por falta de anotaciones en la historia.

Se desconoce, por la misma razón, estación y variedad de posición fetal al tiempo de aplicación de espátula. El parto fué calificado por el obstetra como "NORMAL".

"12. El Obstetra tratante decidió proseguir con parto vaginal, a pesar de conocer desde la hora de admisión hechos clínicos determinantes de la conveniencia y necesidad de practicar intervención cesárea, a saber:

**No encajamiento fetal en primigestante añosa;

**Posible desproporción cefalo-pélvica, sugerida por feto de gran desarrollo según ecografía y falta de encajamiento;

**Sufrimiento fetal por bradicardia a las 9:25 hs

**A las 18 Hs, falta de respuesta adecuada a la inducción, con dilatación de solo UN cm, en 8 1/2 horas;

"Asociados a un cuadro de rotura prematura de membranas desde las 5Hs, según el registro médico de ingreso, que a las 17Hs completa 12 Hs en útero seco.

"13. Allegados a la paciente y el padre del por nacer, solicitaron insistentemente al Obstetra a cargo practicar cesárea ante la prolongación del parto; temeroso éste último de la repetición dé experiencias traumáticas en nacimiento de otro hijo suyo. El Obstetra no dió explicaciones satisfactorias sobre las razones de su negativa;

"14. Como consecuencia de la mala calidad de atención institucional prestada a la señora PATRICIA ARDILA ROCHA con ocasión del parto, se presentaron los siguientes hechos:

"En la **madre:**

-Falta de evoluciones médicas con la debida frecuencia, que incide en la falta de decisiones médicas oportunas de la conducta a seguir;

-Desgarro de cuello de útero, posiblemente por accidente obstétrico en aplicación de espátulas, no detectado ni tratado;

-Alta prematura, a pesar de acusar marcada palidez, To. (36,8 Axilar?), T.A. baja (82/55 frente a media de 110/100 de historia), hematocrito bajo, asociado a sangrado no detectado ni tratado;

-Los que desembocan en anemia severa no tratada, a pesar de post-consulta en CAB de Floridablanca y remisión de urgencia clínica Comuneros; y Endometritis severa no detectada ni tratada, por posibles maniobras en parto;

-Dispareunia por accidente obstétrico, manifestada por la paciente.

"En el **niño**:

-Hipoxia severa, que se asocia a sufrimiento fetal agudo evidenciado en los exámenes glicémicos del neonato; a circular apretada no valorada y tratada oportunamente, y expulsivo prolongado;

-Cefalohematomas (según H.C. de Pediatría), y petequías en antebrazo (misma fuente), asociados a expulsivo prolongado y maniobras obstétricas de extración;

-Posible lesión de plexos cervicobraquiales bilaterales,

-Y MUERTE de recién nacido, por anoxia"(Fl. 66-68, C.1)

Surtida la primera instancia, coincidiendo con la opinión del Agente del Ministerio Público, el Tribunal pronunció el fallo objeto de la alzada de manera adversa a los intereses de la parte actora, según se dejó anotado al inicio de este proveído.

Luego de historiar los antecedentes del proceso y de hacer un análisis exhaustivo de los medios de prueba el *a-quo* concluye que no están reunidos los elementos indispensables para la prosperidad de la pretensión resarcitoria de que trata el *sub-lite*.

Dicho análisis le permite concluír que "existieron desde luego irregularidades del médico tratante que fueron objeto de investigación y fallo tanto por el Tribunal de Etica Médica como por la Procuraduría Regional; pero lo que no está establecido en forma rehaciete es que tales anomalías fueran la causa determinante de la muerte del recién nacido y de las lesiones de la demandante Patricia Ardila Rocha, para poder estructurar la FALLA DEL SERVICIO que se aduce como fuente de la responsabilidad estatal".

Recaba el fallador de primer grado que frente a hechos como los que trata el *sub-lite* la prueba principal o crucial es la pericial, única que puede suministrar los medios de convicción necesarias para resolver con certeza el conflicto de intereses planteado. Del experticio rendido en el proceso, dice, "se pueden extraer las siguientes conclusiones:

"1o. La atención obstétrica y el tratamiento de la paciente era el indicado, el control de enfermería fue satisfactorio.

"2o.- A la pregunta relacionada con la evolución de si con posterioridad a la bradicardia fetal basal registrada en la historia clínica era conveniente seguir con el proceso de inducción de parto y qué riesgos o ventajas reportaba esa conducta para la madre y el feto, responde medicina legal que en la historia clínica no aparece ningún registro de bradicardia fetal y que de acuerdo con las respectivas evoluciones reseñadas en la misma, sí era conveniente seguir con la inducción. Pero nada se dice en relación con los riesgos o ventajas de dichos procedimientos.

"3o.- A la pregunta mas concreta de si frente al cuadro clínico de evolución de parto y demás antecedentes registrados, era conveniente proseguir con la inducción y el parto vaginal, se afirma que de acuerdo con lo anotado por el médico y las enfermeras era conveniente continuar con la inducción y el control médico. Aporta el peritazgo una explicación a esta afirmación fundamentándola con bases estadísticas y con apoyo en tratadistas médicos, tal como aparece a folios 285 y 286.

"4o.- La fase expulsiva del parto por la historia clínica estuvo dentro de lo normal, en cuanto al alumbramiento dice "Normal, sangrado moderado", no especifica si hubo revisión uterina o del canal del parto Por lo cual no es posible afirmar si hubo o no desgarros.

"5o.- A la pregunta de si con vista en el resultado de los procedimientos obstétricos, la calidad del manejo general del mismo, frente a la muerte del recién nacido y el estado general de la madre, se dice: "No tenemos elementos para valorar el caso en general. El manejo obstétrico fue bueno pero nos quedan varias lagunas por no estar consignado en la historia clínica lo ocurrido entre las 8:30 y las 17:00 del día del parto...".

"6o.- Si era indicada en este caso la operación cesárea, señala el perito médico:

"De acuerdo a los criterios clínicos obstétricos de general aceptación, a estas pacientes se les inicia una inducción con oxitocico en dilución

intravenosa, siempre que no haya indicación de cesárea y no esté contraindicado..... De acuerdo a la evolución del trabajo de parto se les concede una prueba de trabajo mínima de dos horas con contracciones uterinas regulares .... se realizan controles médicos, si son satisfactorios la presentación encajada se puede atender por parto vaginal. La cesárea estaría indicada si llegase a presentar sufrimiento fetal agudo con feto no encajado. No hay incadiciones en este caso de que se hubiera presentado esta eventualidad."

"No lo podemos informar por lo anteriormente descrito, si se hiciese cesárea en qué momento se practicaría porque esto depende del cuadro clínico que es individual para cada paciente y la decide el obstetra".

"7o.- Al interrogante de si de haberse practicado operación cesárea al ingreso de la paciente, era factible salvar la vida del feto y obtener además un niño sano, señala el experticio: "No podemos pronosticar con certeza si naciese un niño sano porque estos procedimientos conllevan riesgos si no son para el feto son para la madre, lo mas grave la infección, uno de los motivos para practicar inducción es evitar riesgos de la diseminación de la infección. En este caso según la historia clínica no encontramos durante el trabajo de parto motivos para practicar una cesárea de entrada.

"No hay necropsia del recién nacido en la historia clínica enviada ... para determinar con exactitud las causas de la muerte, por lo tanto tampoco nos podemos pronosticar con certeza sobre si era factible o no salvar la vida del feto y obtener un niño sano si se hubiese practicado operación cesárea. (fl. 288).

"8o.- El reconocimiento médico-legal practicado a la demandante dió el siguiente resultado: de las descripciones sobre el estado general de los órganos genitales de la señora PATRICIA ARDILA ROCHA consignadas en el literal k) del dictamen (fl. 288) "se puede decir que por lo menos tuvo un parto vaginal, los genitales externos en condiciones satisfactorias, no se observó alteraciones a nivel del sitio de la episorrafia". En relación con la "dispareunia", una de las secuelas que se dice afectaron a la señora ARDILA ROCHA a consecuencia del parto, dice el experticio que dicho termino significa "coito imperfecto difícil". Que esta palabra se aplica con mas frecuencia al coito doloroso, la falta de placer en el coito o la falta de orgasmos. Hay quienes opinan que las 4/5 partes de las mujeres casadas no sienten placer durante el acto sexual. La dispareunia puede ser funcional y entonces no se descubre causa alguna de la molestia o bien ser orgánica, todos los trastornos causantes de vaginismo contribuyen a la dispareunia, algunas mujeres se quejan de dispareunia solo en el caso

de penetración muy profunda en la vagina, una explicación detenida abdominal y rectovaginal descubre la causa, mujeres con tejidos vulvovaginales laxos se hallan mas dispuestas a la dispareunia como aquellas que tienen el útero en retroversoflexión,la endometritis pélvica, la inflamación de los parámetros, etc., hay mujeres que nó tienen patología orgánica pero la sufren por patología psiquiátrica.- En el caso que nos ocupa no hay ninguna evidencia de que un accidente obstétrico haya dejado consecuencias orgánicas capaces de producir dispareunia". (subrayas fuera del texto fl. 288). (fl. 348 a 351, C. 1).

Para terminar, a título de resumen, el *a-quo* expresa:

"Considerados en su conjunto los elementos probatorios anteriormente reseñados, debe concluir la Sala que le asiste razón a la fiscalía cuando afirma que en el presente caso no existe prueba fehaciente que demuestre que la actuación del médico que a nombre del Instituto de Seguros Sociales (ISS) atendió a la demandante PATRICIA ARDILA ROCHA, fué inadecuada, en otras palabras, que existió falla el servicio, elemento esencial para que se tipifique la responsabilidad extracontractual de la entidad pública demandada" fl. 341 a 357).

El mandatario judicial de la parte actora, inconforme y dentro del término legal apeló y sustentó el recurso en el que solicita la revocatoria del fallo para que se acceda a las súplicas planteadas en la demanda. En esencia formula las siguientes reflexiones:

"Así, sin querer menospreciar el hecho de que el debate es bien difícil, que los elementos de juicio clínico se tornaron, sin culpa (sic) mis representados escasos y tortuosos, creo que la prueba y la conducta, procesal de las partes, analizada en conjunto, permite una conclusión diferente a la que encontró la sentencia. Le encuentro valor y sentido probatorio a ciertos hechos. Por ejemplo: que la historia clínica haya sido fragmentaria; que no haya llegado completa al obstetra; que no hayan aparecido las ecografías; que los registros médicos fueran insuficientes; que no se haya practicado necropsia; que las copias remitidas por el ISS fueran virtualmente ilegibles, y por ende que se entorpeciera en buena medida la labor del perito. En fin. El expediente refleja la historia del proceso.

"Y a mi juicio no fue la familia afectada la responsable ni de los atinentes a la conformación del historial médico, que ha debido auxiliar al obstetra, con tanta mayor razón que si se trataba de un caso en que "desde un principio del embarazo tuvo problemas la paciente, varios intentos de aborto

y hemorragias, lo que indudablemente vendría al final a traerle consecuencias tanto para la madre como el hijo", como afirma sin mayor explicación el Ministerio Público, pues precisamente por ello han debido extremarse los cuidados y las atenciones, como tampoco es responsable la parte demandante de las notorias dificultades para el arribo de la prueba cuyo origen era precisamente el archivo de la demandada". (fl. 360-361, C. 1).

En el término de los alegatos de conclusión en esta instancia, la parte demandada guardó silencio; los actores hicieron llegar el escrito visible a los folios 380 a 383. La doctora Edne Cohen Daza, Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, hizo un prólijo y concienzudo exámen del material probatorio, lo que le permite concluir que no es posible declarar la responsabilidad del ente demandado y, por ende, la sentencia de primera instancia debe confirmarse (fl. 385 a 393).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia del *a-quo* será confirmada, pues no parecen probados los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la administración sobre los hechos examinados

Cuando la Sala ha tenido la oportunidad de ocuparse de acciones de esta naturaleza encaminadas a demostrar la existencia de desaciertos en la prestación de los servicios medico-hospitalarios a cargo de las entidades públicas, ha precisado bien sus elementos tipificantes, características y la parte a quien corresponde asumir las cargas probatorias, como puede verse entre otras en la sentencia del 24 de agosto de 1992 (Expidiente No. 6574, actor: HENRY ENRIQUE SALTARIN MONROY) en la cual con ponencia del Consejero Ponente Doctor Carlos Betancur Jaramillo, al resolver de un caso similar al que aquí se trata, se fijaron las siguientes pautas:

"Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino solo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N), produciéndose así mas que una presunción de falta, una 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 puede exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentra (sic) 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 el (sic) actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegaré que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

"En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y 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 solo 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 es diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o cosas peligrosas, porqué si bien el ejercicio de la medicina en si no puede calificarse como una actividad peligrosa, si puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la

integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio".

Dando aplicación a la doctrina anterior se tiene que los diversos medios de prueba allegados a los autos fueron correctamente valorados y apreciados por el fallador de primer grado; de ellos no se deduce que el servicio hubiera funcionado mal; por el contrario, se observa que en el procedimiento de pre-parto, de parto y post-parto se adoptaron todas las medidas necesarias y aconsejables para cubrir cualquier riesgo previsible que pudiera presentarse, sujetas en un todo a los canones de la ciencia médica y de la actividad hospitalaria, razón que permite afirmar que los pacientes recibieron el adecuado y necesario, cuidado que podía esperarse de la entidad oficial.

Ningún accidente obstétrico que la haya dejado consecuencias orgánicas fue sufrido por la demandante y la muerte del recién nacido se originó en un imponderable, pues el cordón umbilical se la anudó al cuello, impidiéndole la normal entrada de oxígeno, todo lo cual, se tradujo en hipoxia severa y por ello, pese a los cuidados científicamente ofrecidos falleció a las 31 horas,al sobrevenirle un paro cardiorespiratorio, a causa de anoxia perinatal."

Las partes, con la contribución del Tribunal, desplegaron un plausible trabajo probatorio dentro del cual se produjeron los numeros conceptos que aparecen recaudados en el plenario así: del CONSEJO ETICO NACIONAL (fl. 144-145); del COMITE *AD-HOC* EVALUADOR DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA-HOSPITALARIA (fl. 41 a 45 y 49-50 del C.I); de la SOCIEDAD SANTANDEREANA DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGIA; del TRIBUNAL DE ETICA MEDICA DE SANTANDER (fl. 150 -158); DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL- y el médico tratante LUIS ALFONSO GIRALDO (fl. 153 a 156 del C. 2).

De dichos dictámenes únicamente el primero estima que, en el caso en estudio, era procedente practicar una cesárea segmentaría pero se cuida de avanzar en su concepto en el sentido de si tal procedimiento habría evitado secuelas en la paciente y generado sanidad en el niño; las experticias restantes refutan esa conclusión, que no proviene de médicos obstetras. La Sala considera que los últimas son altamente convincentes sobre la manera como se desarrollaron los hechos.

En la demanda se afirma que el caso requería de la cesárea puesto que, desde un comienzo, la paciente presentaba una placenta de inserción baja. Los médicos aceptan que en efecto, las "diferentes ecografías muestran una placenta

de inserción baja, pero que es bien sabido que con la evolución del embarazo ella tienda a ascender, por este motivo a la paciente PATRICIA ARDILA se le presentaron los sangrados en los primeros meses y desaparecieron mas tarde, luego dejó de ser indicación de cesárea". De todas maneras, en razón de esa circunstancia inicial, durante el tiempo de pre-parto fue examinada en 12 ocasiones y recibió los tratamientos y las medicinas adecuadas dentro de una completa normalidad.

Según el libelo, cuando la señora se presentó en las dependencias del Seguro a recibir atención de parto ya había roto membranas y, en esas condiciones, era aconsejable proceder a la cesárea. Los galenos afirman que esa conclusión carece de asidero científico, pues los diferentes estudios existentes sobre el tema tienen aceptado que a partir de esa ruptura de fuente se puede esperar hasta 12 horas para que la paciente desencadene un trabajo de parto, sin riesgos para el feto; si en ese lapso no se inicia el trabajo de parto resulta indicado iniciar su inducción.

La señora se hizo presente en las instalaciones del Seguro a las 8:30 de la mañana del 14 de junio de 1983 y como había roto membranas, siguiendo los procedimientos usuales en estos casos, se dió iniciación a la inducción aplicándole una inyección de pitocin. A las 9:25 A.M., el niño presentó fetocardia de 100 por minuto, la cual inmediatamente fue corregida normalizándose el ritmo cardiaco con un simple cambio de posición. A las 9:30 se le aplicó ocitócico Inductor de Parto-Syntocinon. A las 17 horas, se le prescribió Algafan endovenoso, frente al Siguiente cuadro de parto:

-Contracciones uterinas de buena intensidad con duración de 35 segundos, y una frecuencia de 3/10.

-Borramiento de cuello uterino de 10%

-Dilatación de un centímetro.

-Fetocardia positiva.

Sobre las 17:20 P.M se inició el trabajo de parto. Llegadas las 21:30 horas, el obstetra ordena llevar a la paciente a la sala de partos, pues encuentra el cuello uterino borrado en un 100 por 100, dilatación de 7 centímetros y ruidos fetales de 140; el traslado ocurre a las 22:35 horas y transcurridos 10 minutos, a las 22:35 horas se produce el alumbramiento. Según los experticios, los protocolos médicos estiman que el recién nacido puede estar potencialmente infectado (no necesariamente infectado) después de transcurrir 24 horas de trabajo de parto con membranas rotas, y eso no ocurrió.

SECCION TERCERA

Contrariamente a lo aducido en la demanda, la altura uterina registrada en la demandante, de 32 centímetros, no corresponde a un feto macrosómico -cabeza de tamaño normal- ni evidencia desproporción feto-pélvica, ni sufrimiento fetal; según los médicos, lo conducente era continuar con la inducción por vías naturales, como se hizo. El producto del parto, no fue macrosómico y su peso tampoco fue excepcional: 4.200 gramos.

Según los galenos, la circular al cuello -cordón umbilical enredado en él- no se puede diagnosticar sino hasta cuando se ve directamente o sea en el momento del parto salvo cuando se dispone de un monitor fetal que permite detectar el problema intraparto; en las dependencias oficiales no existe ese aparato; por lo tanto, en condiciones normales y dadas las limitaciones corrientes de presupuesto, no les es exigible.

Ante la sospecha inicial y la posterior constatación del nudo umbilical en el cuello de la criatura, el médico tratante decidió utilizar espátula y episiotomía, mecanismos indicados para facilitar y acelerar el proceso expulsivo, cuando ocurren problemas de esa naturaleza. Según la historia clínica, el alumbramiento en lo que se refiere a la madre, fue normal sin que se produjera desgarros y si bien hubo sangrado su volumen fue normal, ameritando solamente la prescripción de antibióticos y analgésicos por vía oral; al bajar la altura uterina a 12 centímetros, se dió de alta a la paciente, el día siguiente del mismo mes y año.

El médico particular que trato a la señora en el puerperio, es enfático en afirmar que la atención médica y hospitalaria brindada por la entidad oficial fue oportuna y adecuada. Al respecto, el Doctor Luis Alfonso Giraldo, rindió el siguiente testimonio:

> "PREGUNTADO: Según los hallazgos clínicos que usted encontró en la paciente son indicios de una atención obstétrica deficiente? CONTESTO: No, no son prueba alguna de mala atención. PREGUNTADO: Sírvase Dr. indicar dentro de su conocimiento técnico como médico cuáles fueron las posibles causas de la anemia, de la endometritis y del desgarro del cuello uterino que presentaba la paciente? CONTESTO: La anemia se puede presentar en cualquier tipo de parto por perdida exagerada de sangre (fenómeno que puede estar asociado a las hemorragias ocurridas en los primeros meses de la gestación); la endometritis o sea la infección interna de la matriz puede verse esporádicamente después de cualquier parto y por último, el desgarro del cuello uterino, también se puede ver como consecuencia de un parto, principalmente si en un parto intervenido con un producto grande como en este caso. PREGUNTADO: Sírvase Dr. explicar al Despacho qué significa en su respuesta anterior parto intervenido? CONTESTO: Quiere decir que se utilizan instrumentos para

sacar el niño o que se hace una cesárea. PREGUNTADO: Sírvase Dr. informar al Despacho si en el caso de la señora paciente el parto fue por aparatos o por cesárea? CONTESTO: De acuerdo a lo que la paciente me informó se utilizaron espátulas para extraer al niño".

Por las razones enteramente ajenas al servicio público y sin que él pudiera evitarlo, el cordón umbilical se cerró sobre el cuello de la criatura y en un momento previo al alumbramiento, impidió la normal circulación de oxígeno en la sangre, por el tiempo suficiente para producir una hipoxia severa, que irremediablemente lo condujo a la muerte en los dos días siguientes al parto; según los diversos dictámenes, de nada valieron los ingentes esfuerzos que se hicieron para salvar su vida, por lo cual, concluyen que "se hizo un adecuado manejo del caso, pero la severidad del daño no permitió la evolución satisfactoria del recién nacido".

En resumen, obró correctamente el Tribunal al denegar las súplicas de la demanda demostrando como se encuentra que la atención médico- hospitalaria que se prestó a la paciente y a su hijo se ajustó a los principios metodológicos adoptados por la ciencia medica, es decir, los diversos tratamientos a que se sometieron fueron adecuados y oportunos; así las cosas, pues, se confirmará el fallo recurrido.

No obstante lo anterior, la Sala se aparta de la apreciación del *a-quo* cuando concluye en el sentido de que frente a hechos como los que se narran en la demanda de la prueba principal o crucial es la pericial, pues la Corporación estima que en todo caso se deben valorar además del experticio la declaración de parte, el juramentos, los testimonios, la inspección judicial, los documentos, indicios y todo otro medio regular y oportunamente, allegado a los autos útil a la información del convencimiento del juez. (art. 168 del C.C.A, 174 y 175 del C. de P.C.).

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, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander el 7 de noviembre de 1990.

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 Relatoría: En igual sentido se reitera la sentencia de 24 de agosto de 1992; Exp. 6574; Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; Actor: Henry E. Saltarin Monroy.

CONTRATO ADMINISTRATIVO / ALCALDE / CELEBRACION DE CONTRATOS - Autorización / CONCEJO MUNICIPAL - Facultades / NULIDAD DEL CONTRATO - Causales / FALTA DE COMPETENCIA

Corresponde al Concejo Municipal dar la autorización previa, so pena de que el contrato respectivo, como en el caso bajo estudio, quede viciado de nulidad absoluta, de acuerdo con lo establecido en los arts. 101 y 102 del Decreto Municipal 337 de 1987, de los arts. 77 y 78 del decreto 222 de 1983 sobre contratación administrativa; disposiciones que permiten concluir que a la Alcaldía de Pereira no le estaba dada la facultad abierta para celebrar el convenio o contrato comentado, sin someterse a determinado requisito, por cuanto los contratos que la administración municipal celebre contraviniendo las normas constitucionales y legales que los regula, van contra su eficacia futura y necesariamente atentan contra su estabilidad negocial. Por esta razón, le corresponde no sólo a los particulares sino también a la administración, que sus actuaciones se sujeten a todos los requisitos y formalidades de la ley, de tal forma que los alcaldes a quienes se les faculte para contratar, lo hagan validamente, sometidos a criterios precisos y dentro de las facultades que el consejo les hubiera otorgado, para que en esta forma tales funcionarios gocen de absoluta habilitación para poder vincular a la administración, esto es, que se hallen facultades para suscribir el respectivo acto o contrato. De no ser así, y si surge alguna irregularidad, el contrato quedará viciado de irregularidad, con los efectos inherentes a la misma, como sucedió en el *sub judice.*

SECCION TERCERA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7852. Demandada: Municipio de Pereira y ACOPIM. Actor: FISCALIA PRIMERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas contra la sentencia proferida el 14 de septiembre de 1992, por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se declaro la nulidad del contrato celebrado entre el municipio de Pereira y la Asociación Colombiana de Personas Impedidas ACOPIM, de fecha 27 de marzo de 1991 y se dispuso que una vez en firme la sentencia, se proceda a la liquidación del contrato.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.

El doctor Marco Marín Vélez, en su condición de Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Risaralda en escrito presentado ante dicha Corporación el 19 de febrero de 1992, en ejercicio de la acción prevista en el articulo 87 inciso 3o. del C.C.A., formuló demanda contra el municipio de Pereira y la Asociación Colombiana de Personas Impedidas ACOPIM, para que "se sirva declarar la nulidad absoluta del convenio o contrato para la recuperación y racionalización del uso del espacio público celebrado entre la Alcaldía Mayor de Pereira y la Asociación Colombiana de Personas Impedidas "ACOPIM", celebrado el 27 de marzo de 1991".

2.- Los hechos

Relata el actor que entre el municipio de Pereira y la Asociación Colombiana de Personas Impedidas ACOPIM celebraron contrato y convenio "para la recuperación y racionalización del uso del espacio público", contrato para el cual el Alcalde de Pereira no fue autorizado por el Concejo Municipal de dicha ciudad. En la demanda el Fiscal transcribe en su totalidad del texto contractual y manifiesta ser competente como Agente del Ministerio Público para alegar y solicitar la nulidad absoluta de los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad cuando contravengan normas de derecho público o se celebren contra prohibición constitucional o legal o por funcionarios que carezcan de competencia o por abuso o desviación de poder.

Relaciona como violados los artículos: 197, numeral 7 y 31 de la Constitución de 1886; 102, 313 numeral 3o., 336 y 355 de la Carta Política vigente; 92, numeral 7o. del Decreto 1333 de 1986; 11, literal a), de la ley 78 de 1986; 1519 y 1523 del Código Civil,, 101, literal d), del Decreto 337 de 1987 (Estatuto Contractual 1 del municipio de Pereira); y 9o. del Acuerdo No.89 de 15 de diciembre de 1991.

3o. **Actuación Procesal.-**

El Alcalde mayor de Pereira y el Representante legal de ACOPIM, fueron notificados del auto admisorio de la demanda, la cual fué contestada por el apoderado de la última entidad demandada.

Aduce que en el *sub judice* no se trata de un contrato sino de un convenio interpartes, sin carácter estrictamente contractual, que "tipifica una peculiar situación de acuerdo que no clasifica dentro de, ninguna de las especies conocida de contratos de Derecho Público de la Administración....." en el cual al municipio no le corresponde hacer erogación alguna y si por el contrario generaba ingresos a su favor.

Sostiene que el Alcalde no requería facultades del Concejo Municipal para contratar porque no había contrato, era un convenio que "carecía de la tipicidad propia de los actos que configuran la contratación administrativa" y no aparece clasificado en el Decreto 337 de 1887 o Estatuto de la Contratación Municipal de Pereira, en el Titulo 3. "Contratos Administrativos y de derecho privado de la Administración", ni en el artículo 13 que se refiere a la clasificación y naturaleza de los contratos.

Estima que el Alcalde por expreso mandato constitucional vigente (art. 314), como representante legal del municipio, tenía competencia para contratar sin facultad del Concejo Municipal. Al alegar de conclusión reiteró básicamente los planteamientos de la contestación de la demanda.

El Fiscal demandante en su alegato de fondo, luego de precisar la similitud e identidad conceptual de los términos contrato y convenio, reafirma que para la celebración del contrato era indispensable la facultad expresa del Concejo, so pena de declarar la nulidad absoluta de aquél.

4o.- **La sentencia apelada.-**

En los siguientes términos concreta el *a-quo*, criterio que le permitió declarar la nulidad del contrato:

SECCION TERCERA

"Es indubitable que el Alcalde para celebrar un contrato debe estar autorizado por el Concejo, sin que de esta regla se excluyan los contratos no tipificados o previstos en la ley, ni los que se relacionen con el espacio público. Es cierto.que la ley 9/89 autoriza a los municipios para "contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores....." refiriéndose al espacio público. Pero una cosa es que el municipio pueda celebrar esa clase de contrato y otra diferente la de autorización que se deba dar al representante legal del municipio para celebrar tales contratos, autorización que puede ser general para un conjunto de contratos definidos por las características que señala la autorización, o que puede ser particular cuando se concede para celebrar un contrato especifico. En el caso presente no se aportó prueba de tal autorización genérica o especifica, para celebrar este contrato.

"La ley ha erigido en causal de nulidad absoluta de los contratos celebrados por la administración, el que "se hubiere celebrado por funcionarios que carezcan de competencia.....". Asi lo establece el artículo 78 del Decreto 222 183, norma que se refiere a efectos de los contratos y aplicable por tanto en los niveles departamentales y municipales. Se anota que ese Estatuto Contractual señala como causal de nulidad relativa "la inexistencia de norma legal o estatutaria que autorice la celebración del contrato", pero dicha causal se predica respecto del contratista particular como lo indica la parte inicial del mismo artículo. Cuando se trata de entidad pública, la ausencia de tal autorización implica la falta de competencia para celebrar el contrato, lo que configura la causal de nulidad absoluta que contempla el artículo 78 del, Decreto 222/83. Por su parte el Estatuto Contractual del municipio de Pereira, en sus artículos 101 y 102 reproduce los artículos 78 y 79 del citado Decreto 222/83. La declaratoria de nulidad impetrada en la demanda acarrea consecuencialmente la orden de proceder a la liquidación del contrato judicialmente".

5.- **Razones de la apelación.**

Argumenta el apoderado de ACOPIM que el Alcalde de Pereira si tenía competencia legal para contratar con entidades privadas, de acuerdo con el artículo 7o. de la ley 9a de 1989, ordenamiento que no exige la facultad del Concejo Municipal para darle cumplimiento a ese mandato legal, en cuyo ejercicio se firma el convenio cuestionado.

A su vez, la apoderada de la Alcaldía de Pereira, para censurar el fallo del Tribunal acude a normas nacionales reguladores del tránsito y transporte de personas y del uso de las vías públicas en el territorio nacional, entre ellas el

Decreto 1344 de 1970 (Código Nacional de Tránsito) para deducir que el Alcalde es una autoridad de tránsito y como tal le corresponde velar por el uso nacional de las vías, para lo cual no requiere autorización del Concejo Municipal, porque el contrato celebrado es la concreción de un programa de nacionalización y utilización de las vías públicas que compete sólo al Alcalde. Aduce igualmente que en el Decreto 337 de 1987, se fijaron los casos específicos en los que, debía existir la autorización del Concejo Municipal: contrato de compraventa, comodato de bienes inmuebles, donación y empréstito.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia recurrida habrá de confirmarse, dado que la misma acompaña con una acertada interpretación jurídica de las normas constitucionales y legales aplicables al caso bajo estudio.

Radica fundamentalmente la controversia en determinar sí para celebrar "el convenio para la recuperación y racionalización del uso del espacio público", celebrado entre la Alcaldía mayor de Pereira y la Asociación Colombiana de Personas Impedidas, ACOPIM, era indispensable que el Alcalde contara con facultad del Concejo Municipal de esa ciudad.

Sea lo primero precisar que no comparte la Sala la distinción que la parte demandada pretende hacer entre los términos contrato y convenio, con miras a excluir este último de la reglamentación legal del primero. Ciertamente, como lo consideró el *a-quo,* de la simple lectura del respectivo documento se deduce que se trata de un contrato, dado que en su texto es determinar claramente los intervinientes y sus obligaciones, sin que la denominación que se le dio de convenio, altere en forma alguna su estricta naturaleza contractual.

Así mismo, desestima la Sala la apreciación de ACOPIM según la cual, por razón de su atipicidad, no se trata de un contrató de Derecho Público de la Administración o de carácter privado con cláusula de caducidad. Al respecto se recuerda que la tipicidad no es requisito para la existencia del contrato, pues sabido es que este puede ser típico o atípico, según esté o nó consagrado expresamente en la ley.

Ahora bien, como se advirtió, el cuestionamiento central de la demanda para impetrar la nulidad absoluta del convenio o contrato referido es la ausencia de autorización del Concejo Municipal de Pereira para que el Alcalde de dicha ciudad celebrara el mencionado contrato, y en tal sentido la Sala comparte el criterio del Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Risaralda, aceptado igualmente por el *a-quo* en el fallo impugnado.

SECCION TERCERA

Para la época de celebración del contrato, esto es, en el mes de marzo de 1991, regía aún la Constitución Nacional de 1886, en cuyo artículo 197, consagraba las atribuciones de los Concejos Municipales, para ejercerla "conforme a la ley", y entre las cuales se encontraba:

"7o.- Autorizar al Alcalde **para celebrar contratos** negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a los Concejos.....".

Esta misma facultad se le atribuye a los Concejos Municipales, en el numeral 3o., del artículo 313 de la actual Constitución Política.

Se trata, pues, de una función atribuída a los Concejos por expreso y preciso mandato constitucional, y por lo mismo, prevalente sobre disposiciones legales o reglamentarias que pretendan contrariar dicho precepto superior.

Razona la parte demandada con fundamento en la ley 9a de 1989, que dicho ordenamiento autoriza a los municipios para **"contratar** con entidades privadas, la administración mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores.....", y en tal sentido la Sala está de acuerdo con el recurrente. Sin duda la norma aludida faculta para contratar pero esa contratación debe previamente autorizarla el Concejo Municipal, en ejercicio, precisamente, de la atribución constitucional a que antes se hizo referencia. No se trata, como lo pretende la apelante, de que esa ley no haya consagrado la autorización previa del Concejo para celebrar los contratos sino que debe atenderse a que por canon constitucional Corresponde al Concejo Municipal dar la autorización previa, so pena de que el contrato respectivo, como en el caso bajo estudio, quede viciado de nulidad absoluta, de acuerdo con lo establecido en los artículos 101 y 102 del Decreto Municipal 337 de 1987, cuyos textos fueron transcritos íntegramente de los artículos 77 y 78 del Decreto 222 de 1983 sobre contratación administrativa, disposiciones que permiten concluir que a la Alcaldía, de Pereira no le estaba dada la facultad abierta para celebrar el convenio o contrato comentado, sin someterse a determinado requisito, por cuanto los contratos que la administración municipal celebre contraviniendo las normas constitucionales y legales que los regula, van contra su eficacia futura y necesariamente atentan contra su estabilidad negocial.

Por esta razón, le corresponde no solo a los particular sino también a la administración, que sus actuaciones se sujeten a todos los requisito y formalidades de la ley, de tal forma que los Alcaldes a quienes se les faculte para contratar, lo hagan validamente, sometidos a criterios precisos y dentro de las facultades que el Concejo les hubiera otorgado, para que en esa forma tales funcionarios gocen de absoluta habilitación para poder vincular a la administración, esto es,

que se hallen facultades para suscribir el respectivo acto o contrato. De no ser así, y si surge alguna irregularidad, el contrato quedará viciado de nulidad,. con los efectos inherentes a la misma, como sucedió en el *sub judice*.

De las anteriores consideraciones concluye la Sala que debe accederse a las peticiones de la demanda y consecuencialmente confirmar la decisión apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 14 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, ocho (8) de Octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Juan Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Daniel Suárez, Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LEGITIMACION POR PASIVA / FUERO DE ATRACCION

No existe problema de legitimación por pasiva porque se demandó en forma solidaria no sólo a dos entes privados, sino al Departamento de Nariño, a través del Servicio Seccional de Salud y a la Nación (Ministerio de Salud), con lo que se produjo el fuero de atracción que permite que los entes privados puedan justiciarse ante la jurisdicción propia de los entes territoriales.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / FALLA DEL SERVICIO MEDICO PRESUNTA

Hubo ligereza y temeridad en el médico al tratar, sin necesidad para ello, de efectuar el acto quirúrgico solo, suministrando él mismo la anestesia, en un medio de escasos recursos para salvar los riesgos que el tipo de anestesia aplicada podía producir y que eran previsibles.

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

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8148. -Indemnizaciones. Demandado: Departamento de Nariño Servicio Seccional de Salud. Actor: EDGAR NARCISO PORTILLA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de noviembre 26 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Nariño, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En la demanda, presentada el día 13 de enero de 1992 por Edgar Narciso Portilla V. y otros contra el Hospital "Clarita Santos" de Sandoná, el Hospital "San Pedro" Nariño, el Departamento de Nariño en su servicio Seccional de Salud y la Nación Colombiana, en forma solidaria, se pidió expresamente:

> "Declárase al HOSPITAL CLARITA SANTOS DE SANDONA (NARIÑO) representado por su DIRECTOR HOSPITAL SAN PEDRO DE PASTO (Nariño), sede de la UNIDAD REGIONAL CENTRAL No. II de la misma ciudad, ambos representados por sus DIRECTORES pertinentes, al DEPARTAMENTO DE NARIÑO en su SERVICIO SECCIONAL DE SALUD, representado por el señor GOBERNADOR y a la NACION COLOMBIANA (representada por el señor MINISTRO DE SALUD), SOLIDARIAMENTE responsables de la muerte de la señora NELLY RUBY BETANCOURTH SALAZAR y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios morales ocasionados a EDGAR NARCISO PORTILLO VERA (esposo), ALBEIRO HERMENEGILDO y LIDIA ANAVEI PORTILLA BETANCOURT (hijos), AUDELO BETANCOURT Y BEATRIZ SALAZAR (padres), JOSE SILVIO JAIME, ANTONIO RAMIRO Y MELVA ROCIO BETANCOURT SALAZAR (hermanos).
>
> "Los hechos en los cuales perdió la vida la señora NELLY RUBY BETANCOURT SALAZAR tuvieron ocurrencia el pasado 3 de Enero de 1990 en el interior del Hospital "CLARITA SANTOS DE SANDONA" (Nariño), por una inadecuada asistencia médica prestada por el ente enunciado, muerte atribuible a una falla o falta en el servicio o en la administración.
>
> "Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:
>
> "1°.- **POR PERJUICIOS MORALES**, se debe a cada uno de los actores, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, indemnización en el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro al precio que se encuentre el metal en la fecha de la ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República.
>
> "2°.-**POR INTERESES**. Se debe a cada uno de los actores o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses que se generen a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

SECCION TERCERA

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

"Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria y transcurridos seis (6) meses los de mora."

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

Que el día 3 de enero de 1990 la señora Nelly Ruby Betancourt, por disposición del Doctor Víctor Hugo Bastidas López, fue intervenida quirúrgicamente (cesárea) sin una previa programación y sin advertir a los familiares los riesgos de la misma.

Que la operación la practicó el Doctor Bastidas, -solo y él mismo suministró la anestesia.

Que el embarazo de la señora Betancourth estaba post-término y el centro hospitalario donde fue operada no tenía unidad de cuidados intensivos.

Que hecha la operación y producida la muerte de la señora Betancourth, ninguna explicación se le dió a su cónyuge y ni siquiera se le practicó la necropsia al cadáver.

Que el médico Bastidas López cumplía sus funciones de médico rural en el Hospital "Clarita Santos", dependencia del Hospital "San Pedro", sede de la Unidad Regional Central II.

Que el centro hospitalario como los demás que operan en el Departamento de Nariño son parte del sistema de Salud del Ministerio del ramo.

Que la señora Betancourth era hija legítima de Audelo Betancourth y Beatriz Salazar y hermana de José Silvio Jaime, Antonio Ramiro y Melva Rocío y madre de Albeiro Hermenegildo y Lidia Analevi, procreados dentro del matrimonio contraído por Edgar Narciso Portilla Vera.

El tribunal luego del trámite de la primera instancia decidió en la forma indicada atrás. Descontenta la parte actora apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 423 y siguientes.

Durante la segunda instancia, alegó de nuevo la parte actora para insistir en la declaración de responsabilidad. Guardaron silencio la parte demandada y el ministerio público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la sala la sentencia recurrida merece ser revocada porque no hace suya la argumentación del *a-quo,* en especial la que gira en torno al acervo probatorio. Por lo demás, tampoco existe problema de legitimación por pasiva porque se demandó en forma solidaria no sólo a dos entes privados (los Hospitales "Clarita Santos" y " San Pedro"), sino al Departamento de Nariño, a través del servicio Seccional de Salud y a la Nación (Ministerio de Salud), con lo que se produjo el fuero de atracción que permite que los entes privados puedan justiciarse ante la jurisdicción propia de los entes territoriales.

A este respecto la sala reitera la tesis expuesta en asunto similar y de la cual se infiere la anotada conclusión. Así, en la sentencia de agosto 17 del presente año (Proceso 7875, Luis Felipe Rivera, ponente Carlos Betancur Jaramillo), se dijo:

> "La demanda, en forma inequívoca, está dirigida contra el Hospital San Antonio de Padua de Garagoa y contra el médico, Dr. Benedicto Porras Gómez, es decir contra dos personas de derecho privado. Este carácter no se pierde ni para aquélla ni para éste por el hecho de haberse acogido el mencionado hospital al régimen de adscripción ordenado en el artículo 8 del decreto 356 de 1975.
>
> "Esta circunstancia permite pensar que la demanda debió presentarse ante la jurisdicción ordinaria, porque la contencioso administrativa sólo conoce de las acciones de reparación directa que se sigan contra las entidades públicas, concretamente, según la jurisprudencia reiterada de esta misma Sala, contra los entes territoriales (nación, departamentos, municipios, etc. etc.) y los establecimientos públicos (artículos 131 y 132 numerales 10 del C. C.A.)
>
> "No obstante lo dicho, e interpretando la demanda hasta donde es posible hacerlo (la sala so pretexto de esto no podría cambiarla sustancialmente) puede aceptarse o bien que la pretensión está dirigida contra el hospital y el médico Dr. Benedicto Porras Gómez, no como personas particulares sino como organismo y persona adscritos al Servicio Nacional de Salud; o bien como partes obligadas contractualmente con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones."Caprecom"
>
> "Pues con cualquiera de estos dos enfoques, tampoco resultarían legitimados por pasiva los demandados en este proceso. En primer lugar, porque la adscripción del Hospital al servicio no le hizo perder el carácter de persona privada que tiene **ni convirtió a sus empleados y trabajadores**

en servidores públicos. Pudo, sí, la actora demandar al Servicio Seccional de Salud (la Nación Ministerio de Salud) solo o conjuntamente con las personas privadas aquí demandadas. Evento en el cual, por fuero de atracción, habría desaparecido el obstáculo creado por la índole de dichas personas. Pero como así no lo hizo, falló la -legitimación por pasiva.

"En segundo lugar, pudo demandarse solo a Caprecom o a éste y a las personas privadas aludidas. Aquí habría operado el aludido fuero."

Frente al problema de fondo, se anota:

La responsabilidad de la parte demandada en el caso concreto resultó comprometida no solo porque, como lo ha venido sosteniendo esta misma sala en asuntos similares, se presume la culpa de la administración y la presunción no fue desvirtuada, sino porque resultó bien probada la actuación ligera e irregular del médico que intervino a la señora Betancourth Salazar.

Se arriba a esta conclusión pese a los conceptos emitidos por Medicina legal y que obran a folios 126 y 134 del expediente, los que no se hicieron con apoyo en la percepción directa de los hechos, sino por información de terceras personas y con apoyo en la historia clínica elaborada por el mismo médico que cumplió la desafortunada intervención que culminó con la muerte de la paciente mencionada. Además y fuera de lo observado, que le resta mérito probatorio a dichos conceptos, se anota que entre éstos existen algunas diferencias de matices porque en el primero el Doctor Sanzón Guerrero se muestra dubitativo y en el segundo es enfático y en cierta forma parece intentar la defensa del médico cuestionado.

Se infiere del acervo probatorio que hubo ligereza y temeridad en el médico Bastidas López al tratar, sin necesidad para ello, de efectuar el acto quirúrgico solo, suministrando él mismo la anestesia, en un medio de escasos recursos como Sandoná para salvar los riesgos que el tipo de anestesia aplicada podía producir y que eran previsibles.

Se afirma lo anterior porque, en primer término, el día de los hechos, 3 de enero de 1989, el Doctor Bastidas no era el único médico que estaba en el centro hospitalario, ya que su directora, la Doctora Betty Torres C. era quien iba a efectuar la operación. En segundo lugar, porque ante la demora de la Doctora Torres C. y sin que existiera ningún motivo para precipitar los acontecimientos, se intentó el acto quirúrgico por el médico Bastidas, sin ayuda de nadie. En tercer lugar, porque las condiciones de salud de la paciente no imponían la intervención con la urgencia que se le quiso dar. En cuarto lugar y

quizás esto revela mejor la imprudencia del médico y reafirma la falla del servicio, él debía saber que la aplicación de xilocaina al 5% en forma raquídea (dosis alta) era de alto riesgo, porque fácilmente podía producir hipotensión severa y un paro cardio-respiratorio no afrontable en un medio de escasos recursos como era el hospital de Sandoná. Obsérvese que según se infiere de la historia clínica esto fue lo que realmente sucedió. En quinto lugar, porque tanto la Anestesia raquídea como la general imponen la asistencia de un anestesiólogo. Asistencia que según la ley 6 de 1991 es obligatoria "por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes", razón por la cual "se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo." Y aunque dadas las condiciones que presenta el país y la infraestructura defectuosa de los servicios de salud, en especial a nivel rural, no puede exigirse la presencia de un anestesiólogo especializado hasta en el lugar más apartado y deprimido, se impone que cuando deba aplicarse anestesia, porque la operación es de urgencia y no pueda dar espera el médico, por razones de seguridad para el paciente, deberá asesorarse de otro médico o de personal auxiliar. Actuar solo innecesariamente, como sucedió aquí, revela ligereza e inmadurez en quien sí actúa. En sexto lugar, el médico actuó con ligereza e inmadurez al aceptar sin cuestionamiento alguno, que la duración del embarazo era de casi 11 meses (43.8), caso insólito médicamente, cuando si hubiera aplicado sus conocimientos, la altura uterina señalada en la historia clínica (38 cms) le permitía concluir que el embarazo estaba a término y en condiciones normales, máxime cuando ni siquiera, dada la duración declarada por la parturienta, ésta mostraba síntomas de iniciación de parto. En séptimo lugar, no entiende la sala porqué se procedió a intentar la cesárea en paciente multigestante, con partos anteriores por vía vaginal no asistidos siquiera por médico, sin intentar primero inducir el parto por vía normal.

Todo lo anterior pone de presente que la presunción de falla del servicio no resultó desvirtuada, y, antes, por el contrario, se demostró que el servicio funcionó irregularmente y produjo un perjuicio que debe resarcirse.

Lo precedente aparece corroborado con la Historia Clínica que obra a folios 120 y que se transcribe para mejor claridad:

"RUBY NELLY BETANCOURTH DE PORTILLA
EDAD: 28 años
ESTADO CIVIL: Casada
MOTIVO DE CONSULTA: Control Prenatal
Paciente multigestante, quién acude a control prenatal por primera ocasión, encontrándose en la semana 43.8 de embarazo ya que refiere que la fecha de la última menstruación fue el día 2 de marzo de 1989, refiere leve dolor abdominal.

Al Examen Físico: Paciente en buen estado general y nutricional afebril Hidratada.
Tensión Arterial, 110/70, Peso 67 Kgls.
Cabeza, Cuello y Tórax: Sin Patología, Aparente ABDOMEN: loboso de gestante, Altura Uterina: 38 cm. Feto Longitudinal, Polo cefálico de gran tamaño, Presentación Flotante. Fetocardia 128 por minuto AL EXAMEN GINECOLOGICO: genitales de multípara, cuello uterino central, Totalmente cerrado. Examen Neurológico Elemental y Extremidades: Normales
Se la ingresa con diagnóstico de Embarazo Postérmino y Desproporción Cefalopélvica, para realizarle CESAREA. Una vez en Quirófano y con todas las medidas preventivas, se le administra anestesia raquídea con Xylocaína al 5%, luego de la cual la paciente presenta Cianosis labial y pérdida súbita del latido cardíaco. Inmediatamente, de lo cual se realiza maniobras y administración de medicamentos para reanimación cardiopulmonar, sin obtener resultado positivo, la paciente fallece. Se ausculta el abdomen sin percibir latido cardíaco fetal, signo de muerte fetal.Razón por la cual no se extrae el producto de la gestación. De esta manera se establece que la causa de la muerte es:
-Reacción Anafiláctico a la anestesia raquídea
-Paro Cardiorespiratorio."

Y para el caso los testimonios que obran a folios 123 a 125, 127, 128, 129, refuerzan las conclusiones atrás expuestas, ya que tienen fuerza demostrativa de cómo ocurrieron los hechos. Se aceptan por la seriedad de los declarantes, los que, sin ser técnicos en su mayoría, sí arrojan certeza de la ocurrencia de los mismos hechos.

Finalmente, la sala recuerda que en su fallo de agosto 24 de 1992 (Proceso 6754, Henry Enrique Saltarín ponente Carlos Betancur Jaramillo) se hicieron precisiones en torno a la responsabilidad del servicio médico oficial; y se aceptó que en dichos eventos aunque podía presumirse la culpa, la entidad pública podía exonerarse de responsabilidad probando la diligencia y cuidado en el servicio prestado, mirado éste en razón de su infraestructura en una localidad dada.

Los perjuicios

Vistas las pretensiones, los daños reclamados solo son de carácter moral. En este sentido reclaman por la muerte de la señora Nelly Ruby Betancourth, su cónyuge, señor Edgar Narciso Portilla Vera; sus hijos Albeiro Hermenegildo y Lidia Anaveli Portilla B; sus padres Audelo Betancourth C. e Imelda Beatriz Salazar; y sus hermanos José Silvio Jaime, Antonio Ramiro y Melba Rocío

Betancourth S. La legitimación de estas personas resultó bien acreditada con las pruebas del estado civil correspondientes, que obran a folios 7 y siguientes del cuaderno principal.

Así las cosas y con sujeción a la jurisprudencia de la sala, se señala una condena en gramos oro, equivalente en pesos, para cada una de las siguientes personas: Edgar Narciso Portilla Vera, Albeiro Hermenegildo y Lidia Anaveli Portilla B., Audelo Betancourth C. e Imelda Beatriz Salazar, quienes percibirán el valor de 1.000 gramos oro para cada uno. Así mismo, percibirán de a 500 gramos oro para cada uno José Silvio Jaime, Antonio Ramiro y Melba Rocio Betancourth S.

Finalmente, se observa:

En casos como el aquí resuelto resulta de gran importancia que se efectúe la necropsia, porque su ausencia no sólo podría valorarse como un indicio en contra del servicio, sino porque ella también podría servir para exculparlo.

Asimismo, a las circunstancias anotadas atrás podrá agregarse el hecho de que Sandoná queda, por carretera, a menos de una hora de Pasto y bien pudo remitirse la paciente a esta ciudad, visto su estado.

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 el fallo de noviembre 26 de 1992 dictado por el tribunal administrativo de Nariño. En su lugar:

Decláranse responsables solidariamente las siguientes personas y entidades públicas: Hospital Clarita Santos de Sandoná, Departamento de Nariño (Servicio Seccional de Salud) y la Nación (Ministerio de Salud) de la muerte de la señora Nelly Ruby Betancourt S.

En consecuencia, se les condena a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas en gramos oro, en su equivalencia en pesos: a Edgar Narciso Portilla Vera, Albeiro Hermenegildo y Lidia Anaveli Portilla B., Audelo Betancourth C. e Imelda Beatriz Salazar de a 1.000 gramos oro para cada uno; y de a 500 gramos oro para cada una de las siguientes personas: José Silvio Jaime, Antonio Ramiro y Melba Rocío Betancourth S.

SECCION TERCERA

El Banco de la República certificará el valor del gramo oro a la fecha de ejecutoria de este fallo.

La presente sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del c.c.a. y con los efectos allí indicados.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento / RECURSO DE APELACION / CADUCIDAD - Término

Contra los actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa proceden, por regla general, los recursos de reposición, de apelación, y el de queja cuando se rechace la apelación, según lo disponen los artículos 50 y 53 del C.C.A. De estos recursos, para efectos del agotamiento de la vía gubernativa, sólo es obligatorio el de apelación, pues los de reposición y queja son opcionales; así lo determina el inciso final del artículo 51 del mismo código: "los recursos de reposición y de queja no son obligatorios". Si el recurso de queja prospera, el superior conocerá del acto, en apelación y resolverá este recurso, quedando agotada la vía gubernativa; si no prospera la queja, se rechazará, quedando igualmente agotada dicha vía. Como en este momento únicamente se discute la ocurrencia o no de tal fenómeno y como no existen en el expediente elementos de juicio que arrojen suficiente claridad sobre el asunto, nada hay que decir sobre la legalidad o ilegalidad del rechazo de los recursos; simplemente hay que constatar que si el rechazo del recurso de queja se produjo el 8 de enero de 1993 (fecha de desfijación del edicto), a partir de esa fecha se debe comenzar a contar el término de caducidad de la acción; como la demanda se presentó el 10 de marzo de 1993, hay que concluir que su ejercicio fue oportuno.

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

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

SECCION TERCERA

Referencia: Expediente No. 8481 Actor: ELIAS RODRIGUEZ MORALES.

Resuelve la Sala el recurso de súplica interpuesto contra el auto de agosto 18 de 1993 proferido por el Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en el cual se decidió "Inadmitir la demanda por caducidad, de la acción".

Para tomar la decisión recurrida se consideró:

"La demanda que antecede está dirigida a obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

"a) Res. 07903 de julio 9/92 distada por el Director de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas, por medio de la cual se cancela la inscripción en el Registro de Constructores de dicha entidad, al actor señor Elías Rodríguez Rodríguez;

"b) Res. 11789 de octubre 01692 (sic), expedida por el mismo funcionario anterior, por medio de la cual se rechazan los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución 07903/92;

"c) Res. 14420 de noviembre 24/92 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte por medio de la cual se resuelve el incidente de nulidad propuesto por el actor; y

"d) Res. 14421 de noviembre 24/92 del Ministerio anterior, por la cual se resuelve el recurso de Queja contra la Resolución 11789/92"

"....."

"La demanda por el aspecto puramente formal seria admisible,.....

"Sin embargo, encuentra el despacho que el acto administrativo con el que se agotó la vía gubernativa (Res. 11789/92) de conformidad con lo reglado en el artículo 51 *in fine* en concordancia con el 63 del C.C.A., fué notificado el 23 de octubre de 1992 (fl. 17 vuelto) y a la fecha de presentación de la demanda -10 de marzo de 1993-, estaba caducada la acción.

"En efecto, las normas aludidas indican y consagran que la vía gubernativa queda agotada con la interposición de los recursos de reposición y apelación (cuando éste último es procedente) quedando expedita la vía jurisdiccional para incoar las acciones pertinentes. Esto quiere decir que una vez

notificado dicho acto (el que resuelve la apelación) empieza a correr el término de caducidad para las acciones según el contenido del artículo 136 del C.C.A."

El recurrente expresa su inconformidad en estos términos:

"El artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, consagra como una de las formas de agotar la vía gubernativa el que "el acto administrativo quede en firme por no haber interpuesto los recursos de reposición o de queja". Compaginando ésta norma con el artículo 50 citado que regula los recursos en la vía gubernativa, dentro de los cuales está el de súplica (sic), y ligándolo con el numeral 2o. del 62 del mismo estatuto, es claro que la resolución que agotó la vía gubernativa fue la de 24 de noviembre que negó el recurso de súplica (sic), pues si se interpuso, aún el acto inicial no estaba en firme pues no se habían decidido los recursos interpuestos y por lo tanto no podía comenzar a correr el término de caducidad."

Para resolver, **SE CONSIDERA**:

- Los recursos procedentes por la vía gubernativa, según lo dispone el art. 50 del C.C.A., son los siguientes:

1) El de reposición, ante el mismo funcionario que tomo la decisión, para que la aclare, modifique o revoque;

2) El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito; y,

3) El de queja cuando se rechace el de apelación. El primero y el último son facultativos; pero éste se puede interponer directamente ante el superior del funcionario que tomó la decisión.

- La Resolución 07903 de julio 9/92 en el art. 2o., parte resolutiva expresó:

"**NOTIFIQUESE** la presente resolución al interesado haciéndole saber que contra ella procede(n) el (los) recurso(s) de reposición para ante el Director de Licitaciones y Contratos y el de apelación para ante el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte....."

Contra dicha Resolución fueron interpuestos los recursos de reposición y apelación, subsidiario, los cuales fueron rechazados mediante Res. 11789 de oct. 1/92, cuya motivación expresa:

SECCION TERCERA

"... el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo establece los requisitos que deben reunir los recursos indicando en el numeral 1 entre otros aspectos, que debe interponerse personalmente por el interesado o mediante apoderado.

"... el poder otorgado concede amplias facultades a su apoderado y entre ellas está la de sustituir el poder, sin embargo la sustitución hecha fue para agotar la vía gubernativa contra la Resolución No. 07895 de 1992 correspondiente a la sociedad Empresa de Construcciones Civiles Limitada Ecocivil, providencia ésta que no es motivo de estudio y análisis en el presente acto administrativo, más no contra la Resolución No. 07903 de 1992 mediante la cual se cancela la inscripción al Sr. RODRIGUEZ MORALES.

Además del rechazo, la Res. 11789/92 decidió en su Art. 3o.:

"Notifíquesele la presente Resolución al Sr. ELIAS RODRIGUEZ MORALES o a su APODERADO haciéndole saber que procede el recurso de queja, ante el Señor Ministro de Obras Públicas, ..."

- Por Resolución 14421 de 1992 se resolvió RECHAZAR el recurso de QUEJA interpuesto contra la Res. 11789 de 1992, por las mismas razones por las cuales lo fueron los de reposición y apelación.

Esta relación demuestra que el cómputo del término de caducidad se debe hacer a partir de la resolución que rechazó el recurso de queja.

En efecto, contra los actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa proceden, por regla general, los recursos de reposición, de apelación, y el de queja **cuando se rechace la apelación**, según lo disponen los artículos 50 y 53 del C.C.A..

De estos recursos, para efectos del agotamiento de la vía gubernativa, solo es obligatorio el de apelación, pues los de reposición y queja son opcionales; así lo determina el inciso, final del artículo 51 del mismo código: "los recursos de reposición y de queja no son obligatorios".

Lo anterior no obsta para que los tres recursos (reposición, apelación y queja), se deban conceder **en el efecto suspensivo** (artículo 55),lo cual significa que el acto administrativo no adquiere firmeza antes de que la administración los resuelva (artículo 62, numeral 2).

De otra parte, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el inciso 3o. del artículo 50, y 2o. del artículo 51, el recurso de queja se interpone "directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión ...", vale decir, sin necesidad de actuación ante éste.

Si el recurso de queja prospera, el superior conocerá del acto, en apelación y resolverá este recurso, quedando agotada la vía gubernativa; si no prospera la queja, se rechazará, quedando igualmente agotada dicha vía.

Como en este momento únicamente se discute la ocurrencia o no de tal fenómeno y como no existen en el expediente elementos de juicio que arrojen suficiente claridad sobre el asunto, nada hay que decir sobre la legalidad o ilegalidad del rechazo de los recursos; simplemente hay que constatar que si el rechazo del recurso de queja se produjo el 8 de enero de 1993 (fecha de desfijación del edicto), a partir de esa fecha se debe comenzar a contar el término de caducidad de la acción; como la demanda se presentó el 10 de marzo de 1993, hay que concluir que su ejercicio fué oportuno.

De otro lado anota la Sala, que como se lee en la Res. 11789 de 1992, el apoderado de la parte actora no estaba legitimado para actuar dentro de la vía gubernativa. Esta situación necesariamente incide también dentro del proceso. No obstante la realidad anterior y frente a las dudas de orden jurídico que se suscitan por las circunstancias ya anotadas, se admitirá la demanda para que el aspecto de fondo se defina en la sentencia con mejores elementos de juicio.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

1. **REVOCASE** el auto suplicado.

2. **ADMITASE** la demanda presentada por el Sr. ELIAS RODRIGUEZ MORALES por reunir los requisitos de ley.

3. **NOTIFIQUESE** al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

4. **NOTIFIQUESE** al señor agente del Ministerio Público.

5. **FIJESE** en lista por el término de cinco (5) dias.

6. **SOLICITESE** al Ministerio de obras Públicas y Transporte el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de las Resoluciones Nos. 07903 de julio 9/92, 11789 de octubre 1/92 y 14421 de noviembre 24/92.

7. **RECONOCESE** como apoderado judicial del actor al señor Enrique José Arboleda Perdomo, en los términos del poder visible a fol. 1 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Uribe Acosta, Secretaria.

Se deja constancia que esta providencia fué discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha ocho (8) de octubre de 1993

CONCILIACION LESIVA

La conciliación es un mecanismo muy importante para la composición de los litigios y para la descongestión de los despachos judiciales; así lo ha destacado la Sala y ha estimulado su práctica; esta consideración, sin embargo, no puede conducir a la aprobación mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación se puedan producir al tesoro público. En el caso *sub examine*, la Sala no encuentra razón alguna que explique la conducta observada tanto por el representante del municipio como por el señor Magistrado sustanciador; en efecto, respecto del primero, nada justifica que, luego de su oferta Inicial de $20.000.000, sin motivos diferentes a los reparos del agente del Ministerio Público que invitaban, por lo menos, a rebajar la cifra, de modo notoriamente contradictorio, eleve su propuesta a $30.000.000, la que es automáticamente aceptada por la parte actora y aprobada por el Magistrado.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7891 Actor: MABEL DEL CARMEN MATTAS TORRES Y OTROS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto de agosto 31 de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba en el cual se decidió:

SECCION TERCERA

"Apruebase la diligencia de conciliación celebrada entre el municipio de Montelíbano y el doctor Miguel Mercado Vergara, el día 18 de agosto de 1992."

ANTECEDENTES

El 31 de marzo de 1992, Mabel del Carmen Matías en nombre propio y en representación de sus hijas menores: Adriana Marcela Montes Matías, Liliana Beatriz Montes Matías y, Natali Montes Matías; y los señores Andrés Montes Vergara, Fanny E. Miranda de Montes, Beatriz Montes Miranda, Liliana Montes Miranda y, Armando Montes Miranda, en nombre propio, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra del Municipio de Montelíbano para que se le declarara responsable y se le condenara por los perjuicios morales y materiales ocasionados con la muerte de JOSE LUIS MONTES MIRANDA, como consecuencia de las lesiones sufridas en accidente de tránsito ocurrido el 8 de marzo de 1992, el cual es atribuído por los demandantes a la imprudencia de NELSON NAVARRO HERNANDEZ quien según las afirmaciones de la demanda era para entonces conductor del vehículo accidentado y empleado del municipio demandado.

En audiencia de conciliación celebrada el 18 de agosto de 1992, una vez finalizado el período probatorio, las partes conciliaron la controversia en la suma de TREINTA MILLONES de pesos m/c ($30.000.000), la cual sería cancelada "... dentro de los seis meses siguientes a la vigencia fiscal de 1993.... ".

El Procurador Judicial Administrativo 33, delegado ante el *a-quo*, apeló la providencia que aprobó la conciliación. Para sustentar su recurso, resumió los hechos que se invocaron como fundamento de las pretensiones, analizó las pruebas e hizo un estudio de la responsabilidad del Estado. Por último, respecto de la conciliación efectuada sostiene:

> "El acuerdo que supone la conciliación debe descansar sobre varias bases en tratándose de la Administración Pública: a) que de las pruebas y razones jurídicas (aspectos fáctico-jurídicos) obrantes en el proceso se llegue a la conclusión de que, en caso de aguardar el fallo definitivo la decisión del Juez va a ser inminentemente condenatoria; b) que en todo caso la transacción no va a ser gravosa, o sea, que frente a las consecuencias de una sentencia adversa, resulte que la administración con la conciliación pague menos; c) que el acuerdo se verifique teniendo en cuenta todos los aspectos legales que giran en torno al compromiso, como por ejemplo, la existencia de disponibilidad presupuestal (rubro o apropiación), autorización legal de la junta u organismo indicado, cuando sea el caso; d) análisis sobre la calidad de las partes en contención, vgr: menores etc.

"Si en este orden de ideas, analizamos el contenido del acta de conciliación ... advertimos que resulta inaudito e indignante que, muy a pesar de las formulaciones planteadas por el Ministerio Público y el Magistrado Conductor, sobre la improcedencia de la conciliación por serias deficiencias probatorias, los representantes del Municipio demandado (quienes también señalan los mismos vacíos probatorios) acceden a conciliar la totalidad del litigio por la suma de treinta millones de pesos ($30.000.000).

Expresa además, que la conciliación de los derechos de los menores involucrados en la *litis* no es válida pues fue realizada por la madre sin que mediara para ello autorización judicial.

Por las razones anteriores solicita se revoque la aprobación de la conciliación mencionada.

De otro lado, el apoderado del Municipio de Montelíbano en memorial que obra a fls. 110-112 del expediente, solicita "... dejar sin efecto jurídico la conciliación pactada y permitir que el proceso vuelva al estado inicial antes de la conciliación, "el fundamento de su petición está expresado así:

"Por los antecedentes que la administración no había contestado la demanda, no había aportado ni solicitado pruebas, etc, previo acuerdo con el señor Alcalde se aceptó solicitar conjuntamente la conciliación. Las directrices recibidas por él fueron precisas, si el municipio tenía alguna responsabilidad se debía conciliar, pero teniendo en cuenta las pruebas reales y objetivas;... Pues bien, al iniciar nuestra investigación todo nos indicaba que sí había relación, ese era el criterio común de los exfuncionarios, razón por la cual aceptamos la conciliación.

"El doctor Felipe Bula Gutiérrez, ... , después de la conciliación ordenó que se siguiera la investigación para ver si era cierto que la administración tenía relación con el accidente y dicha investigación arrojó que la verdad objetiva y real es que tanto las actuaciones del occiso como la del señor Nelson Navarro, conductor del vehículo, fueron a título personal, que no es cierto que se encontraban en misión oficial como se nos informó a los de la administración actual ni como lo afirma el apoderado de la parte demandante."

"....."

Afirmamos y reconozco, porque el profesional, el hombre cuando es honesto, debe reconocer sus vacíos, sus errores, etc, pues bien, tal vez hubo un poco de precipitud al aceptar la conciliación, pero igualmente y

no a manera de disculpas, cuando conocí el negocio los términos eran sumamente reducidos para estudiar el negocio y sobre todo con las directrices del señor Alcalde. Gracias a Dios hemos dado con la luz de la verdad y sólo dejamos en manos de la justicia si nos asiste la razón o no, pero con la certeza que vamos a defender una causa basada en la verdad real y objetiva lo cual nos permite dormir con la conciencia tranquila como supremo juez del ser humano.-"

Para resolver, **SE CONSIDERA:**

A. En relación con la procedibilidad del recurso de apelación en contra del auto que aprueba la conciliación y de la conciliación misma, ha dicho la Sala en providencia de febrero 5 de 1993, Actor: Intertel-Socotel, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 7633:

"En este punto la ley es bastante clara: **La conciliación y el acto que la apruebe tendrán los efectos de cosa juzgada**. (Inc. 5 artículo 6 decreto 2651/91).

"Pese a estos efectos, y que tiene alcances de sentencia, el auto así conformado no es más que una decisión interlocutoria que, como tal, tiene el recurso propio de tal clase de providencia. Así, uno es el recurso si la conciliación se decide en asunto de única instancia o durante la segunda instancia y otro, si se decide en primera instancia. En los primeros eventos será sólo susceptible de reposición y en el segundo de apelación.

"Aunque en esto el decreto 2651 de 1991 guardó silencio, lo que no sucedía con la ley 23 del mismo año que le negaba a la providencia que resolviera sobre la aprobación de la conciliación hecha ante la fiscalía cualquier recurso, hoy puede afirmarse, aplicando los principios generales, que la providencia sí es susceptible de recursos y que éstos son, como se dijo atrás, el de reposición para el auto de única o segunda instancia que dicte la sala y el de apelación para el de primera.

"Para arribar a la primera conclusión baste citar el artículo 180 del C.C.A. que hace reponible los autos de sala dictados por las salas del Consejo de Estado o por los tribunales cuando sean susceptibles de apelación.

"Y para afirmar más la procedencia de la apelación en la otra hipótesis, debe recordarse:

"1) Que todos los autos de terminación anticipada del proceso expedidos en primera instancia que tienen el alcance de sentencia y el efecto de la cosa juzgada, son siempre apelables (ver arts. 340 y ss. del c. de p.c.)

"2) Que los autos interlocutorios de Sala, dictados por los tribunales igualmente en primera instancia que no son susceptibles de reposición, son apelables, pudiéndose contar entre éstos los que disponen sobre la terminación del proceso. Para esta afirmación se armoniza el numeral 3 del artículo 181 del c.c.a. con el artículo 351 del c.de p.c..

"3) Que aún en el caso de que existiera duda sobre su recurribilidad, cobraría aplicación el artículo 31 de la nueva constitución que impone la regla de la doble instancia para las decisiones judiciales definitivas. Norma esta que puede tomarse como principio de aplicación de la normatividad procesal.

"4) Que en el proceso colombiano no existen, por regla general, providencias irrecurribles, a menos que expresamente así lo disponga la ley; evento que no se da en el presente caso.

"5) Que pese a existir en Colombia el principio de la taxatividad de los autos apelables, el aquí discutido por pertenecer a legislación posterior, no puede gobernarse por dicho principio."

B. El Tribunal, en la providencia impugnada, examinó la conciliación en dos de sus elementos:

1. Que la pretensión es susceptible de conciliación.

2. Que los apoderados habían recibido expresa facultad para conciliar, de los demandantes de una parte y del alcalde municipal de Montelíbano, de otra.

C. Sin embargo, los poderes del juez frente al acto de conciliación de las partes no pueden ser tan restringidos, de modo que su tarea se limite al exámen de la naturaleza transigible o conciliable que revista la pretensión y a la capacidad de las partes y de los apoderados para adoptar esa conducta; "la conformidad con la ley" del acto de conciliación de que trata el inciso tercero del artículo 6o. del decreto 2651 de 1991, sugiere un campo de mucha mayor amplitud que el descrito por el *a-quo*, máxime en tratándose de procesos contencioso administrativos en los cuales está comprometido el tesoro público y los intereses de la colectividad además del simple interés del demandante.

SECCION TERCERA

Para efectos de precisar los linderos de la competencia del juez, resulta oportuno recordar los preceptos contenidos en los artículos 60 y 65 de la ley 23 de 1991, los dos atinentes a la conciliación prejudicial.

Por el primero, el consejero o magistrado debe **definir si la conciliación resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado** o si puede hallarse viciada de nulidad absoluta, caso en el cual, por la disposición del segundo, "así lo declarará la Sala en providencia motivada y ordenará la continuación del proceso en cuanto fuere necesario".

Sobra decir que estas normas en nada riñen con las del decreto 2651, razón por la cual no caben dentro de la suspensión ordenada por éste, y si bien dicen relación con la conciliación prejudicial, su contenido tiene plena aplicación en las conciliaciones acordadas dentro del proceso.

En el caso objeto del presente recurso hay serios indicios que conducen a pensar en que la conciliación resulta lesiva para los intereses del municipio: los hechos invocados como sustento de las pretensiones; las manifestaciones del agente del ministerio público en la diligencia de conciliación y el recurso de apelación; la conducta de las partes, sobre todo, del ente municipal, en dicha diligencia; la conducta despreocupada del municipio que se abstiene de hacer cualquier manifestación en el proceso y hace presencia únicamente para conciliar; la manifestación final del apoderado del municipio quien, luego de que el agente del ministerio público ha interpuesto el recurso lamenta la conciliación que él mismo suscribió ..... etc., no pueden dejar tranquilidad en el juzgador que, sin más, apruebe el acuerdo.

La conciliación es un mecanismo muy importante para la composición de los litigios y para la descongestión de los despachos judiciales; así lo ha destacado la Sala y ha estimulado su práctica; esta consideración, sin embargo, no puede conducir a la aprobación mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación se puedan producir al tesoro público. En el caso *sub-exámine*, la Sala no encuentra razón alguna que explique la conducta observada tanto por el representante del municipio como por el señor Magistrado Sustanciador; en efecto, respecto del primero, nada justifica que, luego de su oferta inicial de $ 20.000.000, sin motivos diferentes a los reparos del agente del Ministerio Público que invitaban, por lo menos, a rebajar la cifra, de modo notoriamente contradictorio, eleve su propuesta a $ 30.000.000, la que es automáticamente aceptada por la parte actora y aprobada por el Magistrado.

Lo anterior, sin perjuicio de que la oposición del Ministerio Público a la conciliación, dada su calidad de parte procesal, sin duda impide que la diligencia prospere.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

1. REVOCAR el auto aprobatorio de la conciliación y la conciliación realizada ante el Tribunal Administrativo de Córdoba.

2. ORDENAR la continuación del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 8 de octubre de 1993.

RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PUBLICO / ACCION DE REPETICION

EL FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA NACIONAL, es administrativamente responsable por el daño antijurídico causado al demandante, por omisión, pues no supo conservar el bien que se le entregó para su guarda, en las mismas condiciones en que una persona prudente y diligente lo habría hecho, realidad que determinó que se hubiese perdido totalmente en su poder.

RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PUBLICO / ACCION DE REPETICION

La Sala considera su deber llamar la atención a la administración para que, en casos como el presente, y, en otros con semejante universo, actúe con responsabilidad, con seriedad, cuidando los bienes que retiene, con la prudencia y diligencia necesarias. Se dispondrá que copia del presente fallo se envíe a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION y al Señor PROCURADOR GENERAL DE LA NACION, para que se investigue la conducta del Almacenista de Depósito del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cali y Buenaventura, dentro de la perspectiva que sobre responsabilidad de los funcionarios públicos señala el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Nacional

DICTAMEN PERICIAL - Objeción.

La Sala censura la conducta procesal del apoderado del centro de imputación jurídica demandado, que no objetó el dictámen, ni pidió aclaración del mismo. Ese comportamiento negligente permitió

que el mandatario judicial de la sociedad demandante considerara equivocadamente que de ese silencio podía inferirse una aceptación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente número 8202. Actor: SOCIEDAD HUGO DAVEY & CIA. LTDA. Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA NACIONAL

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 APELACION interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y dos proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutiva DISPUSO:

"PRIMERO: DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE responsable AL FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA NACIONAL, por los perjuicios causados a la Sociedad HUGO DAVEY & cía ltda. por la no entrega de Motonave Rocío, matrícula MC-1-159, ordenada por el Juzgado Superior de Aduanas en providencia del 13 de octubre de 1987, ejecutoriada el 24 de los mismos.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENAR en abstracto a fin de que mediante incidente y por medio de peritos idóneos se pruebe el valor comercial de la nave al 26 de octubre de 1979, cuando fué entregada al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas teniendo en cuenta la Contabilidad de la Empresa, valor que se ajustará de conformidad con la fórmula aceptada por la jurisprudencia, desde el 26 de octubre de 1979 hasta la ejecutoria de la sentencia.

"TERCERO: NIEGANSE las demás pretensiones. (folio 100)

SECCION TERCERA

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:

"Mediante apoderado especial , la Sociedad HUGO DAVEY Y CIA. LTDA. en ejercicio de la acción de Reparación Directa y cumplimiento consagrada en el art. 86 del. C.C.A. solicita que se declare a la Nación Fondo Rotatorio de Aduanas Ministerio de Hacienda, responsable por los perjuicios morales y materiales causados por la no entrega de la Motonave rocío, entrega ordenada por el Juzgado Superior de Aduanas, el 13 de octubre de 1987.

"Como consecuencia de tal declaración, pide que se condene a pagar el valor de los perjuicios ocasionados.

"Expone como HECHOS los siguientes que se pueden resumir así:

"Mediante escritura pública del 30 de abril de 1976, distinguida con el número 312 de la Notaria Unica de Buenaventura la sociedad adquirió la motonave MC-1-159, escorar 18.8 metros manga 5.35 mts. desplazamiento lastre 28 toneladas metricas, peso muerto total 26 toneladas métricas, número de cubiertas 1, número de bodegas 1, casco de madera, propulsión motor Caterpíllar potencia 225 H.p. matriculada el 27 de abril de 1977 bajo el número MC-1-159 y explotada comercialmente en actividades de pesca.

"El 13 de abril de 1979, mediante un operativo, la Infanteria de Marina de Buenaventura ordenó la retención de la motonave y de otros vehículos y mediante oficio 447 del 16 de agosto de 1979, el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, dispuso la entrega de la nave al Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional con la advertencia de que la motonave se encontraba en perfecto estado.

"El 26 de octubre de 1979, el almacenista del Fondo Rotatorio entrega la motonave al almacenista de depósito en el Distrito Aduanero de Cali. Se le fija un valor de $100.000= CIEN MIL PESOS M/CTE.

"El Juzgado Segundo Superior de Aduanas en providencia del 13 de octubre de 1987, dispone cesar todo procedimiento que por el delito de contrabando se adelantaba y dispone la entr ega de la motonave antes descrita.

"El 19 de febrero los señores Jefe de Almacén del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cali, el Auxiliar Administrativo de la misma ciudad y el

apoderado de la sociedad actora, se trasladaron al Terminal Marítimo de Buenaventura para dar cumplimiento a la orden del juzgado, entrega que no se pudo hacer por estar la nave completamente hundida y destruída.

"Cita como normas violadas: arts. 2o., 16, 20, 30 y 51 de la Constitución Nacional, artículo 86 del Código Contencioso Administrativo; artículo 2o. del Decreto 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la Ley 79 de 1931, artículo 73 del Decreto Ley 955 de 1970, modificado por la Ley 21 de 1977. Y expresa su concepto sobre la presunta violación.

"El proceso tuvo el tramite de ley, se oyó el concepto del señor Procurador Judicial y no encontrándose causal alguna que invalide la actuación. se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES

"Habla el proceso de la motonave MC-I-159 denominada Rocío, con las siguientes características: 5.35 metros, calado proa máximo 1.40 metros, calado popa máximo 1.55 metros, desplazamiento lastre 28 toneladas métricas, número de cubiertas 1, número de bodegas 1, casco de madera, propulsión motor Caterpillar, potencia 225 HP,.

"Dicho bien fue decomisado en el año de 1979, y mas tarde ordenado entregar al Almacen de Depósito del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas mediante oficio No. 447 del 16 de agosto de 1979, tal como se puede verificar a través de los documentos que obran en el proceso.

"Está probado que la motonave se encontraba matriculada a nombre de la sociedad HUGO DAVEY & CIA. LTDA. y después de ordenarse su entrega por parte del juzgado, esta no se pudo hacer por encontrarse destruida. Es aqui donde aparece la falla del servicio, el estado debe responder porque él teniendo la obligación a su cargo de cuidar el bien inmueble entregado en depósito, peco por falta de diligencia al permitir que la motonave entregada, desapareciera totalmente hasta el punto de no existir materia para cumplir con la sentencia del dia 27 de octubre de 1987, según se puede verificar en el Acta del 19 de febrero de 1988 que obra a folio 14 del cuaderno principal. Se configura entonces el primer elemento axiológico en el cual se basa la responsabilidad estatal: la Falla del servicio. De la misma manera se configuran los otros dos, que son: el perjuicio, en este caso, la destrucción del bien objeto del depósito y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio cuyo resarcimiento se solicita.

"Le asiste entonces la razón al demandante, imponiéndose ahora en esta etapa jurisdiccional la declaratoria de responsabilidad como así lo hará la Sala.

"En cuanto a los perjuicios, se observa que el demandante pide se paguen los perjuicios que se prueben.

"Los peritos parten del costo de la Nave al 13 de abril de 1979 cuando se ejecuto el operativo, precio estimado, sin que exista prueba alguna sobre su costo inicial y las depreciaciones sufridas cada año, asi que el valor a tomar no puede ser el que han señalado los señores peritos, por tal, razón habrá de condenarse en abstracto con el fin de que se pruebe mediante peritos avaluadores el valor comercial de la nave al 26 de octubre de 1979, cuando fue entregada, teniendo en cuenta la contabilidad de la empresa y el valor estimado en el comercio en esa época para la nave de las características conocidas de autos, valor que se ajustará de conformidad con la fórmula aceptada por la jurisprudencia, desde el 26 de octubre de 1979 hasta la ejecutoria de la sentencia.

"En cuanto al lucro cesante no se establece con claridad si el objeto social de la Cía. se aplica a cabalidad, si se dedicaba a la pesca, o al transporte de mercancías, asi como el valor que cobraba por viaje, cuántos efectuaba etc. Ante estas falencias, es imposible aceptar las súplicas solicitadas al respecto." (folios 96 a 99)

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE

A folio 110 y siguientes del cuaderno número 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 cuál él ha estudiado el caso. Las censuras a la sentencia proferida por el *a-quo* se centran, especialmente, en la circunstancia de que éste no apreció el dictámen rendido por los peritos, que fijaron la indemnización en la suma de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS ($158.764.356.oo). Se agrega que tal trabajo no fué ",...controvertido ni objetado por error grave. Tampoco la Honorable Magistrada sustanciadora ordenó que dicho dictámen fuera aclarado completamente o ampliado tal como lo prevee el artículo 240 del C. de P.C."

Se muestra inconforme, igualmente, respecto de la negativa del sentenciador de instancia a reconocer el LUCRO CESANTE y discurre dentro de la siguiente óptica:

"...3- En cuanto al lucro cesante expresa al Tribunal que "no se establece con claridad si el objeto social de la Cía se aplica a cabalidad, sí se dedicaba a la pesca, o al transporte de mercancías, así como el valor que se cobraba por viaje, cuántos efectuaba etc. Ante estas falencias, es imposible aceptar las súplicas solicitadas al respecto."

"No comparto las anteriores apreciaciones pues la indemnización por lucro cesante comprende la ganancia o provecho que deja de reportarse como consecuencia del daño o del incumplimiento de la obligación, según reza el artículo 1614 del C.C..

"Por tanto y ante la destrucción del bien que producía la renta, no interesa la actividad a la cual se dedicaba la empresa, sino a las utilidades que dejó de percibir a partir de dicha pérdida. Y ante la imposibilidad de cuantificarlos, la jurisprudencia y la doctrina tienen definido que el lucro cesante debe estar representado por el interés comercial corriente sobre el valor del bién destruido, y dichos intereses también fueron estimados de manera razonada y técnica en el dictámen practicado ante el Tribunal.

"En sintesis con todo acatamiento, solicito al Honorable Consejo de Estado, confirmar el numeral primero de la sentencia dictada por el Honorable Tribunal y revocar los numerales segundo y tercero de la misma y en su defecto disponga que para la tasación de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante se tenga como base el dictámen pericial rendido en primera instancia." (folios 114 y 115).

- III -

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión, para **DESTACAR:**

SECCION TERCERA

"2. **LA SENTENCIA**

"Respecto de la situación fáctica planteada el Juzgador encontró argumentos suficientes para condenar al establecimiento que cumplió las funciones de depositario de la Motonave y dijo:

""...después de ordenarse su entrega por parte del Juzgado, ésta no se pudo hacer por encontrarse destruida (la Motonave). Es aquí donde aparece la falla del servicio, el estado (sic) debe responder..." (folio 98 Cuaderno Principal).

"En relación con las condenas consecuenciales demandadas debe advertirse la imprecisión e incongruencia que se generó desde la fecha del decreto de pruebas, concretamente en lo que atañe al tema probatorio de la pericia técnica:

"a.) El actor solicitó dictámen acerca del "valor de la motonave Rocío" sin especificar la fecha de creación del perjuicio ajustándose así la utilidad del mecanismo probatorio. Con respecto al daño emergente, lucro cesante y tratos civiles (?) dejados de percibir mes por mes se solicitó dictámen desde la fecha de retención de la embarcación que tal estimación guardara relación con la falla del servicio demandada (no entrega de la Motonave).

"b.) La prueba se recaudó adoleciendo de soportes técnicos y documentales precisos y por no desarrollar la finalidad que en estos casos se persigue, fué desestimada en el fallo condenatorio. Además de ello, se insiste, el Tribunal al ordenar el trámite de liquidación de la condena impuesta en abstracto, señalo el Tema Probatorio y los límites para los nuevos peritos que intervengan pero no accedió a la pretensión segunda de la demanda cual es, la declaración consecuencias de que el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS está **obligado a pagar** el valor de los perjuicios que resultaron demostrados (folio 18 Cuaderno Principal) (resaltado nuestro).

"Es importante observar señor Magistrado, el contenido de los numerales primero y segundo de la parte resolutiva de las Sentencias: en tanto la responsabilidad administrativa encontró prosperidad por la no entrega de la Motonave Rocío ordenada por el Juzgado Superior de Aduanas el 13 de octubre de 1987 (subrayamos), la condena en abstracto y el trámite incidental buscan "Se pruebe el valor comercial de la nave al 26 de octubre de 1979" y el ajuste de dicho valor desde la misma fecha y hasta la ejecutoria de la sentencia, sin que en parte alguna se mencione la **obligación de pagar** radicada en cabeza del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.

"En estos aspectos, consideramos que el fallo de la segunda instancia debe señalar como única fecha para establecer el valor histórico de la Motonave, aquella desde la cual NACE LA OBLIGACION DE RESPONDER ADMINISTRATIVAMENTE; ella no es otra que la fecha de ejecutoria y comunicación de la orden de entregar -la Motonave. Así de guardar estricta vigilancia y acatamiento de lo dispuesto por el Tribunal que estudió y fallo el proceso.

"3. **LA IMPUGNACION DEL FALLO**

"El actor ha demostrado su acuerdo al numeral primero de la sentencia , estudiada y ha solicitado modificación de los numerales si guientes (segundo y tercero) debido a que no se acogió favorablemente dictámen recaudado. Sehala la finalidad perseguida por la indemnización (restitución del patrimonio afectado) pero la inidoncidad de los medios de cuantificación del perjuicio señalados por el Magistrado. A este respecto, repetimos la confusión y ambiguedad se generó con la no eficiente solicitud y fundamentación de la prueba y su orden de recaudo tardía.

"Dice más adelante el apoderado apelante: "Ante la destruccíon del bien que producía la venta no interesa la actividad a la cual se dedicaba la empresa, sino a (sic) las utilidades que dejó de percibir..."; considera que el lucro cesante debe ser equivalente al interés comercial generado "sobre el valor del bien destruido".

"En este punto, creemos que la sentencia debe ser confirmada por cuanto el material probatorio no conduce a definir con certeza el perjuicio ocasionado y con sus afirmaciones el actor demuestra carecer de registros contables y otros medios de apoyo a favor de un fallo estimativo.

"4. **LOS EFECTOS DE LA LEY EN EL TRAMITE PROCESAL**

"Como es bien conocido, a partir de la expedición de la Ley 6a. de junio 30 de 1992 se introdujeron reformas en materia tributaria y de administración aduanera.

"De acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 106 y s.s. de dicha Ley, se eliminó el Establecimiento Público FONDO ROTATORIO DE ADUANAS y se dispuso que sus derechos y obligaciones serían asumidos por la Nación a través de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES. Siguiendo esta preceptiva se dispuso en el parágrafo del artículo 107 de la Ley en cita:

SECCION TERCERA

"Dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, todas las personas o entidades que tengan cualquier tipo de pretensión, derecho, reclamo, acción o participación frente al Fondo Rotatorio de Aduanas, derivados de acciones de aprehensión, decomiso, almacenamiento, enajenación de mercancías, así como de las demás acciones derivadas del ejercicio de las funciones de su competencia, deberán presentar personalmente ante el Jefe de la Oficina Regional de Aduana respectiva, memorial escrito en el que conste el valor de la pretensión, derecho, reclamo, acción o participación, así como la cuantía de las indemnizaciones y demás valores a que tengan derecho, indicando los fundamentos de hecho y de derecho de las mismas."

"Y para efectos de establecer un balance cierto de obligaciones y propender por la satisfacción de los créditos y deudas pendientes dispuso en el inciso tercero dicho parágrafo:

""Las pretensiones, derechos, reclamos, acciones o participaciones que no se presentaran en la forma prevista en este artículo, se entenderán caducados, desistidos o prescritos, según el caso, y sobre los mismos no se podrá proseguir o iniciar proceso alguno."

"En el caso que nos ocupa el actor a través de su apoderado radicó con fecha lo. de octubre de 1992 bajo el No. 003781 de la Jefatura Regional de la Aduana de Cali un memorial mediante el cual "pone en conocimiento" de la Dirección de Aduanas Nacionales la existencia del proceso para entonces cursante en el Tribunal Administrativo del Valle, señalando el valor del dictamen allí rendido.

"De la observación y estudio de dicho memorial allegado en acatamiento de la Ley 6a. puede establecerse:

"- No se cumplen los requisitos formales previstos en la norma respecto de la identificación del derecho o pretensión y su cuantificación razonada.

"- Se trata de una solicitud extemporánea teniendo en cuenta que los tres (3) meses señalados en la Ley para dar cumplimiento al requisito, vencieron el día 30 de septiembre de 1992.

"- Se deben aplicar los efectos previstos en el inciso tercero del Parágrafo único del artículo 107 de la Ley 6a. de 1992, situación esta que impone al Juzgador declarar el desistimiento o prescripción del derecho reclamado.

"En los anteriores términos demandamos de usted un pronunciamiento de fondo en la instancia que de alcance a las disposiciones en este punto reseñadas.

"PETICION

"Solicito al Honorable Magistrado declarar que en el presente proceso se verificó en forma ineficiente y extemporáneo la solicitud prevista en el artículo 107 de la Ley 6a. /92 , condición *sine qua non* para la proseguibilidad del juicio, entendiéndose en consonancia con el mandato legal, desistido o prescrito el derecho reclamado.

"En forma subsidiaria y en caso de que dicha declaratoria no tenga prosperidad solicito a usted señalar:

"A. La no procedencia del Recurso de Apelación no en cuanto a la estimación del dictámen pericial, para efectos de señalar condena en concreto en contra del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS y en cuanto al señalamiento del valor del lucro cesante con base en la cuantifícaciónde sumas equivalentes al interés bancario corriente sobre el precio de la Motonave.

"B. Para el evento de la confirmación del numeral primero del fallo apelado solicito a usted, determinar en forma precisa las pautas, límites y objeto del trámite liquidatorio de la condena por cuanto este incidente debe ser congruente con el contenido de la responsabilidad definida y en este caso, ella no surge sino **a partir de la no entrega de la Motonave ordenada judicialmente (resaltamos)**

"Anexamos copia del memorial petitorio de Ley 6a. de 1992, suscrito por el apoderado que viene actuando en este proceso. (folios 125 a 128)

- 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*** se probaron, en legal forma, las siguientes circunstancias particulares del caso:

SECCION TERCERA

PRIMERA.- Que en desarrollo del operativo desplegado por la autoridad aduanera el día 13 de agosto de 1979 el Juzgado de Instrucción Penal de Aduanas de Buenaventura retuvo la nave MC-1-159 ROCIO, la cual fué entregada por el Almacenista del Fondo Rotatorio a su par de Cali, el dia veintiseis (26) de octubre de mil novecientos setenta y nueve (1979), como consta en el documento que obra al folio 15 del cuaderno principal;

SEGUNDA.- Que el día trece (13) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Juzgado Segundo Superior de Cali, por providencia de esa fecha, dispuso: "...la entrega de la motonave denominada ROCIO", MC-1-159, eslora 18.8 metros, manga 5.35, calado proa máximo 1.40 metros, calado popa máximo 1,55 metros, desplazamiento lastre 28 toneladas métricas, peso muerto total 26 toneladas métricas, número de cubiertas 1, número de bodegas 1, casco de madera, propulsión motor caterpillar, potencia 225 HP; que fuera entregada al señor Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana de Cali según Acta de Traslado sin número, fechada el veintiseis (26) de octubre de mil novecientos setenta y nueve (1979), en favor del señor HUGO DAVEY YUSTY, identificado con la cédula de ciudadanía número 2.496.618 de Buenaventura..."

TERCERA.- Que el dia diecinueve (19) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), se hicieron presentes en el Terminal Marítimo de Buenaventura los señores: ECCEHOMO SANCHEZ PALMA, Jefe del Almacén del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cali, LUIS EDUARDO RAMOS RAZA, Auxiliar Administrativo de la misma entidad, FRANCISCO GUILLERMO BERNAT OCHOA, apoderado de la Sociedad "HUGO DAVEY & CIA LTDA.", con el fin de proceder a la entrega de la motonave "ROCIO", habiendo levantado el ACTA que obra al folio 14, en la cual y en lo pertinente, se lee:

> "Reunidos los señores anteriormente mencionados, en el sitio denominado "SAN QUINTIN", ubicado en el Terminal Marítimo de Buenaventura, se constató que existe un cementerio de embarcaciones, entre las cuales se encontraba la Motonave denominada "ROCIO" materia de la presente diligencia, completamente hundida y destruida, por tal motivo no se pudo dar cumplimiento a su entrega. ni a su propietario ni a su apoderado judicial conforme a lo solicitado por el señor Juez Segundo Superior de Aduanas de Cali. En averiguaciones formales con funcionarios de la Aduana Nacional de Buenaventura, informan verbalmente que antecedentes sobre la destrucción de embarcaciones por parte de la Armada Nacional acantonada en Buenaventura."

B) A la luz de los hechos que se dejan relatados se impone concluír que EL FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA NACIONAL, es administratívamente responsable por el daño anti jurídico causado al demandante, por omisión, pues no supo conservar el bien que se le entregó para su guarda, en las mismas condiciones en que una persona prudente y diligente lo habría hecho, realidad que determinó que se hubiese perdido totalmente en su poder. Esta responsabilidad encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Nacional que claramente preceptúa:

> "Art 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
>
> "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste"

La Sala considera su deber llamar la atención a la administración para que, en casos como el presente, y, en otros con semejante universo, actúe con responsabilidad, con seriedad, cuidando los bienes que retiene, con la prudencia y diligencia necesarias. Sólo así podrá devolver a sus propietarios los que son incautados, en el evento de que éstos resulten inocentes de las conductas antijurídicas que se les imputan. Por lo demás, si el proceso penal culmina en contra del sindicado, el Estado debe poder disponer o gozar de los mismos, manteniéndolos en igual o mejor estado que el que tenían en el momento en que se tomó la medida de aseguramiento. No se puede ni se debe continuar con la tarea loca de decomisar las cosas para acabar con ellas, pues transitando por ese sendero es el patrimonio de la comunidad el que tiene que soportar el pago del perjuicio causado.

Realidades como las analizadas dejan la impresión de que el Estado no tiene doliente. Por todo esto, se dispondrá que copia del presente fallo se envíe a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION y al Señor PROCURADOR GENERAL DE LA NACION, para que se investigue la conducta del Almacenista de Depósito del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cali y Buenaventura, dentro de la perspectiva que sobre responsabilidad de los funcionarios públicos señala el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Nacional.

Al hacer uso de la facultad de ACONSEJAR A LA ADMINISTRACION, la Sala hace suyas las enseñanzas del Profesor Agustín Gordillo, cuando predica: "LA POSIBILIDAD DE ACONSEJAR".

SECCION TERCERA

Si bien de hecho nada impide a un tribunal judicial en el acto de dictar sentencia hacer consideraciones sobre lo que a su juicio sería conveniente que hiciera la administración, ello sólo ocurre cuando la justicia encuentra flagrantes vicios o errores. De algún modo es normal que el Juez se limite a resolver en derecho el caso litigioso, sin pronunciarse sobre otros aspectos de la política administrativa que el caso le sugiera.

Un organismo administrativo, o un tribunal administrativo, podría en cambio encontrar algo más fácil efectuar consideraciones de aquella índole cuando conveniente..... En una buena cantidad de supuestos importa no sólo y no tanto la irregularidad que se haya cometido en el caso concreto sometido a decisión jurisdiccional, sino fundamentalmente **DETECTAR Y CORREGIR LA-CAUSA DE QUE TAL IRREGULARIDAD HAYA PODIDO SER COMETIDA.** Si la causa de una irregularidad es simplemente el error o la venalidad de un funcionario concreto, ello es mucho menos grave que cuando lo es un sistema administrativo dado, una reglamentación vigente, una práctica inveterada, una creencia equivocada de la administración: pues, en todos estos casos, **AL NO CORREGIRSE EN EL PRONUNCIAMIENTO LA CAUSA QUE PERMITIO QUE EL ERROR 0 LA IRRERGULARIDAD OCURRIERA,** se está de hecho permitiendo la infinita repetición del vicio con el consiguiente desgaste jurisdiccional, administrativo y privado, por o destacar el grave daño a la República que tales irregularidades ocasionan" (Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina. Editorial Civitas, páginas 49 y ss.) (Subrayas de la Sala).

C) Por lo que hace relación con el monto del DAÑO, la Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el apoderado de la parte actora cuando censura el manejo probatorio que el sentenciador le dió por las razones que se precisan en el fallo. En este momento del discurso judicial parece conveniente destacar que en el citado trabajo los auxiliares de la justicia hacen el resúmen de la liquidación de los perjuicios dentro del siguiente marco:

> "Por la destrucción total de la motonave "Rocío" de las características descritas en las páginas 1 y 2, con los correspondientes ajustes integrales por inflación, hasta el 31 de diciembre de 1991, con aplicación de los correspondientes índices, año tras año, desde 1979 a 1991. Valor a indemnizar..$29'464.115.oo
>
> "LUCRO CESANTE:
>
> "Estimados en un mínimo del 35 de interés legal mensual sobre los costos ajustados a los índices de inflación, según la liquidación en las páginas 3 y 4..... $50'185.384.oo

"DAÑO EMERGENTE:

Se justiprecia del análisis y liquidación, los costos ajustados más el lucro cesante capitalizable, año tras año, acumulativamente, desde 1979 a 1991. ambos inclusive, según las operaciones matemáticas visibles a páginas 4, 5, 6 y 7..... $79'114.857.oo

TOTAL A CARGO DE LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DE HACIENDA, FONDO ROTATORIO DE ADUANAS Y A FAVOR DE LA SOCIEDAD HUGO DAVEY & CIA. LTDA. Y/O HUGO DAVEY YUSTI.. $158'764.356.oo" (folios 69 y 70)

Para el *ad-quem* la anterior prueba tampoco tiene eficacia probatoria, pues las conclusiones del dictámen no son claras firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos. Tampoco tienen fuerza de convicción, pues aparecen como improbables, absurdas o imposibles. Así, no tiene ningún sentido ni presentación que en el Acta de entrega de la motonave al Almacenista de Depósito del Fondo Rotatorio en el Distrito Aduanero de Cali, se fije al citado bien un precio de CIEN MIL PESOS ($100.000.oo), para el dia 26 de octubre de 1979, y que los auxiliares de la justicia definan que en abril 3 del mismo año, su precio era de DOS MILLONES CIENTO NUEVE MIL PESOS ($2'109.000.oo). De dónde sale monto tan alto? Acaso los peritos, que afirman haber consultado a los empresarios marítimos PROEXMAR de GUILLERMO PANCHANO VALLARINO, del estado de la nave? Por qué ellos no consignaron su cotización por escrito? En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión tiene más importancia que la de la propia ley, invita a reflexión la circunstancia de que la Compañía "HUGO DAVEY & CIA. LTDA.", que sólo se constituyó con un capital social de setenta y cinco mil pesos ($75.000.oo), afirme ahora que la contabilidad de la empresa "... no resulta el medio probatorio idóneo para establecer el valor de reposición de la motonave..." Aceptando la tesis, que tiene algún universo, sí resulta incuestionable que esa contabilidad puede mostrar el precio que el bien tenía en libros, el de compra, la fecha en que ésta tuvo lugar, etc. etc. Si la sociedad se encuentra inactiva y, por lo mismo, no volvió a llevar libros de contabilidad, es circunstancia que no interesa para la fijación del precio que se busca. Basta aportar los libros existentes en el momento en que la nave fue retenida, las declaraciones de renta de la empresa, sus balances, el título de adquisición, la póliza de seguro, y, en general toda información que la Capitanía del Puerto tenga en sus archivos sobre el particular.

Para la Sala las cuentas que hicieron los peritos, por daño emergente, y lucro cesante etc. , son las de LA LECHERA, historia con la cual se suele entretener y cónmover a los niños. El multiplicador de rentabilidad de la inversión, así se tome el precio de dos millones ciento nueve mil pesos (2'109.000.oo),

fijando por ellos, motivaría el desplazamiento de fuertes capitales del mundo desarrollado al nuestro, pues con el trabajo hecho por los auxiliares de la justicia se demuestra que Colombia sería prácticamente el único país del mundo donde la actividad marítima es rentable, al menos en algunos frentes.

La Sala censura la conducta procesal del apoderado del centro de imputación jurídica demandado, que no objetó el dictamen, ni pidió aclaración del mismo. Ese comportamiento negligente permitió que el mandatario judicial de la sociedad demandante considerara equivocadamente que de ese silencio podía inferirse una aceptación. Los apoderados de la administración no pueden limitarse a contestar la demanda y a alegar de conclusión, dejando el campo de la prueba huérfano de contradictor. Se impone litigar a CIENCIA Y CONCIENCIA, pues de lo contrario es mejor que la administración no juegue a la simulación en la defensa de sus propios intereses.

Se confirmará, pues, la condena por perjuicios que el Tribunal hizo en abstracto, pero ella debe sujetarse a las siguientes pautas:

PRIMERO.- Por cualquiera de los medios probatorios se fijará el precio de la nave en 13 de agosto de 1979, para lo cual se tendrá en cuenta, como elemento de juicio, el que la autoridad aduanera le fijó el día 26 de octubre de 1979 en el Acta de Traslado que obra al folio 15. El Capitán (r) ENRIQUE LEON GOMEZ y el Almacenista ABSALON MARTINEZ ARIAS, quienes suscriben este documento deben ser llamados a declarar, para que ilustren al sentenciador sobre el real estado de la nave en el momento en que fue recibida por la Aduana.

SEGUNDA.- Se deberá aportar al incidente toda la documentación que obre en la Capitanía del Puerto en fotocopia, pues ella debe ser útil para fijar el precio de la nave en el momento ya indicado. Se tendrá en cuenta la contabilidad de la Compañía, sus declaraciones de renta, etc., etc..

TERCERO.- El monto histórico se actualizará por el período comprendido entre el 13 de agosto de 1979 y la fecha de la providencia que ponga fin al incidente, teniendo en cuenta para ello los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República.

CUARTO.- Sobre el monto histórico que se fije se liquidará un interés técnico del seis (6%) por ciento anual, a título de **LUCRO CESANTE,** teniendo el buen cuidado de no liquidar intereses de intereses, pues la ley prohibe el anatocismo.

QUINTO.- El incidente se deberá formular dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem.*

Teniendo en cuenta que la Ley 06 de 1.992, en su artículo 107 suprimió el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS y ordenó que la DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES asumiera todos los derechos y obligaciones de la entidad suprimidas, se dispondrá en la parte resolutiva de este fallo lo pertinente para el cumplimiento de esta sentencia.

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

F A L L A

1o.) **CONFIRMANSE** los numerales primero (1o.) y tercero (3o.) de la sentencia calendada el día treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro;

2o.) **CONFIRMASE** el numeral segundo (2o.) de la misma sentencia con la precisión de que para la liquidación de la condena en abstracto, se deberán seguir las pautas fijadas en los considerandos de este fallo.

3o.) Désele cumplimiento a la sentencia en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de las sentencias con constancia de su ejecutoria con destino a la DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES, conforme lo disponen los artículos 106 y 107 de la Ley 06 de 1992, y a la parte actora. (Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil).

4o.) Copia de la presente sentencia se enviará al FISCAL GENERAL DE LA NACION y al PROCURADOR GENERAL DE LA NACION, para los efectos a que se hace referencia en los considerandos de esta providencia.

5o.) Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / LIMPIEZA SOCIAL / PREJUDICIALIDAD PENAL - Inexistencia

Pese a la absolución penal, estima la Sala que la autoridad falló en el procedimiento y que el agente disparó innecesariamente ante unos sujetos indeseables que huían. Todo parece más otro triste y anticristiano acto de limpieza social contra viciosos y desocupados que un operativo policivo contra delincuentes; "delincuentes" cuyos antecedentes ni siquiera fueron traídos al expediente. La absolución penal no implica en todos los casos la absolución de la entidad en el proceso de responsabilidad patrimonial, porque las dos relaciones se subsumen para su definición en dos normatividades diferentes, hasta el punto de que ni siquiera puede hablarse, en tales eventos, de prejudicialidad mientras se define la responsabilidad penal del servidor público autor del ilícito.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento Simbólico

La Sala condenará al pago de los morales. Pero dada la realidad que muestra este proceso y que todo da a entender que la víctima no era tan dulce como su alias lo indica, se hará un reconocimiento de alcance más simbólico que resarcitorio. Así, los padres de la víctima recibirán una indemnización equivalente a 400 gramos oro para cada uno. Y sus hermanos 50 gramos oro para cada uno.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá D.C. veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

SECCION TERCERA

Referencia: Expediente No. 7863. -Indemnizaciones.- Actor: MARIA DEL CARMEN SERRANO DE GIRALDO. Demandada: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de agosto 31 de 1992 dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda formulada el 15 de agosto de 1990 por Gilberto Antonio Giraldo Pérez y otros contra la nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional).

En dicho escrito se pidió:

"PRIMERA.

"LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL) es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales ocasionados a GILBERTO ANTONIO GIRALDO PEREZ, MARIA DEL CARMEN SERRANO DE GIRALDO, ESPERANZA GIRALDO SERRANO, RUBEN DARIO GIRALDO SERRANO, MARITZA GIRALDO SERRANO, LILIANA GIRALDO SERRANO, JUAN CARLOS GIRALDO SERRANO, GILBERTO ANTONIO GIRALDO SERRANO Y A DIANA PATRICIA GIRALDO SERRANO, todos mayores y vecinos de Cali, con la muerte violenta de que fue objeto el señor JOSE NUBAR GIRALDO SERRANO, hijo de los dos primeros y hermano de todos los demás, en hechos ocurridos en el perímetro urbano de esta ciudad de Cali el día 18 de agosto de 1988, los cuales fueron protagonizados por Agentes de la Policía Nacional al causarle lesión penetrante de tórax que le produjo su muerte inmediata, por proyectil disparado con arma de fuego de dotación oficial, acto que conlleva una evidente y presunta falla en el servicio.

"SEGUNDA.

"CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL) a pagar a favor de GILBERTO ANTONIO GIRALDO PEREZ, MARIA DEL CARMEN SERRANO DE GIRALDO, ESPERANZA GIRALDO SERRANO, RUBÉN DARIO GIRALDO SERRANO, MARITZA GIRALDO SERRANO, LILIANA GIRALDO SERRANO, JUAN CARLOS GIRALDO SERRANO, GILBERTO ANTONIO GIRALDO SERRANO Y DIANA PATRICIA GIRALDO SERRANO, mayores y vecinos de Cali, y a todos por intermedio de su apoderado, los daños y perjuicios tanto morales como materiales que se les ocasionaron con la muerte violenta de JOSE NUBAR GIRALDO

SERRANO, hijo legítimo de los dos primeros y hermano de los demás, en hechos ocurridos en el perímetro urbano de esta ciudad de Cali el día 18 de agosto de 1988, los cuales fueron protagonizados por Agentes de la Policía Nacional en una evidente y presunta falla en el servicio, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrara en el proceso, así:

"a) A la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($50.000.000.) M/CTE, por concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que JOSÉ NUBAR GIRALDO SERRANO dejó de producir en razón de su muerte, y por todo el resto posible de vida que le quedaba en la actividad económica a que se dedicaba (ayudante de construcción y pintor de brocha gorda), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (30 años, nueve meses y 13 días), 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 o *petitum dolorís*, consistentes en el profundo trauma síquico que produce el hecho de sentirse víctima de un acto arbitrario nacido de la irresponsabilidad del Estado, en aplicación del artículo 106 del C.P. máxime que el hecho fue cometido por Agentes de aquél, extinguiendo injustamente la vida de un ser querido como lo es el hijo y el hermano.

"c) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

"TERCERA.

"LA NACION cumplirá la sentencia dentro de 30 días a partir de su ejecutoria."

En la citada demanda se narraron los siguientes hechos:

1) Que el 18 de agosto de 1988, "JOSE NUBAR se encontraba realizando un trabajo de pintura en la casa de la señora Alicia Largo, ubicada en la calle 40 No.8-N-19 Barrio La Isla de esta ciudad de Cali y, a eso de las cinco de la tarde se le agotó un material (tiner) y salió a comprarlo; se encontró con la Patrulla No. 125, integrada por dos agentes de la Policía Nacional, uno de los cuales procedió a solicitarle documentos de identificación. Al manifestar que no los portaba por cuanto se encontraba en, un lugar cerca haciendo un trabajo, el agente lo agredió golpeándolo en la cara y lanzándole una patada, actitud que obligó a JOSE NUBAR a emprender la fuga para no continuar siendo

víctima de injustos y arbitrarios ataques, momento que aprovechó el agente para disparar su arma de dotación oficial, ocasionándole una lesión penetrante de tórax que le causó la muerte en forma inmediata."

2) Que hechas las averiguaciones del caso se pudo establecer que el autor material de la muerte había sido el agente José Aldairo Echeverri A., quien disparó su arma de dotación oficial y quien adelantó el operativo con su compañero de armas Omar Buriticá R.

3) Que luego los agentes inventaron la coartada de que habían sido atacados por José Nubar con un cuchillo y que lo habían tenido que matar en legítima defensa.

El *a-quo*, luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás, o sea denegó las súplicas de la demanda. Inconforme la parte actora con lo así decidido apelo y sustentó su recurso mediante escrito que obra a folios 127 y siguientes. Allí arguye que la prueba no fue valorada en forma adecuada y que la presunción de responsabilidad derivada del uso de arma oficial no fue desvirtuada dentro del proceso.

Durante la segunda instancia intervino la parte demanda y sostuvo sus puntos de vista en su alegación que obra a folios 152 y siguientes. Tanto la parte actora como el ministerio público guardaron silencio.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La legitimación por activa de los damnificados no ofrece dudas. Gilberto A. Giraldo Pérez y María del Carmen Serrano son los padres legítimos tanto del occiso José Nubar Giraldo S. como de Esperanza, Rubén Darío, Maritza, Liliana, Juan Carlos, Gilberto y Diana Patricia Giraldo S. A este respecto pueden verse los documentos del estado civil que demuestran los aludidos parentescos a folios 6 y siguientes; pruebas corroboradas con las actas y certificado que aparecen a folios 245 y siguientes.

Pero si bien por este aspecto el asunto no deja margen a dudas, los hechos que rodearon la muerte de José Nubar están envueltos en un sartal de mentiras y contradicciones de parte y parte que hacen especialmente difícil un asunto que no tenía porqué tener esas características, ya que las partes coinciden en aceptar que el mencionado fué muertó durante un operativo por el agente de policía José Aldairo Echeverri Alvarez, quien le disparó por una sola vez con su arma de dotación oficial.

Pero si bien las partes coinciden en este hecho central, la discrepancia aparece en la forma como se produjo esa muerte. Para la demandada, el agente actuó en legítima defensa, ante la agresión grave e injusta con un cuchillo que le hizo José Nubar. Mientras que la parte actora desconoce el hecho de la agresión porque éste no estaba armado y estima que el agente actuó innecesariamente y con especial ligereza, ya que su vida no corría peligro por parte de un sujeto que además huía en veloz carrera.

Ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada que cuando el daño se produce con un arma de dotación oficial se presume la responsabilidad del ente oficial al cual estaba vinculado el autor material del daño.

Y ha dicho también que esa presunción, que no es de derecho, solo podrá desvirtuarse mediante la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho, asimismo exclusivo y determinante de un tercero.

Pues bien. La entidad demandada ni siquiera se defendió en primera instancia. El apoderado de la nación se limitó, cuando se notificó la demanda a la entidad, a afirmar que alegaría de conclusión, en su oportunidad. Y cuando se le brindó ésta guardó silencio.

Para el *a-quo* sí se dió la exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima.

A este respecto, observa:

> "Ahora bien, siguiendo las reglas generales en materia probatoria, la falta o falla del servicio debe ser demostrada por quien la alega. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertas circunstancias el demandante está amparado por presunciones que lo relevan de la carga probatoria. Tal ha sido el caso, en recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado, de las muertes causadas por medio de armas de dotación oficial. Y este es el argumento fundamental de la demanda.
>
> "No obstante, esta clase de presunciones deben entenderse enmarcadas en las normas generales que gobiernan el régimen de la responsabilidad administrativa. Y esa responsabilidad se desvirtúa cuando hay el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.
>
> "Desde esta perspectiva el Tribunal encuentra que, analizadas las pruebas y en particular los indicios recogidos, la versión presentada por el demandante sobre la forma como ocurrieron los hechos es francamente

pobre y defectuosa, para no calificarla directamente de sesgada. Ya se ha visto como, de la sentencia penal y del procedimiento disciplinario surgen otros hechos: y esos hechos apuntan directamente a una situación en la cual se dio la culpa de la víctima.

En efecto, hay que recordar, por ejemplo y entre otras, la declaración del señor Luis Eduardo Flórez Blanco quien estaba con la víctima y a quien no puede considerarse testigo sospechoso o simpatizante de la policía; en su declaración el señor Flores no deja duda de que la víctima esgrimió un cuchillo y se enfrentó al agente de policía, provocando la riesgosa situación que le costó la vida.

"Y es que no puede aceptarse de manera pura y simple que la presunción en virtud de la cual el uso de arma oficial determina la responsabilidad administrativa constituye una especie de causal de responsabilidad absolutamente objetiva, exenta de circunstancias y matices. No; ella debe apreciarse en cada caso según las circunstancias de hecho. Así por ejemplo lo entendió el Honorable Consejo de Estado, como se aprecia en la siguiente transcripción:

""Pero si bien es cierto que la protección de la vida de los asociados es obligación fundamental del Estado, también lo es que la protección a que están obligadas las autoridades de policía, tiene límites jurídico-legales. Por ello, el artículo 74 de la Resolución 00168 (Reglamento de servicio de vigilancia urbana y rural), estatuye en su literal a), que los agentes del orden pueden ejercitar la el derecho de legítima defensa establecida para todos los ciudadanos de la República." Normas de ese talante, continúan dentro del espíritu de protección, a la vida que campea en la Constitución Nacional. Así, la legítima defensa, de configurarse realmente, se constituye en un limite a la obligación de protección a la vida que está a cargo de las autoridades de la República.

""Por ello, una norma de tanta trascendencia, es por fortuna reglada por nuestro ordenamiento jurídico nacional, y aún por el artículo 74 que se viene de citar. De una parte, debe haber una razonable proporción entre el medio empleado por los agentes del orden, y el motivo que la justifica. De otra parte, es característica de la legítima defensa su elemento cronológico, a punto tal, que el literal a) del art.74 de la resolución citada, establece que " desaparece la legalidad del derecho aludido si se dispara a un sujeto con posterioridad a la agresión." Así, armoniza la misma ley la obligación a cargo del Estado que, por el solo hecho de existir, no podría considerarse como limitada y absoluta, con el derecho justificado

que pudieran llegar a tener los agentes del orden para la salvaguarda de sus propias vidas.""

(Sentencia 0223 de 1 de marzo de 1990. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO. Exp. 3260 (94) ACTOR: JUAN NEPOMUCENO GOMEZ CIFUENTES Y OTROS) Con el salvamento de voto del DR.JULIO CESAR URIBE ACOSTA y aclaración de voto del DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO).

"No pretende el Tribunal significar que la situación a que se refiere la última jurisprudencia transcrita coincida plenamente con el caso que ahora se resuelve, sino señalar que la presunción de responsabilidad por el sólo empleo de armas oficiales no tiene el alcance ilimitado que pretende darle el demandante, y que, como se dijo, ella debe apreciarse según las circunstancias de hecho.

"Pero es que, por otra parte, la presentación de este proceso, atendidos los planteamientos de la demanda produce perplejidad en la Corporación. Y ello es así porque el juzgador no puede establecer más allá de toda duda los hechos que verdaderamente ocurrieron. Hay tal discrepancia entre los hechos que alega el actor y los que se deducen del proceso penal y del proceso disciplinario, que no es posible llegar a un cierto grado admisible de certeza que permita establecer la presunta responsabilidad de la Nación. Y esto es lo que quiere relievar el Tribunal.

"No es posible entonces edificar esa responsabilidad sobre la exclusiva presunción que señala el demandante. Lo contrario convertiría a la administración en un ente automáticamente responsable por todo acto objetivamente dañoso en que intervengan de alguna manera armas oficiales, sin importar que tales actos sean en realidad atribuibles a quienes los padecen."

La sala no comparte las conclusiones que se dejan expuestas las que si bien son teóricamente admisibles no tienen plena aplicación en el caso concreto, porque las pruebas que le sirven de respaldo no alcanzan a producir el efecto asignado por el *a-quo*. Tomándolas con mucha amplitud solo servirían para reducir la condena pero nunca para exculparla.

En su fallo el tribunal le da gran importancia a la declaración del que según parece fue el principal testigo presencial el señor Luis Eduardo Flórez Blanco.

SECCION TERCERA

Este testigo "a quien no puede considerarse testigo sospechoso o simpatizante de la policía" el tribunal le da todo crédito, olvidando de entrada quién era y que hacia al momento de los hechos.

Su declaración tomada dentro del proceso disciplinario parece "prefabricado para la ocasión. Dijo ver cuando José Nubar sacó un cuchillo y se le avalanzó al agente que lo perseguía, motivo por el cual éste tuvo que dispararle. Hasta allí, todo muy claro y muy preciso. Pero, qué hacia Flórez Blanco cuando llegó la policía ? Recuérdese que estaba con la sedicente "patota" de delincuentes y bazuqueros que acaban de robar a la señora Montoya. Y si como el lo dice " todos salimos corriendo y nos volamos", cómo presenció los hechos que dieron lugar a la agresión y muerte de José Nubar, si el corría en otra dirección y perseguido por el otro agente Buriticá M.? Por qué, si estaba con los ladrones que perseguía la policía, no fué detenido? Por qué causa y gracias a qué, resultó de testigo presencial y de gran crédito sobre los hechos que favorecen al agente homicida? Por qué cuando se llamó a declarar, dijo que sabía a qué iba y se limitó en su declaración a acusar a José Nubar?

El *a-quo* afirma, un tanto a la ligera, que no puede estimarse a Flórez como sospechoso o simpatizante de la policía, y se dice que es ligera esa afirmación porque estaba dentro del grupo de supuestos delincuentes perseguidos por la policía y porque su declaración no explica como cuando corrió en dirección contraria y perseguido por el otro a gente pudo ver lo que ocurría en la otra dirección. Se detuvo? Alguien lo comprometió para no detenerlo? Fue detenido el día de los hechos?

Estas preguntas no tienen una respuesta cierta pero si le restan toda validez a su testimonio.

El mismo agente homicida da una versión que deja serías dudas. No es creíble racionalmente que los dos agentes que intervinieron inicialmente en el operativo, en una zona de alta peligrosidad, intimara a los seis sedicentes delincuentes y bazuqueros para una requisa sin sacar sus armas de dotación (revólveres, al parecer calibre 38). Se hace esta observación porque el agente Echeverri Alvarez en su declaración afirma algo muy poco creíble e inverosímil: que solo sacó su arma cuando el sujeto que perseguía se le enfrentó y le "tiró" con el cuchillo varias veces y que solo lo hizo para amenazarle.

Y es más increíble cuando para redondear su coartada manifiesta que "observamos como a seis individuo, el cual íbamos a proceder a requizarlos (sic) y ellos emprendieron la huida yo me fui detrás (sic) de dos de ellos y uno de ellos al ver que yo lo iba a coger se me lanzó con un cuchillo me atacó y se mandó la mano a la cintura como queriendo sacar algo, allí fue donde saqué

mi arma de dotación y la disparé propinándole el impacto cerca al hombro izquierdo."... Obsérvese que así empezó a fraguarse la otra cara de la legítima defensa, la subjetiva; la otra, la objetiva ya estaba alegada desde un principio, la que quedó cerrada con la, "curiosa" coincidencia que se dio cuando ya en la morgue apareció en la cintura del cadáver de José Nubar una pistola "hechiza" de un solo tiro y sin proyectil. Pistola que no apareció cuando se hizo la primera inspección del cadáver en el lugar de los acontecimientos: inspección que aunque dejó como constancia la existencia de un cuchillo que fue visto por muy pocas personas (solo los agentes) porque dizque estaba tapado con el cuerpo del cadáver.

La conducta probatoria de la parte actora tampoco fue la más seria y sus afirmaciones no prestaron mayor colaboración para la elucidación de esta causa. Que José Nubar era pintor, que trabajaba en albañilería. Que antes de los hechos estaba pintando en la casa de la señora Alicia Largo y que al agotársele el "tiner" salió a comprar más. Pues, la misma señora largo no declara nada al respecto en un principio y su testimonio no arroja ninguna luz. Pero luego, ante el juzgado de instrucción, afirma que solo conocía de vista a José Nubar y que " nunca me trabajó a mí" (a folios 132), y menos en la pintura de su casa que no la necesitaba.

La señora Alicia Mery Borrero G. en cambio dice que vió salir a José Nubar de la casa de aquélla con una brocha porque había estado todo el día pintándole unos cajones metálicos. Quién dice la verdad? Y las afirmaciones del demandante contrastan con el testigo de "excepción" que encontró el tribunal (el señor Flórez Blanco) quien al preguntársele en qué trabajaba José Nubar dió una respuesta bastante elocuente hacia como nosotros la oportunidad hace al ladrón y de ves (sic) en cuando trabajaba" (a folio 35).

Deja ver así el acervo probatorio que José Nubar no tenía actividad conocida, que se juntaba con viciosos y que la policía venía siguiéndolos desde antes, por quejas de los vecinos, a esa banda de antisociales. Al respecto existe un memorial de un grupo de personas pidiendo la protección de la autoridad (a folio 88).

Pese a esto y a la absolución penal, estima la sala que la autoridad falló en ese procedimiento y que el agente disparó innecesariamente ante unos sujetos indeseables que huían. Todo parece más otro triste y anticristiano acto de limpieza social contra viciosos y desocupados que un operativo policivo contra delincuentes "delincuentes" cuyos antecedentes ni siquiera fueron traídos al expediente. Ni siquiera se pudo demostrar que el grupo que fue perseguido por los policías había sido el autor del robo en la casa de la señora Luz Stella Montoya y que sirvió de pretexto para montar el operativo contra el mismo,

sin siquiera tener indicio cierto de ser el responsable del robo (a folios 112 y siguientes). Se observa que en su declaración la señora Montoya afirma que en el proceso penal cambiaron su declaración porque ella no había denunciado a José Nubar; que ella sólo habla señalado , sin mucha certeza al negro Eduardo (a folio 113). Fuera de toda la confusión, el experto en balística en su informe critica una de las conclusiones de la necropsia para demostrar que José Nubar no estaba enfrentado con el agente al momento de su Muerte, sino en un plano diferente.

Existen también otras contradicciones. Según unos los antisociales fueron retenidos y después trataron de agredir a los agentes. Según otros, ninguno fue retenido sino que se fugaron al ver la policía. Según unos a la señora Montoya le robaron unas joyas y según otros, unos juguetes.

La sala ha dicho repetidas veces también que la absolución penal en todos los casos la absolución de la entidad en el proceso de responsabilidad patrimonial, porque las dos relaciones se subsumen para su definición en dos normatividades diferentes, hasta el punto de que ni siquiera puede hablarse, en tales eventos, de perjudicialidad mientras se define la responsabilidad penal del servidor público autor del ilícito. Normatividad una, que define la conducta culposa o dolosa del servidor desde la perspectiva del derecho penal y otra, que estudia esa conducta en relación con el funcionamiento del servicio para ver si pone de presente que por esa misma conducta, funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente.

Muestra, en suma, el proceso que la misma autoridad hizo lo posible por oscurecer los hechos, y que los actores, sin mucha seriedad, también trataron de ocultar una realidad: la vida de José Nubar, como persona que nada hacia y que tenía tratos con viciosos y delincuentes.

Los perjuicios

La Sala condenará al pago de los morales. Pero dada la realidad que muestra este proceso y que todo da a entender que "José Miel" no era tan dulce como su alias lo indica, se hará un reconocimiento de alcance más simbólico que resarcitorio. Así, los padres de la victima Gilberto Antonio Giraldo Pérez y María del Carmen Serrano de G. recibirán una indemnización equivalente a 400 gramos oro para cada uno. Y sus hermanos, Esperanza, Rubén Dario, Maritza, Liliana Juan Carlos Gilberto Antonio y Diana Patricia Giraldo Serrano de a 50 gramos oro para cada uno.

En cuanto a los materiales ningún reconocimiento se hará, dados los vacíos que se observan en cuanto a la actividad lícita que cumplía José Nubar.

Además, no es creíble que ayudara al sostenimiento del hogar con $25.000.oo mensuales, cuando su padre trabajaba y los demás hermanos eran mayores y con edad productiva. Duele reconocerlo pero el acervo probatorio muestra una realidad desapacible: José Nubar no trabajaba y vivía en compañía de viciosos y atracadores.

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 treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca.

En su lugar, declarase responsable a la nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) por la muerte del señor José Nubar Giraldo Serrano.

En su lugar se le condena al pago de perjuicios morales, en su equivalente en pesos, así: A GILBERTO ANTONIO GIRLADO PEREZ Y A MARIA DEL CARMEN SERRANO DE GIRALDO, 400 gramos oro para cada uno y a ESPERANZA, RUBÉN DARIO, MARITZA. LILIANA, JUAN CARLOS, GILBERTO ANTONIO Y DIANA PATRICIA GIRALDO SERRANO 50 gramos oro para cada uno. El Banco de la República certificara el valor del gramo oro a la ejecutoria de este fallo.

Deniéganse las demás súplicas.

La presente condena deberá pagarse en los términos de los artículos 176 y 177 del c.c.a.

Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devúelvase

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / CONCURRENCIA DE CULPAS

Sin desconocer que los agentes de esa institución cumplían órdenes superiores de control y vigilancia, y que la víctima asumió frente a los mismos un comportamiento desde todo punto de vista censurable ante las exigencias justificadas de los policías para que enseñara los documentos de propiedad de la motocicleta que conducía, además bajo los efectos de bebidas embriagantes, la conducta del agente que disparó fue, por lo menos desde el punto de vista administrativo, de carácter absolutamente anormal, innecesaria e imprudente. No pasa desapercibido para la Sala que la muerte de la víctima seguramente no se hubiera presentado en tal ocasión de no haber mediado considerablemente en el trágico desenlace la conducta violenta, irrespetuosa, agresiva e imprudente, quien con su comportamiento se expuso a las consecuencias dañosas, de donde se concluye que el trágico episodio fue resultado de la concurrencia de culpas del agente agresor y de la víctima.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia.: Expediente No. 8271. Actor: MARIA JOSEFA ARISTIZABAL GOMEZ Y OTROS. Demandado: La Nación Mindefensa Policía Nacional.

Conoce la Sala del recurso de apelación que la parte demandada interpuso contra la sentencia de 4 de diciembre de 1992, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"**PRIMERO**.- Declarar administrativamente responsable a LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL por los daños y perjuicios sufridos por los demandantes Por la muerte del señor RUBEN DARIO SOTO ARISTIZABAL, ocasionada por el Agente de la Policía Nacional Hernán Darío Usuga Osorio en hechos sucedidos el dia 20 de marzo de 1989 en la ciudad de Palmira (Valle)

"**SEGUNDO**.- Como consecuencia de lo anterior, se condena a LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL a reconocer y pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES a MARIA JOSEFA ARISTIZABAL GOMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 29.492.034 expedida en El Cerrito, UN MIL (1.000) gramos oro; a OSCAR SOTO ARISTIZABAL, c.c. # 2.547.063 de El Cerrito, MARIA ISLENE SOTO ARISTIZABAL, c.c. 31.133.249 de Palmira, DAGOBERTO SOTO ARISTIZABAL, c.c. #2.547.062 de El Cerrito, HERNAN SOTO ARISTIZABAL, c.c. #16.245.868 de Palmira, LIBARDO SOTO ARISTIZABAL, c.c. # 31.140.623 de Palmira, LUZ DORY SOTO ARISTIZABAL, c.c. #31.156.054 de Palmira, LIBARDO SOTO ARISTIZABAL, c.c. # 6.288.689 de El Cerrito, ALFONSO SOTO ARISTIZABAL c.c. 16.262.080 de Palmira y ALBEIRO ALBERTO SOTO ARISTIZABAL, 94.313.176 de Palmira, de a QUINIENTOS (500) gramos oro a cada uno de ellos al precio que certifique el Banco de la República en moneda nacional a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

"**TERCERO**.- Se niegan las demás peticiones de la demanda.

"**CUARTO**.- Las cantidades liquidas reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha en que se deban cancelar y moratorios después de este término, de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y de acuerdo con el artículo 176, *ibídem*.

"**QUINTO**.- De no ser Apelada, **CONSULTESE**".

SECCION TERCERA

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. **Las pretensiones**

En escrito presentado el 8 de marzo de 1991 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, los señores María Josefa Aristizabal Gómez, Oscar, Albeiro Alberto, Miryam, Luz Doris y Hernan Soto Aristizabal, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> "PRIMERO: LA NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICIA NACIONAL, es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto MORALES SUBJETIVOS como MATERIALES SUCESIVOS, ocasionados a MARIA JOSEFA ARISTIZABAL GOMEZ, MARI ISLENE SOTO ARISTIZABAL, DAGOBERTO SOTO ARISTIZABAL, HERNAN SOTO ARISTIZABAL, MIRYAM SOTO ARISTIZABAL, LUZ DORIS SOTO ARISTIZABAL, LIBARDO SOTO ARISTIZABAL, ALFONSO SOTO ARISTIZABAL Y ALBEIRO ALBERTO SOTO ARISTIZABAL, con la muerte violenta de que fue objeto RUBEN DARIO SOTO ARISTIZABAL, hijo legítimo de MARIA JOSEFA ARISTIZABAL GOMEZ y hermano consanguíneo de los demás poderdantes, ocurrida el 20 de marzo de 1989, por lo cual aparece sindicado el agente de la Policía Nacional HERNAN DARIO USUGA OSORIO, identificado con la Cédula de Ciudadanía 61.650.118 de Medellín, quien disparó su arma de dotación oficial contra la humanidad de RUBEN DARIO SOTO ARISTIZABAL, en un procedimiento policivo, realizado en la ciudad de Palmira, Valle, sin necesidad de obrar en esa forma, presentándose por ende una FALTA o FALLA en el servicio, en otras palabras, de la administración pública".

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita el reconocimiento para cada uno de los demandantes a título de indemnización por perjuicios morales la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro.

Por concepto de perjuicios materiales por lucro cesante, solicita el pago de acuerdo con los ingresos que la víctima obtenía como cobrador de la firma inversiones California y como conductor de un taxi de propiedad de su progenitor, condenas que deberán cumplirse de acuerdo con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A..

2o. **Los hechos**

Se resúmen así en la sentencia impugnada:

"Cuenta la demanda que el dia 20 de marzo de 1989 en las primeras horas de a noche en la ciudad de Palmira, cuando transitaba el señor Ruben Darío Soto Aristizabal, frente a las instalaciones de la Facultad de Agronomía de la Universidad Nacional, donde se encontraba instalado un retén de la Policía cumpliendo un Plan Retorno, los miembros del orden le hicieron una señal de Pare, acto que no fué provisto por éste, motivo por el cual no detuvo su marcha. De regreso, nuevamente le dieron la orden de Pare, la que fue atendida por Soto Aristizabal orillando para el efecto la moto a un lado de la vía. Los Policías le solicitaron los documentos de la moto, pero como quiera que ésta no era de su propiedad sino que se la había facilitado momentos antes un amigo luego de que se le averiara su automóvil taxi, les explicó que no portaba tales documentos, explicaciones que no fueron atendidas y de inmediato se solicitó la presencia de una patrulla para trasladarlo a un lugar indeterminado para cumplir la orden de retención ya ordenada. Como Rubén Darío consideró totalmente equivocado el procedimiento que se estaba realizando con él, quiso esquivar su privación de la libertad y de inmediato empezó un forcejeo con el D.G. Carlos Alberto Castaño Marín, produciéndose un disparo con el revólver de éste, resultando en consecuencia herido en el brazo el Agente José Camacho Villamil. Estando en el suelo quienes así forcejaban, El Agente Hernán Darío Usuga Osorio en forma arbitraria desenfundó su arma de dotación y disparó contra la humanidad de Soto Aristizábal, causándole una herida mortal en el cráneo, y al ser trasladado posteriormente al hospital de Palmira falleció".

3o. **Actuación procesal**

En la contestación de la demanda, el apoderado de la Policía Nacional propone la culpa de la víctima al enfrentarse a los miembros de la institución cuando éstos realizaban una labor de rutina, motivada seguramente por el estado de embriaguez de Soto Aristizabal. Considera que de no ser por la actuación del agente que disparó su arma para defender a su compañero y evitar que el hoy occiso continuara disparando, seguramente otros serían los demandantes y las víctimas, a más de qué la Entidad estaría hoy demandada por omisión de sus deberes.

Celebrada sin éxito la audiencia de conciliación, las partes alegaron de conclusión. La actora para reiterar la responsabilidad administrativa por falla del servicio, la demandada, para sostener la existencia de una causal de

exoneración dado que el agente Usaga Osorio "actuó con justa causa y en legítima defensa, según lo estableció la Justicia Penal Militar al ordenar la cesación de procedimiento. "Considero, dice el apoderado, que si HUBO LEGITIMA DEFENSA, la exoneración de toda responsabilidad debe ser lo lógico, pues si se conceptúa que la hubo pero se sanciona existe total contradicción y ya vimos cómo la Justicia Penal CESO TODO PROCEDIMIENTO por esta causa".

4o. **La sentencia apelada**

Los fundamentos de la sentencia impugnada se concretan en los siguientes apartes de la misma:

"También se tiene certeza que debido al forcejeo entre el particular y un Agente del orden se disparó su arma de dotación resultando herido otro de los agentes.

"Sin embargo, pese a que del acopio testimonial recogido no se puede vislumbrar si existió o no un segundo forcejeo entre el occiso Soto Aristizabal y algún policial actuante, dentro del operativo de aquél 20 de marzo de 1989, con el objeto de tomar en su poder algún arma de fuego, sí se aprecia claramente que entre el momento en que ocurrió el primer forcejeo cuando resultó herido en el brazo el Agente José Camacho Villamil, el señor Soto Aristizabal alcanzó a ser recostado contra la malla que protege las instalaciones de la Facultad de Agronomía de la Universidad Nacional de Palmira y un momento después en acción que ninguno de los testigos puede explicar en forma clara se produce un disparo sobre a humanidad de Soto Aristizabal (ver declaración de Agobardo Arias Bedoya).

"De lo anterior, se puede colegir que frente a la actuación agresiva, imprudente y negligente del particular Soto Aristizabal y dado el número de Agentes de Policía que se encontraban presentes en el retén se hubieran podido aplicar otras medidas para someter al señor Soto Aristizabal a la autoridad, si era el objetivo perseguido, sin poner en peligro la vida de éste ni mucho menos cegarla (sic) como fue el resultado obtenido. Dicho resultado fue de toda suerte innecesario, inexplicable y desproporcionado no obstante la agresividad presentada por Soto Aristizabal, pues este se encontraba desarmado y solo, luego podía ser sometido con facilidad y por otros, medios por los seis policías si hubiera existido coordinación y mesura en el ejercicio de los poderes de que se hallaban investidos.

"Es claro que el hecho se produjo dentro de una operación legal y debidamente ordenada pero no se adelantó con observancia de los principios

que deben orientar la actividad de los miembros del orden previstos en su normatividad especial y de los constitucionales con miras a la preservación de la vida de los ciudadanos Colombianos, en evidente falla del servicio. Por ello, El daño producido carece de toda juridicidad y deberá ser declarada la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, sin que sea posible declarar la operancia de la causal de exoneración alegada por su apoderado judicial, pues aunque es innegable la actuación imprudente del occiso, ella no fue la causa eficiente o suficiente en la producción del resultado".

En cuanto a los perjuicios morales, se reconocieron equivalencia en pesos a 1000 gramos de oro para la madre del occiso y 500 gramos para cada uno de los hermanos.

Los perjuicios materiales por daño emergente no fueron reconocidos por no haberse demostrado que fue la madre la víctima quien canceló el valor de los servicios funerarios.

Con relación a estos perjuicios, por lucro cesante, estimó el *a-quo* que el ingreso mensual como cobrador y conductor de un taxi no podía fijarse con precisión dada la naturaleza variable de esos ingresos. De otra parte, advierte el Tribunal que no se probó cuál era la cuota de sostenimiento que correspondía al occiso en la casa con su progenitora y hermanos, por cuanto era soltero, sus hermanos también lo eran y además mayores de edad, y el hecho de que conviviera bajo el mismo techo con su madre y dos hermanos no hace que se pueda colegir de *iure* que contribuía económicamente al sostenimiento de sus familiares con quienes compartía vivienda...", de donde concluye que no hay lugar a indemnización alguna por lucro cesante.

5o. **Razones de la apelación**

La entidad demandada recurrió la anterior sentencia para plantear "la concurrencia de la víctima en la realización de los hechos que si bien no es "exclusiva" que es la única que exonera a la entidad demandada, sí fue en un porcentaje alto causa eficiente en la producción de los infortunados resultados". Posición que fue reiterada en el alegato de conclusión en la segunda instancia.

6o. **Concepto del Ministerio Público**

En los siguientes términos expresó el señor Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación su concepto:

"Dentro de ese marco probatorio se deduce que la conducta agresiva del servidor público, precipitó la tragedia, cuando bien pudieron los cinco o seis agentes que presenciaban la escena, someter a la víctima empleando un procedimiento menos violento.

"La institución policial tiene como función la de proteger a las personas residentes en nuestro país, en su vida, honra y bienes, teniendo presente que el arma con que se dota a sus integrantes no puede servir de medio represivo para agredir a los administrados.

"En el ***sub-lite*** se causó un daño antijurídico al privar de la vida a un ciudadano, daño imputable al Estado que está en el deber de resarcir patrimonialmente.

"Por lo expuesto, esta Delegada solícita a la H. Sala, respetuosamente, confirmar el fallo apelado".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En este proceso se encuentra demostrado lo siguiente:

1. Que el fallecimiento de Rubén Darío Soto Aristizabal se produjo "por estallido del cráneo, ocasionado por proyectil de arma de fuego", de acuerdo con el acta de necropsia. (fls. 26-27 c.2 y 15 del cuaderno principal) .

2. Que el autor del disparo que mató a Soto Aristizábal fue el Agente de la Policía Nacional Hernán Darío Usuga Osorio y lo hizo con el revólver de dotación oficial, según lo informa el Comandante de la Estación de Policía de Palmira. (fls.18-19 c.2).

3. Que en el mismo hecho resultó lesionado por un disparo proveniente del revólver de dotación oficial correspondiente al dragoneante Carlos Alberto Castaño Marín, el también miembro de la institución José Camacho Villamil, en momentos en que se presentaba un forcejeo entre aquel y el hoy occiso.

4. Que entre este inicial forcejeo de la víctima con Castaño Marín y después del disparo que lesionó al agente Camacho Villamil, Soto Aristizábal fue recostado contra la malla en donde se encontraba cuando el agente Usuga Osorio le disparó a la cabeza, el proyectil que penetró "de derecha a izquierda, de abajo arriba, de atrás adelante", según consta en el acta de necropsia.

5. Que el hoy occiso Soto Aristizábal se encontraba bajo efectos de bebidas embriagantes y se mostró altanero, irrespetuoso y agresivo para con los miembros de la Policía Nacional encargados del puesto o retén de control.

6. Que el fallo disciplinario de primera instancia proferido por el Comandante del Departamento de Policía Valle determinó el retiro absoluto de la Institución del agente Usuga Osorio por violar el Reglamento de Disciplina cuando disparó sin justificación el revólver de dotación oficial contra Soto Aristizábal. (fls. 211-214 c. 2).

7. Que en segunda instancia la Dirección General de la Policía Nacional notificó la anterior sanción por la de arresto severo de 14 dias y una multa por no haber obrado de manera cautelosa el agente Usuga Osorio al disparar su arma en legítima defensa, conducta que menoscaba el prestigio de la Policía Nacional. (fls.238-242 c.2)

8. Que Godofredo Soto Patiño (fallecido) y Maria Josefa Aristizábal Gomez contrajeron matrimonio (fl.16) y procrearon a Alfonso, Dagoberto, María Islene, Oscar, Libardo, Luz Doris, Albeiro Alberto, Miryam y Rubén Darío Soto Aristizábal (fls. 4 a 16).

9. Que Rubén Darlo Soto Aristizábal como representante de cobranzas de inversiones California devengaba la suma de $77.318 por concepto de comisiones (fl. 18).

10. Que por el servicio funerario solicitado por la señora María Josefa Aristizábal fue cancelada a la firma Sercofun Ltda., la suma de $126.500 (fl. 19).

De las comprobaciones que se dejan relacionadas deduce la Sala que en el caso bajo estudio se presentó una falla del servicio por parte de la Policía Nacional a cuya consecuencia perdió la vida el ciudadano Rubén Darío Soto Aristizábal. En efecto, sin desconocer que los agentes de esa institución cumplían órdenes superiores de control y, vigilancia, y que Rubén Darlo Soto Aristizábal asumió frente a los mismas un comportamiento desde todo punto de vista censurable ante las exigencias justificadas de los policías para que enseñara los documentos de propiedad de la motocicleta que conducía, además bajo los efectos de bebidas embriagantes, la conducta del agente que disparó fue, por lo menos desde el punto de vista administrativo, de carácter absolutamente anormal, innecesaria e imprudente. Así lo entiende la Sala, en razón a que el disparo de Usuga Osorio se produjo cuando, según se desprende de las varias declaraciones recaudadas, la víctima se hallaba recostado contra la malla y el agente Camacho

Villamil ya había resultado lesionado por un disparo cuya autoría francamente no se ha determinado.

En tales condiciones, no encuentra la Sala desde el punto de vista administrativo justificación alguna para que se utilizara mortalmente el revólver, cuando precisamente el desarrollo mismo de los acontecimientos, el número de agentes que se encontraban armados y supuestamente preparados para atender esta clase de situaciones, permitían lógica y razonablemente esperar un desenlace diferente, acorde por lo demás con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que imponen a las autoridades el respeto a la vida de las personas, el uso racional y extremo de las armas de fuego y para el caso de verse obligadas a utilizarlas, procurar que con las mismas se ocasione el menor daño posible. Infortunadamente, el agente Usuga Osorio hizo todo lo contrario al disparar contra Soto Aristizábal un proyectil cuya trayectoria "de atrás adelante", cuando se supone estaba próximo a agredir(?) al victimario, releva a la Sala de otras consideraciones para así concluir en pleno acuerdo con el Tribunal que en el *subjúdice* se presentó una falla del servicio, la que adicionada con los perjuicios causados como consecuencia de la misma, da lugar a configurar la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada por el fallecimiento violento de Rubén Dario Soto Aristizábal.

Ahora bien, no pasa desapercibido para la sala que la muerte de la víctima seguramente no se hubiera presentado en tal ocasión de no haber mediado considerablemente en el trágico desenlace la conducta violenta, irrespetuosa, agresiva e imprudente de Soto Aristizábal, quien con su comportamiento se expuso a las consecuencias dañosas, de donde se concluye que el trágico episodio fue resultado de la concurrencia de culpas del agente agresor y de la víctima, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 2357 del C.C., hay lugar a reducir la indemnización del daño, en este caso en un cuarenta por ciento. Conforme a lo anterior, el valor por la indemnización por perjuicios morales para la progenitora del occiso y para sus hermanos, previa la reducción anotada, quedará así: a la señora madre del occiso se le reconocerá el equivalente en pesos a 600 gramos de oro; y para cada uno de los hermanos de la víctima el equivalente a 300 gramos del mismo metal.

Con relación a los perjuicios materiales, si bien para la Sala habría lugar a modificar el fallo apelado para reconocer la indemnización correspondiente en favor de la progenitora del occiso, sin embargo, lo decidido por el *a-quo* sobre este aspecto se mantendrá en razón a que sólo la entidad demandada recurrió la sentencia de primera instancia, la cual, en tales condiciones, no puede hacerse más desfavorable para el ente oficial recurrente.

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 ordinales TERCERO, CUARTO Y QUINTO de la sentencia apelada, esto es, la proferida el 4 de diciembre de 1992 por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO. MODIFICANSE los ordinales Primero y Segundo de la sentencia recurrida, los cuales quedan así:

Primero. Declarar administrativamente responsable a la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional en proporción de un sesenta por ciento (60%), por la muerte del señor Rubén Darío Soto Aristizabal ocasionada por un agente de la Policía Nacional el 20 de marzo de 1989 en la ciudad de Palmira.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a reconocer y pagar por concepto de perjuicios morales a la señora María Josefa Aristizábal Gómez el equivalente en pesos a seiscientos (600) gramos de oro fino; y a Oscar Soto Aristizábal, María Islene Soto Aristizábal, Dagoberto Soto Aristizábal, Hernán Soto Aristizábal, Miryam Soto Aristizábal, Luz Doris Soto Aristizábal, Libardo Soto Aristizábal, Alfonso Soto Aristizábal y Albeiro Soto Aristizábal, el equivalente en pesos a trescientos (300) gramos de oro fino para cada uno de ellos.

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiuno (21) de Octubre 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.

LEGITIMACION EN LA CAUSA / ACCION DE REPARACION DIRECTA / DAMNIFICADO / PARENTESCO.

Para las acciones de reparación directa consagradas en el artículo 86 del C.C.A., la legitimación en la causa del demandante depende de la condición de damnificado que aparezca procesalmente probada; lo anterior significa que el parentesco no legitima por sí mismo; lo que ocurre es que tanto el parentesco, dentro de ciertos grados (padres, hijos y hermanos), como el vínculo matrimonial, hacen presumir tal condición, y, por consiguiente, la legitimación.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA / SENTENCIA PENAL - Valor Probatorio / DAÑO - Monto / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Reclamación.

La existencia y la cuantía de los daños señalados por juez penal no son susceptibles de modificación en el proceso contencioso administrativo posterior. En tratándose de una misma conducta del funcionario, susceptible de comprometer su propia responsabilidad y la de la administración, carece de toda responsabilidad pensar que el perjuicio, y su monto varían en el uno y en el otro caso, según quien tome el Puesto de sujeto pasivo de la pretensión; por el contrario, bajo los supuestos señalados, lo obvio es que el perjuicio sea único, independiente de que el damnificado dirija su reclamación frente a la entidad pública o frente al funcionario de acuerdo con las diversas opciones que se manejan en el artículo 78 del C.C.A.; con otro enfoque: en tratándose de la misma causa, la cual está ligada por el nexo causal con el daño pretendido, que es su efecto, no se puede sostener, sin quebrantar la lógica, que este último cambia -se incrementa o se disminuye-, de acuerdo con la persona que finalmente haya de tomar a su cargo la reparación.

EXP. -7793

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7793. Actor: AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE Y/O. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño el 20 de agosto de 1992, por cuya virtud se adoptaron estas decisiones:

"PRIMERO.- DECLARAR que el INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA, INURBE, es responsable administrativamente de la muerte del ciudadano OTTO EFRAIN MIÑO SAÑUDO, en hechos ocurridos en esta ciudad de Pasto, el día 7 de octubre de 1989, dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritos en este informativo.

"SEGUNDO.-CONDENAR como consecuencia de la anterior declaración al INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA (INURBE), al pago de las siguientes sumas de dinero, a favor de las personas que a continuación se enumeran, y por los siguientes conceptos:

"PERJUICIOS MORALES.

"Para los señores AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE y RUTH STELLA SAÑUDO, en su calidad de padres legítimos del occiso Otto Efraín Miño Sañudo, el equivalente a UN MIL GRAMOS DE ORO FINO (1.000) a cada uno, liquidados al precio que está el metal al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

"Para los hermanos mayores MARIEL DEL ROCIO, STELLA DEL ROSARIO, MONICA ADRIANA, MARIA CRISTINA y MARTIN AUGUSTO MIÑO SAÑUDO, el equivalente a Quinientos GRAMOS DE ORO FINO (500), para cada uno, los que se pagarán en igual forma que para los padres de aquel.

"Y para los hermanos menores RUTH CONSTANZA, JOSE ANTONIO, PAOLA ANDREA Y ANDRES FELIPE MIÑO SAÑUDO, el equivalente a TRESCIENTOS GRAMOS DE ORO FINO, los que serán cubiertos en igual forma que los referentes a los padres y hermanos mayores.

"PERJUICIOS MATERIALES

"Por concepto de DAÑO EMERGENTE y en favor de AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE, la suma de CIENTO SESENTA MIL PESOS M/cte. ($160.000.oo).

"Por concepto de LUCRO CESANTE, para los padres de la víctima y que se mencionaron anteriormente, la suma que resulte de la liquidación incidental que se hará conforme lo ordena el Art. 172 del C.C.A., en concordancia con los Arts. 135 y ss. del C. de P.C., para lo cual se tendrá en cuenta las pautas señaladas en la parte motiva de este fallo. O en su defecto, los valores que el H. Consejo de Estado señale en concreto, ya que para esa época se habrán superado los obstáculos que al momento tenemos en primera instancia.

"TERCERO.- Disponer así mismo, que la suma que resulte de la liquidación de perjuicios materiales causará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses (6) siguientes a la ejecutoria de esta providencia y de allí en adelante, intereses moratorios. Igualmente, a la condena concreta de perjuicios morales le serán reconocidos y pagados los intereses señalados, pero el término se contará desde la ejecutoria de la sentencia.

"CUARTO.- Ordenar igualmente, que el INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA (INURBE), dé cumplimiento a esta sentencia en los términos que expresan los Arts. 173, 176 y 177 del C.C.A.

"QUINTO: DENEGAR las demás súplicas de la demanda.

"Copiese, Notifíquese y si no fuere apelada consúltese" (fls. 230 a 231).

ANTECEDENTES

1.- El 15 de noviembre de 1991, mediante apoderado judicial, AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE y RUTH STELLA SAÑUDO, MARIELA DEL ROCIO, STELLA DEL ROSARIO, MONICA ADRIANA, MARIA CRISTINA, Y MARTIN AUGUSTO MIÑO SAÑUDO y los menores RUTH

CONSTANZA, JOSE ANTONIO, PAOLA ANDREA Y ANDRES FELIPE MIÑO SAÑUDO demandaron al Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana INURBE-, para que se lo declarase responsable de la muerte de OTTO EFRAIN MIÑO SAÑUDO acaecida en el barrio Tamasagra de la ciudad de Pasto, el 7 de octubre de 1989.

Por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), los padres del difunto pidieron, en conjunto, la suma de $22.160.000, debidamente actualizada, y el equivalente de 1.000 gramos de oro, para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales; los cinco hermanos mayores reclamaron perjuicios morales, en cuantía individualizada, de 500 gramos de oro y los menores en la de 300 gramos de oro.

2.- El Tribunal resumió los hechos que invocaron los demandantes como fundamento de sus pretensiones de la siguiente manera:

> "El día sábado 7 de octubre de 1989 aproximadamente a las 2 de la mañana se continuaba con la realización de una fiesta por un cumpleaños y en calidad de celador del Club de Inscredial hoy INURBE se encontraba el señor RICARDO SEGUNDO ESTRADA. Llegaron algunos jóvenes entre ellos el señor OTTO EFRAIN MIÑO SAÑUDO con el fin de que los dejara ingresar a la fiesta, después de algunas discusiones el celador acordó entrar a preguntar si podía dejarlos ingresar, lo que aprovecharon los jóvenes para penetrar hasta el patio y parqueadero del Club, cuando salió el Celador y al mirarlos dentro de las instalaciones la discusión se incrementó, hubo malos tratos, y el celador hizo un disparo que hirió mortalmente a OTTO EFRAIN MIÑO ocasionándole la muerte casi en forma inmediata. Momentos después llegó la Policía y retuvo al celador y decomisó el revólver con 5 cartuchos y una vainilla." (fl. 219).

3.- Fracasado el intento de conciliación prejudicial, cuya intervención suspende el término de caducidad según lo impone la ley 23 de 1991, se admitió la demanda; con apoderada especial, la entidad pública se presentó al proceso y contestó la demanda (fls.102 y 103); en el escrito de contestación se opuso a las pretensiones "porque carecen de derecho"; aceptó algunos hechos y dejó el resto a cuenta de la carga probatoria de la parte actora; propuso las excepciones de "no adecuación típica de la conducta del agente a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Nacional", por cuanto se presentó una causal de justificación: la legítima defensa; y la de "inexistencia de falla en la actividad de la administración".

La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino en el proceso "para coadyuvar en la defensa de los intereses de la Nación" y señaló

la existencia de una especie de prejudicialidad penal por cuanto estaba pendiente la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el proceso respectivo (fls. 107 - 109).

4.- En los alegatos finales de la instancia, la apoderada judicial de los actores precisó que estaban probados los hechos invocados como fundamento de sus reclamaciones y que, declarada la responsabilidad penal de RICARDO SEGUNDO ESTRADA, concurrían los presupuestos que, según el artículo 90 de la Constitución Política, comprometen la responsabilidad del Estado; a tono con estas reflexiones, solicitó el pronunciamiento de fallo favorable a los intereses de sus patrocinados (fls. 199 - 203).

El demandado y la coadyuvante no alegaron. El señor Procurador Delegado ante el Tribunal hace estas observaciones:

> "....a ésta Procuraduría le preocupa sobremanera, el hecho de que EN EL PROCESO PENAL se CONDENO AL PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES en cuantías ya conocidas y detalladas, por lo tanto, si el mismo hecho, el mismo homicidio de la misma persona fue ya ordenado indemnizar en el proceso penal, no sería lo más legal así de plano y en la cantidad solicitada ordenar o condenar a la entidad demandada al pago de los MISMOS PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES, pues indudablemente existiría enriquecimiento ilícito o injusto al menos.
>
> "Cierto es, que en el proceso penal quien deberá responder es el celador Ricardo Segundo Estrada, y que por ser un hombre con el salario mínimo quizá no podrá nunca pagar dichos perjuicios y será difícil sino imposible a la parte civil perseguir y concretar tal condena de perjuicios establecidos en el proceso penal. PERO lo lógico sería que se RENUNCIARA a los perjuicios establecidos en la parte Civil del Proceso Penal, en caso de resultados positivos en el Administrativo, o que en éste proceso se ordenara que el pago fuera por EL EXCEDENTE de lo condenado en el Penal.
>
> "Solo con éstas observaciones que se considera de suma importancia en cuanto a la DOBLE CONDENA DE PERJUICIOS, puede la Procuraduría conceptuar que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, y que luego como es lógico en caso de que la indemnización sea cubierta en su totalidad por el Inurbe, repita contra su dependiente." (fls. 212-213).

Frente a esta preocupación, la apoderada de los actores respondió que la obligación indemnizatoria de INURBE y de Ricardo Segundo Estrada es solidaria, sólo que el primero, como tercero civilmente responsable no podía ser sujeto pasivo de la acción civil dentro del proceso penal; concluye que es perfectamente lícito intentar en su contra una acción separada ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (fls. 215-217).

5.- El *a-quo,* para tomar las determinaciones que revisa la Sala, reflexionó con ésta lógica:

a.- Comenzó aceptando el planteamiento de los demandantes "....ya que si bien puede coexistir la culpa personal de éste (se refiere al funcionario) con la falla del servicio de la administración, dándose así una responsabilidad solidaria entre aquél y ésta".

b.- Encontró probados estos hechos: "...a) Que hacia las dos de la mañana del día 7 de octubre de 1989, en las instalaciones del Club Social del Inscredial de esta ciudad, se encontraba prestando servicio de Celador o vigilante el señor Ricardo Segundo Estrada. b.-) Que a la hora dicha el mencionado celador disparó su arma de fuego de dotación oficial contra la humanidad de Otto Efraín Miño Sañudo, causándole la muerte. c.-) Que el Policía Nacional Carlos Muñoz Calderón, llegó al lugar de los hechos pocos minutos después del disparo y desarmó al celador, despojándolo del revólver calibre 38 largo, marca Smith & Wesson, con una vainilla y 5 cartuchos. d.) Que posteriormente, un oficial de la misma Policía entregó al juez instructor la dicha arma, tal como consta en el oficio correspondiente de envío. e.-) Que el Almacenista del I.C.T.-Regional Nariño, da constancia expresa sobre el hecho de encontrarse inventariada la referida arma. f.-) Que el disparo indiscutiblemente lo hizo el celador contra la humanidad de Miño Sañudo, apuntando directamente sobre éste y sin que haya mediado culpa alguna de la víctima o circunstancia extraña capaz de engendrar fuerza mayor o caso fortuito. Pues, la calificación que se dió al delito fué de intencional. g.-) Que los aludidos testimonios varían en cuanto a algunos detalles específicos, aunque ello no incide en el valor probatorio que se ha de reconocer. Pues, en el fondo coinciden en su totalidad siendo por lo mismo creíbles." (fl. 223).

c.- Lo anterior le permitió concluir: "....no hay duda alguna de que se llena a satisfacción los presupuestos para darse por establecida la falla del servicio por parte de la entidad demandada, con o sin concurrencia de la falta personal, toda vez que no se puede desconocer, que el vigilante o celador del Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, hizo uso

inadecuado de su arma de dotación, hasta el punto de que armado y prestando servicio a la institución a la cual estaba adscrito por contrato de trabajo, trató de amedrantar a los muchachos, entre ellos la víctima, que deseaban entrar a la fiesta que en el Club Social se llevaba a cabo, para finalmente y de manera irresponsable accionar la dicha arma y causar las lesiones de que se da cuenta y posteriormente la muerte de Otto Efraín Miño Sañudo. Y es que, éste vigilante no podía en las circunstancias que se conocen, hacer uso de su arma bajo ningún pretexto, pero como lo hizo desatendiendo sus obligaciones, el acto resultó lesivo y la entidad a la cual él estaba vinculado por una relación laboral, debe responder económicamente.

"Se concluye por lo mismo, que en el caso de autos se presentó en efecto una falla del servicio por parte de la entidad demandada, por acción, al haber uno de sus dependientes o trabajadores, disparó su arma de fuego contra un ciudadano que buscaba acceso a un lugar de diversión, a donde había sido invitado. Y también por omisión porque la misma institución demandada, no estuvo en capacidad de controlar los movimientos de sus miembros." (fl. 225-226).

d.- Probado el daño moral, lo reconoció en las cuantías solicitadas en la demanda.

e.- Aceptó la liquidación efectuada por los peritos en relación con el daño emergente y negó su actualización "por no haberse acreditado los factores para este cometido (Indices final e inicial de precios al consumidor)".

f.- Se apartó de la experticia en cuanto atañe a la liquidación del lucro cesante, prohijando el criterio del agente del Ministerio Público; señala sobre este particular:

"....se tomará el ingreso mensual del occiso partiendo de su última asignación mensual de $46.759.oo y agregándole el subsidio de alimentación y auxilio de transporte, para un total de $53.313.50.

"Esta suma en realidad hay que ajustarla a la realidad económica del país, no puede aceptarse que se tome la totalidad de su ingreso como apoyo a su familia. Pues, considera justo la Corporación, que de la suma que resulte, se deduzca un 50% para gastos propios de subsistencia. El 50% restante corresponderá efectivamente a los padres, pero solo hasta el momento en que el difunto hubiese cumplido 25 años, momento en el cual se considera que como máximo hubiera formado su hogar independientemente, *máxime* si se tiene en cuenta que el desaparecido

Otto Efraín Miño Sañudo no fue hijo único a quien debía cargarse el peso total en cuanto a sus obligaciones para con sus padres.

"En igual forma, no se hará reconocimiento alguno en su favor de sus hermanos demandantes, ya que la prueba sobre dependencia económica respecto a su difunto hermano no es muy diciente.

"De esta manera, la condena por perjuicios materiales en la modalidad de Lucro Cesante se hará en favor de los PADRES y en abstracto ante la imposibilidad en este momento procesal de hacerla en concreto, toda vez que la liquidación de la indemnización comprende dos períodos (consolidado y futuro) para cuya determinación se tiene en cuenta la fecha de ejecutoria del fallo de segunda instancia, que no se puede precisar hasta que se produzca. En consecuencia, la parte interesada debe presentar el incidente correspondiente dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria del dicho fallo y de conformidad a estas pautas.

"Salario Devengado	$53.312.50
50% de la suma anterior	$26.656.25
Para cada uno de los padres	$13.328.10

"La actualización de la suma anterior tampoco es posible por no haberse acreditado los factores necesarios para la misma (índice final e inicial de precios al consumidor)." (fls. 228-229).

6.- Demandantes y demandado apelaron el fallo con estas razones:

a.- El Inurbe dijo que no estaba probada la supervivencia de los hermanos de la víctima; que el dictamen pericial rendido en el proceso penal concluyó en la inexistencia de personas que dependieran económicamente de la víctima, sin protesta alguna de la parte civil; que, en el mismo proceso penal, Martín Augusto Miño Sañudo manifestó trabajar y estudiar contradiciendo la versión según la cual el padre y la víctima, "eran los únicos que soportaban la carga económica del hogar", que el vínculo de la víctima con la Rama Judicial era de naturaleza precaria y nada garantizaba su estabilidad en el empleo, lo cual hace incierto el perjuicio reclamado; finalmente, pidió "....se revoque la decisión contenida en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia potestada y en su lugar se abstenga de condenar al pago de los perjuicios materiales por lucro cesante, y al pago de perjuicios morales para los hermanos del señor Otto Efraín Miño Sañudo.

"Subsidiariamente y en el evento de no ser aceptados los argumentos y la anterior solicitud, se tenga en cuenta el concepto número 080 que emitió el

señor Procurador 35 en lo Judicial-Asuntos Administrativos, cuando consideró preocupante el hecho de que en el penal se condenó al subjetivo (sic) activo del delito al pago de los perjuicios materiales y morales, y por iguales motivos se condenará a la Entidad demandada en el proceso administrativo al pago de perjuicios materiales y morales, porque de ser así se estaría frente a un caso de enriquecimiento si no ilícito al menos injusto." (fl. 239).

LA SALA CONSIDERA:

A.- Sobre la legitimación en la causa de los actores.-

En diversas oportunidades se ha repetido que para las acciones de reparación directa consagradas en el artículo 86 del C.C.A, la legitimación en la causa del demandante depende de la condición de damnificado que aparezca procesalmente probada; lo anterior significa que el parentesco no legitima por sí mismo; lo que ocurre es que tanto el parentesco, dentro de ciertos grados (padres, hijos y hermanos), como el vínculo matrimonial, hacen presumir tal condición, y por consiguiente, la legitimación.

Se hace esta precisión porque en el *sub-lite* ocurre lo siguiente:

1.- AUGUSTO EFRAIN NIÑO GEORGE y RUTH STELLA SAÑUDO MELO contrajeron matrimonio el 27 de noviembre de 1991 (fls. 277), después de ocurrida la muerte de OTTO EFRAIN (7 de octubre de 1989) y después de nacido el último de sus 10 hijos, ANDRES FELIPE, el 9 de noviembre de 1988 (fls. 275).

2.- En el acta de matrimonio dijeron legitimar sus 10 hijos nacidos con antelación a su celebración (fls. 277 vto.), incluido el difunto.

3.- Las actas de registro de nacimiento de todos ellos (fls. 267-275) están suscritas por el padre, circunstancia que acredita su parentesco (el del padre y el de los hermanos) y, por lo tanto, la legitimación.

4.- En cambio RUTH STELLA SAÑUDO MELO, no logra demostrar su maternidad en relación con el difunto OTTO EFRAIN; la legitimación hecha en el matrimonio, posterior a su muerte, tropieza con lo dispuesto en los artículos 240 a 245 del C.C.

Pese a lo anterior, su condición de damnificada aparece probada, en modo suficiente, con los testimonios de OLGA BORRAS DE CAICEDO (fls. 143), compañera de trabajo del occiso; JAIME GUERRERO TORRES, Juez Primero Penal del Circuito, bajo cuyas ordenes desempeñaba sus labores el

difunto (fls. 146) y LUIS CARLOS GUERRERO TORRES, amigo de la familia (fls. 147); de sus dichos se deduce con claridad el profundo vínculo familiar existente entre la demandante y el muerto, así como el dolor y la angustia que produjo su desaparición.

B.- Dilucidado este punto, se debe ocupar la Sala del tema sobre el cual mostró fundada preocupación el agente del Ministerio Público ante el Tribunal, atinente a la existencia de un fallo penal condenatorio al pago de los perjuicios, proferido en contra del autor del homicidio.

El proceso penal agregado en copias a este expediente revela sobre este particular:

1.- Que AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE, padre del fallecido OTTO EFRAIN, presentó demanda de parte civil dentro del referido proceso penal, el 24 de octubre de 1989 (fls. 134-137 del cuaderno contentivo de dicho proceso).

2.- En ella se estimaron los perjuicios materiales en una suma superior a los $20'000.000 y se dijo que, para la indemnización de los morales, "tendrán que seguirse las pautas trazadas en el art. 106 del C.Penal..."

3.- La demanda anterior fué admitida, los apoderados judiciales defendieron de modo diligente los intereses del actor y, en la diligencia de audiencia pública expresó: "....cumpliendo con mi deber debo también pedir la condena en concreto al pago de los perjuicios ocasionados con el homicidio, pago en favor de AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE, padre del occiso, quien también sufre, el padre por la muerte de su hijo, condena al pago de perjuicios ordenada por el C. de P.P. en su artículo 187" (fls. 305 de las copias del proceso penal).

4.- El Juzgado Primero Superior de Pasto encontró que RICARDO SEGUNDO ESTRADA era el autor responsable del homicidio, lo condenó- en consecuencia, a 10 años de prisión como pena principal, a la interdicción "en el ejercicio de funciones y derechos públicos", ..." y al pago de perjuicios materiales", en cuantía de $16'296.351, y de 600 gramos de oro por los perjuicios morales.

5.- La condena en perjuicios se fundamentó así:

> "Siendo entendido que el hecho punible origina la obligación de reparar los daños tanto morales como materiales que del mismo provengan y dando para ello fiel cumplimiento a los mandatos de ley, se nombró por

este Despacho en el período de la causa como perito para la determinación de los mismos, al doctor MILTON RAUL ERASO, quien cumpliendo los requerimientos de la justicia nos entregó su experticio y la correspondiente aclaración del mismo donde se fijó en lo tocante con los perjuicios de orden material la suma de DIESISEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL PESOS M.L. ($16.136.351), dejándolos de orden moral para que sean determinados por el fallador.

"La pericia referenciada fue puesta a disposición de las partes y como nada en contra de la misma se hubiera puntualizado, no corre otra alternativa que la de condenar también al encausado al pago de la suma atrás indicada, más lo relacionado con las facturas de gastos que a los autos se adjuntaron por los funerales de quien respondió al nombre de OTTO EFRAIN MIÑO SAÑUDO.

"Lo relacionado con los perjuicios de orden moral que el perito los dejó para efectos de que sean tasados por este Despacho, son aquellos que por su misma naturaleza escapan a la posibilidad de una valoración monetaria, en atención a que por sus consecuencias y naturaleza netamente subjetivas se mantienen en la intimidad de las personas angustiándolas y acongojándolas, y que por ello se denominó *Pretium Doloris* a la indemnización en dinero que la ley asigna a dicha consecuencia delictiva, se fijarán de acuerdo a lo normado por el art. 106 del C.P., en SEISCIENTOS GRAMOS ORO, por las condiciones que presentaba la víctima del delito en el momento de su fallecimiento, quien es sabido era un empleado al servicio del Estado y de la justicia como citador grado 3 del Juzgado Tercero Penal Municipal de esta ciudad, donde fue designado en interinidad hasta tanto el Consejo Seccional de Carrera Judicial elabore la lista de las personas que aprobaron el concurso, ello como bien puede verse a fojas 341 de la Resolución No. 012 de agosto 23 de 1989 emanada del Juzgado que se deja indicado. Puntualizándose en tal sentido su buena educación familiar y las dotes de un magnífico ciudadano, quien de acuerdo a lo testimoniado no fue carga para nuestra sociedad." (fls. 70 C. principal).

6.- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto encontró ajustada a derecho la decisión del Juez Superior y la confirmó íntegramente, pese a algunos reparos que formuló la defensa en el trámite del recurso de apelación que interpuso el procesado.

7.- Finalmente, ante la Corte Suprema de Justicia, fracasó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia.

Todo lo anterior demuestra que, respecto de AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE, padre del occiso, se produjo el reconocimiento de los perjuicios materiales y de los morales en cuantía que, determinada pericialmente, sin objeciones de las partes, fué aceptada por el Juez.

Los efectos que ha de tener la sentencia penal que impone al condenado el pago de los perjuicios, en los procesos Contencioso Administrativos, es asunto del que se ha ocupado la Sala en oportunidades diferentes sin que exista coincidencia absoluta en las definiciones.

Así, por ejemplo, el 12 de abril de 1984, expediente 2586, actor: Eduardo Rincón Rincón, en sentencia de la que fue ponente el Consejero José Alejandro Bonivento Fernández, dijo:

> "En resumen, fácil la conclusión de la Sala, existe la responsabilidad del Estado, en cuanto a que, la falta cometida por el agente CARLOS A. SANCHEZ ALMANZA, si bien tuvo una definida calificación personal, que determinó la condena penal, no pudo separarse del servicio, por las circunstancias en que se sucedieron los hechos, y motivaron la lesión del demandante.
>
> "Y, como es pertinente, la relación entre la falla del servicio, además de la culpa personal del agente, con el daño, también surge con evidente nitidez.
>
> "Ahora bien: la colaboradora fiscal, como ya se destacó, en su vista de fondo, presenta argumentos en favor de la aplicación de la responsabilidad de la administración por la falta del servicio, pero, a la vez, estima que no es posible imponer condena por cuanto la justicia ordinaria, a través del Juzgado Penal, condenó al agente CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA al pago de la suma de $636.961.oo, por concepto de los perjuicios materiales y morales, causados con la infracción, de acuerdo con el avalúo que en legal forma se trajo al expediente." (folio 294 cuaderno 2).
>
> "En verdad, no debe haber doble indemnización. La coexistencia de responsabilidades entre la administración y el particular, autor de la infracción, no puede ir más allá de señalar que por el daño causado a la víctima es procedente la indemnización, en el monto o estimación del mismo. Por eso, si el lesionado persigue, por la vía ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta: el daño ha sido visto y definido;

algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso.

"Se precisa, entonces, la condena al pago de los perjuicios, mediante la intervención como parte civil dentro del proceso penal, como un factor determinante del daño, que alcanzará, por tanto, una significación material, con la sentencia impuesta, por ese concepto, por el juez penal. Es decir, que al escoger, el lesionado, la vía ordinaria para lograr el reconocimiento de la indemnización, no puede tener un simple alcance de intervención penal para que el hecho delictuoso tuviera una ejemplar o acorde sanción de conformidad con el ordenamiento punitivo. La presencia como parte civil, que como tal es una participación civil en esa clase de procesos, va más allá de la simple consideración de que el delincuente reciba la pena por el hecho atentatorio contra el estatuto penal, que se concretó, como sucedió en el proceso de marras, en una condena al pago de los perjuicios causados al doctor Rincón Rincón, por la conducta del Agente Sánchez Almanza.

"Al acudir, pues, el lesionado a la justicia ordinaria para que a través de los trámites impuestos por el respectivo ordenamiento, el proceso penal, se estableciera la responsabilidad del agente, lo hizo pensando, como era de rigor, que las obligaciones derivadas del comportamiento del agente Sánchez Almanza, como actividad personal, pero no ajena al servicio, se reflejaba en la medida que se impusiera la condena a los perjuicios. La vía, por la que optó el lesionado, encierra, de ese modo, una particular proyección, en lo qué atañe al monto o determinación de la indemnización.

"La cuantificación de los perjuicios, lograda, mediante la intervención del propio lesionado, no puede ser desconocida en este proceso, puesto que todo el trámite alcanzado para tal fin se cumplió con la participación del mismo lesionado, en este proceso demandante. Trasciende, de manera simple, la decisión del Juez ordinario, no solo para la verificación del daño, sino, también, para concretar los perjuicios, en especial frente a la presencia del lesionado y a su petición de condena. Eso quiere denotar, que, hecha la fijación de la indemnización, ha de producir los efectos propios de la determinación del daño frente a la víctima, puesto que absurdo sería que por tan jurisdicción se logren señalar los perjuicios y por la otra se puedan apreciar otros, cuando, alrededor del daño, éste debe ser igual en una y en otra.

"Debe concretarse el asunto, después de las precisiones anteriores en cuanto a la determinación del monto de los perjuicios, a precisar si por el hecho de la condena por la justicia ordinaria, definida con la sentencia de

la Juez 48 Penal Municipal, y confirmada por el Juez 27 Penal del Circuito, ambos de Bogotá, al lesionado le estaba vedado la jurisdicción contenciosa administrativa, para el logro de los perjuicios causados por el agente, quien por su conducta personal, vinculada con la falta del servicio, en los términos explicados, infirió el daño tanto en la persona del demandante, como en el vehículo en que éste se transportaba.

"La coexistencia de responsabilidad o responsabilidad conjunta, como lo ha calificado esta Corporación (Sentencia de 22 de marzo de 1974), no permite a la víctima exigir indemnización que exceda del valor del perjuicio sufrido y que a juicio del juez penal se concretó en la suma determinada en la sentencia de condena. Esto es, le recorta el derecho a pretender, por la vía contenciosa administrativa, una indemnización superior a la señalada por la Justicia ordinaria, puesto que su dimensión se logra mediante la fijación hecha por los jueces penales.

"Todo lo expuesto, lleva a la Sala a precisar, frente al caso *sub lite*, lo siguiente:

"a. Los jueces penales condenaron al Agente de la Policía CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, al pago de la suma de $636.961.oo, por concepto de perjuicios materiales y morales causados por los hechos que dieron origen al proceso penal, ya comentado.

"b. El monto de los perjuicios señalados por el Juzgado 48 Penal Municipal de Bogotá, fueron acogidos con fundamento en dictamen de peritos, en los que relacionaron los distintos aspectos de la indemnización- daños materiales y morales.

"c. Dentro del presente proceso, también se produjo dictamen de peritos (folios 27 a 275, cuaderno 1), que recoge un valor de indemnización de $1'030.941.oo, que se destaca en los siguientes rubros.

"....."

"d. Si se procede, en principio, a las confrontaciones de los valores indemnizatorios, los determinados por los jueces penales, que son ciertos, en la medida que obraron dentro de un proceso penal, y que, por tanto, tienen la fuerza de cosa juzgada, y los fijados en este proceso, en los términos transcritos, se aprecia una diferencia, para hacer prevalecer, por las circunstancias apuntadas, la pronunciada por los jueces penales, porque es el resultado de una decisión judicial, plenamente ejecutoriada, particularmente, cuando el propio lesionado promovió la constitución de

parte civil y obtuvo la condena a los perjuicios, que frente a una u otra jurisdicción debe tener un mismo alcance indemnizatorio.

"Así pues, la condena al pago de la suma de $636.961.oo, fijada por los jueces penales, debe acogerse en este proceso.

"e. Y en virtud de la coexistencia de responsabilidad, que hace derivar una responsabilidad conjunta, pero no estrictamente solidaria, permite acotar que si el agente CARLOS ALFONSO SANCHEZ ALMANZA, ya cubrió el monto de la indemnización no se le podrá exigir a la entidad demandada, Policía Nacional-, su valor, por la realización plena del autor jurídico de pago. Si no ha pagado suma alguna, la Policía Nacional, deberá cancelar hasta la mitad del valor de los perjuicios determinados por los jueces penales, es decir, la suma de $318.480.50, lo mismo ha de ocurrir si el agente Sánchez Almanza, ha cubierto parcialmente la indemnización, por valor inferior a la mitad indicada."

Con perfiles jurídicos distintos, el 22 de octubre de 1990, con ponencia del Consejero Gustavo de Greiff Restrepo (extractos de jurisprudencia, Tomo X, págs. 83 y 84), expresó:

"En virtud de que la entidad demandada propuso en la contestación de la demanda la excepción de caducidad que llamó "del Derecho" e insistió en su ocurrencia en la sustentación del recurso de apelación, es del caso proceder a su estudio antes de considerar las pretensiones de fondo de la demanda.

"Como se expuso en los antecedentes, numeral 3, la demanda partiendo del proceso penal pretende se declare la caducidad en el presente contencioso administrativo, lo cual no es procedente puesto que en el primero se investigó y procesó al señor josé Leonel Jiménez por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito, tal como se observa en el cuaderno número 2 del expediente, contentivo de las diligencias de dicho proceso, y el proceso, cuya apelación se estudia, se originó en los mismos hechos pero en éste se invoca acción de reparación directa y cumplimiento contra la entidad pública Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C.

"La responsabilidad solidaria entre la entidad pública y uno de sus funcionarios se presenta de acuerdo con el artículo 2344 del C.C., según reiterada jurisprudencia de la Sala. En el presente caso el hecho de que en proceso penal no se hubiere presentado dentro del término legal

liquidación de perjuicios no extingue la obligación solidaria de la entidad administrativa responsable-C.V.C.- ¿por qué? Porque en el Contencioso Administrativo la responsabilidad es anónima de la administración, y no personal del agente en quien puede recaer la falta o falla que dé lugar a la pretendida indemnización.

"Es que la responsabilidad solidaria de la C.V.C no surge de la condena en el proceso penal al conductor del vehículo sino que se cumplan los presupuestos de hecho de las normas legales citadas.

"En virtud de los artículos 77 y 78 del C.C.A., la entidad aquí demandada estará facultada, en caso de condena para repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere. De manera que la responsabilidad solidaria existe, lo que no acepta la Sala es que la obligación haya caducado en virtud del hecho alegado por la demandada.

"La acción de reparación directa y cumplimiento, según lo dispuesto por el artículo 136 del C.C.A., caduca "al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho", en el caso de autos, los hechos ocurrieron el 27 de septiembre de 1985 y la demanda fue presentada el 28 de septiembre de 1987 dia feriado, el titular estaba facultado para presentarlo al día siguiente, según lo dispuesto por el artículo 62 del C. de R.P.M. por tanto la demanda fue presentada en tiempo.

"Ahora bien, para una mayor claridad, en cuanto a los efectos de una sentencia penal en un proceso contencioso administrativo, la Sala reitera lo expuesto en su pronunciamiento de fecha 24 de noviembre de 1989 en donde dijo:

"La sentencia penal, absolutorio o condenatoria constituye plena prueba sobre la ocurrencia del hecho juzgado y tal ocurrencia no puede ponerse en duda en otro juicio y concretamente en uno contencioso administrativo en el cual se juzgue la conducta de la administración para deducir por ejemplo, su responsabilidad contractual o extracontractual (Exp. 5573. Actores: Félix Celis Palencia y otros)."

En aclaración de voto, el Consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla manifestó en esa oportunidad:

"....no puede hablarse de responsabilidad solidaria fundamentada en el artículo 2344 del Código Civil, por cuanto dicha disposición parte de supuestos y consideraciones ajenos a los desarrollos jurisprudenciales de

la responsabilidad administrativa del Estado. En ésta no existen delitos o culpas cometidos por dos o más personas, sino que se trata, precisamente, de fallas anónimas que comprometen la responsabilidad de la entidad administrativa de que se trate, independiente de aquella que pudiere corresponderle a su funcionario, sin que entre éstos (funcionario y entidad) exista solidaridad, entendida esta última expresión en el sentido que le da el Código Civil. Se trata, en consecuencia, de responsabilidades fundamentadas en principios diferentes y que, por ello mismo, excluyen la solidaridad. la del funcionario, en su propia culpa personal; la de la administración, en la falla del servicio a su cargo.

"Cosa bien diferente es que, al tenor de lo dispuesto por los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, el funcionario sea también responsable de los daños que se causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, o que, al demandar, el afectado pueda enfilar sus baterías contra dicho funcionario, contra la entidad o contra ambos. Pero si se analiza con detenimiento el alcance del artículo 78 mencionado, vemos que su texto precisamente excluye la responsabilidad solidaria, por cuanto, al establecer que si la demanda prospera contra la entidad o contra ambos deberá ser la entidad quien satisfaga los perjuicios, está explícitamente afirmado que ella es la principal responsable ante la comunidad, sin perjuicio de su facultad de repetir contra el funcionario respectivo. Ello por cuanto la falla del agente será siempre falla del servicio, salvo en los casos de falla personal.

"Así el artículo 78 está separando las responsabilidades claramente, pues si quien resultare responsable fuese exclusivamente el funcionario, será él quién responda, lo cual de hecho excluye la solidaridad. Y si los responsables son la entidad, o ambos, no procederá la condena directa contra el funcionario, sino contra la entidad, lo cual, de contera, excluye también la solidaridad.

"El artículo 78 es una consecuencia directa del principio rector de la falla anónima que sitúa en cabeza del Estado la responsabilidad principal en los eventos de falla del servicio, salvo en los casos en que trate de una clara falla personal del agente. Los dos conceptos se excluyen, pues si hay falla del servicio no habrá falla personal y, a *contrario sensu*, sí se da esta última se estará en presencia de una causal exonerativa de responsabilidad administrativa. Y por ello no puede hablarse, como lo hace el artículo 2344 del Código Civil, ni de cometimiento de "un delito o culpa" por dos o más personas, pues ello no es dable en el campo de la responsabilidad administrativa (a menos que se trate de la responsabilidad

de dos o más entidades), ni de solidaridad entre entidad y funcionario, pues ella no existe por virtud de los artículos 77 y 78 del C.C.A.

"El artículo 2344 del Código Civil podría ser aplicable cuando la falla del servicio es imputable a dos o más entidades públicas, caso en el cual sí podría hablarse de culpa o dolo (aún cuando tales conceptos no serían los más apropiados) cometido por dos o más personas, y en tal evento podría darse la responsabilidad solidaria, pero ello no podría ocurrir en la relación entre entidad y funcionario." (Extractos de jurisprudencia. Tomo X. 2a. parte. págs. 88-89)

Finalmente, el 10 de junio de 1993, expediente No. 7750, Actor: Luis Alberto Zúñiga y Otros., con ponencia del Consejero Julio César Uribe Acosta, señaló:

"C) Como resulta cierto que el Juzgado Primero Superior del Círculo Judicial de Popayán, condenó a JOSE RAMIRO ARTEAGA PANTOJA, a purgar dos años y cuatro meses de prisión como responsable del delito. de HOMICIDIO CULPOSO, y a pagar al hermano de la víctima, señor JAIRO ALBERTO ZUÑIGA CORDOBA, quien se constituyó en parte civil, dentro del proceso penal, quinientos (500) gramos de oro por concepto de perjuicios materiales, y cien (100) gramos de oro por perjuicios morales, se patrocina la decisión del *a-quo* cuando definió que no había lugar a debatir nuevamente el asunto relacionado con los perjuicios en esta jurisdicción.

"El fallo penal hizo tránsito a cosa juzgada, y, por lo mismo, no es dable volver sobre tal aspecto. Situación distinta se presentaría si el Señor Jairo Alberto Zúñiga Córdoba no hubiese hecho valer sus derechos dentro del proceso penal."

Existe, pues consonancia en cuanto a que la existencia y la cuantía de los daños señalados por el juez penal no son susceptibles de modificación en el proceso contencioso administrativo posterior.

En efecto, tal condena es el fruto de la obligación de reparar los daños materiales y morales que provengan del hecho punible y del ejercicio de la acción indemnizatoria, previstas en el título VI del C.P. (artículos 103-109), normas que coinciden con el principio consagrado en el artículo 2341 del C.C, así como de la facultad que asiste a los perjudicados para ejercitar dicha acción dentro del proceso penal, de conformidad con las reglas trazadas en los artículos 37 y ss del C. de P.P. (Decreto No. 50 de 1987), vigente para la época a que se refiere este proceso, y 43 y ss del actual.

En estas condiciones, y en tratándose de una **misma conducta** del funcionario, susceptible de comprometer su propia responsabilidad y la de la administración, carece de toda razonabilidad pensar que el perjuicio, y su monto, varían en el uno y en el otro caso, según quien tome el puesto de sujeto pasivo de la pretensión; por el contrario, bajo los supuestos señalados, lo obvio es que el perjuicio sea **único**, independiente de que el damnificado dirija su reclamación frente a la entidad pública o frente al funcionario de acuerdo con las diversas opciones que se manejan en el artículo 78 del C.C.A; con otro enfoque: en tratándose de la misma causa, la cual esta ligada por el nexo causal con el daño pretendido, que es su efecto, no se puede sostener, sin quebrantar la lógica, que este último cambia- se incrementa o se disminuye-, de acuerdo con la persona que finalmente haya de tomar su cargo la reparación.

La aplicación de estos principios al caso controvertido determina que, en cuanto a la existencia y cuantía de los daños (morales y materiales), infligidos a AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE, nada puede decidir ni agregar esta jurisdicción frente a lo resuelto por la jurisdicción penal ordinaria.

Por consiguiente, los 600 gramos de oro, por el perjuicio moral, y $16'296.351 por el material, en este último caso sin lugar a actualización por cuanto no lo dispuso así la sentencia penal, son sumas que consolidan definitivamente la condena en favor del mencionado señor MIÑO GEORGE.

En consecuencia se debe revocar la decisión del *a-quo*, en cuanto a AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE se refiere.

D.- Esta decisión, sin embargo, no tiene porque afectar el resto de actores que no hicieron valer su pretensión en el proceso y que, por lo mismo, no quedan cobijados por la sentencia pronunciada en dicho proceso.

E.- Respecto de ellos, el expediente revela que RICARDO SEGUNDO ESTRADA, celador del INURBE, disparó contra OTTO EFRAIN MIÑO y le causó la muerte; el arma era de propiedad del ente demandado. El Juez Primero Superior de Pasto encontró

> "..... militando en contra del procesado RICARDO SEGUNDO ESTRADA, las declaraciones de: JUAN CARLOS ACOSTA DELGADO, ALVARO FRANCO SALAZAR SUAREZ, GERARDO ADOLFO DELGADO DIAZ, JUAN CARLOS ZAMBRANO ROSERO y CARLOS AUGUSTO ESPARZA SANTACRUZ, testigos presenciales de los hechos en los que resultó muerto su amigo y compañero OTTO EFRAIN MIÑO SAÑUDO, y a quienes se les ha dado máxima credibilidad por parte de los funcionarios de primera y segunda instancia

que han intervenido en este proceso, a pesar de que se encontraban embriagados y que incurren en algunas contradicciones en sus exposiciones, pero se dice que hora y media después de los hechos, al momento de hacer el levantamiento del cadáver, pese a que aún presentaban síntomas de haber ingerido bebidas embriagantes, se daban cuenta de lo que ocurría a sus alrededores y suministraron los datos correctamente, y que las contradicciones ya aludidas se relacionan con detalles sin importancia, más en lo que concierne a la forma como RICARDO SEGUNDO ESTRADA hizo el disparo, con el brazo extendido, apuntando directamente al pecho de OTTO EFRAIN MIÑO, sin que éste le hubiera dado motivo alguno para ello, todos son enfáticos, concretos y concordantes entre sí; además, sus afirmaciones se encuentran plenamente confirmadas por el concepto de la Sección Balística del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, de fecha 9 de marzo de 1990, en el cual se dice que el disparo se hizo a más de un metro de distancia, y con el protocolo de necropsia donde se indica que la trayectoria del proyectil es de adelante hacia atrás, de derecha a izquierda y de arriba hacia abajo.

"Lo anterior desvirtúa completamente la versión que da el procesado RICARDO SEGUNDO ESTRADA, en el sentido de que el disparo se produjo en un forcejeo con los jóvenes que habían penetrado clandestinamente a los predios del Club del Inscredial, entre los cuales estaba el occiso, quienes trataron de quitarle el arma de fuego que llevaba al cinto. Esta versión en un principio fue corroborada por JAVIER HERNANDO ACHICANOY SUAREZ al rendir su testimonio pero al avanzar el mismo se muestra dudoso, inseguro, incurre en contradicciones y termina por decir que había un entrevero y que no vió nada, dejando solitaria y sin soporte alguno la manifestación del procesado, quien si bien les informó a los miembros de la Policía Nacional: JOSE BREDIO SALAZAR JURADO MIGUEL RICARDO ROSERO y JESUS GERARDO YARPAZ VELASCO, que el disparo se realizó en un forcejeo, aunque con algunas pequeñas diferencias, no lo hizo a los Agentes del Cai del Barrio Tamasagra que fueron los primeros en llegar al lugar de los acontecimientos, ya que a CARLOS MUÑOZ CALDERON le dijo que los muchachos trataron de agredirlo y se vio en la obligación de hacer un tiro al aire, y a JUAN TOVAR MONTENEGRO que hizo un disparo pero sin suministrar mas detalles, así mismo al testigo CARLOS ARCOS solamente le dijo que había herido a un joven; estas discrepancias - como ya lo anotaron el Juez instructor y el Tribunal Superior- le restan credibilidad a lo expresado por RICARDO SEGUNDO ESTRADA, toda

vez que de ser ello cierto así lo hubiera sostenido en todas las oportunidades que se le presentaron.

"De las pruebas que se han hecho alusión se desprende sin ninguna duda que RICARDO SEGUNDO ESTRADA disparó de manera intencional contra OTTO EFRAIN MIÑO SAÑUDO, causándole la muerte a consecuencia de ello, por cuanto está demostrado con las declaraciones de : JUAN CARLOS ACOSTA DELGADO, ALVARO FRANCO SALAZAR SUAREZ, GERARDO ADOLFO DELGADO DIAZ, JUAN CARLOS ZAMBRANO ROSERO y CARLOS AUGUSTO ESPARZA SANTACRUZ, que el Celador del Inscredial apuntó el revólver con el brazo extendido directamente al pecho de OTTO EFRAIN MIÑO cuando éste se encontraba aproximadamente a metro y medio de distancia." (fls. 66 a 67).

Hay, pues, lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del INURBE, por las razones ya expuestas.

F.- No se probaron en este proceso daños materiales distintos de los reconocidos en la sentencia penal, en favor del padre de la víctima. Por consiguiente, y por este concepto, no hay lugar a reconocimiento alguno.

G.- Los perjuicios morales reconocidos por el *a-quo* en favor de RUTH STELLA SAÑUDO y de los hermanos del occiso están correctamente apreciados y evaluados. Su decisión en esta materia, será confirmada por la Sala.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales 1°, 3°, 4° y 5° del fallo apelado.

SEGUNDO: MODIFICASE el ordinal 2° que quedará así:

Condénase al INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA - INURBE - a pagar una suma equivalente al precio de 1.000 gramos de oro en favor de RUTH STELLA SAÑUDO; de 500 gramos de oro para cada de los hermanos mayores MARIELA DEL ROCIO, STELLA DEL ROSARIO, MONICA ADRIANA, MARIA

CRISTINA y MARTIN AUGUSTO MIÑO SAÑUDO; y de 300 gramos de oro para cada uno de los menores RUTH CONSTANZA, JOSE ANTONIO, PAOLA ANDREA y ANDRES FELIPE MIÑO SAÑUDO.

El precio del gramo de oro será el nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de este fallo.

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

Copíese, notfíquese, cumpláse y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la sala de sesión de fecha veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Inexistencia / RESPONSABILIDAD CONJUNTA / CULPA DEL AGENTE (Adición de Voto)

La existencia de normas especiales de derecho público (artículos 90 de la C.N. y 77 del C.C.A), hacen inaplicables las reglas del C.C. y del C.P. pertinentes; en ellas es claro que no se consagra la solidaridad entre la entidad pública y su agente pues, la ley colombiana, cuando ha tenido ese propósito, lo señala de manera expresa como corresponde a toda norma de excepción. En cambio, el artículo 78 del C.C.A., cuando establece para los damnificados, la opción de demandar al ente público, al funcionario, o a ambos, se apoya "en las reglas generales", las cuales, según se vió se refieren a las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas. Tratándose, pues, de una obligación mancomunada o conjunta, en todo caso, la víctima es libre de elegir mecanismo de reclamación mas conveniente, de los varios permitidos por el artículo 78 del C.C.A.; si decide formular su demanda contra el funcionario (y la constitución de parte Civil dentro del proceso penal es una forma de elegir esta opción), parte del supuesto de que la causa del daño es una culpa personal; por lo tanto, la sentencia del juez penal que condena a la reparación del perjuicio adquiere carácter definitivo e impide que posteriormente se pretenda una nueva reclamación frente al Estado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP. 7793

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

Referencia: Expediente No. 7793. Actor: AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE Y/O. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA.

ADICION AL VOTO.

Teniendo en cuenta que la mayoría de la Sala decidió excluir de la ponencia la expresión de las razones por las cuales no es jurídicamente procedente acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando la víctima del daño ha resultado favorecida por una sentencia penal condenatoria al pago de los perjuicios, con todo respeto, me permito adicionar mí voto por cuanto considero que ellas forman parte de la **suficiente motivación** de la sentencia.

De otra parte, tales fundamentos se deben expresar porque la apoderada judicial de los actores se fundamento en la solidaridad prevista por el artículo 2344 del C.C. para pedir los pronunciamientos declarativos y condenatorios que solicitó en la demanda; el silencio del fallo deja sin respuesta dicha argumentación.

La parte de la ponencia que fue excluida por la decisión mayoritaria dice así:

D. En relación con el padre del occiso, queda aún por resolver sí su reclamación de perjuicios procede frente a la administración, existiendo previamente la condena del Juez Penal al pago de los mismos.

Este asunto requiere clarificar, como primera medida, si las obligaciones reparatorias de la administración y del funcionario revisten carácter solidario; si lo son, como se ha sostenido en algunas oportunidades por la Sala y como lo pretende la parte actora en este proceso, cabría pensar en la aplicación del precepto legal, por el cual "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" (artículo 1.527 del C.C.). Si no lo son, la solución sería distinta.

El problema de indagar por la naturaleza jurídica de las relaciones que surgen entre la administración y el funcionario por razón de la obligación de reparar los daños a ellos imputables ha dividido la doctrina entre las tesis de la subsidiariedad, la de una "peculiar corresponsabilidad del funcionario y del ente público derivada de una obligación indivisible de naturaleza pública que se genera simultáneamente en ambos sujetos, y que da lugar a un *litis consorcio* pasivo

necesario de éstos frente al sujeto dañado", y la de la solidaridad como lo explica ampliamente el profesor Jesús Leguina Villa ("La responsabilidad Civil de la Administración Pública", 2a. ed, págs. 221-229).

Sin embargo, examinado nuevamente el punto en cuestión la Sala encuentra que dicha solidaridad no existe; esta conclusión surge luego de este razonamiento:

1.-"Hay solidaridad pasiva según lo enseña el profesor Luis Claro Solar- cuando muchos deudores de una misma obligación se hallan forzados cada uno de ellos, en virtud de disposición de la ley o de la voluntad del hombre, al pago íntegro de la deuda, aún en caso que el objeto de la prestación sea divisible"; de allí que "existiendo solidaridad entre los muchos deudores, la deuda es una sola y cada uno de los deudores se obliga por la totalidad de la deuda, *totum,* y la debe de tal modo en su totalidad, *totaliter,* como si fuera un solo deudor" ("Derecho Civil Obligaciones" Tomo I. págs. 410-411).

Esta noción doctrinal concuerda con la preceptiva legal del artículo 1568 del C.C.: ".... en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*" de la cual se infiere con claridad que, sobre este particular, la regla general está constituída por las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas y la excepción por las obligaciones solidarias adquiere relieve esta precisión final para efectos de la interpretación normativa que habrá de hacer la Sala, pues se tiene por sabido que las excepciones se sujetan a interpretación restrictiva.

2.- De la disposición citada se desprende también que las fuentes de la solidaridad son exclusivamente tres: la convención, el testamento y la ley; excluidas para nuestro estudio las dos primeras, exclusión obvia por la materia misma de la cual se trata, no cabe duda de que la solidaridad en el evento de existir debe aparecer expresamente impuesta por la ley.

3.- Son varias las disposiciones de nuestro ordenamiento que se refieren al tema, cuyos textos han sido invocados en apoyo de la pretendida solidaridad, a saber: el artículo 2344 del C.C., según el cual "si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355."

"Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso"

En consonancia con la disposición anterior, el articulo 105 del Código Penal, prescribe:

"Quienes deben indemnizar.- Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los plenamente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar"

Y el artículo 38 del anterior C. de P.P., señalaba:

"Quienes deben indemnizar.- Están obligados a resarcir los perjuicios causados por el hecho punible, los penalmente responsables en forma solidaria y quienes de acuerdo con la ley están obligadas a reparar."

Y el artículo 44 del C. de P.P. vigente, impone:

"Quiénes deben indemnizar? Están solidariamente obligados a reparar el daño, resarcir los perjuicios causados por el hecho punible y a restituir el enriquecimiento ilícito las personas que resulten responsables penalmente, quienes de acuerdo con la ley sustancial deban reparar el daño y aquellas que se hubieren beneficiado de dicho enriquecimiento."

4.- Estos preceptos que consagran de modo expreso la solidaridad entre los varios responsables de daños causados con su delito o con culpa no son, sin embargo, aplicables a la relación que surge de la producción de un daño por la intervención causal de una culpa personal en nexo con el servicio, o cuando concurren ésta y la falla del servicio, generando un fenómeno de concausalidad.

5.- En efecto, cuando la causa del daño está constituida por una culpa personal no desvinculada del servicio, es decir, en nexo con él, se generan varias clases de relaciones que vinculan, unas a las victimas con la entidad pública, otras a la víctima con el funcionario y unas terceras, a este con la entidad; por razón de las primeras, el perjudicado puede. "demandar .... a la entidad al funcionario o a ambos....", según lo prescribe el artículo 78 del C.C.A.; por razón de la última, cuando el Estado resulta condenado " a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo....", surge la acción de repetición. (artículo 90 de la C.N.); por parte alguna se consagra la solidaridad, como tampoco se hace en otras normas atinentes a la responsabilidad civil de los funcionarios por razón de los daños causados en ejercicio de sus funciones tales como los artículos 235 del Decreto 1222 de 1986 y 297 del Decreto 1333 del mismo año; del artículo 293 del Decreto 222 de 1983 se hará mención

aparte.

La situación no es sustancialmente distinta para los casos de concausalidad, salvedad hecha de la limitación de la acción de repetición a la parte del daño que sea efecto de la culpa personal del funcionario.

6.- Esta norma constitucional (artículo 90) y las legales (artículos 77 y 78 del C.C.A), **por su especialidad**, son aplicables de preferencia sobre las disposiciones del C.C. y del C.P. cuyo enunciado se transcribió con antelación; este es ya un buen motivo para descartar la solidaridad aunque existen otros que adelante se exponen. De los anteriores preceptos se deduce lo siguiente:

- que la conducta dolosa o gravemente culposa del agente oficial, en el ejercicio de sus funciones, es constitutiva de culpa personal.

- que dicha culpa, cuando ha generado un daño antijurídico, determina, para el Estado, la obligación de repararlo.

- que la condena proferida en contra del Estado a su vez hacer nacer en su favor la acción de repetición frente al funcionario culpable, por el total de la condena o. por la parte que le corresponda.

- que el perjudicado puede reclamar, en todos los casos, por la **totalidad del perjuicio** frente al Estado o frente a éste y al funcionario en conjunto; esto daría la idea de que trata de una obligación solidaria

- Sin embargo, lo que no podría hacer la víctima es reclamar la totalidad del perjuicio frente al funcionario, salvo en el caso de que su culpa sea la causa exclusiva del daño; vale decir que no exista, en concurrencia, una falla del servicio. Esta circunstancia demuestra la inexistencia de la pretendida solidaridad, cuyos efectos cubren a la totalidad de los deudores solidarios; de allí que la acción de repetición se ha consagrado únicamente en favor de las entidades públicas.

- La culpa personal del funcionario es, pues, la causa de su responsabilidad y está constituida por la conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones; el nexo con el servicio o la existencia de una calla del servicio que es concausa del daño, debe para la administración, la obligación de repararlo; la condena que sufra ésta última genera la acción repetitoria, fenómeno distinto de la subrogación legal que señala el artículo 1579 del C.C. para "el deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago", pues como lo ha precisado la doctrina francesa "El fallo Laruelle no tiene el efecto de hacer general y automática el sistema de subrogación; el Estado no acciona contra el agente en lugar de la víctima; no

demanda de él la indemnización que el agente habría pagado a la víctima si ésta hubiese reclamado en razón de su falta personal; el Estado demanda la reparación del perjuicio que ha sufrido directamente del hecho de haber sido obligado a indemnizar a la víctima."

"Se trata, pues, ... de un derecho de acción directa, independiente de toda subrogación, sin perjuicio de que pueda coexistir con ella, (*Les grans arrêts de la jurisprudence administrative*" M. Lng, P. Weíl, G. Braibant Sírey págs. 378).

7.- Es cierto que los Delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente a cuya iniciativa se debe la introducción del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la civil de sus agentes, así como quienes participaron como ponentes de la misma, tuvieron en mente establecer la responsabilidad solidaria entre uno y otro; sin embargo, la Asamblea no aceptó dicha propuesta.

Así se deduce del informe elaborado por los constituyentes Jaime Arias López, Darío Mejía Agudelo y Juan Carlos Esguerra Portocarrero sobre "mecanismos de participación democrática", gaceta constitucional No. 52, págs. 9 y 11; a esta intención corresponde el siguiente texto del proyecto: "La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, la autoridad pública o uno y otro"; la misma tesis aparece expuesta en el informe ponencia del constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Gaceta Constitucional No. 6, págs. 14 y 15; pero la solidaridad deja de mencionarse en el informe ponencia para primer debate en plenaria, gaceta constitucional No. 77, págs. 8 y 9; así como en la ponencia para segundo debate, gaceta constitucional No. 112, págs. 7 y 8, en la cual se lee:

> "En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico, el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y el otro por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.
>
> "La noción de daño en este caso, parte de la base" de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.
>
> "La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración y no de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

"Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo.

RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO

"La responsabilidad del funcionario por conducta dolosa o culposa había sido introducida por el legislador en el Estatuto Contractual de la administración y el Código Contencioso Administrativo. Su objetivo es proteger al patrimonio público y sancionar al agente de la administración cuando no actúe con aquel cuidado que aun las personas negligente o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios."

En el segundo debate se suprimió el texto del proyecto que antes se transcribió, con el cual, según parece, se intentaba consagrar la solidaridad.

En síntesis, la existencia de normas especiales de derecho público (artículos 90 de la C.N. y 77 y 78 del C.C.A.), hacen inaplicables las reglas del C.C. y del C.P. antes detalladas, en ellas es claro que no se consagra la solidaridad entre la entidad pública y su agente pues, la ley Colombiana, cuando ha tenido ese propósito, lo señala de manera expresa como corresponde a toda norma de excepción. En cambio, el artículo 78 del C.C.A., cuando establece, para los damnificados, la opción de demandar al ente funcionario, o a ambos, se apoya "en las reglas generales" las cuales, según se vió, se refieren a las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas.

8.- Argumento adicional que respalda la tesis que exige texto legal expreso que dé nacimiento a la obligación solidaria, es el precepto contenido en el artículo 293 del Decreto Extraordinario No. 222 de 1983 que, al contrario de las normas comentadas, señala explícitamente la solidaridad; dice así: "El contratista o el tercero lesionado por la celebración, ejecución o inejecución del contrato podrán demandar, a su elección a la entidad contratante, al funcionario o exfuncionario responsable o a los dos **en forma solidaria**."

Sin perjuicio de que se ponga en duda la vigencia de esta norma frente a la nueva Constitución Política cuyo poder reformatorio y derogatorio de la legislación preexistente es indudable, la norma transcrita pone de manifiesto el carácter excepcional de la obligación solidaria y la necesidad, por lo tanto, de norma expresa para su establecimiento.

9.- De modo similar funciona la institución en el Derecho Español, en el cual la solidaridad de la obligación reparatoria entre la entidad pública y su

funcionario está consagrada en el reglamento de la ley de expropiación forzosa, art. 135-3: "en estos supuestos", los particulares lesionados podrán exigir la responsabilidad solidariamente de la Administración y de los funcionarios".

Tratándose, pues, de una obligación mancomunada o conjunta, en todo caso, la víctima es libre de elegir mecanismo de reclamación mas conveniente, de los varios permitidos por el artículo 78 del C.C.A; si decide formular su demanda contra el funcionario (y la Constitución de parte Civil dentro del proceso penal es una forma de elegir esta opción), parte del supuesto de que la causa del daño es una culpa personal; por lo tanto, la sentencia del juez penal que condena a la reparación del perjuicio adquiere carácter definitivo e impide que posteriormente se pretenda una nueva reclamación frente al Estado.

Fecha ut supra

Juan de Dios Montes Hernández.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS

El bien encartado no era de aquellos perecederos susceptibles de sufrir daño, deprecio, merma o deterioro en condiciones normales de almacenamiento, o para el cual pudiera vislumbrarse que pudieran existir dificultades especiales; su naturaleza indica que su conservación y depósito no genera mayores inconvenientes; las razones expuestas indican que, mientras no hubiera un pronunciamiento judicial definitorio de la manera como la camioneta ingresó al país, la entidad pública tenía la obligación de mantener en custodia el bien retenido. A la administración le estaba vedado proceder como lo hizo a disponer del vehículo automotor previamente a que se hubiera definido judicialmente a su legítimo propietario compromete, sin lugar a dudas, la responsabilidad patrimonial de la administración.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7023. Actor: JUAN EMILIO RODRIGUEZ CARDENAS. Demandado: FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 18 de julio de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1.- Declárase no probada la excepción de la ineptitud sustantiva de la demanda.

"2.- Declárase administrativamente responsable al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, por los perjuicios causados al señor JUAN EMILIO RODRIGUEZ CARDENAS, por haber rematado la camioneta marca chevrolet, modelo 1973, tipo Pick-up, color rojo y blanco, de placas JS - 1608, relacionada en el recibo de retención 2944 serie J, entregada al Fondo Rotatorio de Aduanas por medio del Acta de ingreso V-096 de mayo 24 de 1982, la cual fue ordenada devolver por el Tribunal Superior de Aduanas.

"3.- Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al ROTATORIO DE ADUANAS a pagar al señor JUAN EMILIO RODRIGUEZ CARDENAS, a título de PERJUICIOS MATERIALES la suma que arroje la operación matemática descrita en la parte motiva de esta providencia.

"4.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

"5.- La suma a que asciende el PERJUICIO MATERIAL, ganará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia en caso de no pago, y comerciales moratorias desde el vencimiento de este término y hasta su cancelación.

"6.- Para el cumplimiento de este fallo, dese aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"7.- Sin condena en costas.

"8.- Si no fuese apelado, consúltese con el superior (Artículo 184 C.C.A.)." (fl. 185).

La demanda de que trata el *sub-lite* fué presentada oportunamente el 24 de febrero de 1987 en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., se busca obtener que la entidad pública sea declarada patrimonialmente responsable por el desacato en que incurrió a la orden impartida en el oficio No. 685 del 6 de noviembre de 1986, mediante la cual la Justicia Penal Aduanera dispuso la restitución de una camioneta propiedad de la parte actora, decomisada bajo la presunción de haber ingresado al país de contrabando.

SECCION TERCERA

Los fundamentos de hecho de las pretensiones, aparecen relacionados a los folios 3 a 7 y se reducen, en síntesis a lo siguiente:

"1o.- El día 21 de mayo de 1982, funcionarios del Resguardo de Aduanas, en las dependencias de Corabastos de la ciudad de Bogotá, aprehendieron el vehículo camioneta, marca Chevrolet, modelo 1973, Pick-up, color rojo y blanco, motor DW 0301181, serie Cl734CVlO2829, de placas JA-1608, por presunción de contrabando.

"2o.- En el momento de la aprehensión de la camioneta por los agentes de Resguardo de Aduanas, la camioneta era conducida por su propietario, el demandante señor Juan Emilio Rodríguez Cárdenas, quien se hizo parte dentro del citado proceso.

"3o.- Los agentes del Resguardo de Aduanas expidieron el recibo de retención numero 2944 serie J de 21 de mayo de 1982, el cual le fue entregado a su propietario.

"4o. La mencionada camioneta le fue entregada al Fondo Rotatorio de Aduanas, en calidad de deposito, por medio de acta de ingreso # V -096 de 24 de mayo de 1982.

"5o. La investigación correspondió por competencia al Juzgado Superior de Aduanas, de la ciudad de Bogotá, quien después del adelantamiento propio, en providencia de 16 de julio de 1986, en su parte resolutiva, dispuso:

"1o.- Cesar todo procedimiento en favor de Tulio Cecci Lacovic, Flor Inés Florido de Díaz, Luis Venancio y Lázaro Humberto Ramírez Duque, de condiciones civiles conocidas, al tenor de lo dispuesto en el art. 53 inciso final del E.P.A. conforme a las anteriores consideraciones".

"2o. Declarar de contrabando el vehículo automotor Chevrolet, modelo 1973, tipo Pick-UP, colores rojo y blanco, de placas JS-1608 que se relaciona en el recibo de retención 2944 serie J, y acta de ingresos V-096 de fecha 24 de mayo de 1982.

"Disponer su ingreso definitivo al Fondo Rotatorio de Aduanas, por lo dispuesto en el decreto 1500 de 1984, junio 19"-.

"3o. Reconocer como aprehensores miembros de la Aduana a los señores Marino Hidalgo Huertas, con C.C. # 1.827.305 a Hoslenny Osorio L, con C.C. # 17.158.965, a Mario Hidalgo con C.C. # 1.880.492, a Raúl Tovar

Benavides con C.C. #894.283, a José Andrade Torres con C.C. # 79.144.365 y a Javier Ramírez Montes con C.C. # 10.216.130, a quienes corresponde por su participación el 20% del valor de la venta o remate del rodante, suma que será pagada en forma proporcional".

"6o.- La providencia anterior fue consultada por el Juzgado del conocimiento y con el H. Tribunal de Aduanas, el cual por providencia de 21 de octubre de 1986, dispuso:

"1o. Confirmar el numeral primero del auto consultado adicionándolo en el sentido de que el cese de procedimiento en favor de los sindicados procede también por los delitos de falsedad y estafa que se investigaron."

"2o. Revocar los numerales segundo y tercero, para en su lugar ORDENAR LA ENTREGA del vehículo Chevrolet, modelo 1973, tipo Pick-up, colores rojo y blanco de placas JS-1608, a su propietario Juan Emilio Rodríguez Cárdenas, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 19.295.179 de Bogotá".

"7o.- El juzgado 4o. Superior de Aduanas de Bogotá, para dar cumplimiento a la decisión tomada por el H. Tribunal de Aduanas, dirigió a mi poderdante el telegrama # 367 de 1985, en el que se le requería se presentara al juzgado a fin de devolverle el vehículo Chevrolet placas JS-1608.

"8o.- Y en desarrollo de lo anterior, el Juzgado 4o. Superior de Aduanas de Bogotá, libro el oficio 685 de 6 de noviembre de 1986, dirigido al señor Gerente del Fondo Rotatorio de Aduanas para que este le diera cumplimiento a la decisión tomada por el H. Tribunal Superior de Aduanas, y entregara la camioneta a quien dicho Tribunal había ordenado, o sea al señor Juan Emilio Rodríguez Cárdenas.

"9o.- El Oficio anterior le fue entregado por mi poderdante al Fondo Rotatorio de Aduanas, en la sección de devoluciones el día 14 de noviembre de 1986, donde fue radicado bajo el # 12476.

"10.- A mi poderdante se le informó que la camioneta no le podía ser entregada porque había sido enajenada por el Fondo Rotatorio de Aduanas, sin autorización del Juzgado, antes de que el Juzgado tomara alguna decisión sobre el vehículo aprehendido y que le había sido entregado en deposito, en abierta y clara violación de las normas que regulan los deberes y obligaciones del depositario Fondo Rotatorio de Aduanas, respecto de

los automotores aprehendidos por presunción de contrabando y que le son entregados en depósito.

"11.- El depositario Fondo Rotatorio de Aduanas no podía disponer, bajo ninguna circunstancia ni bajo ninguna forma de los automotores retenidos por presunción de contrabando, sino una vez que hubieren sido declarados de contrabando, mediante decisión judicial, como lo disponen los arts. 80 y 81 del decreto ley 955 de 1970 y arts. 25 y 26 del decreto 520 de 1971 y la numerosa y reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado al respecto, en razón de que la declaratoria de que una mercancía o un automotor és de contrabando, es decisión de la rama jurisdiccional y no administrativa, y por lo tanto, cuando el Fondo Rotatorio de Aduanas, como depositario dispone de un automotor que le ha sido entregado en calidad de depósito, antes de que medie declaratoria de contrabando proferida por la rama jurisdiccional, está violando la ley, e incumpliendo sus propios deberes." (fls. 3 a 5)

Cumplidas a satisfacción las etapas y diligencias previstas en la ley procesal para la primera instancia, el Tribunal de acuerdo con el criterio expresado por el correspondiente delegado del Ministerio Público pronunció el fallo objeto de la alzada en el sentido de acoger favorablemente la mayoría de las súplicas contenidas en el libelo introductorio de la *litis*, como puede verse en la parte resolutiva que se dejó transcrita al inicio de este proveído. Después de historiar los antecedentes del proceso y de precisar en detalle los diversos aspectos a los que se extiende este conflicto de intereses, el *a-quo* comienza por declarar que no prospera la excepción propuesta por la entidad demandada, con fundamento en que "si bien como lo asevera el demandado se pide entre otros la entrega del automotor, cuando como *causa petendi* se aduce el remate del mismo, ello no es contentivo a una negativa de todas las pretensiones procesales, pues el hecho exceptivo se refiere a una de las peticiones y además, ello no imposibilita SUSTANTIVAMENTE, a decidir la demanda. Hay otros HECHOS que sirven de fundamento a la *petita* (sic)."

En lo concerniente al fondo de la cuestión, el Tribunal luego de examinar en su conjunto el acervo probatorio concluye que en el proceso se encuentran debidamente reunidos los elementos axiológicos indispensables para la prosperidad de la acción resarcitoria incoada. Los presupuestos atinentes a la falla o falta del servicio, el daño y la relación de causalidad entre aquella y éste analiza así:

"..... La enajenación prevista en el Decreto Ley 520 de 1971 refiere a cuando el BIEN SEA FUNGIBLE. El artículo 28 de la ley 153 de 1887, dispuso entre otros, que cuando el legislador haya definido expresamente

ciertas palabras, se le dará su significado legal. El Código Civil, clasificar las cosas muebles, definió las FUNGIBLES como "....AQUELLAS QUE NO PUEDE HACERSE EL USO CONVENIENTE A SU NATURALEZA SIN QUE SE DESTRUYAN" (Artículo 663). Es claro entonces para esta Corporación, que si el acto administrativo -Acuerdo 207 de 1976 so pretexto de reglamentar el Decreto Ley 520 de 1971, hubiese creado disposición nueva, señalando que los vehículos -COSA NO FUNGIBLE- podía ser enajenados, una vez pasados cuatro meses después, y en orden de actas de recibo, debería inaplicarse, ya que estos, están sujetos al principio de legalidad, por ser de inferior rango en la jerarquía normativa; no podría invadirse el terreno del legislador, disponiendo por vía reglamentaria, lo que a aquel solamente le corresponde.

"La INAPLICACION tendría su fundamento en el control jurídico de los actos administrativos,llamado vía de excepción, y de consagración en el artículo 12 de Ley 153 de 1987; dice éste, que las ordenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes. Pero ocurre, que la afirmación del demandado, es decir, QUE EL FONDO ROTATORIO si podía enajenar los vehículos, depositados allí, sin que se hubiese resuelto por la justicia penal aduanera si eran o no de contrabando, carece del todo de verdad jurídica. Si bien se alude a la enajenación de vehículos, mediante traspaso al Banco Popular Martillo, es de acuerdo al procedimiento administrativo vigente, y que obedece claro está, como dice la ley, cuando la autoridad penal mediante sentencia en firme, ha declarado que es de contrabando - (Véase inciso 2o. del artículo 25 del Decreto 520 de 1971).

"Así entonces, el Fondo Rotatorio de Aduanas, FALLO EN EL SERVICIO, al haber rematado el vehículo del actor.

"2.- EL DAÑO:

"Este elemento también se configura. El Fondo Rotatorio de Aduanas, al rematar el vehículo produjo en su propietario un daño cierto. Lo privó de un bien propio, y de su disfrute.

"Está acreditado en el proceso, que el ahora actor era propietario de la camioneta Chevrolet, modelo 1973, con numero de identificación 3ECHJSl6O873 (Véase a folio 28). Así puede corroborarse con la tarjeta

de propiedad, y con la certificación remitida por el Jefe de Distrito número 4 de Honda, del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima (Véase folio 67 -documentos público).

"3.- LA RELACION DE CAUSALIDAD:

"El daño sufrido por JUAN EMILIO RODRIGUEZ CARDENAS, fue como Consecuencia directa de la actividad administrativa ya estudiada." (fls. 178 y 179).

A título de daño emergente, precisa el Tribunal, se condenará al Fondo Rotatorio de Aduanas, a pagar al actor - EN EL EVENTO DE QUE NO SE LE HAYA CANCELADO EL PRODUCTO DEL REMATE- el valor que se obtenga de actualizar el monto de $1.500.000.oo con los índices de precios al consumidor que certifique el DANE, para noviembre de 1986, índice final que corresponde al momento que debió entregarse el vehículo (61.42, véase fl. 129) y el de ejecutoria de esta sentencia índice final-." Si el producto del remate ya hubiese sido cancelado, previene el *a-quo*, a la operación anterior, se descontará la suma de $352.800.oo precio del remate, véase folio 92." La condena al pago del lucro cesante reclamado, fue denegada en base a estas reflexiones "Para el momento del remate está probado plenamente que el vehículo no, producía lucro al demandante, pues precisamente en uso de una actividad legal, y con anterioridad, la autoridad administrativa había dispuesto su retención por presunción de contrabando."

También le fué adversa la decisión recaída en la petición hecha por el demandante para que se condenara en costas a la administración; la negativa del Tribunal, esta presidida del siguiente análisis "De conformidad con lo establecido en el artículo 392 numeral 5o del C.P.C., que refiere a la abstención de condena en costas cuando la demanda prospera parcialmente, la Sala fundamenta la decisión en el hecho de que la pretensión no prosperante, fue la principal de condena, y en defecto de esta hubo formulación subsidiaria, la cual, si tuvo éxito." (fls. 166 a 186).

En diametral oposición a lo resuelto por el fallador de primer grado, la parte demandada estando en oportunidad legal apeló el fallo y sustentó el recurso. El apoderado de la entidad pública solicita revocar la providencia impugnada y en su lugar, denegar las súplicas del libelo inicial; orientado a conseguir su propósito plantea que su representada estaba legalmente autorizada a disponer de la venta del automotor, en pública subasta, por las razones que se sintetizan de la manera siguiente: que el automotor fue inmovilizado bajo la presunción de contrabando y que para la entidad depositaria presentaba serias dificultades mantener el automotor en sus bodegas y por esta circunstancia,

sin previo dictamen de peritos o autorización judicial, estaba facultada para enajenarlo en pública subasta a través del Martillo del Banco Popular, al tenor de lo dispuesto en esa materia en el Decreto 520 de 1971. Por tanto, culmina diciendo, como la conducta de la administración estuvo ceñida en un todo a la legalidad, no hay lugar a deducirle la responsabilidad deprecada en la demanda (fls. 188-189).

En el término para alegar de conclusión en este segundo grado, la parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio; la parte demandada hizo llegar el escrito visible a los fls. 197 a 199, en el cual reitera los puntos de vista que ha defendido a todo lo largo del proceso y en subsidio, solicita tasar el valor histórico de la indemnización por el daño emergente con base en la suma que se obtuvo como producto del remate del automotor.

LA SALA CONSIDERA

La sentencia de primera instancia será confirmada, toda vez que en el plenario están debidamente reunidos los supuestos fácticos y jurídicos que comprometen la responsabilidad patrimonial del Fondo Rotatorio de Aduanas por su desacato a la orden judicial de devolver al actor la camioneta que le había sido entregada en depósito, marca Chevrolet, modelo 1973, de placas JS 1608, por cuanto había sido vendida sin obtener previamente la necesaria autorización de la Justicia Penal Aduanera; igualmente, acertó el *a-quo* en la valoración de los elementos de juicio que confieren al actor el derecho a recibir la indemnización deprecada solo que se hará la liquidación en concreto.

En el proceso, están debidamente probados los siguientes hechos:

1.- Que el actor ejercía la posesión y estaba matriculado como propietario de la camioneta marca Chevrolet con número de motor DWO3Oll8l, de placas JS 1608, y que la correspondiente tarjeta que lo acreditaba como tal le fué expedida el día 26 de enero de 1982. (fls. 28-67).

2.- Que el 21 de mayo de 1982 y mientras se encontraba al interior de las instalaciones de la Central de Abastos de la Capital de la República, una patrulla del Resguardo de Aduana procedió a la incautación del vehículo bajo la presunción de contrabando; como constancia de la retención, los agentes estatales entregaron al titular de dominio el recibo de la Serie "J" No. 2944 de la misma fecha. (fls. 24-25).

3.- Conforme a las disposiciones legales entonces aplicables a casos de esa naturaleza, el vehículo fué entregado en depósito al Fondo Rotatorio de

Aduanas, de acuerdo al Acta de ingreso V-096 del 24 de mayo de 1992 (fls. 26-27-48 y 76 ss).

4.- La investigación por el supuesto delito de contrabando, le correspondió en primera instancia al Juzgado 4o. Superior de Aduanas, despacho que en providencia del 16 de julio de 1986, dispuso:

> "2.- DECLARAR DE CONTRABANDO el vehículo automotor CHEVROLET, modelo 1973, tipo Pick Up, colores blanco y rojo, de placas JS 1608 y que se relaciona en el recibo de retención número 2944 Serie J y Acta de Ingreso V-096 de fecha 24 de mayo, de 1982.- DISPONER, su ingreso definitivo al Fondo Rotatorio de la Aduana, para lo dispuesto en el decreto 1.520 de. 1984 de junio 19.(fls. 14 a 16).
>
> Por medio de proveído de 21 de octubre de 1986, el Tribunal Superior de Aduanas dejo sin efecto lo ordenado por el *a-quo* y en su lugar decidió:
>
> "2o. REVOCAR los numerales segundo y tercero, para en su lugar ORDENAR LA ENTREGA del vehículo Chevrolet, modelo 1973, tipo Pick-up, colores blanco y rojo, de placas JS-1608 a su propietario señor JUAN EMILIO RODRIGUEZ CARDENAS quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 19.295.179 de Bogotá."

5.- En firme el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el Superior, el Juzgado de conocimiento dirigió al Gerente del Fondo Rotatorio de Aduana el oficio No. 685 del 6 de noviembre de 1986, en el cual, después de transcribir la parte resolutiva de las providencias referenciadas le solicita proceder de conformidad con lo allí dispuesto. (fls. 22 y 23); el actor llevó directamente la comunicación, siendo radicada en la Sección de Devoluciones con el No. 12.476.

La entidad pública no pudo atender la orden judicial en razón a que transcurridos 5 meses y 28 días contados a partir de la retención dispuso la entrega del vehículo para que fuera rematado en el Martillo del Banco Popular, el cual se efectúo el día 23 de febrero de 1983 (fls. 50 a 66 y 76 ss). Ninguna constancia obra en el expediente de que se hubiera solicitado autorización al Juzgado para enajenar el bien.

La realidad fáctica que emerge del plenario muestra de manera objetiva y palmaria una falla del servicio imputable a la parte demandada. De conformidad con las disposiciones entonces vigentes sobre la materia, el Fondo Rotatorio de Aduanas estaba facultado para proceder a la enajenación de las mercancías aprehendidas una vez estuvieran debidamente ejecutoriadas las

providencias judiciales que las declararan de contrabando o en abandono a favor del Estado. (arts. 82 y 85 del Decreto 955 de 1970). La enajenación directa, solo estaba autorizada para el caso de "Las cosas fungibles o que puedan dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, o para cuyo almacenamiento se presenten serias dificultades." en esos eventos excepcionales, la entidad pública quedaba obligada a mantener en depósito su producto y dar cuenta del hecho al Juez de la causa, todo de conformidad con el art. 79 del Decreto 955 de 1970 (con las reformas a él introducidas por el art. 25 del Decreto 520 de 1971).

En el *sub lite*, se puede apreciar que el bien encartado no era de aquellos perecederos susceptibles de sufrir daño, deprecio, merma o deterioro en condiciones normales de almacenamiento, o para el cual pudiera vislumbrarse que pudieran existir dificultades especiales; su naturaleza indica que su conservación y depósito no genera mayores inconvenientes; las razones expuestas indican que, mientras no hubiera un pronunciamiento judicial definitorio de la manera como la camioneta ingresó al país, la entidad pública tenía la obligación de mantener en custodia el bien retenido.

La realidad histórica acreditada en el proceso conlleva indefectiblemente a acoger las apreciaciones que expone la sentencia recurrida como fundamento de una decisión, pues a la administración le estaba vedado proceder como lo hizo a disponer del vehículo automotor previamente a que se hubiera definido judicialmente su procedencia; el desacato a la orden judicial de entregarlo a su legítimo propietario compromete, sin lugar a duda, la responsabilidad patrimonial de la administración e impone, por tanto la confirmación del fallo del *a-quo*.

El Tribunal acertó al hacer la evaluación de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante; la suma fijada por ese concepto se corresponde con la que le fué señalada al bien por la administración en el recibo de retención, lo mismo que en las actas de ingreso y traspaso, documentos visibles a fls. 48 a 52. Para la actualización de la condena, tendrá en cuenta la fórmula que aplica la Corporación a procesos de esta naturaleza así:

$$15\text{ -V.P.} = \text{V.h}\frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}\text{, en donde:}$$

V.P = Es el valor actualizado que se busca.

V.P = Representa el valor asignado por la administración al vehículo, o sea, $ 1.500.000.oo

Los índices = Son los de precios al consumidor que lleva el DANE, en el cual el inicial será conforme a lo dispuesto por el *a-quo* el del momento en que debió devolverse el automotor, o sea, noviembre de 1986, de 62.32 e índice final, el de la fecha de esta providencia de 313.75.

Con esos extremos, la fórmula quedará así:

$$V.P. = 1.500.000.oo \frac{313.75}{62.32}$$

V.P. = 7.551.749.oo

A partir de la ejecutoria de esta providencia, sobre el valor neto de los perjuicios materiales ($7.551.749.oo) se liquidarán los intereses comerciales y de mora que establece el artículo 177 del C.C.A.

En consideración a que el art. 107 de la ley 6a. de 1992, además de suprimir el Fondo Rotatorio de Aduanas dispuso que la Dirección de Aduanas Nacionales asumiera los derechos y obligaciones a cargo de la primera entidad citada, en la parte resolutiva de este fallo se dispondrá lo concerniente para el cabal cumplimiento de la condena.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia recurrida dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 18 de julio de 1991, con la precisión hecha en la parte motiva de que el monto definitivo de la condena al pago de los perjuicios materiales, actualizados hasta la fecha, quedan en la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CUARENTA y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE ($7.551.749.oo)

SEGUNDO: Desde la ejecutoria de este fallo, las sumas concretadas por perjuicios materiales devengarán los intereses que establece el art,. 177 del C.C.A.

TERCERO: Para el debido cumplimiento de esta sentencia. expídanse copias a la parte actora y a la Dirección de Aduanas Nacionales (arts. 176 y 177 del C.C.A., 115 del C. de P.C., 106 y 107 de la ley 6a. de 1992.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha octubre (28) 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 Estella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MATERIALES - Inexistencia / MENOR DE EDAD / DAÑO HIPOTETICO

Se condenará en FORMA SOLIDARIA AL INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, a la UNIVERSIDAD SANTO TOMAS y a la señorita CASSAB al pago de los perjuicios causados a los demandantes, siendo entendido que a cualquiera de ellos se les puede exigir el pago total de la condena. Por lo que respecta a la relación interna entre DEUDORES SOLIDARIOS, la Sala define que al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte le corresponde satisfacer un cincuenta por ciento (50%) de la deuda a la Universidad Santo tomás un veinticinco por ciento (25%) y a la señorita Cassab un veinticinco (25%). El niño sólo tenía un poco más de dos años en el momento de ocurrir su muerte. Así las cosas, no se vivencia el DAÑO MATERIAL que con su muerte se haya causado a sus padres. En relación con la muerte de personas de tan poca edad el DAÑO MATERIAL no resulta CIERTO, sino HIPOTETICO y éste, como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia, no es indemnizable.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION / PARQUES - Vigilancia / INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO - Funciones / DENUNCIA DE PLEITO / FUERO DE ATRACCION / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Todas las personas que contribuyan con su conducta a generar el daño son solidariamente responsables de los perjuicios causados.

La solicitud que formuló la Universidad Santo Tomás al Jefe de Parques fué el móvil determinante para que se autorizara a la señorita para llevar a cabo los sondeos en el pavimento y en el terreno, orientadas a una importante investigación. Esta, por lo demás, tenía sustancial interés en ejecutar el trabajo, para sacar avante su proyecto de grado, y el Instituto Distrital, dueño del inmueble, también reportaba beneficio. Sin la gestión del citado centro universitario no le habría sido posible a la señorita Cassab llevar a cabo los trabajos que dieron lugar a la tragedia. Esta, por lo demás, no puede alegar, ni lo ha hecho, que desconocía el universo de la nota en que la Universidad Santo Tomás solicitaba el permiso, esto es, COMPROMETIENDOSE A DEJAR TAPADAS TODAS LAS SUPERFICIES. Para que este compromiso naciera a la vida jurídica no era necesaria una declaración expresa de voluntad. De su comportamiento, de su silencio condicionado, se infiere su asentimiento. Por lo demás, con compromiso o sin compromiso, una persona prudente y diligente no se da a la tarea de abrir huecos en los parques públicos para luego dejarlos, irresponsablemente, al descubierto. Mucho más, censurable su conducta sí se tiene en cuenta que se trata de una persona de cultura universitaria, que debe tener clara conciencia de sus deberes sociales y comunitarios. La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el Tribunal de Instancia, cuando concluye que la jurisdicción contencioso -administrativa no puede conocer de la denuncia del pleito que se hizo a la Universidad Santo Tomás y a la señorita Cassab, porque los asuntos que respecto de tales centros de imputación jurídica se discuten, deben analizarse desde la óptica del derecho privado. Y no la hace suya, porque en jurisprudencia reiterada ha sentado pauta en el sentido de que en virtud del FUERO DE ATRACCION ello sí es posible.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente Nro. 8043 - Actor: WAGNER FERNANDO TERAN BARONA Y OTROS. APELACION. Demandado: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE.-

SECCION TERCERA

- I -

Agotada la tramitación procesal la 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 diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva **DISPUSO:**

"1. Declárese probada la falta de jurisdicción en cuanto a la UNIVERSIDAD SANTO TOMAS y la señorita VILMA SOFIA CASABB APONTE.

"2. Declárese probada la falta de legitimación en la causa pasiva a favor del Distrito Capital.

"3. Declárese administrativamente responsable al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE por la muerte del menor ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, ocurrida el día 20 de julio de 1986.

"4. Como consecuencia de lo anterior condénase al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE a pagar a los señores WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON una suma equivalente a 1.000 gramos de oro fino, según el precio que para la fecha de ejecutoría de este fallo determine el Banco de la República.

"5. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"6. Para el cumplimiento del fallo dése aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"7. Sin costas, por cuanto no se causaron.". (fls. 228-239 Cdno No. 1).

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

"Los señores WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON, formularon demanda en ejercicio de la

acción de Reparación Directa, con el fin de obtener declaratoria de responsabilidad del Distrito Capital y del Instituto para la Recreación y el Deporte, por la muerte del menor ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, ocurrida el 20 de julio de 1986, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

"**PRIMERA**: EL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA y el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y El DEPORTE son administrativamente responsables de los perjuicios morales y materiales ocasionados a los señores WAGNER FERNANDO BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON, padres del niño ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, muerto trágicamente el dIa 20 de julio de 1986, en el Parque de la Florida, de Bogotá, por el hecho de haber permitido la construcción de huecos profundos en un campo abierto al público para la recreación y el deporte de la comunidad, sin que se hubiese vigilado la restauración del terreno normal.

"**SEGUNDA**: Que, en consecuencia, y en virtud de la anterior declaración, el DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA y el INSTITUTO PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, y a título de restablecimiento del derecho, deben reconocer y pagar a los señores WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON, los perjuicios morales y materiales -lucro cesante y daño emergente-, ocasionados con motivo de la muerte de su menor hijo, ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, en las condiciones que más adelante se reseñan, y según lo que establezca en el juicio y se determine en la respectiva prueba pericial,

"Los perjuicios morales se tasarán en un mil gramos de oro (1.000 grs. oro) para cada uno de los progenitores del menor muerto, conforme al precio que tenga el gramo de oro en le fecha de expedición de la sentencia, y según lo certifique el Banco de la República.

"TERCEROS: EL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA y el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, además, pagarán los daños materiales -lucro cesante y daño emergente- que se demuestre y prueben en el juicio como antes se indicó y, junto con ellos, la suma de $168.142.00 correspondientes a los gastos de entierro, de conformidad con los recibos que acrediten el pago de está suma, desembolsada por los padres del menor muerto, en las circunstancias de modo, lugar y tiempo que más adelante se anotan.

"**CUARTO**: Se ordenará, por último, el cumplimiento de la sentencia, en un término no mayor de treinta (30) dias y previa ejecutoria de la misma, en los términos de la ley. Las sumas reconocidas y se ordenen pagar devengarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del C.A.A.".

"Como hechos de la demanda se propuso en síntesis lo siguiente:

"Los señores WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON, contrajeron matrimonio católico el día 26 de diciembre de 1982, de dicha unión nació el menor ANDRES FERNANDO, el 27 de junio de 1984 en Santa Rosa de Osos (Antioquia).

"El día 20 de julio de 1986 los esposos TERAN-CAÑON junto con su menor hijo ANDRES FERNANDO decidieron ir por unas horas al parque de la Florida, situado al noroccidente de la ciudad.

"Una vez en el parque, se encontraban jugando el menor con su padre y de un momento a otro el niño cayó al fondo de un hueco, que se había permitido abrir para un estudio de suelos y no había sido tapado, ni señalado por los encargados de su vigilancia, esto ocurrió a las 3:30 de la tarde.

"Sus padres trataron de rescatar al menor sin resultados positivos, debido a la profundidad y estrechez del hueco, pese a los aunados esfuerzos de las personas que acudieron a los gritos desesperados de los esposos TERAN-CAÑON.

"Finalmente el señor MIGUEL CACERES conductor de un vehículo de servicio público, TAXI HK71 utilizó el radio instalado en el automóvil y pidió ayuda al Cuerpo de Bomberos, haciéndose presente a las cinco de la tarde en el sitio de la tragedia. El menor fue rescatado a las 5:15 de la tarde por el oficial del Cuerpo de Bomberos, el señor JUAN CRISOSTOMO OTALORA RINCON, quien trató de revivir a ANDRES FERNANDO dándole respiración boca a boca, aunque éste ya no daba señales de vida.

"El niño fue conducido al Hospital de la Granja donde fue recibido en Urgencias y quien fue atendido por el Doctor PEÑA, dictaminando la muerte de Andrés Fernando. Posteriormente el Comisario del Barrio las Ferias MARCELINO CRAVEZ en compañía de algunos policías efectuaron el levantamiento del cadáver ordenando su traslado a Medicina Legal, y éstos determinaron que la causa de la muerte se produjo

consecuencia de asfixia mecánica debido a oclusión en las vías aéreas del niño y a la carencia de oxígeno en el aire inspirado.

"Después de ocurridos los hechos, el padre del menor fallecido, se trasladó en compañía de la periodista ALICIA BRICEÑO del noticiero INTERVISION LTDA., al parque de la Florida, para examinar el terreno, encontrando varios huecos más, tapados por la hierba, ubicados en diferentes zonas del parque y de las mismas dimensiones que tenía el hueco en el que cayo el niño, cuatro metros de profundidad por cincuenta centímetros de diámetro. Ante estas circunstancias el padre de la víctima, solicitó por escrito al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, explicación de la existencia de tales huecos en el parque, a lo que le contestó el Jefe de Parques GUILLERMO MENDEZ (sic), que se había concedido especial permiso a la Facultad de Ingeniería de la Universidad Santo Tomás de Aquino, para que la estudiante de Ingeniería VILMA SOFIA CASSAB APONTE pudiera realizar diez sondeos, seis en pavimento y cuatro en terreno natural en el parque de la Florida.

"Como normas violadas se invocan los artículos 16, 20 y 62 de la Constitución Nacional, artículo 8o. de la ley 153 de 1887, artículos 1613, 1614, 1615, 2341, 2342, 2347 y 2356 del Código Civil y los artículos 86 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"La demanda fue admitida y contestada oportunamente por medio de apoderado por el Distrito Capital y el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, así:

"La apoderada del Distrito Capital se opone a que se profiera en su contra las declaraciones y condenas solicitadas por el apoderado de la actora, por cuanto carecen de fundamento de orden legal.

"Propone como excepción la INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, por cuanto ha debido demandarse únicamente al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, por ser éste un establecimiento público con personería jurídica, administrativa y patrimonio independiente según el acuerdo por medio del cual se creó.

"El Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte fundamenta su defensa en las disposiciones civiles utilizadas por la parte actora en el escrito de demanda, sosteniendo que el daño causado proviene de un hecho ejercido por un tercero, lo que constituye causa exonerativa de responsabilidad de su representada y en consecuencia no es imputable a su administración, debiéndose imputar la responsabilidad a la Universidad

Santo Tomás y a la ex-estudiante VILMA SOFIA CASSAB, quienes directa y solidariamente deben indemnizar los perjuicios reclamados.

"Propone como excepción, la INEXISTENCIA DEL HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD, por cuanto la causa del daño se debió al hecho de un tercero.

"Así mismo, presentó denuncia del pleito contra la Universidad Santo Tomás de Aquino y la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE, siendo aceptada, debidamente notificada y contestada por los denunciados dentro de la oportunidad señalada, por medio de, apoderado, así:

"El apoderado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, se opone a las pretensiones de la demanda y de la denuncia del pleito, y solicita que se le declare no responsable por los hechos controvertidos.

"Presenta como excepción, la FALTA DE JURISDICCION, por cuanto la jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituída para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas, situación que no se dá en este caso.

"El apoderado de la denunciada VILMA SOFIA CASSAB APONTE se opone rotundamente a la denuncia del pleito formulada contra su representada, afirmando no constarle algunos hechos, aceptando y negando otros. Argumenta finalmente que en la actuación penal se demostró la inexistencia de la relación de causalidad, indispensable para poder adjudicar cualquier tipo de responsabilidad, absolviendo a su poderdante.

"En el traslado para alegar, no hubo pronuncimiento por parte del apoderado de la parte actora, de la denunciada VILMA SOFIA CASSAB APONTE ni del Fiscal de la Corporación.

"El apoderado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, hace un resumen sobre la improcedencia de la denuncia del pleito y de ausencia de responsabilidad de la Universidad, concluyendo se debe inhibir de conocer la denuncia del pleito o en el mejor de los casos declararla no responsable de los hechos que le denunció el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte.

"El apoderado del Distrito Capital solicita que al momento de proferirse sentencia, esta sea inhibitoria, por encontrarse probada la excepción

propuesta de ineptitud sustantiva de la demanda, o en subsidio una vez se demuestre que la causa del daño se encuentra en el de un tercero, se despache favorablemente las pretensiones de los demandantes.

"El apoderado del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, considera que debe ser absuelta su representada, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que no es responsable parcial ni totalmente de los actos acusados.

"Este proceso recibió el trámite legal correspondiente sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia, se procede a resolver previas las siguientes

"CONSIDERACIONES:

"1. Solicitan los demandantes, la declaratoria de responsabilidad administrativa y extracontractual, ocurrida por la muerte del menor ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, el día 20 de julio de 1986, en el Hospital de la Granja, como consecuencia de una caída a un hueco del Parque de la Florida.

"El 20 de julio de 1986 a eso de las 3:30 de la tarde se trasladaron los señores WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON, con su menor hijo ANDRES FERNANDO al Parque de la Florida, mientras jugaban el padre y el menor, de un momento a otro éste último cayó en un hueco de 4 metros de profundidad y 50 centímetros de diámetro, que había sido abierto por una estudiante de Ingeniaría de la Universidad Santo Tomás, Vilma Sofía Cassab Aponte y que sido autorizada por el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte. Luego de varios intentos por sacar a Andrés Fernando del hueco, fue llamado el Cuerpo de Bomberos de Bogotá, quienes se hicieron presentes y lograron rescatar al menor, quien fue trasladado al servicio de urgencias del Hospital de la Granja, donde falleció.

"2. Para acreditar la legitimidad en la causa por la parte activa, se trajeron los siguientes documentos:

"a) Fotocopia autenticada del Registro Civil de matrimonio de WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON. (Fl. 16 cuaderno principal).

"b) Fotocopia autenticada del Registro Civil de Nacimiento del menor ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, nacido el 27 de junio de 1984,

hijo de WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON (Fl. 17 cuaderno principal).

"c) Fotocopia autenticada del Registro Civil de Defunción del menor ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, de 20 de julio de 1982 (sic) en el Hospital de la Granja, la causa de la muerte fue Asfixia Mecánica. (Fl. 44 ; cuaderno principal).

"A pesar de que son bien conocidos, más no por ello se dejarán de relacionar y demostrar los elementos que configuran la responsabilidad del sujeto por falla en la prestación de un servicio, a saber:

"a) Una falla o falta de prestación del servicio por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo;

"b) Un daño de un bien jurídicamente tutelado; y

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

"Según la demanda la falla en el servicio se presentó por la omisión del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, sobre mantenimiento del Parque la Florida, al permitir abrir unos huecos para un estudio de suelos y dejarlos sin tapar, cuyo hecho causó la caída en uno de ellos al menor ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, ocasionándole la muerte por asfixia.

"3. Para acreditar el primero de los elementos reposa en el expediente las siguientes pruebas que reposan en el expediente disciplinario que se adelantó contra los funcionarios del Instituto Distrital de Recreación y Deporte:

"-Fotocopia autenticada del acuerdo No. 4 de 1978 por el cual se crea el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE cuya naturaleza pertenece a establecimiento, público y entre sus funciones está la de: "4. Promover actividades de recreación en los parques de propiedad distrital, conservar y dotar las unidades deportivas y promover el establecimiento de nuevas fuentes de recreación."

"-Carta de marzo 18 de 1986, dirigida al Dr. GUILLERMO HERNANDEZ M,. Jefe de Parques del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, en la que el Decano División Ingeniería de la Universidad Santo Tomás, le solicita autorización para que la estudiante

Vilma Sofía Cassab Aponte, pueda llevar a cabo en el Parque La Florida la realización de seis sondeos en el pavimento y cuatro en terreno natural de 7 cm. de diámetro y más o menos de 5 metros de profundidad, con el fin de obtener unas muestras de suelo, con el compromiso de dejar tapadas las superficies. (Fl. 93, C. 4).

"-Respuesta de la carta a la Universidad Santo Tomás, dirigida al Decano División Ingeniería, de marzo 18 de 1986 y suscrita por el Jefe Sección Parques JOSE GUILLERMO HERNANDEZ, en la que le comunica que se le aprueba la autorización para que la estudiante de la Universidad pueda llevar a cabo la realización de su proyecto de grado, indicándole que debe coordinar con el Administrador del Parque señor GABRIEL MUÑOZ CARO, presentándole esta comunicación. (fl. 94. del C.4).

"-Descargos de GABRIEL MUÑOZ CARO, Administrador del Parque la Florida, que dice: "PREGUNTADO: Señor Muñoz mediante comunicación No. 02489 del 20 de marzo de 1986, (se la pongo de presente) la Jefatura de Parques autorizó un estudio sobre muestras de suelos a una estudiante de Ingeniería de la Universidad Santo Tomás, conoció usted dicha autorización?. RESPONDE. Si la conocí, pero no fué entregada a mí directamente, sino dejada a los celadores de la portería No. 1 Rafael Buitrago y Luis Ernesto Téllez, no recuerda la fecha. PREGUNTADO. Con base en la autorización que usted conoció, la estudiante de Ingeniería realizó unos sondeos en terrenos del Parque, usted supervisó directamente los mencionados trabajos o en su defecto delegó la supervisión a algún subalterno durante el tiempo que dicha estudiante ejecutó tales actividades?. RESPONDE. Tan pronto conocí la comunicación procedí a llamar al Jefe de Parques, pidiéndole claridad sobre mis funciones en lo que respecta al memorando No. 02489 del 20 de marzo de 1986, y el me contestó que tranquilo que esta señorita ya sabía lo que tenía que hacer, y que por lo contrario que en lo que yo le pudiera colaborar lo hiciera, pero nunca solicitó colaboración de ninguna especie y el Jefe de Parques también me dijo que para eso ella llevaba todo su equipo para realizar dicho experimento que por eso no me preocupara que cualquier cosa el me comunicaría." (Fl. 114 C.4).

"-Oficio producido por la Topógrafa GLORIA LUCIA CARRILLO dirigido al Jefe Oficina de Planeación en de informa: "El hueco No.1 en donde ocurrió la tragedia, el cual está sobre el pasto y a 4.50 mts. de la vía con un diámetro interior de 25 cm y con un diámetro exterior de 34 cms. hasta donde dejaron sin tapar, ya que estos fueron tapados con tierra en su totalidad.". (Fl. 121, C. 4).

"-Descargos presentados por el señor GUILLERMO HERNANDEZ MARTIN, Jefe de Sección de Parques en donde manifiesta: "Sí, debo agregar que no solo el Jefe de Parques del Instituto está obligado a supervisar periódicamente (sic) los parques del Instituto sino también lo están la Subdirección Operativa que es el ente de Operatividad de los Parques del Instituto y de los escenarios deportivos del mismo, consideran que también la Oficina o División de Recreación que depende de la Subdirección Operativa programa y son ejecutados programas de recreación en todos los Parques del Instituto y que además como Jefe también debe supervisar la ejecución de dichos programas e informar de los sucesos de los del Instituto en general. (Fl. 128, C. 4).

"-Los testimonios de Manuel Salvador Pérez y Francisco Rodríguez Romero, quienes se limitaron a hacer un resumen de los hechos ocurridos, con posterioridad al accidente, de acuerdo a lo que les comentó uno de los celadores del parque, al momento de ir a entregar cuentas al administrador. (Fl. 137, 138, 143 y 144, C.4).

"Testimonio de Jorge Bernal Romero, quien manifestó: "Pues nosotros hemos recorrido (sic) esa área después que sucedió el accidente y personalmente encontré 9 huecos entre ellos hay 6 sobre la calzada, 1 en un bayao y 2 cerca a una caseta que hay muestras de que hicieron el hueco y alguien los tapó, de los 9 huecos habían 7 sin tapar después del accidente y se procedió de acuerdo a la órden que dió la Directora y el Sr. MUÑOZ, a taparlos, yo los tapé personalmente sólo, el hueco donde cayó el niño se tapó de la siguiente manera: le introducí en el hueco un poste de concreto de unos asientos que hay dentro del parque, lo coloqué parado dentro del hueco y el resto lo tapé con espedón de pasto provisionalmente para que se investigara y después taparlo definitivamente cuando autoricen." PREGUNTADO: Quién considera que es el responsable del estado en que se encontraba el parque el día 20 de julio?. CONTESTO: Considero que la Administración del Instituto porque en el tiempo que lleva este parque en manos del Instituto no han dado las partidas suficientes para tener el mantenimiento de este parque, y por eso es que se encuentra un estado de abandono." (Fl. 139 a 141 C. 4).

"-Fotocopia autenticada del pliego de cargos contra los funcionarios del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, Directora, Jefe de Parques, Director Operativo y Administrador. (Fl. 146 a 157 del C. 4).

"-Manual de funciones del Subdirector Operativo. (funciones en General, folios 184 a 190 del C. 4).

"-Manual de Funciones del administrador, entre otras:

"...

"8o. Estar pendiente a las sugerencias de los Directivos y jefes del I.D.R.D.

"10. Coordinar con los Auxiliares de mantenimiento los distintos trabajos que se vayan a realizar.

"11. Solicitar colaboración a los vecinos para distintos trabajos que se hace necesaria la colaboración por parte de ellos.

"...". (Fl. 231 C. 4).

"-Resolución No. 041 emitida por la Personería por medio de la cual se pide destitución a unos funcionarios y suspensión a otros, pertenecientes al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte en cuya parte resolutiva dice:

"**PRIMERO**: Solicitar al señor Alcalde Mayor de la Ciudad, sancione a la doctora MARIA AMALIA CASAS RESTREPO con una AMONESTACION ESCRITA y a JOSE GUILLERMO HERNANDEZ, MARCO A. QUINTERO GALINDO y HELI GABRIEL MUÑOZ CARO con la DESTITUCION DEL CARGO.

"**SEGUNDO**: El señor Alcalde Mayor de conformidad con lo establecido en el artículo 5o. del acuerdo 13 de 1981 se servirá dar aviso al Personero de Bogotá, sobre la decisión adoptada con motivo de esta petición dentro de los diez (10) días siguientes al recibo misma.

"**TERCERO**: Contra esta providencia proceden los recursos de Reposición y de Apelación según lo dispuesto en el artículo 6o. del Acuerdo 13 de 1981.

"**CUARTO**: Ejecutoriada esta providencia, comuníquese la decisión Alcalde Mayor, y la División de Personal de I.D.R.Y.D. (sic) a la oficina de Registro y Control de la Procuraduría General a la Nación, el Contralor Distrital y a los interesados.

"**QUINTO**: Háganse las anotaciones pertinentes y dense los avisos de ley.

"COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE." (Fl. 613 del C. 4).

"-Resolución No. 096 de 11 de febrero de 1986, revoca parcialmente la Resolución No. 041 cuanto a la sanción a la Directora MARIA AMALIA CASAS, revoca y modifica la sanción al Sub-Director Operativo y al Jefe de la Sección de Parques en cuanto ordena suspender temporalmente y no la destitución, así:

"PRIMERO: Revocar parcialmente el Numéral Primero de la Resolución No. 041 de Febrero 9 de 1988 proferida por la Personería Delegada para la Vigilancia de las Tarifas de los Servicios Públicos y Entidades Descentralizadas dentro del Disciplinario No. 462/86 en que se solicitaba al Señor Alcalde Mayor de la Ciudad sancionara a la Doctora MARIA AMALIA CASAS RESTREPO -C.C. No. 35'460.462 de Usaquén con AMONESTACION ESCRITA, transcrita en su hoja de vida.

"SEGUNDO: -Como consecuencia de lo anterior relévese de responsabilidad disciplinaria a la encausada de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este proveído.

"SEGUNDO. (sic). Modificar igualmente el mismo Numeral Primero de la Resolución antes enunciada en el sentido de solicitar al señor Director del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte sancione a MARCO A. QUINTERO GALINDO - C.C. No. 19.064.349 de Bogotá- Sub-Director Operativo- y JOSE GUILLERMO HERNANDEZ MARIN, C.C. No. 17.126.247 de Bogotá- Jefe de la Sección de Parques- dependiente del mismo Instituto, con SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL CARGO, por el término de diez (10) días sin derecho a remuneración alguna y no como allí se dijera, solicitar al señor Alcalde Mayor de la ciudad impusiera el correctivo de DESTITUCION DEL CARGO.

"TERCERO: Lo anterior de conformidad con el Artículo QUINTO del Acuerdo 13 de 1981.

"Confirmar en todo lo demás la providencia materia de impugnación.

"CUARTO: Notificado el proveído anterior vuelvan las diligencias a la Delegada de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE." (Fl. 754 C. 4.).

"-Fotocopia auténtica de la Resolución No. 00460 de fecha julio 21 de 1986, por la cual se separa del cargo al administrador del Parque La Florida por el término de 30 días, por la misma causa. (fl. 129 C. 4).

"-Copia auténtica de la sentencia penal proferida por el señor Juez 26 Superior en donde se decide acoger el veredicto del jurado de conciencia que intervino en la segunda audiencia pública y en consecuencia decide absolver a la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE y HELI GABRIEL MUÑOZ CARO. Es muy importante transcribir algunos de los apartes de las consideraciones del fallo penal:

"....Y aunque este despacho no compartió esos planteamientos defensivos, que también fueron alegados en la primera diligencia de Audiencia Pública y de ahí la contraevidencia de la correspondiente vederación absolutoria, en esta oportunidad nada puede cuestionarse, porque el inciso 3o. del Art. 565 del Código de Procedimiento Penal anterior, hace obligatorio acoger la veredicción que en esta segunda Audiencia Pública ha rendido el Jurado de Conciencia.

"Pudo suceder entonces que el Jurado Popular, luego de escuchar en forma atenta las argumentaciones de la defensa y del Agente en forma del Ministerio Público, terminaron admitiendo que hubo imprudencia en el rescate del menor, atribuible a personas distintas a los procesados, por permitir que porciones de tierra cayeran en el hueco donde estaba aprisionando, la cual tuvo que comérsela y contribuyó a que se imposibilitara su respiración, muriendo asfixiado. De otra forma el Despacho no podría entender la veredicción absolutoria emitida, máxime si se tiene en cuenta que está suficientemente probado que el hueco donde cayo el hoy occiso fue uno de los que abrió la procesada y que dejó sin tapar inexplicablemente e incluso fue visto por el administrador del Parque HELI GABRIEL MUÑOZ CARO, quien nada hizo para taparlo o señalizar el sitio y así evitar que alguien pudiera caer allí y resultar lesionado o muerto, como a la postre sucedió." (fl. 17 y 18 C. 4).

"4. Como primera medida habrá de analizarse las excepciones propuestas, así:

"Por el Distrito Capital, la de Ineptitud Sustantiva de la Demanda. Los fundamentos en que se apoya no permiten deducir que se está en presencia de una inepta demanda, toda vez que ésta se formuló contra varios sujetos pasivos, a quienes se les citó en forma independiente, y de quienes se podía derivar responsabilidad por el hecho dañino. Así que la demanda

formulada contra los dos entes oficiales no conlleva implícita la ineptitud de la demanda.

"Sin embargo, es evidente que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte es un establecimiento público y como tal es un ente administrativo autónomo capaz de responder por su actuación, independiente del ente público Distrito Capital. Por tal razón, este no tiene legitimación frente a las pretensiones del libelo pues dentro del Distrito como entidad territorial, existe una entidad autónoma que tiene capacidad jurídica específica de responder por las actividades que se desarrollan en las zonas de recreación ubicadas dentro del Distrito de Bogotá.

"Por la Universidad Santo Tomás, citada por intermedio de la figura de la denuncia del pleito, propuso la excepción de falta jurisdicción con fundamento en el artículo 82 del C.C.A.

"Para la Sala la citación que aquí se hizo del tercero Universidad Santo Tomás y Vilma Sofía Cassab Aponte, le merece algunos reparos. Sin embargo ya en esta etapa del proceso, el tal sería la falta de jurisdicción para decidir responsabilidad a cargo de personas privadas cuando ejecutan hechos de carácter particular.

"Para pretender derivar responsabilidad de un inculpado particular habría que analizar los elementos configurativos de responsabilidad desde otra óptica, que en este caso sería desde los estos ordenamientos del Derecho Privado.

"Pero como esa no es la perspectiva que la norma contenciosa autoriza para los asuntos que se discuten ante esta jurisdicción la Sala deberá atender como válidos los fundamentos que se dieron para alegar la excepción.

"5. Ahora bien del análisis detallado a cada una de las pruebas comparadas entre sí y evaluadas de acuerdo a la sana crítica se pudo concluir que se encuentra probado (sic) los siguientes hechos:

"a. Que la Universidad Santo Tomás solicitó autorización para hacer un estudio de suelos al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, actividad que se desarrollaría en el Parque la Florida.

"b. Que una estudiante abrió un hueco de un diámetro mucho mayor del autorizado.

"c. Que los huecos quedaron sin tapar.

"d. Que en uno de ellos cayó el niño ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, de escasos 2 años de edad.
"e. Que ante la imposibilidad de sacarlo en forma inmediata, murió por asfixia.

"Como se aprecia a través del proceso no existe duda de la ocurrencia del hecho y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron, lo que coincide con el relato que hizo el libelo.

"6o. No puede acepta la defensa de la entidad oficial cuando presenta como hecho exonerativo, la conducta de la estudiante de la Universidad, Santo Tomás, evidentemente, existió una actuación irresponsable de quien hizo las perforaciones y no se tomó el cuidado de taparlas pero además le correspondía al personal de mantenimiento del parque proceder de inmediato a hacerlo, para cumplir con la prestación del servicio de recreación; y no dejar en inminente peligro la vida de quienes allí concurren.

"La muerte del menor no fué causada por la perforación que se hiciera para hacer un estudio de suelos, ella se debió a la omisión en taponar a tiempo esas perforaciones.

"Es decir, la administración incumplió con el buen ejercicio de sus funciones de mantenimiento y la actividad del tercero no interfiere con el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia no prospera la excepción formulada por el Instituto Distrital para la Recreacion y el Deporte.

"7. Para la Sala, se presenta sin dificultad la responsabilidad de la administración a través del Instituto demandado pues este tiene dentro de sus obligaciones inherentes a sus funciones que desempeña, la protección a la vida y a los bienes de quienes utilizan el servicio público de las zonas de recreación del Distrito Capital.

"Cualquier ciudadano que utilice las zonas de recreación, no tiene por el hecho de utilizarla, que soportar el menoscabo patrimonial en su persona o en sus bienes. Pero cuando la victima del daño es un menor para quienes en, forma prístima se les brinda el uso de los parques, la responsabilidad que se le tiene exigir a las personas que prestan el servicio deben ser en extremo de máxima seguridad.

"Aparece probado en este proceso que ninguna seguridad prestaba el parque la Florida, existían unas perforaciones que fueron realizadas por

una persona irresponsable, pero le correspondía a la administración del parque proceder de inmediato a taponarlo para evitar el peligro que con ellos se causaba. La negligencia, la decidia y la falta de sentido común de los funcionarios del Instituto permitieron mantener por varios dias el peligro latente.

"Pero es que la prueba pericial practicada dentro del proceso disciplinario, precisamente confirma la irresponsabilidad del establecimiento público demandado, por la falta de todo cuidado en la zona en que ocurrió el accidente, hasta tal grado que la maleza y el pasto tapaban artificialmente los huecos.". (fls. 222- 236 Cdno No. 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 248 y siguientes del cuaderno No. 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 a argumenta, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"II. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

"2.1. A pesar de que, se demostró hasta la saciedad, la responsabilidad del INSTITUTO PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, entidad bajo cuya dependencia se encontraba el Parque la Florida para la época de los hechos y que fueron negadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, la Magistrada Ponente,y la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con parquedad inusitada, negó las peticiones sobre los daños y perjuicios notariales dizque por no haber sido probados y únicamente reconocido, como ya se ha anotado los daños morales.

"Desconoció, así, lo que dispone el Art. 172 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

"Art. 172. Procedencia de la condena *in genere*. La condena al pago de frutos, intereses, mejoras perjuicios y otros semejantes, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en, el proceso se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental en los términos en el artículo178 de este Código y 308 del de Procedimiento Civil".

"2.2. En la demanda se pidió el reconocimiento no sólo del daño moral, sino de los perjuicios materiales; y, si la Sala o Sección Tercera del Tribunal *Ad-quo* (sic), no tenían suficiente respaldo probatorio para condenar a la Entidad referida al pago de los materiales, al menos debió reconocerlos en abstracto o *in genere* a fin de realizar su liquidación en la forma prevista en la ley.

"2.3. Tampoco el Tribunal tuvo en cuenta la facultad o autonomía que lo faculta para reajustar los perjuicios, (Art. 178 del Código Contencioso Administrativo); se limitó tan solo a condenar el pago de mil gramos oro (1.000 grs) para cada uno de los progenitores del niño, sin considerar el lapso transcurrido y que los daños materiales si bien no estaban especificados en su totalidad permitían establecerlos en forma abstracta para dar oportunidad de probarlos mediante el incidente respectivo.

"2.4. Es cierto, Honorables Magistrados, que hay veces en que el daño moral y el material no se pueden independizar en forma absoluta porque hay veces en que suelen confundirse. Pero, es que acaso, el daño moral ocasionado por la muerte de un hijo, elemento psicológico que deprime el espíritu y entristece la vida impide que se puedan sumar a los perjuicios morales que se ocasionen a la muerte de un ser que apenas comienza a desarrollarse y sobre cuyo futuro hay esperanzas ciertas y prometedoras?. La ley civil consagra el deber de no dañar a nadie en ninguna forma que es el verdadero fundamento de la responsabilidad. Si se ha causado un daño el responsable está obligado a repararlo y de acuerdo con nuestras normas sustantivas tanto de carácter administrativo como de civil esos perjuicios no sólo el daño moral sino también el material.

"En el plenario hay suficientes pruebas que demuestran no solo el dolor, la angustia, la depresión moral sufrida por los padres al perder a su único hijo, sino también alguno de los perjuicios materiales que ellos sufrieron al tener que afrontar unos gastos que no estaban presupuestados, tales como los gastos del entierro, la pérdida de tiempo en su empleo por parte del padre y otros muchos que podrán establecerse en el incidente de regulación de dichos perjuicios.

"III. RESUMEN DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO

"3.1. Como una síntesis, no exhaustiva, se puede precisar las inconformidades nos asisten por el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes puntos:

"a) La muerte del niño ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, fue consecuencia de los actos omitidos, y, además, de la inercia y negligencia relevante de los funcionarios distritales del INSTITUTO PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE SANTAFE DE BOGOTA D.C., administradores y responsables del cabal funcionamiento del Parque la Florida.

"b) Los perjuicios morales y materiales, no sólo presumidos sino probados y ciertos, fueron causados a los esposos WAGNER FERNANDO TERAN BARONA y GLADYS AMPARO CAÑON VARON, por funcionarios o empleados que, en el momento de los hechos ejercían sus funciones y trabajaban al servicio del Ente Distrital.

"Toda persona o entidad, debe obrar con las debidas precauciones cuando se trata de la ejecución de un hecho que puede ofrecer algún peligro, debe tener la suficiente previsión y prudencia para evitarlo y no perjudicar con actos omisivos o negligentes a terceras personas so pena de asumir la responsabilidad como consecuencia de esas conductas.

"El Derecho y la Ley buscan mantener el orden dentro de la justicia; quieren que a nadie se dañe o perjudique, y por ello los funcionarios y también los particulares, deben emplear en todos los actos de su vida y de sus actividades oficiales la necesaria prudencia y previsión en el ejercicio de sus actos.

"c) Reitero, a los Honorables Magistrados, y el Honorable Magistrado Ponente, la solicitud para que se revoque la sentencia en cuanto al no reconocimiento de los daños y perjuicios materiales por el *ad-quo* (sic); se determine su actualización y reajuste y si ello es posible, se aumenten los daños morales, teniendo en cuenta el paulatino y evidente envilecimiento de nuestra moneda.

- III -

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE

Dentro del término de ley, alegó de conclusión para **DESTACAR**:

"NOVENO:

"La Personería delegada para la vigilancia de tarifas de los servicios públicos y entidades descentralizadas procedió a fallar la investigación adelantada

contra funcionarios de la Entidad demandada, ordenando unas sanciones, en razón a que "si ocasionalmente algún funcionario no cumplió fielmente a las propias labores del cargos ello implica una conducta que amerita aplicación del régimen disciplinario por sus superiores", y que para el caso concreto que nos ocupa, se aplicó tanto con suspensión del cargo del Sr. GUILLERMO HERNANDEZ quien en la época de los hechos era el Jefe de Parques del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, como la destitución del cargo que venía desempeñando el administrador del Parque, Sr. GABRIEL HELI MUÑOZ, conducta esta que no debe considerarse como una falta en el servicio de la administración.

"DECIMO:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, falló en primera instancia en contra del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, ordenándole el pago de los equivalentes a mil gramos de oro fino como indemnización a los perjuicios morales, argumentando que no presentaran las pruebas suficientes que condujeran a decretar los perjuicios materiales, ya que como lo ha dicho la Corte Suprema y el Consejo de Estado, únicamente se puede tener por perjuicio material el "suceptible (sic) de valoración económica se traduce en perdida para un tercero" asunto que no es común cuando se trata de fallecimiento o incapacidad permanente de menores, a no ser que estos tuvieran ya capacidad productiva para prestar ayuda a sus progenitores y hermanos, Sentencia 855 de 29 de junio de 1989 Sección Tercera, Expediente 5225, Consejero Ponente: Dr Gustavo de Greiff Restrepo.

"La determinación tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no es compartida por el actor, olvidando que si bien es cierto, la ocurrencia de los hechos, a la fecha que se profirió el fallo han transcurrido varios años, la suma a liquidar será al precio que a esta última fecha determina el Banco de la República, precisamente con base en lo manifestado en la sustentación de su recurso de Apelación dice: "..... teniendo en cuenta el paulatino y evidente envilecimiento de nuestra moneda."

"En cuanto hace relación con los perjuicios morales que ordena cancelar tenemos otra sentencia del Consejo de Estado de octubre 19 de 1989 juicio 1451 que dice: "Perjuicios morales: hoy no se considera la indemnización de los perjuicios morales subjetivos como una compensación del sufrimiento como el *pretium doloris* de que habló Joserand, pues que, como dice Ríperto "sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse del golpe merced a la indemnización que habrá de recibir."

"Las otras determinaciones tomadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su fallo consistieron en: Declarar: probada la excepción de falta de jurisdicción en cuanto a la Universidad Santo Tomás y Srta Vilma Sofía Cassab Aponte, probada la falta de legitimación en la causa pasiva a favor del Distrito Capital.

"Responsabilizar administrativamente al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte por la muerte del menor.

"Denegar las demás pretensiones de la demanda.

"Con base en todo lo expuesto a través del presente escrito, y admitiendo en gracia de discusión que el Estado es siempre responsable por falla en la prestación de servicios públicos, solicito respetuosamente al Honorable Consejo de Estado Revocar los numerales tercero y cuarto del fallo proferido por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, o en su defecto, no hacer más gravosa la carga indemnizatoria a costa de la Entidad represento.". (fls. 263-265 Cdno No. 1).

- IV -

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA SEGUNDA DELEGADA

La Procuradora Segunda Delegada, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, **OBSERVA**:

"Brevemente reseñado lo anterior, este despacho hace las siguientes observaciones con fundamento en el estudio del proceso y los elementos de juicio que lo conforman.

"La falla del servicio demandada se centra en la omisión atribuible a los funcionarios del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, responsables del mantenimiento del parque "La Florida", al no tapar, o disponer lo conducente para el taponamiento de los huecos o excavaciones que había permitido abrir a la mencionada estudiante, omisión a causa de la cual falleció el niño TERAN CAÑON al caer a uno de dichos huecos, muriendo por oclusión en las vías aéreas y carencia, de oxígeno en el aire inspirado.

"La falla del servicio pregonada, incuestionablemente se materializó y es atribuible al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, organismo encargado de velar para el mantenimiento y buen estado de las zonas dedicadas a la recreación y el deporte, como su nombre lo indica.

"Ciertamente la conducta de la estudiante fue negligente e irresponsable, al no volver a dejar el lugar en el estado en que se encontraba antes de iniciar sus trabajos de excavación, pero ello no exonera de responsabilidad a la demandada, pues precisamente entre las funciones inherentes a la prestación del servicio a su cargo están las de permanecer atenta a cualquier irregularidad o deficiencia traducible en peligros o riesgos para los usuarios de las zonas y parques recreacionales bajo su responsabilidad. El no haber estado vigilante a que la persona a quien se le había otorgado permiso para las excavaciones o sondeos precipitados, hubiese cumplido con su obligación, ni tampoco haber procedido de conformidad tapando tales huecos en las zonas a su cuidado, constituye una ostensible falla del servicio, más si se tiene en cuenta que la gran mayoría de usuarios de los parques públicos, está conformada por población infantil, respecto a la cual la atención y servicios brindados han de ser extremos en precauciones y seguridades.

"Expuesto lo anterior, este despacho se abstiene de hacer más análisis en torno al asunto materia de controversia en consideración a que las pruebas que conforman el expediente claramente demuestran la responsabilidad del ente demandado, análisis que con acierto efectuó el *a-quo* en la sentencia apelada y que evidencia sin lugar a dudas que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte deberá responder administrativamente por los hechos materia de la demanda de reparación directa instaurada por los actores.

"Respecto a la denegación de perjuicios materiales, motivo de inconformidad de parte de los actores y fundamento del recurso de apelación interpuesto, cabe destacar que en lo que hace relación al reconocimiento indemnizatorio por perjuicios materiales-modalidad daño emergente- como serían los gastos funerarios, hospitalarios, etc., éstos no se hallan acreditados probatoriamente como para decretar su reconocimiento; y lo correspondiente al lucro cesante, tampoco es viable acceder a ellos, pues al tenor de reiterada jurisprudencia de esta Corporación cuando de menores de edad se trata, la petición que sostiene tal reconocimiento indemnizatorio se basa en meras expectativas y carece por tanto de las características exigidas al efecto, como el que tales perjuicios sean ciertos, determinados y determinables.

"De conformidad con lo analizado, esta Agencia del Ministerio Público, se permite solicitar a la Sala se confirme la sentencia apelada". (fls. 276 - 279 Cdno No. 1).

- V -

CONSIDERACION DE LA SALA

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

En el caso *sub-exámine* 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 hizo el sentenciador de instancia, por encontrarla seria, ponderada y justa.

Del acervo probatorio apreciado, el *ad-quem* le da especial importancia a la Resolución No. 096 de 11 de diciembre de 1990, proferida por el señor Personero de Bogotá, por medio de la cual se confirmó la Resolución No. 041 de 9 de febrero 1988, proferida por la Personería Delegada para la Vigilancia de las Tarifas de los servicios Públicos y Entidades Descentralizadas, que ordenó la destitución de GABRIEL MUÑOZ CARO por su conducta negligente como administrador del parque "LA FLORIDA".

De los considerandos del anterior proveído, la Corporación retiene los siguientes apartes, por resultar bien ilustrativos de la realidad fáctica. En ellos se lee:

> "GABRIEL MUÑOZ CARO- Por su conducta indiferente y permisiva con las labores ejecutadas en el Parque "LA FLORIDA" establecimiento en el que se desempeñaba como administrador, pues siendo su principal función la de velar por el buen estado de conservación y mantenimiento del parque para prestar en las mejores condiciones un servicio excelente al público, teniendo pleno conocimiento de las tareas de sondeo efectuadas por la alumna VILMA SOFIA CASSAB APONTE, no intervino en forma alguna para solicitar la información adicional que se requería y así evitar que se hicieran los huecos de dimensiones diferentes a las autorizadas y no exigir, tomar o impartir las medidas de prevención y aislamiento elementales en estas labores, no solo con estos huecos sino con los existentes de vieja data en el parque.
>
> "Ahora bien y en cuanto nos compete, sin vacilación alguna reestudiada la actuación plasmada a lo largo del plenario y vistos juiciosa y equilibradamente las argumentaciones dadas en su momento por el acusado y su apoderado, en verdad no existe en nuestro sentir, razón alguna que constituya elemento de juicio para ordenar se modifique y mucho menos revoque la decisión tomada por la instancia pues la encontramos ajustada

a la realidad, y por el contrario causa extrañeza y preocupación la irrespondabilidad, desidia y abandono de como maneja los asuntos a su cargo, pretendiendo con sus exculpaciones evadir habilidosamente lo que su proceder genera.

"Es así como no entendemos y mucho menos aceptamos cuando afirma haber recibido órdenes superiores de no intervenir para nada en las perforaciones a realizar, queriendo dar a entender como si con ello hubiera sido relevado de las obligaciones de prevención, mantenimiento y organización del establecimiento a su cargo para la prestación del buen servicio que le correspondía, consecuencia del origen y naturaleza de la investidura que representaba y que fuera en últimas lo que dejara de hacer, habida consideración de que no obstante estar debida y oportunamente informado de los trabajos a llevar a cabo -especificaciones y demás- permitió que aquellas no se cumplieran a cabalidad, generando tuviera ocurrencia el hecho materia del averiguatorio, pues en ello sí somos categóricos al igual que el juzgador de instancia en el sentido de que simplemente el funcionario omitió tomar las más elementales medidas de seguridad que la situación exigía, como hubiera sido restringir el paso de los visitantes, máxime cuando de tiempo atrás era conocedor de fallas geológicas que representaban el mismo peligro y que exigían su intervención inmediata, proceder que como es obvio y sin que requiera mayor profundidad o sea objeto de critica constituye falta disciplinaria, dejando en claro que es precisamente por lo que compartimos íntegramente las apreciaciones y conclusiones a que llegara el *a-quo*, pues de patrocinar que los servidores públicos obren a su arbitrio y capricho, llegando al punto de sustraerse a sus propias obligaciones, obedeciendo a apreciaciones subjetivas, sería lo mismo que cohonestar con el caos y anarquía, yendo en perjuicio y resquebrajamiento de la buena imagen de la administración frente a la ciudadanía que confía en la responsabilidad, aptitud y buen juicio de sus servidores y no ser victimas de su falta de interés y prudencia de uno de sus representantes.". (fls. 780-781).

B) Definido que en el caso en comento sí se dió la falla del servicio, la Sala encuentra que de la misma son responsables, en FORMA SOLIDARIA, tanto el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, como la Universidad Santo Tomás y la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE. En este momento del discurso judicial no se puede olvidar que el señor Decano de la Facultad del citado centro educativo dirigió al Doctor GUILLERMO HERNANDEZ M., Jefe de Parques, la nota calendada el dia 18 de marzo de 1986 (C 4, fol 93, en la cual, le manifiesta:

"Con toda consideración me permito solicitar al señor doctor Guillermo Hernandez Jefe de Parques, su autorización para que la señorita **Vilma Sofía Cassab Aponte**, quién está adelantando sus proyecto de grado puede llevar a cabo en el parque de **"La Florida"** la realización de **(6) sondeos** en el **pavimento y cuatro (4) en terreno natural de 7 cm.** de diámetro y más o menos 5 metros de profundidad con el fin de obtener unas **muestras de suelo** tendientes a desarrollar una importante investigación comprometiéndose **a dejar tapadas** todas las superficies.

"La estudiante irá acompañada de dos Laboratoristas y un conductor, autorizados por la Universidad.

"De antemano agradezco la atención prestada a la presente.".

La anterior comunicación fue respondida con la carta que obra al folio 94 del mismo cuaderno, en la cual el Jefe Sección Parques, le expresa:

"Me permito comunicarles que su solicitud de fecha 18 de marzo del año en curso, para la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE, estudiante de esa Universidad lleve a cabo la realización de su proyectó de Grado **Toma de muestras de Suelos**, tendientes al desarrollo de su investigación universitaria, ha sido aprobada en el Parque la Florida.

"Ruego a ustedes, coordinar con el administrador del Parque señor, Gabriel Muñoz Caro Tel. 2 67 39 83 y presentarle esta comunicación.

"Es de anotar que el resultado de esta investigación es de vital importancia para el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, les solicitamos hacernos llegar una copia del proyecto..".

A la luz de la ley y el derecho se impone concluír que todas las personas que contribuyan con su conducta a generar el daño, son solidariamente responsables de los perjuicios causados. De la lectura de las notas que se dejan transcritas se vivencia que la solicitud que formuló la Universidad Santo Tomás, al Doctor Guillermo Hernández M., Jefe de parques, fue el móvil determinante para que se autorizara a la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE para llevar a cabo los sondeos en el pavimento y en el terreno, orientadas a una importante investigación. Esta, por lo demás, tenía sustancial interés en ejecutar el trabajo, para sacar avante su proyecto de Grado, y el Instituto Distrital, dueño del inmueble, también reportaba beneficio, según se desprende de la carta ya transcrita, calentada el dia 20 de noviembre de 1986, suscrita por el Jefe Sección Parques.

Para el sentenciador resulta bien claro que sin la gestión del citado centro universitario no le habría sido posible a la señorita Vilma Sofía Cassab llevar a cabo los trabajos que dieron lugar a la tragedia. Esta, por lo demás, no puede alegar, ni lo ha hecho, que desconocía el universo de la nota en, que la Universidad Santo Tomás solicitaba el permiso, esto es, **COMPROMETIENDOSE A DEJAR TAPADAS TODAS LAS SUPERFICIES**". Para que este compromiso naciera a la vida jurídica no era necesaria una declaración expresa su voluntad. De su comportamiento, de su silencio condicionado, se infiere su asentimiento. Por lo demás, con compromiso o sin compromiso una persona prudente y diligente no se da a la tarea de abrir huecos en los parques públicos para luego dejarlos, irresponsablemente al descubierto. Mucho más, censurable su conducta si se tiene en cuenta que se trata de una persona de cultura universitaria, debe tener clara conciencia de, sus deberes sociales y comunitarios.

La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el tribunal de instancia, cuando concluye que la jurisdicción contenciosa administrativa no puede conocer de la denuncia del pleito que se hizo a la Universidad Santo Tomás y a la señorita Vilma Sofia Cassab, porque los asuntos que respeto de tales centros de imputación jurídica se discuten, deben analizar desde la óptica del derecho privado. Y no la hace suya porque en jurisprudencia reiterada ha sentado pauta en el sentido de que en virtud del FUERO DE ATRACCION ello sí es posible. Así en sentencia de 26 de marzo de 1993, Expediente No. 7476, Actor ANA MARIELA CHAMORRO, se recordó:

> "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 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.

"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 es la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de cuatro (4) de febrero 1993, Expediente Nro. 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 jurisdicción reiterada de la Sala indica que la 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 estos 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.".

También en sentencia de agosto 17 de 1993 proceso 7875, actor Luis Felipe Rivera, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, se precisó:

"La demanda, en forma inequívoca, esta dirigida contra el Hospital San Antonio de Padua de Garagoa y contra el médico, Dr. Benedicto Porra Gómez, es decir contra dos personas de derecho privado. Este carácter no se pierde ni para aquella ni para el régimen adscripción ordenado en Articulo 8 del decreto 356 de 1975.

"Esta circunstancia permite pensar que la demanda debió presentarse ante la jurisdicción ordinaria porque la contencioso administrativa sólo conoce de las acciones de reparación directa que se sigan contra las entidades públicas, concretamente según la jurisprudencia reiterada de esta misma Sala, contra los entes territoriales (nación, departamentos, municipios, etc,) y los establecimientos públicos (arts. 131 y 132 numerales 10 del C.C.A.)

"No obstante lo dicho, e interpretando la demanda hasta donde es posible hacerlo (la Sala so pretexto de esto no podría cambiarla sustancialmente) puede aceptarse o bien que la pretensión esta dirigida contra el Hospital y el médico Benedicto Porras Gómez, no como personas particulares sino como organismo y persona obligadas contractualmente con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "Caprecom" pues con cualquiera de estos dos enfoques, tampoco resultaría legitimados por pasiva los demandados en este proceso. En primer lugar, porque la adscripción del Hospital al servicio no le hizo perder el carácter de persona privada que tiene **ni convirtió a sus empleados y trabajadores en servidores públicos. Pudo, si la actora demandar Servicio Seccional de Salud (la Nación-Ministerio de Salud) solo o conjuntamente con las personas privadas aquí demandadas. Evento en el cual, por fuero de atraccción, habría desaparecido el obstáculo creado por la índole de dichas personas. Pero como así no lo hizo, falló la legitimación por pasiva.**

"En segundo lugar, pudo demandarse solo a Caprecom o a este y a las personas privadas aludidas. Aquí habría operado el aludido fuero".

C) Por todo lo se deja expuesto, se condenará en FORMA SOLIDARIA al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, a la UNIVERSIDAD SANTO TOMAS y a la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE, al pago de los perjuicios causados a los demandantes WAGNER FERNANDO TERAN y GLADYS AMPARO CAÑON VARON, siendo entendido que a cualquiera de ellos se les puede exigir el pago total de la condena.

Por lo que respecta a la relación interna entre DEUDORES SOLIDARIOS, la Sala define que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte le corresponde satisfacer un cincuenta por ciento (50%) de la deuda, a la Universidad Santo Tomás un veinticinco por ciento (25%) y a la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE, un veinticinco por ciento (25%).

Como en los considerandos de la sentencia impugnada se dejó claramente definido que a cada uno de los demandantes se les debería pagar "....una suma equivalente a mil (1.000) gramos de oro..." (C 1, fol 238), pero en la parte resolutiva del fallo de instancia las cosas no aparecen tan claras, se precisa que la condena es por mil gramos (1000) de oro por cada uno de los demandantes.

Se confirmará la decisión del *a-quo*, en cuanto denegó la pretensión orientada al PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES, pues estos no se demostraron. El niño ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON nació el 27 de julio de 1984 y murió el día 20 de julio de 1986, es decir, que sólo tenía un

poco más de dos años en el momento de ocurrir su muerte. Así las cosas, no se vivencia el DAÑO MATERIAL que con su muerte se haya causado a sus padres. Según el Profesor Arturo Alesandri Rodríguez, "Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta su ejecución con dolo o culpa. Es indispensable que cause DAÑO sin él no hay responsabilidad civil; SIN INTERES NO HAY ACCION. La obligación de reparar un daño nace precisamente de haberse causado" (De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Tomo I. Imprenta Universal, pag. 209).

A la filosofía jurídica anterior se agrega la especial circunstancia de que en relación con la muerte de personas de tan poca edad el DAÑO MATERIAL no resulta CIERTO, sino HIPOTETICO y este, como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia, no es indemnizable. Por ello el misma tratadista ya citado, enseña:

> "141 DAÑO EVENTUAL. Hay daño eventual, hipotético fundado en suposiciones o conjeturas, por fundadas que parezcan, sea presente o futuro, no de derecho a indemnización. Tal es el que puede resultar para una persona de la muerte de un benefactor que la ayudaba pecuniarimente en ocasiones ..... Se ha fallado, por esos que no constituye un daño indemnizable al que se hace o consistir en la privación de la ganancia o utilidad de la victima había podido obtener con su fortuna durante los años en que se presume hubiera vivido, de no haberse producido su fallecimiento, pues todos los antecedentes de que se hacía derivar el daño eran simples conjeturas y consistían en hechos circunstancias puramente eventuales, como la vida más o menos larga de la víctima, los negocios que pudo realizar y la forma en que habría de disponer sus bienes.". (Obra citada, pag. 217).

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 segundo (2o), quinto (5o), sexto (6o), y séptimo (7o.) de la sentencia calendada el diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso el rubro.

SEGUNDO: REVOCANSE los numerales primero (1o), tercero (3o), y cuarto (4o), los cuales se constituyen así:

1o.- DECLARESE que el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, la UNIVERSIDAD SANTO TOMAS y la SEÑORITA VILMA SOFIA CASSAB APONTE, son solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte del menor ANDRES FERNANDO TERAN CAÑON, ocurrida el dia veinte (20) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), dentro del marco de circunstancias que se dejaron relatadas en los considerandos de este fallo. En sus relaciones internas corresponde al Instituto Distrital para la recreación y el Deporte satisfacer un cincuenta por ciento (50%) de la obligación, a la Universidad Santo Tomas un veinticinco por ciento (25%) de la deuda y al señorita Vilma Sofia Cassab Aponte (25%) de la misma.

3o.- Como consecuencia de la declaratoria hecha en el numeral primero (1o.) de este fallo, CONDENESE al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, a la UNIVERSIDAD SANTO TOMAS y a la señorita VILMA SOFIA CASSAB APONTE, a pagar, en forma SOLIDARIA, por concepto de PERJUICIOS MORALES, las cantidades de oro que a continuación se indican y a las personas que se relacionan, así:

A WAGNER FERNANDO TERAN BARONA, mil (1.000) gramos de oro fino;

A GLADYS AMPARO CAÑON VARON, mil (1000) gramos de oro fino.

4o.- Expídanse las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cual de ellas presta mérito ejecutivo.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SECCION TERCERA

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ es la misma suscrita con ocasión del fallo de octubre 27 de 1993, actor: EFRAIN MIÑO GEORGE. Se reitera la jurisprudencia de marzo 26 de 1993, Exp. 7476, sobre fuero de atracción.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

Referencia : Expediente No. 8043. ACTOR: WAGNER FERNANDO TERAN BARONA

Respetuosamente aclaro el voto a pesar de compartir toda la decisión de la Sala con relación a la apreciación sobre el fenómeno jurídico de la solidaridad. En la adición al voto a la Sentencia de 27 de octubre de 1993 de la cual el suscrito fué Ponente, Actor: AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE. Se dijo:

> "El problema de indagar por la naturaleza jurídica de las relaciones que surgen entre la administración y el funcionario por razón de la obligación de reparar los daños a ellos imputables ha dividido a la doctrina entre las tesis de la subsidiariedad, la de una 'peculiar corresponsabilidad del funcionario y del ente público derivada de una obligación indivisible de naturaleza pública que se genera simultáneamente en ambos sujetos, y que da lugar a un litis consorcio pasivo necesario de éstos frente al sujeto dañado', y la de la solidaridad como lo explica ampliamente el profesor Jesús Leguina Villa ("La Responsabilidad Civil de la Administración Pública", 2a. ed, págs. 221-229).
>
> "Sin embargo, examinado nuevamente el punto en cuestión, la Sala encuentra que dicha solidaridad no existe; esta conclusión surge luego de este razonamiento:
>
> "1.- 'Hay solidaridad pasiva - según lo enseña el profesor Luis Claro

Solar-, cuando muchos deudores de una misma obligación se hallan forzados cada uno de ellos, en virtud de disposición de la ley o de la voluntad del hombre, al pago integro de la deuda, aún en caso de que el objeto de la prestación sea divisible'; de allí que 'existiendo solidaridad entre los muchos deudores, la deuda es una sola y cada uno de los deudores se obliga por la totalidad de la deuda, *totum*, y la debe de tal modo en su totalidad, *totalier*, como si fuera un solo deudor' ("Derecho Civil Obligaciones" Tomo I. págs. 410-411).

"Esta noción doctrinal concuerda con la preceptiva legal del artículo 1568 del C.C.: ".... en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*, de la cual se infiere con claridad que, sobre este particular, la regla general está constituida por las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas y la excepción por las obligaciones solidarias. Adquiere relieve esta precisión final para efectos de la interpretación normativa que habrá de hacer la Sala, pues se tiene por sabido que las excepciones se sujetan a interpretación restrictiva.

"2.- De la disposición citada se desprende también que las fuentes de la solidaridad son exclusivamente tres: la convención, el testamento y la ley; excluidas para nuestro estudio las dos primeras, exclusión obvia por materia misma de la cual se trata, no cabe duda de que la solidaridad - en el evento de existir-, debe aparecer expresamente propuesta por la ley.

"3.- Son varias las disposiciones de nuestro ordenamiento que se refieren al tema, cuyos textos han sido invocados en apoyo de la pretendida solidaridad, a saber: el artículo 2344 del C.C., según el cual "si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355."

" Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso'

"En Consonancia con la disposición anterior, el artículo 105 del Código Penal, prescribe:

"'Quienes deben indemnizar.- Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los plenamente responsables, en forma solidaria, y quienes de

acuerdo con la ley están obligados a reparar'.

"Y el artículo 38 del artículo C. de P. P., señalaba:
"'Quiénes deben indemnizar.- Están obligados a resarcir los perjuicios causados por el hecho punible, los penalmente responsables en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar'.

"Y el artículo 44 del C. de P.P. vigente, impone:

"'Quiénes deben indemnizar? Están solidariamente obligados a reparar el daño, resarcir los perjuicios causados por el hecho punible y a restituir el enriquecimiento ilícito las personas que resulten responsables penalmente, quienes de acuerdo con la ley sustancial deban reparar el daño y aquellas que se hubieren beneficiado de dicho enriquecimiento'.

"4.- Estos preceptos que consagran de modo expreso la solidaridad entre los varios responsables de daños causados con su delito o con culpa no son, sin embargo, aplicables a la relación que surge de la producción de un daño por la intervención causal de una culpa personal en nexo con el servicio, o cuando concurren ésta y la falla del servicio, generando un fenómeno de con causalidad.

"5.- En efecto, cuando la causa del daño está constituída por una culpa personal no desvinculada del servicio, es decir, en nexo con él, se generan varias clases de relaciones que vinculan, unas a las víctimas con la entidad pública, otras a la víctima con el funcionario y unas terceras, a éste con la entidad; por razón de las primeras, el perjudicado puede 'demandar....a la entidad, al funcionario o a ambos ....', según lo prescribe el artículo 78 del C.C.A.; por razón de la última, cuando el Estado resulta condenado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo .... ', surge la acción de repetición. (artículo 90 de la C.N.); por parte alguna se consagra la solidaridad, como tampoco se hace en otras normas atinentes a la responsabilidad civil de los funcionarios por razón de los daños causados en ejercicio de sus funciones, tales como los artículos 235 del Decreto 1222 de 1986 y 297 del Decreto 1333 del mismo año; del artículo 293 del Decreto 222 de 1983 se hará mención aparte.

"La situación no es sustancialmente distinta para los casos de con-causalidad, salvedad hecha de la limitación de la acción de reparación a la parte del daño que sea efecto de la culpa personal del funcionario.

"6.- Esta norma constitucional (artículo 90) y las legales (artículo 77 y 78

del C.C.A, **por su especialidad,** son aplicables de preferencia sobre las disposiciones del C.C. y del C.P. cuyo enunciado se transcribió con antelación; este es ya un buen motivo para descartar la solidaridad aunque existen otros que adelante se exponen. De los anteriores preceptos se deduce lo siguiente:

"- que la conducta dolosa o gravemente culposa del agente oficial, en el ejercicio de sus funciones, es constitutiva de culpa personal.

"- que dicha culpa, cuando ha generado un daño antijurídico, determina, para el Estado, la obligación de repararlo.

"- que la condena proferida en contra del Estado, a su vez, hace nacer en su favor la acción de repetición frente al funcionario culpable, por el total de la condena o por la parte que le corresponda.

"- que el perjudicado puede reclamar en todos los casos, por la **totalidad del perjuicio** frente al Estado o frente a éste y al funcionario en conjunto; esto daría la idea de que trata de una obligación solidaria.

"- Sin embargo, lo que no podría hacer la víctima es reclamar la totalidad del perjuicio frente al funcionario, salvo en el caso de que su culpa sea la causa exclusiva del daño; vale decir que no exista, en concurrencia, una falla del servicio. Esta circunstancia demuestra la inexistencia de la pretendida solidaridad, cuyos efectos cubren a la totalidad de los deudores solidarios; de ahí que la acción de repetición se ha consagrado únicamente en favor de las entidades públicas.

"- La culpa personal del funcionario es, pues, la causa de su responsabilidad y está constituida por la conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones; el nexo con el servicio o la existencia de una falla del servicio que es concausa del daño, determina, para la administración, la obligación de repararlo; la condena que sufra ésta última genera la acción repetitoria, fenómeno distinto de la subrogación legal que señala el artículo 1579 del C.C. para el deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago', pues como lo ha precisado la doctrina francesa 'El fallo *Laruelle* no tiene el efecto de hacer general y automático el sistema de subrogación; el Estado no acciona contra el agente en lugar de la víctima; no demanda de él la indemnización que el agente habría pagado a la víctima si ésta hubiese reclamado en razón de su falta personal; el Estado demanda la reparación del perjuicio que ha sufrido directamente del hecho de haber sido obligado a indemnizar a la víctima".

"Se trata, pues, ... de un derecho de acción directa, independiente de toda subrogación, sin perjuicio de que pueda coexistir con ella' (*Les grans arrets de la jurisprudence administrative'* M . Lng, P . Weil, G . Braibant Sirey - págs. 378).

"7.- Es cierto que los Delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente a cuya iniciativa se debe la introducción del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la civil de los agentes, así como quienes participaron como ponentes de la misma, tuvieron en mente establecer la responsabilidad solidaria entre uno y otro; sin embargo, la Asamblea no aceptó dicha propuesta.

"Así se deduce del informe elaborado por los constituyentes Jaime Arias López, Darío Mejía Agudelo y Juan Carlos Esguerra Portocarrero sobre " mecanismos de participación democrática', Gaceta Constitucional No. 52, págs. 9 y 11; a esta intención corresponde el siguiente texto del proyecto: 'La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, la autoridad pública o uno y otro'; la misma tesis aparece expuesta en el informe ponencia del constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Gaceta Constitucional No. 6, págs. 14 y 15; pero la solidaridad deja de mencionarse en el informe ponencia para primer debate en plenaria, Gaceta Constitucional No. 77, págs. 8 y 9; así como en la ponencia para segundo debate, Gaceta Constitucional No. 112, págs. 7 y 8, en la cual se lee:

"En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría. constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

"'La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

"'La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del autor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

"'Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo.
"'RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO

"'La responsabilidad del funcionario por conducta dolosa o culposa había sido introducida por el legislador en el Estatuto Contractual de la administración y el Código Contencioso Administrativo. Su objetivo es proteger el patrimonio público y sancionar al agente de la administración, cuando no actúe con aquel cuidado que aún las personas negligente o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios'.

"'En el segundo debate se suprimió el texto del proyecto que antes se transcribió, con el cual, según parece, se intentaba consagrar la solidaridad.

"En síntesis, la existencia de normas especiales de derecho público (artículos 90 de la C.N. y 77 y 78 del C.C.A.), hacen inaplicables las reglas del C.C. y del C.P. antes detalladas; en ellas es claro que no se consagra la solidaridad entre la entidad pública y su agente pues, la ley colombiana, cuando no a tenido ese propósito, lo señala de manera expresa como corresponde a toda norma de excepción. En cambio, el artículo 78 del C.C.A., cuando establece, para los damnificados, la opción de demandar al ente público, al funcionario, o a ambos, se apoya 'en las reglas generales', las cuales, según se vió, se refieren a las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas.

"8.- Argumento adicional que respalda la tesis que exige texto legal expreso que dé nacimiento a la obligación solidaria, es el precepto contenido en el artículo 293 del Decreto Extraordinario No. 222 de 1983 que, al contrario de las normas comentadas, señala explícitamente la solidaridad; dice así: 'El contratista o el tercero lesionado por la celebración, ejecución o inejecución el contrato podrán demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o exfuncionario responsable o a las dos **en forma solidaria**'.

"Sin perjuicio de que se ponga en duda la vigencia de esta norma frente a la nueva Constitución Política cuyo poder reformatorio y derogatorio de la legislación preexistente es indudable, la norma transcrita pone de manifiesto el carácter excepcional de la obligación solidaria y la necesidad, por lo tanto, de norma expresa para su establecimiento.

"9.- De modo similar funciona la institución en el Derecho Español, en el

cual la solidaridad de la obligación reparatoria entre la entidad pública y su funcionario está consagrada en el reglamento de la ley de expropiación forzosa, art. 135-3: 'en estos supuestos, los particulares lesionados podrán exigir la responsabilidad solidariamente de la Administración y de los funcionarios'.

"Tratándose, pues, de una obligación mancomunada o conjunta, en todo caso, la víctima es libre de elegir mecanismo de reclamación mas conveniente, de los varios permitidos por el artículo 78 del C.C.A.; si decide formular su demanda contra el funcionario (y la Constitución de parte Civil dentro del proceso penal es una forma de elegir esta opción), parte del supuesto de que la causa del daño es una culpa personal; por lo tanto, la sentencia del juez penal que condena a la reparación del perjuicio adquiere carácter definitivo e impide que posteriormente se pretenda una nueva reclamación frente al Estado".

Fecha *Ut supra*

Juan De Dios Montes Hernández.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / CONSCRIPTO

Quedó demostrado que el sujeto inculpado pretendía limpiar su arma de dotación y equivocadamente accionó el disparador, sin observar las instrucciones elementales que se imparten sobre el manejo de las armas. El hecho se produjo cuando el soldado estaba en horas de servicio. Si bien el occiso era también miembro activo de la entidad demandada, su muerte no constituía uno de los riesgos normales a los cuales estaba sujeto, pues el deceso no se produjo como consecuencia del ejercicio de sus funciones, en servicio o con ocasión del mismo, sino que fue producto del descuido e impericia en el manejo del arma por parte de su compañero de guarnición.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Proceso No. 7057 Actor: JOSE VICENTE JAIMES RIOS Y OTROS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 2 de Septiembre de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"PRIMERO: Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales

ocasionados con la muerte del señor GUSTAVO JAIMES PARRA, ocurrida el 4 de mayo de 1988, en el municipio de Chitagá.

"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior condenase a la Nación Ministerio de Defensa Nacional a pagar a JOSE VICENTE JAIMES RIOS y BEATRIZ PARRA HERRERA, por concepto de perjuicios morales la cantidad de pesos equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos en su condición de padres de la víctima y a DORIAN JAIMES PARRA, HERNANDO JAIMES PARRA, LETICIA JAIMES PARRA, VICTORIANO JAIMES PARRA, ISRAEL JAIMES PARRA, ELIZABETH JAIMES PARRA y DONALDO JAIMES PARRA, la cantidad de quinientos (500) gramos oro, en su condición de hermanos de la víctima, al precio que tenga dicho metal para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según certificación que expida el Banco de la República. Esta condena se considera hecha en concreto.

"TERCERO: Condenase en abstracto a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional a pagar a JOSE VICENTE JAIMES RIOS y BEATRIZ PARRA HERRERA, en su calidad de padres de la víctima, los perjuicios materiales ocasionados, los cuales se liquidarán siguiendo el procedimiento de que trata el art. 135 a 139 del C. de P.C. y atendiendo las pautas señaladas, en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO: Sobre la suma de dinero que resulta de la liquidación de los perjuicios materiales se pagarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria del auto que concrete la liquidación y moratorias de ahí en adelante (art. 177 C.C.A.). Para los perjuicios morales se liquidarán pero contando el término de seis (6) meses a partir de la ejecutoria de este fallo."

ANTECEDENTES PROCESALES

El 26 de Septiembre de 1988 los señores JOSE VICENTE JAIMES RIOS y BEATRIZ PARRA HERRERA en nombre propio y en el de su hijo menor DONALDO JAIMES PARRA, y DORIAN HERNANDO, LETICIA, VICTORIANO, ISRAEL y ELIZABETH JAIMES PARRA, mediante apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda en contra de la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, para que se la declarara responsable patrimonialmente de la muerte del soldado GUSTAVO JAIMES PARRA, en hechos ocurridos el 4 de Mayo de 1988 en la Base Militar del Municipio de Chitagá (Norte de Santander).

SECCION TERCERA

Como consecuencia de la anterior declaración solicitaron condenar a la entidad demandada a pagar en favor de los demandantes los perjuicios materiales y morales, más la correspondiente actualización y los intereses a que haya lugar.

La causa *petendi* de la demanda se reseñó de esta manera:

"1o.) El día 4 de mayo de 1988, en la Base Militar del Ejército Nacional (Batallón Custodio García Rovira) ubicada en comprensión municipal de Chitagá (Norte de Santander),fue muerto de un balazo el joven soldado GUSTAVO JAIMES PARRA.

"2o.) El tiro lo recibió JAIMES PARRA de manos de otro militar que torpemente accionó su arma de dotación. (Versión Oficial).

"3o.) A JAIMES PARRA se lo habían llevado para el cuartel el 30 de junio de 1987, cuando aún no había cumplido los 18 años de edad, junto con su hermano ISRAEL, a pesar de las súplicas de sus padres a las autoridades castrenses para que por lo menos dejaran a uno de los dos en el hogar.

"4o.) Al momento de ser llevado al cuartel, GUSTAVO JAIMES PARRA era persona económicamente productiva. Trabajaba en labores agrícolas y de sus ingresos tomaba lo necesario para sus gastos personales mientras el resto lo daba a sus progenitores para ayuda de su sostenimiento.

"5o.) Los padres y los hermanos del soldado GUSTAVO JAIMES PARRA han sufrido con su muerte el más grave daño moral, dada la fraternidad y cariño inmenso que reinaba entre ellos.

"Han sufrido igualmente, los padres del malogrado militar daño económico o material, no sólo por los hechos atrás reseñados sobre la ayuda económica que el hijo muerto les brindaba sino por los gastos que hubieron de sufragar a raíz de su sepelio."

La entidad demandada constituyó apoderado judicial quien en el término legal solicitó la práctica de pruebas.

Precluida la etapa probatoria se ordenó correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. La parte actora insistió en la legalidad de lo pedido, por estas razones:

"Enseña el expediente, señores magistrados, que el soldado del Ejército Nacional GUSTAVO JAIMES PARRA, orgánico del Batallón de Infantería No 13 Custodio García Rovira, murió a consecuencia de las lesiones letales que le fueron causadas por un proyectil de arma de fuego de largo alcance y de dotación oficial del Ejército Colombiano, arma que fue disparada en acción torpe e imprudente por el soldado EDGAR MIRANDA CONTRERAS, orgánico del mismo Batallón, en momentos en que el homicida cumplía labores propias del servicio castrense...."

La entidad demandada sostuvo: "Claramente se desprende que el hecho se dió única y exclusivamente a la culpa personal del agente por cuanto el soldado Miranda no cumplió con los requisitos exigidos en el Reglamento. En la primera fase de enseñanza, se les instruye sobre las partes del fusil, posteriomente se les hace práctica sobre la forma de cargar el arma encontrándose esta sin munición, después se hace práctica de polígono; y como consecuencia de todo el adiestramiento y conocido por parte del Soldado el Decálogo de parte y funcionamiento de las armas, el mismo Soldado participa de la ceremonia de juramento de bandera y entrega de armas. De esta manera aparece con claridad una presunción en favor de la administración con dos consecuencias:

"1o.- Que el soldado porta el fusil por cuanto la administración ha cumplido con la debida instrucción.

"2o.- Que las faltas puramente personales de los soldados no son imputables a la administración, por cuanto aparece claro la ruptura del nexo de causalidad que debe existir entre la falta o falla del servicio y el daño.

"Analizado el acervo probatorio podemos concluír que en el caso *sub-lite* no cabe indemnización de perjuicios a cargo del Estado, ya que por ley esta acción, ni el caso específico de los militares no tiene cabida, pues todos los riesgos corridos por el agente administrativo en ejercicio de sus funciones son ampliamente cobijadas y garantizadas por las leyes laborales específicas que los rigen. El riesgo laboral, propio del manejo continuo de las armas es suficientemente cubierto con las prestaciones reconocidas y pagados al núcleo familiar de la víctima.

"No hay duda en el caso de la referencia, de que la muerte del soldado fué accidental produciéndose similar a un accidente de trabajo, ya que se encontraba con su compañero hablando y compartiendo conocimientos, precisamente, sobre la loable misión que estaban cumpliendo y dentro del manejo de las armas en defensa de la soberanía nacional."

SECCION TERCERA

El señor Fiscal del Tribunal estimó acceder a las súplicas de la demanda, por aparecer configurados los elementos de la falla del servicio.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El *a-quo* reflexionó en estos términos:

"De conformidad con los hechos y fundamentos de derecho alegados en el libelo de la demanda, el actor fundamenta su pretensión indemnizatoria en la falla del servicio militar configurada por la muerte de un soldado a manos de otro, no pudiendo considerarse racionalmente como "riesgo normal" ni menos como eventualidad propia del servicio militar, ya que las armas con que el Estado dota a sus militares han de utilizarse en la medida en que resulte necesario contra el enemigo, no contra los propios compañeros del servicio.

"....."

"Hechas las anteriores precisiones se entrará a analizar si efectivamente existió o no la falla del servicio. El actor enfoca su concepto sobre dicha falla apoyándose en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en que la muerte del soldado GUSTAVO JAIMES PARRA sobrevino no en actividades propias del servicio que configuran en sí mismo el riesgo de la actividad, sino que ocurrió en forma independiente a la prestación ordinaria o normal de dicho servicio, por lo que la muerte de un soldado a manos de otro y con el arma de que fue dotado para otros menesteres constituye una falta o falla del servicio.

"Basados en el principio *iura novit curia*, podemos observar que de la interpretación de los hechos y violaciones expuestos en la demanda podemos variar un poco el enfoque dado para concluir que se comprometió la responsabilidad de la nación.

"El art. 16 de la C.N. de 1886 constituía para la fecha de los hechos el fundamento básico de toda la construcción jurisprudencial sobre responsabilidad extracontractual del Estado, sin que pueda decirse que de su ámbito obligacional se excluye a alguna de las ramas, órganos o instituciones del Estado. Sólo cuando la barrera para configurarla y reconocerla es de índole constitucional y/o legal se podrá decir que el ente jurídico Nación es realmente irresponsable, pues antes que nada debe ser justo y equitativo para todos sus asociados. Por lo que la obligación de proteger la vida, también recae sobre la de los militares, especialmente de los que están por obligación prestando el servicio.

"....."

"De conformidad con la constitución nacional (sic) tanto la de 1886 como la vigente se establece el servicio militar con carácter de obligatoriedad para todos los colombianos, estando en principio incluidos todos los hombres y mujeres sin distingos de sexo, raza, profesión u oficio. Sí no se hubieren consagrado excepciones al servicio y todas las personas físicamente capacitadas cumplieran este deber, podría hablarse de la igualdad ante la carga impuesta por la C.N. No obstante lo anterior la ley por virtud y autorización de la misma constitución rompió el equilibrio de todos los ciudadanos ante esa obligación constitucional, por razones de sexo, profesión, estado civil etc.

"Esta discriminación ante el servicio militar hizo que no todos los colombianos-mirado todo el conglomerado social - sean iguales ante la ley, por lo que al quebrarse el principio de la igualdad ante las cargas públicas, lo que por virtud de la misma no están obligados, deben asumir el costo de los perjuicios que cada uno de los que si lo están sufra en el cumplimiento de su misión, que en últimas redunda en beneficio de todos.

"Si bien el criterio anterior es bastante amplio y va en contrario a lo expresado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sobre el absurdo de pretender del Estado la protección hasta el último riesgo lo cual implicaría atributos mágicos de los cuales carece (sentencia de noviembre 17 de 1967. Exp. 414). Afortunadamente la jurisprudencia ha evolucionado fijando pautas mas justas para la minoría obligada a prestar servicio como la expresada por el mismo Consejo de Estado en fallo de abril 28 de 1989 Consejero Ponente CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expediente 3852. Actor JAIRO RODRIGUEZ DURAN.

"Retomando la idea tenemos que si bien no estamos ante el caso de muerte en combate, para lo cual se ha esbozado la teoría del riesgo por la labor desempeñada, como exonerante de la responsabilidad a la Nación, si nos encontramos con la circunstancia de la muerte de un colombiano en prestación del servicio militar, caso en el cual es más fácil deducir la responsabilidad estatal por falla de un servicio público.

"Se evidencia de las pruebas del plenario que el arma con la cual pereció el soldado GUSTAVO JAIMES PARRA, era manipulada por otro soldado en función del servicio. Esto quiere decir que se dedicaba a limpiarla como una condición perentoria a las labores realizadas en las circunstancias de temporalidad exigidas para que pueda hablarse de acto de servicio,

que si bien estaban en su momento de descanso el suceso tiene relación de conexidad con dicho servicio.

"La demandada maneja su alegato con la filosofía que informa la CULPA PERSONAL DEL AGENTE y no con la que inspira y orienta la FALTA O CULPA DEL SERVICIO, que de ser aceptada implicaría exoneración de la nación y responsabilidad personal de dicho agente. Sin embargo es bueno recordar que para que la mencionada culpa personal releve a la nación de responder debe ser totalmente ajena al servicio y nunca con ocasión de él.

"Concluye la Sala que están plenamente probados los presupuestos, esenciales para considerar que la Nación Ministerio de Defensa debe responder por los perjuicios causados a los demandantes."

Con fundamento en los anteriores argumentos, el Tribunal reconoció perjuicios morales y materiales en favor de los demandantes.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La entidad demandada interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia por estimar que en la demanda no se razonó debidamente la cuantía señalada para los perjuicios materiales y en ese orden de ideas arguyó:

"Teniendo en cuenta que de las probanzas aportadas al proceso se logro establecer que el ex-soldado GUSTAVO JAIMES PARRA antes de ingresar a las filas del Ejército Nacional trabajaba en labores agrícolas contribuyendo al sostenimiento de sus progenitores, pero no fue acreditado el monto devengado. En la acción indemnizatoria no se busca recobrar lo que se hubiere podido tener, sino lo que real y efectivamente se tuvo (daño emergente) y lo que se espera tener (lucro cesante) pero partiendo de una base cierta."

En lo que se refiere a la condena por perjuicios morales sostuvo:

"Consideramos que la condena proferida por el Tribunal por este concepto reconociendo el máximo que ha señalado la jurisprudencia para los hermanos de la víctima es excesiva, siempre que la sola prueba del parentesco no es suficiente para la demostración del daño moral, toda vez que sobre esto no recae la presunción que cobija a los padres, cónyuge y hermanos de la víctima cuando la indemnización se deriva por causa de la muerte de una persona, circunstancia por la cual se precisa reconsiderar la condena efectuada para que en su lugar el Consejo de Estado si a bien

lo tiene la revoque o modifique de acuerdo con los planteamientos jurisprudenciales esbozados por ese máximo Tribunal."

En el trámite de segunda instancia, la parte demandada presento su alegato de conclusión, en esa oportunidad solicitó revocar parcialmente el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia referente al reconocimiento de perjuicios morales en favor de los hermanos del occiso, y además, solicitó revocar el numeral tercero de la parte resolutiva que condenó en abstracto al pago de los perjuicios materiales.

Tanto la parte demandante como el señor Fiscal de la Corporación en la etapa de alegatos guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala comparte la decisión del Tribunal en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada; no obstante negará los perjuicios materiales por las siguientes razones:

En efecto, el día 4 de mayo de 1988 en la Base Militar del Municipio de Chitagá (Norte de Santander), el soldado EDGAR MIRANDA CONTRERAS orgánico del Batallón de Infantería No. 13, accionó accidentalmente el arma de dotación oficial, un Fusil G-3 causándole la muerte al soldado GUSTAVO JAIMES PARRA quien pertenecía a la misma institución. Esto se infiere de informe rendido por el Teniente Coronel EDUARDO MORALES BELTRAN adscrito al Batallón de Infantería No. 13 (fl. 86) y de la copia del proceso penal que obra a folios 117 a 192 del expediente.

Igualmente quedó demostrado que el sujeto inculpado pretendía limpiar su arma de dotación y equivocadamente accionó el disparador, sin observar las instrucciones elementales que se imparten sobre el manejo de las armas.

Sobre el particular se adelantó proceso en contra del mencionado agente agresor por el delito de homicidio ante la justicia Penal Militar, el cual concluyó con sentencia condenatoria. Esto permite deducir que el hecho se produjo cuando el soldado estaba en horas de servicio.

Si bien el occiso era también miembro activo de la entidad demandada, su muerte no constituía uno de los riesgos normales a los cuales estaba sujeto, pues el deceso no se produjo como consecuencia del ejercicio de sus funciones, en servicio o con ocasión del mismo, sino que fue producto del descuido e impericia en el manejo del arma por parte de su compañero de guarnición. La falta de instrucción, vigilancia o cuidado necesarios sobre los miembros o

elementos que se encuentran a disposición de la administración comprometen su responsabilidad. Mirando el *sublite* desde este punto de vista no estamos frente a un acto personal del agente que lo ejecutó, sino que se trata de un hecho imputable a la administración, la falla del servicio está probada, de suyo los elementos que la estructuran aparecen configurados. Sin embargo, podría aplicarse el sistema de falla presunta, en razón del elemento instrumental utilizado, un Fusil G-3 de propiedad del Ejército Nacional; y en este último caso se advierte que la parte demandada no demostró ninguno de los eximentes de responsabilidad.

El fallecimiento del soldado GUSTAVO JAIMES PARRA se demostró con el Registro Civil de Defunción (fl. 15), la licencia de inhumación (fl. 16), copia de la diligencia de levantamiento del cadáver (fl. 120), y el informe de la diligencia de necropsia (fl. 122).

La Sala encuentra una correcta apreciación de la prueba en la decisión apelada, razón suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación, Ministerio de Defensa.

Por último los demandantes JOSE VICENTE JAIMES RIOS, BEATRIZ PARRA HERRERA, DORIAN, HERNANDO, LETICIA, VICTORIANO, ISRAEL, ELIZABETH y DONALDO JAIMES PARRA, demostraron su legitimidad en este proceso con los documentos a folio 4 a 14 del expediente.

El recurso de apelación busca revocar el fallo del Tribunal. La entidad demandada en esta oportunidad estima que existe ineptitud de la demanda por no estimarse razonadamente los perjuicios materiales pretendidos por la actora. No obstante, la Sala encuentra cumplido este requisito, por los elementos de juicio aportados por la actora para una posterior liquidación.

Perjuicios Morales: La Sala mantendrá la condena impuesta por el Tribunal, con fundamento en que los demandantes probaron la calidad de padres y hermanos de la víctima. Este tipo de parentesco hace presumir el daño moral, por lo tanto la Nación Colombiana Ministerio de Defensa, pagará en favor de JOSE VICENTE JAIMES RIOS y BEATRIZ PARRA HERRERA padres del occiso la suma equivalente de MIL (1000) GRAMOS DE ORO para cada uno de ellos y en favor de DORIAN, HERNANDO, LETICIA, VICTORIANO, ISRAEL y ELIZABETH JAIMES PARRA la suma equivalente de QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO para cada uno de ellos, de acuerdo con el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Perjuicios Materiales: La Sala no reconocerá perjuicios materiales, por considerar que la prueba testimonial no tiene la fuerza de convicción necesaria tendiente a demostrar que el occiso sostenía económicamente a sus padres y no podía hacerlo, por estar prestando su servicio militar; además, porque el núcleo familiar estaba conformado por otros hermanos en capacidad de asumir esta obligación en caso de que fuera requerida.

En mérito de lo expuesto EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

MODIFICASE la Sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 2 de septiembre de 1991, la cual quedará así:

PRIMERO: Declárase a la Nación Ministerio de Defensa Nacional patrimonialmente responsable de los perjuicios morales ocasionados con la muerte del señor GUSTAVO JAIMES PARRA, ocurrida el 4 de mayo de 1988, en el municipio de Chitagá.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior condenase a la Nación Ministerio de Defensa Nacional a pagar a JOSE VICENTE JAIMES RIOS y BEATRIZ PARRA HERRERA, por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos en su condición de padres de la víctima y a DORIAN JAIMES PARRA, HERNANDO JAIMES PARRA, LETICIA JAIMES PARRA, VICTORIANO JAIMES PARRA, ISRAEL JAIMES PARRA, ELIZABETH JAIMES PARRA y DONALDO JAIMES PARRA,a equivalente de quinientos (500) gramos oro, en su condición de hermanos de la víctima, de acuerdo con el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: NIEGANSE las demás suplicas de la demanda.

Ejecutoriado este fallo envíese copia de él con las constancias de notificación y ejecutoria al Ministerio de Defensa y a los demandantes para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

PERJUICIOS MORALES - Tasación

Consideró el *a-quo* que el dolor y la aflicción que genera la muerte de un ser querido de edad avanzada, no pueden ser iguales a cuando la muerte le sobreviene a un persona de menor edad, por cuanto el primero tiene una probabilidad de vida bastante menor permite más resignación en sus familiares a más de que respecto de la persona mayor su influencia sobre los hijos ya se ha desarrollado, en tanto que de la de menor edad todavía pueden esperarse mayores relaciones para con sus hijos, a quienes su desaparición los afectará con mayor intensidad. Con fundamento en lo anterior se dispuso un reconocimiento equivalente en pesos a 600 gramos de oro para cada hijo y 200 gramos para el hermano. La Sala en ningún momento ha pretendido, de manera rígida o inflexible, clasificar cuantitativamente el valor de los perjuicios morales para los padres, hijos, cónyuges. hermanos y demás personas con derecho a recibir cualquier suma compensatorio como damnificados por el hecho dañoso de la administración. La Sala mantiene la decisión del Tribunal.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / VEHICULO OFICIAL

Por tratarse de un daño causado en un vehículo automotor del servicio oficial, hay lugar a presumir la falla del servicio, siempre que el hecho dañoso se encuentre debidamente probado, así como su relación de causalidad con el perjuicio y el carácter oficial del nexo instrumental causante del daño.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION TERCERA

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8346. Actor: JORGE ENRIQUE BAYONA GONZALEZ. Demandado: LA NACION-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fechada el 26 de noviembre de 1992, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Declárese no probadas las excepciones formuladas dentro del proceso.

"SEGUNDO.- Declárese a la Nación Colombiana-Ministerio de obras; Públicas y Transporte- administrativamente responsable de la muerte de Concepción González de Bayona, ocurrida en esta ciudad el 18 de abril de 1989.

"TERCERO.- Como consecuencia de la declaración anterior condénase a la Nación Colombiana,-Ministerio de Obras publicas y transporte a pagar indemnización por Perjuicios -morales subjetivos, el valor equivalente a seiscientos (600) gramos de oro fino a JORGE ENRIQUE BAYONA GONZALEZ,GABRIEL BAYONA GONZALEZ, para cada uno de ellos y el valor equivalente a doscientos (200) gramos de oro fino a FRANCISCO GONZALEZ.

"EL Valor correspondiente se determinara conforme a certificación que sobre el precio del gramo oro, expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de éste proveído.

"CUARTO.- Para los efectos de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.C.A".

"Sin condena en costas".

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1°. Las demandas:

1. Los señores Jorge Enrique Bayona González, Gabriel Bayona González y Francisco González, por conducto de apoderado y en Ejercicio de la acción de- reparación directa, en escrito presentado el 17 de agosto de 1989 ante el Tribunal Administrativo Cundinamarca, formularon demanda contra la Nación

-Ministerio de obras Públicas y Transporte-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- Declarar a la NACION (Ministerio de Obras Públicas), administrativa y extracontractualmente responsable de la muerte de la señora CONCEPCION GONZALEZ BAYONA, ocurrida en la ciudad de Bogotá el dia 18 de abril de 1989, cuando fué atropellada y muerta por el vehículo EL-7101 propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad y en el que viajaba la señora Ministra de Obras Publicas.

"SEGUNDA.-Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Obras Públicas), a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales el equivalente a pesos colombianos de las siguientes cantidades de oro puro o fino según su precio internacional certificado por el BANCO DE LA REPUBLICA a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado:

"A) Para JORGE ENRIQUE BAYONA GONZALEZ, un mil (1.000) gramos en su condición de hijo legítimo de la víctima.

"B) Para GABRIEL BAYONA GONZALEZ, un mil (1.000) en su condición de hijo legítimo de la víctima.

"C) Para FRANCISCO GONZALEZ, quinientos (500) gramos en su condición de hermano de CONCEPCION GONZALEZ DE BAYONA.

"TERCERA.- La NACION por intermedio de los funcionarios a quienes Corresponda la Ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta (30) dias siguientes al recibo de su comunicación, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas para su cumplimiento y pagara intereses corrientes dentro de los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorias después de dicho termino, todos según los artículos 176 y 177 del C.C.A".

2. En escrito presentado también ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de febrero de 1990, MARIA CONCEPCION BAYONA GONZALEZ solicito que se declarara a la Nación -Ministerio de Obras Publicas y Transporte, administrativamente responsable de la muerte de la señora Concepción González de Bayona y consecuencialmente se le condene a pagar a favor de María Concepción Bayona González, a título de perjuicios morales al equivalente en pesos a mil (1000) gramos de oro fino, dentro del termino señalado en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SECCION TERCERA

2°. Los hechos:

Se relata en las demandas que el dia 18 de abril, a eso de las once y treinta de la mañana, cuando el vehículo oficial de placas EL-7101, de propiedad de la nación utilizado por la entonces Ministra de Obras Publicas y Transportes,y conducido por Alfonso Guerrero Cortes, transitaba por la avenida Circunvalar entre calles 9° y 10°, atropello a la señora concepción González de Bayona, madre y hermana de los demandados quien a pesar de ser trasladada al Hospital de la Hortúa falleció.

Destaca la parte actora que el sector de la avenida donde sucedió el accidente se encontraba en reparación, carecía de conos Reparadores, el automóvil Oficial por causa de las obras de reparación iba de sur a norte, por el carril que normalmente va de norte a sur, a 20 metros del lugar del- accidente se encuentra la escuela Quinta Díaz, circunstancias que imponían la obligación al conductor del vehículo causante del accidente de transitar, con mayor prudencia y cuidado, con mayor razón en tratándose del vehículo que utilizaba la Ministra de Obras Públicas, primera autoridad de tránsito en Colombia.

Señala igualmente que Gabriel Bayona González se constituyó en parte civil parte civil dentro del proceso penal y que aunque fuera condenado el conductor Guerrero Cortés no va a haber indemnización porque éste no tiene con que pagar. Considera además, que la muerte de concepción González de BAYONA constituye una falla del servicio o una falta de la administración en ejercicio de una actividad peligrosa.

Se anota así mismo que María Concepción Bayona González es hija legítima de la víctima y reside en México, pero mantenía relaciones de cariño y afecto con su progenitora.

3°. Actuación procesal:

El Ministerio de Obras Públicas contestó las demandas y propuso las excepciones de "culpa de la víctima" e. "inexistencia de la obligación de indemnizar " por cuanto que la Compañía de Seguros "La Previsora" ordenó el pago de $651.192 al cónyuge y los herederos de la victima . Los procesos Fueron acumulados por auto del 7 de marzo de 1991.

Al alegar de conclusión, la parte actora reitera los planteamientos de la demanda acerca de la falla del servicio. Sobre la culpa de la victima sostiene que no fué de ella la imprudencia la, sino del conductor, que no por ser una anciana la víctima, puede exonerarse la administración, cono no la exime el pago que dice la demandada efectuó la Compañía de Seguros La Previsora. El

ente demandado se reafirma en las excepciones propuestas y aduce que se configura un caso fortuito originado en un obstáculo interno provenientes de las condiciones mismas de la conducta de la víctima y ajeno a cualquier previsión.

4o. La sentencia apelada:

Desestimó el *a-quo* las excepciones propuestas: la de la culpa de la víctima en razón a que "la culpa exclusiva de la víctima ha de entenderse como un a conducta negligente de ésta, que por si sola ocasiona el daño", circunstancia que no se probo; la de "inexistencia de la obligación de indemnizar" por cuanto "no se allegó prueba de la Aseguradora hubiera cancelado suma alguna por tal concepto, a pesar de haber solicitado mediante oficio".

Con respecto a la legitimación en la causa por activa el *a-quo* considero probada la condición de hijos de la víctima de Jorge Enrique, Gabriel y María Concepción Bayona González, no obstante haberse inscrito sus nacimientos con posterioridad al fallecimiento de su progenitora por que en todo caso, su nacimiento se había producido dentro del matrimonio de sus padres. Igualmente con la partida de bautizo considero acreditada la calidad de hermano de la victima por parte de Francisco González.

De otra parte, concluyo el Tribunal que en el *sub-judice* resultaba comprometida la responsabilidad de la administración dado que la conducción de vehículos esta calificada como actividad peligrosa y se trataba de un vehículo oficial,como también lo era su conductor,circunstancias que permitieron al fallador manejar lo sucedido por las tesis de la falla presunta,teniendo en cuenta además que la entidad demandada no acreditó causal alguna eximente de la responsabilidad.

Junto con la falla del servicio, encontró el Tribunal probados el daño y el nexo causal entre este aquella, de donde concluyo que se hallaba configurada la responsabilidad de la demandada.

Al tasar el monto de los perjuicios morales, el fallador de primera instancia estimó a cada hijo de la occisa corresponda el equivalente en pesos. 600 gramos de oro y al hermano el equivalente a 200 gramos del mismo metal, con fundamento en que "el dolor y aflicción que causa la muerte de un ser querido de avanzada edad, como en el presente caso, no pueden ser los mismos los que cuando sobreviene la muerte de una persona joven o que apenas empieza su ciclo vital...", pues en el primer caso afronta con mayor resignación la muerte de un anciano, que la de una persona de menor edad.

De la anterior decisión salvó voto uno de los magistrados integrantes de la Sala por dos razones: la primera porque se tuvo como legalmente demostrada la legitimación en la causa por activa de los hijos de la occisa cuyo registro civil de nacimiento y de matrimonio se inscribieron después de fallecida la progenitora. La segunda porque en su criterio, tanto la afirmación de maternidad se aparta así, de lo expresado sobre el particular por ésta corporación, para lo cual busca apoyo en algunos pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

5.- Razones de la apelación:

La parte demandada interpuso recurso de apelación, pero se abstuvo de sustentarlo, oportunamente, por lo que se declaro desierto. El apoderado de la parte actora impugnó la sentencia de la primera instancia,en el punto tercero de la parte resolutiva, en cuanto condena el pago del equivalente en pesos a 600 y 200 gramos de oro puro para cada uno de los hijos y el hermano de la victima respectivamente. Anota el recurrente que se trata de una tesis "novedosa pero injusta y violatoria del, Estatuto Superior y de la Jurisprudencia del Consejo de Estado" de esta última transcribe apartes de la sentencia de 14 de diciembre 1992 expediente 7176, actor :María Francisca Narváez, donde con ponencia del señor consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo se condenó el pago de 1000 gramos de oro para los hijos de la victima fallecida también en accidente de tránsito cuando contaba con 89 años de edad.

En los demás aspectos del fallo recurrentes muestra de acuerdo con la sentencia. En cambio expresa su inconformidad frente a lo expresado en el salvamento de de voto sobre los registros transcritos después de la muerte de la victima, para concluir,tras de un estudio del tema,que fué acertada la decisión del *a-quo* de reconocerle pleno valor probatorio a tales documentos.

De otra parte se muestra de acuerdo con el criterio del Tribunal respecto de que la calidad de madre extramatrimonial se adquiere por el sólo hecho del nacimiento, tema sobre el cual manifiesta que el Consejo de Estado conoce su posición por lo cual siguiendo el pensamiento medieval concluye: *"Roma Locuta Causa Finita"*.

Las partes presentaron alegaciones en la segunda instancia para reiterar básicamente los planteamientos expuestos en el curso del proceso y al sustentar el recurso.

6º. Concepto del Ministerio Público:

Para la señora Procuradora Segunda Delegada ante ésta Corporación la sentencia apelada debe confirmarse y considera "que no es necesario el acudir a la aplicación de la falla presunta, régimen bajo el cual se profirió la sentencia apelada, puesto que los elementos estructurales de la falla o falta del servicio se encuentran debidamente acreditados". Sobre los perjuicios morales estima que es un aspecto que le compete evaluar y dosificar al fallador, con base a la prueba recaudada, la sana critica su justo criterio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala el fallo apelado deberá confirmarse excepto en cuanto al reconocimiento indemnizado por perjuicios morales para Francisco González en su condición de hermano de la víctima, el cual será revocado.

Con respecto a la responsabilidad del ente publico demandado claramente se advierte que por tratarse de un daño causado con un vehículo automotor de servicio oficial, hay lugar a presumir la falla del servicio, siempre y cuando que el hecho dañoso se encuentre debidamente probado, así como su relación de causalidad con el perjuicio y el carácter oficial del nexo instrumental causante del daño. En las anteriores condiciones le corresponde a la administración acreditar la causal de exoneración que pretenda alegar a su favor.

En este orden de ideas encuentra la Sala probado que el automóvil marca Ford de placas EL-7101 es de propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y en la actualidad se encuentra entregado en comodato al servicio del Ministerio de Obras publicas y Transporte", según lo informa el Jefe de la División de Servicios y Suministros del DAS. (fl. 92 c.3). Igualmente está probado que el conductor Alfonso Guerrero Cortés era conductor en el despacho del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para la época del accidente. (fl. 16 c.3). Se probó así mismo que a consecuencia del accidente falleció la señora Concepción González de Bayona.

Presumida y no desvirtuada la falla del servicio, resulta evidente y ostensible su relación de causalidad con la muerte de la señora Concepción González de Bayona, configurándose así la responsabilidad extracontractual de la administración, sin que tengan prosperidad las excepciones de culpa de la víctima e inexistencia de la obligación de indemnizar en razón a que los supuestos fácticos de las mismas quedaron sin la debida comprobación.

Ahora bien, como consecuencia de la declaración de responsabilidad a la administración le corresponde indemnizar los perjuicios morales reclamados

por los demandantes, punto éste respecto del cual el fallo fué recurrido por la parte actora para que se aumente el valor de tales perjuicios a las sumas equivalentes en pesos a 1000 gramos de oro fino para los hijos de la occisa y 500 gramos del mismo metal para su hermano.

Consideró el *a-quo* que el dolor y la aflicción que genera la muerte de un ser querido de edad avanzada, no pueden ser iguales a cuando la muerte le sobreviene a una persona de menor edad, por cuánto el primero tiene la probabilidad de vida bastante menor y permite más resignación en sus familiares a más de que respecto de la persona mayor su influencia sobre los hijos ya se ha desarrollado, en tanto que de la de menor edad todavía pueden esperarse mayores relaciones para con sus hijos, a quienes su desaparición los afectá con mayor intensidad. Con fundamento en lo anterior se dispuso un reconocimiento equivalente en pesos a 600 gramos de oro para cada hijo y 200 gramos para el hermano.

Cabe precisar que la Sala en ningún momento ha pretendido, de manera rígida o inflexible, clasificar cuantitativamente el valor de los perjuicios morales para los padres, hijos, cónyuges, hermanos y demás personas con derecho a recibir cualquier suma compensatoria como damnificados por el hecho dañoso de la administración. Por ésta razón reiteradamente ha advertido que los valores regularmente señalados no pasan de ser más que unas pautas u orientaciones, susceptibles, desde luego, de aumentar o disminuirse, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso en particular, de cada persona individualmente considera, según la afectación moral que el fallador en su razonable discrecionalidad considere que se ha presentado respecto de cada demandante. Toda clase de circunstancias, en especial las de tiempo, lugar y modo que rodearon a la víctima y sus damnificados le ayudará al fallador a señalar el valor del perjuicio moral, y entonces, en cada caso, deberá apreciar el vínculo consanguíneo del reclamante y la víctima; sus relaciones personales y familiares antecedentes a la muerte; su cercanía, su convivencia bajo, el mismo techo, la dependencia económica y afectiva, el comportamiento anterior, concomitante a la muerte y posterior hacia la víctima; la edad de esta última; su influencia afectiva sobre el grupo familiar; su estado de salud física y mental, así como su edad al fallecimiento, pués, son entre otros, factores de orientación para que en su razonable arbitrio el juzgador determine el monto compensatorio por los perjuicios morales recibidos.

Las anteriores consideraciones le permiten a la Sala mantener la decisión del Tribunal cuya explicación y fundamentación en el avalúo de los perjuicios morales en torno de la muerte de una persona de avanzada edad como la señora Concepción González de Bayona, tienen aplicación en el *subjúdice* y acompasan con el criterio que sobre el particular se ha pretendido establecer. Sin duda, que

se pueden presentar casos similares, no idénticos, cuyo tratamiento no coincide con el estudiado. Ello, sin embargo dependerá en cada situación de las circunstancias fácticas propias del mismo y será allí donde el fallador en ejercicio de esa razonable discrecionalidad que posee para tasar el valor del perjuicio, establezca el monto a reconocer.

Considera la Sala, de otra parte, que el reconocimiento en favor del hermano de la victima Francisco González debe revocarse, habida cuenta que no se acreditó legalmente su calidad de hermano de la occisa. En efecto, si bien se aportaron las partidas de bautismo de una y otra, lo cierto es que con tales documentos de origen eclesiástico, se acredita su nacimiento y su bautizo, así ó su condición de hermano, cuyo parentesco se establece aportando también la prueba del matrimonio de sus padres, o mediante el reconocimiento voluntario en cualquiera de las formas previstas por el legislador o, por último, con la sentencia judicial que así lo declare, demostraciones éstas que no fueron traídas al *subjudice* y que, por consiguiente, impiden mantener la condena que a título de perjuicios morales hizo el *a-quo*.

Por último, se refiere la Sala a la inconformidad del magistrado que hace salvamento y aclaración de voto frente a la sentencia recurrida. En primer término, y con respecto a la demostración del estado civil con base en registros de matrimonio y nacimiento sentados con posterioridad a la muerte de la progenitora cuyo matrimonio se había celebrado anteriormente y dentro del cual ocurrieron los nacimientos ningún obstáculo de orden legal, se presenta para admitir en el proceso no solo el estado civil de casada, sino la calidad de hijos legítimos de la occisa, estados éstos provenientes, antes que de su inscripción en el registro respectivo, de la celebración del matrimonio, de la concepción y del nacimiento de las personas en vigencia de aquél. Para los efectos legales resulta definitivo establecer el hecho, acto o providencia que determine el estado civil correspondiste, en el *sub-judice*, el acto mismo de la celebración del matrimonio o el nacimiento de la persona dentro de aquel. Es de tales hechos o actos de donde se deriva el estado civil de casada de la occisa y la calidad de hijos legítimos de los demandantes, mas nó de que ese matrimonio y los nacimientos se hubieran registrado dentro del término legal de 30 días señalados en el decreto 1260 de 1970 para tal efecto. Cabe recordar que la exigencia de documentos como prueba del estado civil en nuestro ordenamiento es un requisito simplemente *ad probationem* y no *ad substancian actus*. Así las cosas, se concluye que aprecio acertadamente el juzgador *a-quo* los registros civiles de matrimonio y nacimiento traídos al proceso. En segundo término, en cuanto respecta a la prueba de la maternidad extramatrimonial, la Sala reitera su tesis expuesta en sentencia de 14 de junio de 1991,Expediente No. 6300, actor: Alberto Rincón, de la que fué ponente el señor Consejero Doctor Daniel Suárez Hernández.

SECCION TERCERA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 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 ordinales Primero, Segundo y Cuarto del fallo apelado, ésto es, el 26 de noviembre de 1.992, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal Tercero del fallo recurrido, el cual queda así:

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Nación Colombiana -Ministerio de Obras Públicas y Transporte, a pagar como indemnización por perjuicios morales subjetivos, el valor equivalente en pesos a seiscientos (600) gramos de oro fino a Jorge Enrique Bayona González, Gabriel Bayona González y maría Concepción Bayona González, cara cada uno de ellos, de acuerdo con el precio del oro que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de ésta providencia.

CUARTO. DENIEGANSE las demás pretensiones.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres(1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Nota de la Relatoría: La aclaración de voto del DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA Precisa lo siguiente: "Aclaro mi Voto dentro del proceso del rubro pues no estoy de acuerdo con la orientación que se fija en el fallo, Cuando se predica que la edad de la víctima juega un papel importante en la tasación de los perjuicios morales. Me asalta el temor que se haga de la edad, un factor esencial para reducir el monto de los mismos, o con olvido de esa circunstancia resulta realmente irrelevante".

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / INDICIOS

Si bien no existe prueba directa que permita imputarle a agentes de la Policía Nacional la autoría de las graves y notables lesiones que provocaron el deceso de la víctima, sí muestra el proceso, en cambio, una serie de hechos y circunstancias que analizados y coordinados lógicamente conducen a concluir que fue en poder de los miembros de la fuerza pública que lo retuvieron, cuando la víctima resultó con el trauma cráneo-encefálico de que da cuenta el médico forense. Si la víctima fue sacada del Hospital por el sargento de la Policía Nacional con la pequeña herida en la región submaxilar para llevarlo al Permanente por supuesta sindicación en su contra, y luego fue traído en las deplorables condiciones que obligaron a su delicada y urgente intervención, no por la herida que presentaba inicialmente, sino por el trauma cráneo-encefálico, este último solo pudo recibirlo durante el lapso transcurrido entre la salida y regreso al Hospital, tiempo durante el cual estuvo solo en poder de los miembros de la Policía Nacional.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos novena y tres (1993).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8551 Actor: JUAN CARLOS FERNANDEZ M. Y OTRA. Demandada: MINDEFENSA POLICIA NACIONAL

Conoce la Sala del grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia de 22 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual dispuso:

"PRIMERO: Declárase a **LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL** administrativamente responsable de la muerte del señor GERARDO ALBERTO RESTREPO MUÑOZ, acaecida el día 29 de Julio de 1990 en el municipio de Popayán.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de reparación por **PERJUICIOS MORALES**, CONDENASE a **LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL**, a pagar a título de indemnización por perjuicios morales a JUAN CARLOS FERNANDEZ MUÑOZ, DIANA CRISTINA FERNANDEZ MUÑOZ Y, ANTONIO JOSE RESTREPO MUÑOZ, en su calidad de hermanos maternos del occiso GERARDO ALBERTO RESTREPO MUÑOZ, el equivalente a 500 gramos de oro puro.

"TERCERO: El valor reconocido por perjuicios morales se pagará al precio del gramo que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"CUARTO: Las sumas reconocidas por perjuicios morales devengarán los intereses del Art. 177 del C.C.A. a partir de la ejecutoria de esta providencia.

"QUINTO: Envíese copia de esta providencia con constancia de su notificación y ejecutoria al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa, Dirección de la Policía Nacional y Procuraduría General de la Nación.

"SEXTO: Sin costas.

"SEPTIMO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.». (folio 105).

1o.- **La demanda.-**

Los señores JUAN CARLOS FERNANDEZ MUÑOZ. DIANA CRISTINA FERNANDEZ MUÑOZ Y ANTONIO JOSE RESTREPO MUÑOZ, por medio de apoderado, el 4 de octubre de 1990, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo del Cauca en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a fin de que se declarara responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales por daño emergente

ocasionados con la muerte violenta de que fué víctima el Sr. GERARDO ALBERTO RESTREPO MUÑOZ, hermano de los atrás mencionados.

2o. **Fundamentos de hecho:**

Las circunstancias concretas que rodearon la tragedia, los concreta el Tribunal así:

"En la noche del 29 de julio de 1990 se encontraba el señor GERARDO ALBERTO RESTREPO MUÑOZ departiendo amigablemente con algunas personas que lo hablan invitado a la vereda de Torres en Popayán, cuando hacia las 10 de la noche, aproximadamente, y sin que mediera (sic) motivo alguno, fue agredido por el señor ESNEL JOJOA, quien le propinó una insignificante lesión con arma blanca (navaja) en el cuello, por lo cual fué conducido de inmediato por el Inspector SALOMON VELASCO y por los circunstantes JAIRO Y ANTONIO CANENCIO, al hospital San José para que fuera atendido en "urgencias", siendo ya cerca de la media noche y quedando bajo la atención de un médico de turno, quien detectó una insignificante lesión subcutánea sin complicación de ninguna naturaleza quedando registrado su ingreso a la mencionada casa de salud hacia la 1 de la madrugada del día 30 de julio donde se le abrió la historia clínica número 307 y 109 bajo el nombre de N.N.

"A los pocos minutos de haber ingresado al Hospital San José el paciente GERARDO ALBERTO RESTREPO MUÑOZ, hizo su aparición una radio-patrulla de la Policía Nacional, adscrita al servicio en la ciudad de Popayán bajo el mando del Sargento Segundo-ROTAVINSKI-, quien inrumpió (sic) en el Hospital y dispuso llevarse al lesionado en calidad de retenido para el Permanente Municipal, sin que existiese motivo legal alguno para ello, pues no existía orden judicial alguna de captura, y sin que nada valiese las protestas de médicos, enfermeras y particulares, quedando anotada la salida para el "permanente" en la Historia Clínica.

"El señor GERARDO ALBERTO RESTREPO fué conducido en la Radio patrulla policial hasta las instalaciones del permanente municipal donde fué introducido por los uniformados, siendo sometido por los mismos a una paliza criminal siendo gravemente lesionado en el cráneo lugar de donde fue sacado para ser conducido nuevamente al hospital, donde los uniformados hicieron entrega del herido aproximadamente a las dos de la mañana, pero ya comportando en su cuerpo especialmente en la cabeza graves lesiones traumáticas que obligaron a los galenos a intervenirle quirúrgicamente sin que de nada valieran sus esfuerzos, puesto que el paciente falleció en las horas de la tarde del 30 de julio de 1990, ya que desde el poco instante en que fue reintegrado por la Policía

al Hospital no daba respuestas oculares ni verbales es decir, su capacidad vital estaba seriamente comprometida".

"Para la actora el proceder de la Policía dentro del marco de los hechos relacionados es constitutiva de grave falla en el servicio por cuanto se ejerció sobre un ciudadano acción violenta que le causó la muerte". (folios 95 y 96).

3. -**Actuación procesal.-**

Sostuvo la entidad demandada que las pretensiones de la parte actora deben negarse pues estima con fundamento en las pruebas recaudadas que la muerte de la víctima no fue producida por personal de la Policía Nacional, dado que cuando el occiso fue trasladado al hospital ya se encontraba herido y la autoridad sólo se limitó a colaborar para que se le prestara ayuda médica inmediata por los hechos de sangre protagonizados por la víctima y Esnel Jojoa.

El Agente del Ministerio Público, en su concepto de fondo, fechado el 29 de septiembre de 1992, concluye que del análisis del material probatorio que obra en el proceso no pueden prosperar las súplicas de la demanda, por cuanto no se lograron demostrar las circunstancias fácticas en que se fundamenta. Al no demostrar la parte actora la falla en el servicio, estima la Procuraduría "que deben despacharse negativamente las pretensiones de la demanda, sin que sea de recibo el planteamiento formulado en el alegato de conclusión por los demandantes, en el sentido de que se está frente a una falla presunta en el servicio, pues por ningún lado se demostró que las heridas hubieran sido producidas por un arma oficial".

Con las pruebas recaudadas estima el Tribunal que si bien le asiste razón al Colaborador Fiscal en cuanto que no existe en el proceso la plena prueba de que el occiso hubiera sido sometido a una "paliza criminal" por los uniformados, no es menos cierto que existen pruebas fehacientes que demuestran a la Corporación los hechos narrados a folios 102 y 103 del fallo.

Para el fallador de primera instancia el manejo de la situación la califica como falla comprobada en el servicio, por cuanto la obligación como suboficial al servicio era la de exigir del centro hospitalario "la atención oportuna y adecuada del detenido, por cuanto en el momento en que fué puesto a órdenes de la Policía, debía la institución velar por la integridad física del retenido, por cuanto la FALLA EN EL SERVICIO, se puede presentar tanto por ACCION como por OMISION; y así no estuviere muy claro el origen de la lesión cerebral, al menos si es evidente que se retiró del Hospital sin que recibiera atención médica a un detenido que se encontraba en estado de inconciencia y por lo tanto no podía ofrecer resistencia al tratamiento médico, como lo quiso demostrar la

demandada, en su afán de substraerse a la responsabilidad que el Tribunal hoy le endilga....".

Por perjuicios morales reconoció el *a-quo* a los demandantes en su condición de hermanos legítimos del occiso, el equivalente en pesos a 500 gramos de oro para cada uno. Los perjuicios materiales por daño emergente no fueron indemnizados por no haberse reconocido el documento privado sobre servicios fúnebres, presentado con la demanda el 2 de agosto de 1990.

Ante esta Corporación la apoderada de la Policía Nacional presentó su alegato de conclusión para impetrar la revocatoria del fallo consultado, en razón a que no encontró probada la falla del servicio planteada en la demanda, ni demostrados los especiales lazos de afecto de los demandantes con la víctima.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fallo consultado debe confirmarse, en razón a que la Sala comparte los planteamientos expresados por el Tribunal para declarar la responsabilidad extracontractual del ente demandado y el reconocimiento de los perjuicios de orden moral para los demandantes.

La cuestión debatida en el *sub judice* consiste en determinar si el fallecimiento de Gerardo Alberto Restrepo Muñoz, sucedido el 29 de julio de 1990, en la ciudad de Popayán, fue consecuencia de lesiones recibidas de miembros de la Policía Nacional, o si por el contrario, su muerte violenta fue causada por heridas o traumas a los que los integrantes de dicha institución fueron ajenos.

Cabe señalar que si bien no existe prueba directa que permita imputarle a agentes de la Policía Nacional la autoría de las graves y notables lesiones que provocaron el deceso de la víctima, si muestra el proceso, en cambio, una serie de hechos y circunstancias que analizados y coordinados lógicamente conducen a concluir que fue en poder de los miembros de la fuerza pública que lo retuvieron, cuando Restrepo Muñoz resultó con el trauma cráneo encefálico de que da cuenta el médico forense.

Con fundamento en los testimonios de Jairo Canencio Catamuscay (folio 73 C. 2) y Antonio José Canencio (folio 76 C. 2), personas que colaboraron en la conducción del lesionado al Hospital de Popayán, según manifestación del primero "le vi una pequeña herida en la parte izquierda del cuello"', herida que le permitió sostener que "era leve"; en tanto que el segundo de los nombrados también afirmó que "No, esa herida no era grave". (Subrayas de la Sala).

De otra parte, en la necropsia (folio 60 C. 2), al examen externo se refiere: "CARA. Herida cortante suturada de **1 cmts** en rama derecha del maxilar inferior..." y en la Historia Clínica se relaciona herida en región submaxilar derecha "de **más o menos 2 cms** de longitud...".

El agente de la Policía Nacional que se encontraba de guardia en el Hospital, anota en el libro de registro la llegada de un paciente que presenta herida en la cara lado derecho..." (folio 99 C. 2), y el mismo Sargento Fernando Antonio Rotaviski Posada manifestó que al ir a traslado del Hospital al Permanente "al ver yo físicamente al sujeto y mirarlo minuciosamente observé que tenía una herida el cuello la cual no fue suturada..." (folio 68 C. 2).

De los hechos que se acaban de relacionar deduce la Sala que inicialmente, desde cuando fue traído el herido al Hospital, hasta cuando el Sargento Rotavisky lo trasladó hacia el Permanente, Gerardo Alberto Restrepo Muñoz no presentaba sino una herida en la región submaxilar derecha, pequeña de 1 a 2 centímetros de longitud que no revestía gravedad.

De igual manera puede inferirse que con esa misma lesión el mencionado suboficial de la Policía Nacional se llevó al herido de la camilla donde se encontraba, para retenerlo en el Permanente, es decir, que si se toma en cuenta que dicho sargento lo miró "minuciosamente" y no le observó sino la lesión cercana al cuello, solo ésta y ninguna otra herida o traumatismo presentaba Restrepo Muñoz al dejar el Hospital y quedar bajo el poder y responsabilidad de la Policía Nacional.

Posteriormente y cuando ya se había ido del Hospital, regresa el mismo paciente pero nó en el mismo estado en que se hallaba cuando se lo llevó la Policía Nacional. Su situación sicofísica era muy grave pues presentaba los efectos de "Accidente Cerebro-Vascular isquémico", que culminó con la muerte de Restrepo Muñoz debida a 1.- "HEMORRAGIA CEREBRAL. 2.- TRAUMA CRANEO ENCEFALICO". Estima la Sala que mucho va de esta conclusión, a la herida pequeña que inicialmente tenía la víctima.

De los hechos que se acaban de relacionar la Sala deduce como lo hizo el Tribunal que si Restrepo Muñoz fue sacado del Hospital por el sargento de la Policía Nacional Rotavisky Posada con la pequeña herida en la región submaxilar para llevarlo al Permanente por supuesta sindicación en su contra, y luego fue traído en las deplorables condiciones que obligaron a su delicada y urgente intervención, no por la herida que presentaba inicialmente sino por el trauma cráneo encefálico este último solo pudo recibirlo durante el lapso transcurrido entre la salida y regreso al Hospital, tiempo durante el cual estuvo sólo en poder de los miembros de la Policía Nacional.

Pero aparte de la conducta activa que resulta de los hechos indicadores mencionados, también le da la Sala razón al juzgador a quo en su apreciación de una falla del servicio por omisión, si se admite que el suboficial Rotavisky imprudentemente retiró del Hospital a una persona que se encontraba inconsciente y al cual, según lo dice, el personal médico de tal centro Hospitalario se negó a prestarle los servicios necesarios por un supuesto rechazo del herido, que no lo entiende la Sala si se hallaba inconsciente. Obró pues, errada e irregularmente el mencionado sargento, de una parte, al disponer en forma arbitraria de una persona que se hallaba herida e inconsciente para cumplir pretendidas órdenes de retención y conducción procesalmente no demostradas y de otra, al permitir pasivamente la supuesta desatención médica del lesionado cuando como autoridad policíva debía exigir la prestación de los servicios de salud necesarios y disponibles en favor del ciudadano herido, para cumplir así con el deber constitucional y legal de protección de los administrados en su vida e integridad, deber que incumplió con su omisivo e ilegítimo comportamiento.

Aparte de la falla del servicio por acción u omisión se encuentran probados los perjuicios morales sufridos por los hermanos del occiso así como el nexo causal entre tales perjuicios y la falla advertida, de donde resulta configurada la responsabilidad administrativa del ente demandado.

Como perjuicios morales fué reconocido el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de los hermanos de la víctima cuya legitimación por activa encuentra la Sala debidamente acreditada. Hay lugar entonces a confirmar tales reconocimientos. Igualmente se confirmará la denegación de perjuicios por daño emergente, no solo por lo expresado en la sentencia de primer grado, sino por tratarse de consulta de una sentencia, la que no puede dar lugar a hacer mas gravosa la situación de la administración.

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

F A L L A:

CONFIRMASE la sentencia consultada, esto es, la de 22 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Palacio, Secretaria.

CULPA DEL AGENTE - Inexistencia / RELACION DE CAUSALIDAD

No desconoce la Sala que en la ejecución de los hechos, el cabo no cumplía función o misión del servicio. Sin embargo, cabe advertir que en el caso bajo estudio no es posible desligar el comportamiento personal del agente, del servicio mismo, dado que se presentan distintos nexos que los vinculan, y que permiten visualizar una estrecha conexión entre aquello, hasta el punto de que las muertes ocasionadas no se hubieran presentado de no encontrarse de por medio distintos factores inherentes al servicio definitivos para que ejecutara su conducta punible y administrativamente reprochable.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8703. Demandada: Policía Nacional. Actor: MOISES CASTAÑEDA BEDOYA Y OTROS.

Decide la Sala el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia de 30 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual dispuso:

"1. No procede la excepción propuesta.

"2. DECLARASE a la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional responsable administrativamente de los daños inferidos a Moisés Castañeda Bedoya, Stella del Socorro Garcés Garcés, Marisol y Doris del Socorro Castañeda Garcés y Aristóbulo de Jesús González, Rosalba Rivera de

González y Celfy del Pilar, Manuel Salvador, Wiemar Alberto, Ausdrey del Socorro y Mónica González Rivera, con motivo de la muerte violenta de Jhon Fredy Castañeda Garcés y Edilson González Rivera, ocurridas el 25 de diciembre de 1989, en la Autopista Norte, frente a la factoría Prodenvases, cuando cambiaban una llanta del vehículo, "que se había quedado sin aire".

"3. Se condena, por tanto, a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, a pagar a cada uno de los demandantes que se determinan a continuación las sumas que corresponda a los siguientes gramos de oro fino: a.-1000. a Moisés de Jesús Castañeda Bedoya; b.- 1000, a Stella del Socorro Garcés Garcés. c.- 1000, a Aristóbulo de Jesús González Castro. d.- 1000, a rosalba Rivera de González. e.- 500, a Marysol Castañeda Garcés. f.- 500, a Doris del Socorro Castañeda Garcés. g.- 500, a Celfy del Pilar González Rivera. h.- 500, a Manuel Salvador González Rivera. i.- 500, a Wiemar Alberto González Rivera. j.- 500, a Ausdrey del Socorro González Rivera. k.- 500. a Mónica González Rivera. Para los efectos del pago se tendrá en cuenta la cotización que tenga dicho metal en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"4. NIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

"5. Se dará cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"COPIESE Y NOTIFIQUESE. CONSULTESE CON EL SUPERIOR". (folios 500 y 501).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- **La demanda.-**

Los señores MOISES DE JESUS CASTAÑEDA BEDOYA, su esposa STELLA DEL SOCORRO GARCES GARCES. los hijos MARYSOL y DORIS DEL SOCORRO CASTAÑEDA GARCES. en calidad de padres y hermanos de JHON FREDY CASTAÑEDA GARCES, por una parte, y en nombre y representación de ARISTOBULO DE JESUS GONZALEZ CASTRO, su esposa ROSALBA RIVERA DE GONZALEZ y (los hijos CELFY DEL PILAR, MANUEL SALVADOR. WEIMAR ALBERTO AUSDREY DEL SOCORRO y MONICA GONZALEZ RIVERA. en calidad de padres y hermanos de EDILSON GONZALEZ RIVERA, por otra parte, por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de

reparación directa formularon demanda contra la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

Solicitan declarar a dichas entidades públicas administrativa y patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios que se les causaron a raíz de la muerte violenta de que fueron objeto los jóvenes JHON FREDY CASTAÑEDA GARCES y EDILSON GONZALEZ RIVERA el día siguiente de la noche de navidad del año de 1989, hechos ocurridos en el barrio Florencia de la ciudad de Medellín, los cuales fueron protagonizados por HERNANDO COPETE GONZALEZ.

Como consecuencia de esas muertes que se imputan a una falla del servicio . solicitan sea condenada la administración a pagarles la indemnización a que tienen derecho por los siguientes conceptos:

"A. Por concepto de perjuicios morales la cantidad en pesos equivalente a un mil (1000) gramos de oro para cada uno de los padres y madres de los fallecidos, y la cantidad en pesos equivalentes a quinientos (500) gramos de oro para cada uno de los hermanos, todo el valor del oro a la fecha de la sentencia. según lo certifique el Banco de la República en su oportunidad.

"A. Por concepto de perjuicios materiales la demandada pagará las sumas de dinero que queden probadas en el proceso o, en su defecto, las que se liquidaren en incidente de regulación posterior. La condena, por este aspecto. se actualizará conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

"TERCERA.- El pago se hará en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. (folios 29 y 30).

2.- **Fundamentos de hecho.-**

Aparecen relacionados a folios 30 a 32 del cuaderno principal y se reducen en síntesis en lo siguiente:

En la noche de navidad del año de 1989 se reunieron en un sitio cercano a la vivienda la familia Castañeda Garcés, ubicada en el municipio de Envigado.

En la madrugada del siguiente día Jhon Fredy Castañeda a petición de sus padres se dispuso a llevar a algunos de los invitados. Cuando regresaba, se detuvo en la carrera 64 No.96-26 con el fin de cambiar una de las llantas, cuando otro conductor también paró y se bajó a colaborarle en el cambio de la llanta averiada, quien respondía al nombre de Edilson González Rivera. Cuando

ya habían terminado la reparación, ayudados a su vez Por Jorge Eliécer Mejía Garcés, y se disponían a recoger las herramientas. fueron arrollados por una camioneta marca Toyota, color beige y con placas QA 79-30 ... 6, quedando tendidos y sin vida por el impacto. en la vía pública. El vehículo desapareció con todo y dueño y fué capturado al parecer por un segundo accidente. El conductor Hernando Copete González identificado plenamente. presentaba avanzado estado de alicoramiento, además que se constató que era cabo primero de la Policía Nacional "adscrito a la SIJIN F2 y el vehículo con el que segó las vidas de los dos jóvenes también está al servicio de la institución.....".

Jhon Freddy Castañeda Garcés nació el 4 de noviembre de 1972 estudiaba el bachillerato, al fallecer tenía 17 años de edad. En sus tiempos libres conducía el vehículo de la familia y proyectaba graduarse como profesional en Ingeniería Electrónica.

Edilson González Rivera, nació el 8 de abril de 1966 era conductor de profesión y al morir tenía 24 años. Conducía un colectivo y con el producido de su trabajo ayudaba a su señora madre.

"Su desaparición produjo consternación y profundo dolor moral a sus padres y hermanos, además de perjuicios y solicitó la práctica de algunas pruebas para "desvirtuar los hechos de la demanda para que así sean desestimadas las peticiones de la misma". Propuso la excepción de ineptitud de la demanda por no razonamiento de la cuantía. Al alegar de conclusión la apoderada de la entidad demandada sostuvo que "nos encontramos frente a una típica responsabilidad del Agente, que, como ya se dijo en nada compromete la responsabilidad de la Nación. pues esta no facilitó o profirió la ejecución de la falta....".

En su concepto el Procurador 30 en lo Judicial estima que no se configuró la falla del servicio "sino la actividad personal anómala del funcionario" y que. "con los elementos probatorios que obran en el proceso no es posible deducir inequívocamente la responsabilidad administrativa contra la demanda...".

3.- La actuación en la primera instancia.-

Practicada la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio de Defensa y Director General de la Policía Nacional, el apoderado especial que constituyó para que asumiera su representación en tiempo oportuno contestó la demanda y solicitó la práctica de algunas pruebas para "desvirtuar los hechos de la demanda para que así sean desestimadas las peticiones de la misma". Propuso la excepción de ineptitud de la demanda por no razonamiento de la cuantía. Al alegar de conclusión la apoderada de la entidad demandada sostuvo

que "nos encontramos frente a una típica responsabilidad del Agente, que. como ya se dijo en nada compromete la responsabilidad de la Nación. pues ésta no facilitó o profirió la ejecución de la falta...".

En su concepto el Procurador 30 en lo Judicial estima que no se configuró la falla del servicio "sino la actividad personal anómala del funcionario" y que, con los elementos probatorios que obran en el proceso, no es posible deducir inequívocamente la responsabilidad administrativa contra la demandada...".

4.- **La sentencia.-**

En el fallo materia de esta consulta, visible a folios 485 a 501 el Tribunal declaró que no prosperaba la excepción de inepta demanda por cuanto a pesar de lo expresado por el excepcionante sobre la estimación equivocada de la cuantía. los demandantes tratan el daño material detalladamente en otro capítulo "de una manera más o menos aceptable, el perjuicio que han sufrido por tal concepto".

Con relación a la responsabilidad del ente público sostuvo, el Tribunal que se dió en el sub iudice una falta personal del agente en nexo con el servicio, hasta el punto de que el fallecimiento de las víctimas no se hubiera presentado si los superiores del Cabo Hernando Copete hubiesen tomado las medidas necesarias para evitar que éste retirara el vehículo de las dependencias oficiales. "La ineficacia de los responsables de la estación de carabineros se torna más grave aún si se tiene en cuenta: A. Que el Jefe de la SIJIN había dado la orden de que ese carro no fuera movido de allí. y b. Que el mencionado Cabo Primero se encontraba en un notorio estado de embriaguez". configurándose así la falla del servicio en que incurrió la Nación. Igualmente encontró el *a quo* acreditado el daño y el vínculo de causalidad entre estos.

Reconoció los perjuicios morales de los demandantes a quienes ordenó pagar el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de los padres de los occisos y de 500 gramos del mismo metal, para cada uno de sus hermanos.

No accedió a disponer el pago de perjuicios materiales por daño emergente dado que no fué reconocido el documento respectivo y el Decreto 2651 de 1991 "no se aplica en éste proceso". Tampoco accedió a indemnizar el lucro cesante por imprecisiones probatorias sobre cuál de los occisos aportaba para el sostenimiento familiar.

Ante esta Corporación. la apoderada de la Policía Nacional en su alegato de conclusión reiteró la falta personal del agente e insinúa que la conducta de

las víctimas "de una u otra forma coadyuvó al fatal desenlace", para solicitar la revocatoria del fallo o la disminución de la condena.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

En el proceso se halla debidamente comprobado:

1.- Que en las primeras horas de la mañana del 25 de diciembre de 1989 al vehículo conducido por Jhon Jairo Fredy Castañeda se le daño una llanta en la carrera 64C. Autopista Norte de Medellín, y otro vehículo se detuvo para colaborar en desvararlo.

2.- Que el vehículo campero Toyota, de placas QA-7930, pertenece a la Policía Nacional. (fol. 203 C. 2).

3.- Que el Cabo Primero de la Policía Hernando Copete González "tenía a su cargo para la prestación de servicio el vehículo Campero Toyota. color beige, Landcruiser (sic), placa QA-7930..." (fol. 203 C. 2).

4.- Que mediante sentencia de 4 de octubre de 1990 proferida por el Juzgado Sexto Superior de Medellín Hernando Copete González fué condenado a 40 meses de prisión por el doble homicidio y lesiones personales causadas en el accidente de tránsito a que se refiere este proceso (fols. 348 a 380 C. 2).

5.- Que la anterior providencia fué confirmada por el Tribunal Superior de Medellín. (fols 397 a 410).

6.- Que al examinar al Cabo Primero de la Policía Nacional Hernando Copete González, en el Laboratorio Alcoholimétrico y de Estupefacientes de Medellín, se obtuvo como resultado 4°.grado de embriaguez. (fol. 99 C. 2).

7.- Que el nombrado Copete González, como conductor del vehículo aludido, en estado de embriaguez y exceso de velocidad atropelló a los jóvenes Jhon Fredy Castañeda Garcés y Edilson González Rivera, emprendiendo la fuga.

8.- Que el vehículo se encontraba parqueado en la estación Carabineros, de donde el suboficial mencionado en ostensible estado de embriaguez la sacó y más tarde ocasionó el trágico accidente.

9.- Que según certificación del Jefe de SIJIN. "el Cabo Primero COPETE GONZALEZ HERNANDO, para el 25 de diciembre de 1989, después de las 24 horas de la noche (12 PM. de la noche), NO SE ENCONTRABA

PRESTANDO NINGUNA CLASE DE SERVICIO NI REALIZANDO ACTIVIDAD ALGUNA RELACIONADA CON EL SERVICIO O FUNCION". (fol. 105 C. 2).

De las anteriores comprobaciones queda suficientemente claro para la Sala que en el *sub judice* se presentó una falla en el servicio. Sobre fundamentos fácticos que señalan al autor del hecho y las circunstancias que revocaron los mismos cuenta la Sala no sólo con el material probatorio recaudado, sino con las sentencia de primera y segunda instancia de la justicia penal ordinaria mediante las cuales fué sancionado con pena de prisión suboficial de la Policía Nacional.

No desconoce la Sala que en la ejecución de los hechos, el cabo Copete González no cumplía función o misión del servicio, circunstancia que ha servido para que la entidad demandada alegue la culpa o falta personal del agente con miras a exonerarse de la responsabilidad reclamada. Sin embargo, cabe advertir que en el caso bajo estudio no es posible desligar el comportamiento personal del agente, del servicio mismo, dado que se presentan distintos nexos que los vinculan. y que permiten visualizar una estrecha conexión entre aquellos, hasta el punto de que las muertes ocasionadas no se hubieran presentado de no encontrarse de por medio distintos factores inherentes al servicio y definitivos para que Copete González ejecutara su conducta punible y administrativamente reprochable.

Basta analizar que el vehículo era oficial y que le había sido asignado al cabo Copete, quien preválido de tal condición irregularmente lo utilizó; que se encontraba parqueado en terrenos de la Estación de Carabineros perteneciente a la Policía Nacional: que existía orden superior para mantener inmovilizado ese automotor: que el desplazamiento libre y voluntario del Cabo Copete González dentro de las instalaciones policivas donde el automotor estaba paralizado, sólo pudo hacerlo precisamente por razón de su condición de miembro de la Policía Nacional y que al movilizar el vehículo referido era ostensible su estado de embriaguez, pese a lo cual sin dificultad ni control de ninguna naturaleza pudo utilizar el carro oficial para con el mismo causar los daños cuya indemnización se reclama en este proceso, lo cual implica una omisión de la entidad demandada en el deber de vigilancia y cuidado sobre el automotor oficial para hacer cumplir la prohibición del superior, jerarquía que impedía su movilización, frente a la cual falló el servicio de vigilancia al permitir que precisamente uno de sus miembros, así se hallara en franquicia. lo retirara para utilizarlo en la forma ilícita conocida de autos.

Sin duda de la convergencia de los hechos y circunstancias anteriormente relacionados se deduce la falla del servicio por parte de la Policía Nacional, dado que los mismos no pueden escindirse del servicio y mantienen una relación

directa entre si que conduce a desestimar la culpa personal del agente, para en su lugar como acertadamente lo hizo el Tribunal, declarar la responsabilidad administrativa por falla del servicio.

Conviene recordar, en lo pertinente, lo dicho por la Sección en providencia del 23 de abril de 1985, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo: "La tesis de la falla personal ha sido elaborada por esta misma Sala y se ha insistido en varias oportunidades que para que ésta se dé tiene que mostrar el accionar del agente totalmente desvinculado del servicio, porque si el resultado dañoso deja ver que se actúa dentro o con ocasión del mismo la culpa personal desaparece para mostrar la falla de la administración y con ésta su responsabilidad".

Establecida la falla del servicio, así como el daño y el incuestionable nexo causal entre éste y aquélla, fluye necesariamente la responsabilidad extracontractual del ente demandado y la consecuente obligación indemnizatoria a su cargo, por los perjuicios causados.

A los demandantes como indemnización por los perjuicios materiales el Tribunal no les reconoció suma alguna, ni por concepto de daño emergente dada la deficiencia probatoria del documento aportado, para tal efecto; ni por lucro cesante en razón a que no se probó quién era de los conductores fallecidos el que aportaba para el mantenimiento del hogar.

La Sala está de acuerdo con tal determinación, a más de que por tratarse de la consulta de una sentencia, sus términos no pueden modificarse en contra de la administración para hacerle más gravosa su situación procesal y patrimonial.

Con respecto a los perjuicios morales la tasación que de los mismos hizo el Tribunal acompasa con el criterio regularmente aplicado por la Sala, en el sentido de reconocer en casos como éste, el equivalente en pesos a 1000 gramos de oro fino para cada uno de los padres de las víctimas y de 500 gramos del mismo metal para cada uno de los hermanos de aquellas.

Por último, dada la ubicación del vehículo que se hallaba estacionado, la que permitía una libre y amplia circulación para el tránsito de los demás automotores. así como la perfecta visibilidad en línea recta que tenía el conductor del carro oficial, en concordancia con el estado de alicoramiento de aquél y la excesiva velocidad que llevaba, permiten descartar la concurrencia de culpas y reducción del daño insinuada por la señora apoderada de la Policía Nacional en su alegato final.

SECCION TERCERA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE el fallo consultado, ésto es, el proferido el 30 de abril de 1993 por la Sección Primera del Tribunal de Antioquia.

SEGUNDO: Para el cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A. expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma Oficial / CULPA DE LA VICTIMA / CONCURRENCIA DE CULPAS

Sí se comprometió la responsabilidad del ente demandado por falla presunta del servicio, con la concurrencia de la culpa de la víctima, la cual con su conducta incidió en el resultado final, en una proporción que la sala estima porcentualmente en un 50%. El agente homicida, actuó en forma poco profesional e innecesaria frente a un sujeto agresivo que estaba ingiriendo licor, quien al verse presionado por aquél se bajó de su caballo armado con un cuchillo a hacerle frente. Pudo el agente en lugar de aceptarle el reto a pelear, adoptar medios más civilizados, acorde con el servicio, para obligarlos a cumplir la orden impartida máxime cuando para ello estaba acompañado de otros agentes. Es imposible aceptar la culpa exclusiva de la víctima. Actuó mal, irregularmente, la administración la cual no supo evitar la tragedia desarrollada al lado del comando de la policía y con la presencia impresionantemente pasiva de los otros agentes. Actuó mal, la víctima, quien con su conducta agresiva y "machista" no acató las órdenes, dadas y quiso resolver el asunto como una simple rencilla personal esgrimiendo amenazador cuchillo.

PREJUDICIALIDAD PENAL / COSA JUZGADA / LEGITIMA DEFENSA

En muchos casos la exoneración del agente en el campo penal por legítima no impide que se condene a la administración por falla del servicio, porque esta última relación se juzga con base en la normativilidad diferente; circunstancia que deja de lado, en principio, no solo el manejo de la prejudicialidad sino de la misma cosa juzgada.

SECCION TERCERA

PERJUICIOS MATERIALES - Determinación / LUCRO CESANTE / PRESUNCION DE HOMBRE

Frente a los perjuicios materiales, dados la edad de la víctima, su estado de soltería y el hecho de ser el cultivador de una parcela que les dejó al morir su padre, se le reconocerá a su madre una indemnización correspondiente a lo que dejó de percibir (lucro cesante) desde la muerte de la víctima hasta la fecha en que éste hubiera cumplido los 25 años, edad en la que se presume el colombiano toma estado y deja el hogar de sus padres para tomar una nueva obligación. Como no se estableció un ingreso superior al salario mínimo devengado por la víctima, la liquidación se hará con base en dicho salario, entendiendo que de éste gastaba en vida el occiso el 50% para su propia subsistencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8231.Actor: ANA DOLORES GIRALDO OCAMPO DE OCAMPO Y OTROS. -Indemnizaciones. Demandada: Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de noviembre de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia (sección primera), mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la parte demandante.

Esta, en su escrito de noviembre 10 de 1988 demandó a la Nación (Ministerio de Defensa (Policía Nacional) para que se acogieran las siguientes pretensiones:

"1. LA NACION (Policía Nacional) es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte, en el curso de un procedimiento policial, de su hijo y entrañable hermano POMPILIO OCAMPO GIRALDO, hecho ocurrido el día 10 de Noviembre de 1986, en la Zona Urbana del Municipio de Granada Antioquia.

"2. Condenase a la NACION a pagar:

"A. A cada uno de los demandantes;

"A.1. **Daños Morales**, con el equivalente en pesos, de la fecha de **ejecutoria** de la sentencia, de Mil Gramos de Oro Fino, a cada demandante.

"A.2. **Daños Materiales**, por el valor de lo que deben pagar al Abogado por hacer valer procesalmente sus derechos fijado su valor de acuerdo con las tarifas de los colegios Antioqueño de Abogados, COLEGAS, de Abogados de Medellín y de la Corporación Nacional de Abogados, CONALBOS, para esta clase de pleitos, Cuota-Litis, y,

"**En Subsidio:**

"El 20% de lo que valga el provecho económico que reporten del pleito, dándole aplicación a los artículos 8 de la ley 153 de 1987 y 164 del C. de Procedimiento Civil.

"B.A Ana Dolores Giraldo Ocampo de Ocampo, además: el Valor de la Crianza, educación y establecimiento en la vida, y del capital representativo de las cuotas de ayuda dejadas de recibir del hijo fallecido, en la cuan tía que resulte de las bases demostradas en este proceso debidamente actualizado para la fecha de ejecutoria del fallo.

"3. **En SUBSIDIO:**

"De no hallarse en los autos bases suficientes para la determinación matemática del valor de los daños y perjuicios materiales que pido le sean indemnizados a los demandantes por la muerte de su hijo y hermano, el Honorable Tribunal por razones de equidad, será servido fijarlos en el equivalente en pesos de la fecha de **ejecutoria** de la sentencia, de cuatro mil gramos de Oro Fino, lo que valgan Dos Mil, para cada uno de los demandantes, dándole aplicación al preámbulo de la Constitución Nacional y a los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1.887 y 107 del C. Penal.

"4.- La NACION dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo".

En dicho escrito se narraron, según la síntesis del tribunal, los siguientes hechos:

"El dia 10 de noviembre de 1986, POMPILIO DE JESUS OCAMPO GIRALDO se encontraba parado en la puerta del comando de Policía del Municipio de Granada, ingiriendo cerveza -pues a pocos metros hay una heladería -,con su caballo llamado "Guerrillero"; el agente Luis Fernando Ossa Giraldo -con quién dias antes habla discutido, porque a dicho agente

no le gustaba el ruido que producían los cascos herrados del equino, cuando era montado por Pompilio, en compañía de otros agentes realizaba una requisa; al ver a Pompilio con malas palabras le dijo que se retirara, sin que éste atendiera, porque no hacía mal a nadie; el agente cogió a Pompilio (quien estaba montado en su caballo), lo tiró al suelo, oportunidad en la cual cayó un pequeño cuchillo que éste portaba, y sin gritarle alto, intimidarle rendición, o disparar primero al aire, lo fusiló; las heridas le ocasionaron la muerte dos dias después.

"Se hizo uso del arma de dotación oficial innecesariamente, con exceso y con violación de los reglamentos, sin que los compañeros del agente Ossa Giraldo hicieran nada para evitar el insuceso".

El *a-quo* luego de cumplir el procedimiento de la primera instancia, decidió en la forma indicada al principio de este proveído.

Inconforme la actora, apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 215 y siguientes. Recurrió también el señor procurador 32 (a folios 212 y siguientes).

Durante la segunda instancia intervino la nación y alegó la ocurrencia de la causal de exoneración culpa exclusiva de la victima (legítima defensa de] agente autor material del hecho. El ministerio público guardó silencio en esta oportunidad.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El *a-quo*, luego de transcribir en lo pertinente los testimonios, entre otros, de Gilberto Giraldo Gómez, (a folios 146, Carlos Arturo Naranjo Giraldo (a folio 47), John Jairo Giraldo Aristizábal (a folio 152), Iván Emilio Giraldo Zuluaga (a folios 95) y Griselda Aristizábal (a folios 96) y de los agentes Hernán Enrique Salazar A. (a folios 113), Luis Ossa Giraldo (a folio 111) y Luis Alfredo Hulpa Mosquera (a folios 99), sintetiza y concluye así:

"Aunque el pariente (Gilberto Giraldo Gómez) y los amigos del finado (Carlos Arturo Naranjo Giraldo y Jhon Jairo Giraldo Aristizábal), se apresuran a manifestar que no le observaron arma, de las declaraciones relacionadas bajo el numeral 3.2 se concluye que Pompilio cuando bajó del caballo y se abalanzó sobre el agente Ossa tenía un cuchillo, con el cual le tiraba al agente, haciéndolo retroceder entre 20 y 30 metros, hasta que chocó con un vehículo, oportunidad en la cual el agente le disparó, causándole la muerte.

"El mismo Gilberto Giraldo Gómez, aunque manifiesta - que no le vió cuchillo, dice que Pompilio se bajó del - caballo"... como a pelear con el policía...." (folio 146, vuelto); "...como sobre él..... (folio 110).

"5. Conclusión:

"Quedó demostrado que el Agente de Policial obró en legítima defensa de su vida - se trataba de una agresión actual y grave, razón por la cual no puede hablarse de falla en el servicio: Podría afirmarse que fué el señor Pompilio Ocampo Giraldo quien con su actitud agresiva provocó la reacción del servidor estatal".

La Sala, estudiado el acervo probatorio en su conjunto el recaudado dentro del proceso y el practicado durante la investigación disciplinaria), arriba a una conclusión diferente: sí se comprometió la responsabilidad del ente demandado por falla presunta del servicio, con la concurrencia de la culpa de la víctima, la cual con su conducta incidió en el resultado final, en una proporción que la sala estima porcentualmente en un 50%.

En éste punto se separa la Sala no sólo de la decisión del *a-quo* sino de la opinión de la parte demandada, ya que tanto aquél como ésta afirman la culpa exclusiva de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad total.

Y se separa la Sala de tales opiniones porque muestra el acervo probatorio que el agente homicida,acompañado en ese momento del agente Hernán Enrique Salazar A., actuó en forma poco profesional e innecesaria frente a un sujeto agresivo que estaba ingiriendo licor, quien al verse presionado por aquél se bajó de su caballo armado con un cuchillo a hacerle frente. Pudo el agente Ossa Giraldo Luis Fernando y su acompañante, el también agente Salazar A. quien retuvo por las riendas el caballo que montaba en ese momento Pompilio, en lugar de aceptarle el reto que le hacia éste a pelear, adoptar medios más civilizado acordes con el servicio, para obligarle a cumplir la orden impartida, máxime cuando para ello estaba acompañado de otros agentes . Con esa reacción el agente perdió autoridad y se igualó con el borracho que en forma agresiva lo desafiaba a que mostrara quien era más "berraco", como dicen los testigos. Aquí la Sala acepta lo dicho por algunas declarantes que entre los dos existía una vieja rencilla que culmina ese día en tragedia y que los demás agentes apacibles dejaron que a ocurriera.

Así, pues, la falla estuvo en el mal manejo que le dió a su mando el agente Ossa G. Son coincidentes algunos testigos en sostener que en forma descomedida y grosera el agente trató de imponer su autoridad; conducta que exacerbó los ánimos de Pompilio y resolvió aceptar el reto en el plano personal.

Afirman los testigos que el agente Ossa para que se bajara del caballo le rompió de un manotón el poncho que vestía.

Pero si la conducta del agente y la de sus compañeros que dejaron, pasivos, culminar el hecho trágico, fué a todas luces reprochable, la de Pompilio no lo fué menos. En primer término, porque desacató la orden de la autoridad y le faltó al respeto al agente Ossa. Y como si fuera poco se bajó del caballo y le hizo frente armado con un cuchillo.

Con los antecedentes que se dejan narrados es imposible aceptar la culpa exclusiva de la víctima. Actuó mal, irregularmente,la administración, la cual no supo evitar la tragedia desarrollada al lado del comando de la policía y con la presencia impresionantemente pasiva de los otros agentes compañeros de Ossa. Actuó mal Pompilio,quien con su conducta agresiva y "machista" no acató las órdenes dadas y quiso resolver el asunto como una simple rencilla personal esgrimiendo amenazador un cuchillo.

Le asiste, entonces, la razón al señor fiscal apelante y a la parte actora, aunque no en toda su extensión,porque habrá de ordenarse una reducción en la condena por culpa de la víctima, en los términos del articulo 2357 del c.c.

Al declarar la responsabilidad la sala pone una vez más de presente que en muchos casos la exoneración del agente en el campo penal por legítima defensa no impide que se condene a la administración por falla del servicio, porque esta última relación se juzga con base en normatividad diferente; circunstancia que deja de lado, en, principio, no sólo el manejo de la prejudicialidad sino de la misma cosa juzgada.

Y aquí con mayor razón, porque los hechos muestran que concurrió con la conducta personal del agente Ossa, la omisión cómplice (desde el punto de vista del servicio, se entiende) de los agentes que presenciaron el lance y que nada hicieron por evitarlo.

Muestra lo anterior que la sentencia deberá revocarse, con las limitaciones anotadas.

Los Perjuicios

Pretende la parte demandante que se condena a la Nación al pago tanto de perjuicios morales como materiales. Por el primer concepto en una suma equivalente a los 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes; y por el segundo, que se le obligue al Pago de los gastos del juicio, incluídos los honorarios de abogado, y además que se le indemnice a la señora Ana Dolores

Giraldo Ocampo de Ocampo los gastos de crianza, educación y establecimiento de su hijo Pompilio y las sumas dejadas de percibir con motivo de su muerte; ya que era él quien velaba por la subsistencia de aquélla.

Pues bien. Por el primer concepto la Sala, siguiendo la orientación de la jurisprudencia y con apoyo en su prudente arbitrio, fijará su condena en los siguientes términos a la señora Ana Dolores Giraldo Ocampo viuda de Ocampo (madre de Pompilio) el equivalente en pesos de 500 gramos oro; y a Míriam Gloria, Carmen Cecilia, Hugo de Jesús, Juan Alberto y Blanca Oliva Ocampo G. (hermanos de la víctima), el equivalente en pesos de 250 gramos oro para cada uno.

Se entiende la condena hecha la reducción del 50% indicada atrás.

Frente a los perjuicios materiales, dados la edad de la víctima, su estado de soltería y el hecho de ser el cultivador de una parcela que les dejó al morir su padre,se le reconocerá a su madre una indemnización correspondiente a lo que dejó de percibir lucro cesante) desde la muerte de Pompilio hasta la fecha en que éste hubiera cumplido los 25 años, edad en la que se presume el colombiano toma estado y deja el hogar de sus padres para tomar una nueva obligación. Como no se estableció un ingreso superior al salario mínimo devengado por Pompilio, la liquidación se hará con base en dicho salario, entendiendo que de éste gastaba en vida el occiso el 50% para su propia subsistencia. Así, la indemnización debida en el lapso comprendido entre el 12 de noviembre de 1986 (fecha de la muerte) y el 5 de julio de 1989, o sea durante 2 años 8 meses aproximadamente.

Hechas las operaciones matemáticas en desarrollo de la fórmula S= ra $\frac{(1+i)^n - 1}{i}$; de donde S suma que se busca, debidamente actualizada; Ra renta o ingreso mensual acutualizado siguiendo la fórmula ra = r $\frac{\text{ind.f}}{\text{ind.i}}$ interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867% mensual o 0.004867; y n número de mensualidades que comprende el período indemnizatorio, se obtendrá la suma de $1.433.433.42; como también deberá descontarse el 50% la indemnización quedará en - - - - $716.716.71. Se entiende con la proyección hasta la fecha.

No se condena a los gastos del juicio, incluidos los honorarios profesionales, porque la nación no puede ser condenada en costas. Tampoco a los gastos de crianza, educación y sostenimiento hechos por los padres de Pompilio, porque estos constituyen obligación legal no reembolsable, para quien los hace.

SECCION TERCERA

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

FALLA:

Revócase la sentencia de noviembre 27 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Antioquía (Sección Primera). En su lugar:

Declárase responsable a la nación (Ministerio de Defensa-Policia Nacional) de la muerte del señor Pompilio Ocampo G. acaecida el 10 de noviembre de 1986 en Granada (Antioquia).

En consecuencia, se le condena a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de SETECIENTOS DIEZ Y SEIS MIL SETECIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS ($716.716.71) a la señora ANA DOLORES GIRALDO OCAMPO DE OCAMPO.

Asímismo se condena a la misma entidad a pagar, por concepto de perjuicios morales en su equivalencia en pesos, así: a ANA DOLORES GIRALDO OCAMPO DE OCAMPO, 500 gramos oro; y a JUAN ALBERTO, BLANCA OLIVA, MIRIAM GLORIA, HUGO DE JESUS Y CARMEN CECILIA OCAMPO GIRALDO, 250 gramos oro para cada uno.

El valor del gramo, precio interno, lo certificara el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Deniéganse las demás súplicas

Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / DEBIDO PROCESO.

Fué violado por el acto administrativo de que hablan los hechos y que por consiguiente mis mandantes como personas naturales deben ser indemnizados mediante la acción de reparación directa. Si el acto administrativo y su ejecución acorde con el mismo, fueron la causa del perjuicio, no entiende la Sala por que se escogió de reparación directa, viable cuando ese perjuicio lo produce no un acto administrativo, sino un hecho o una operación administrativa. Quizás se procedió así para sacarle el cuerpo a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento, la que debió caducar a los 4 meses siguientes a la ejecutoria de la resolución. Es cierto que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, tal como lo recuerda la Constitución (artículo 228); pero no lo es menos que esa prevalencia no debe lograrse con el sacrificio de la garantía del debido proceso, asimismo garantía o derecho fundamental.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8292. Actor: PEDRO JUAN ZAPATA ZAPATA Y OTROS. INDEMNIZACION. DEMANDADA: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 5 de febrero del presente año dictada por el

Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual éste se declaró inhibido para fallar por inepta demanda.

En demanda formulada por el señor Pedro Juan Zapata y otros contra el municipio de Cali el día 5 de junio de 1991 se pidió expresamente:

"a.- Que diga el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cali, en sentencia definitiva, que entre el Municipio de Santiago de Cali y mis mandantes existió una relación de derecho público, el cual fué violado por un acto administrativo del que hablan los hechos y que por consiguiente mis mandantes como personas naturales deben ser indemnizadas mediante la Acción de Reparación Directa y Cumplimiento por parte del Estado, en este caso el Municipio de Santiago de Cali, representado legalmente por el alcalde Dr. Germán Villegas Villegas o por quien haga sus veces, por cuanto no se utilizó el procedimiento de expropiación el cual admite la indemnización de perjuicios compensatorios, y no el procedimiento empleado el de Restitución de bienes de uso público por no pertenecer a esta categoría pues los poseedores y propietarios de las mejoras se hallaban poseyendo materialmente los terrenos de buena fe en propiedad privada que como está planteado en los hechos y probado plenamente pertenecían a la Asociación de Adjudicatarios del Valle y no al Municipio de Santiago de Cali, por cuanto este adquirió muchos años después de estar en posesión mis mandantes en dichos predios, que actualmente se encuentran construidos inmuebles que acceden a los mismos terrenos hechos por la Fundación Carvajal en virtud y cumplimiento del contrato celebrado entre la Fundación Carvajal y el Municipio de Santiago de Cali para poner a funcionar el Centro de Servicios Comunitarios de que habla dicho convenio.

b.- Que como consecuencia de la anterior declaración de Reparación Directa y Cumplimiento se condene al Municipio de Santiago de Cali a pagar en favor de mis mandantes como indemnización de perjuicios (lucro cesante y daño emergente) las siguientes cantidades de dinero:

A Pedro Juan Zapata la suma de	$6.000.000.oo
A Elías Antonio Castañeda la suma de	$3.500.000.oo
A María del Carmen Zapata la suma de	$5.000.000.oo
A Agustín Téllez Loaiza la suma de	$4.000.000.oo
A Margarita Varón la suma de	$3.500.000.oo
A Ciro Antonio León la suma de	$5.000.000.oo

c.- Que se Condene al Municipio de Santiago de Cali a Pagar en favor de mis mandantes como perjuicios morales causados con la medida ilegal convirtiéndose en un acto arbitrario dicho desalojo sin tener para donde

irse a vivir, lo que les causó graves quebrantos morales con sus familias lo que se ha calculado para cada uno de los titulares del derecho la cantidad de 300 gramos de oro.

d.- Que se condene al municipio de Cali a pagar los intereses de mora a razón del 4.5% mensuales desde que se hizo exigible el pago de la indemnización 10 de septiembre de 1990 hasta su cancelación total, así como la indexación de acuerdo con el índice de precios al consumidor cuya certificación la da el Dane y el Banco de la República."

En la misma demanda se narraron, en lo pertinente, los siguientes hechos:

"1.- Mis mandantes señores Pedro Juan Zapata Zapata, Elías Castañeda, Marla del Carmen Zapata, Agustín Téllez Loaiza, Margarita Varón y Ciro Antonio León fueron poseedores materiales de buena fe de los lotes de terreno sobre los cuales construyeron sus mejoras de única y exclusiva propiedad de la Asociación de Adjudicatarios del Valle reconocida bajo el N° de personería jurídica 0014 de enero 4 de 1966 emanada de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, entidad que otorgó los permisos y autorizó construir sus mejoras con la promesa de que más adelante les concederían las correspondientes escrituras públicas elevándola al respectivo registro de matrícula inmobiliaria en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, a cada uno de los ocupantes. Estos hechos ocurrieron en el año de 1981 cuando la Asociación de Adjudicatarios del Valle inició su plan de vivienda en el sector denominado Comuneros III hoy Manuela Beltrán del llamado Distrito de Agua Blanca sitio "LA CASONA" y alrededores; posteriormente esta asociación fue intervenida por el Estado a través de la Agencia de Urbanizaciones intervenidas dependiente del Instituto de Crédito Territorial Seccional del Valle.

2.- Con fecha 31 de agosto de 1989 La Agencia de Urbanizaciones intervenidas dependientes del Instituto de Crédito Territorial Seccional del Valle otorgó por medio de la escritura pública N°. 7.542 la cesión gratuíta al Municipio de Santiago de Cali una extensión de 12'181.986 metros cuadrados de que habla la cláusula segunda del mismo instrumento público que dice: "Que ante el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de esta ciudad, se ha presentado para su debida aprobación los planos correspondientes a ceder gratuitamente al Municipio de Santiago de Cali (Fondo Rotatorio de Tierras Urbanas), un lote de terreno ubicado en la Cra 27 con calles 103, 106 y Caño Cauquíta del Barrio Manuela Beltrán, o sea un globo de terreno con un área total de 12'181.986 metros cuadrados comprendido por el polígono D,C,B,H,G, g, 35-36-37-38 R,-D

del plano de levantamiento del predio a escala; 1:1.000 que se agrega a la presente escritura para su protocolización, con las siguientes coordenadas, linderos y distancias."

"Dentro de esta área se encontraban mis mandantes en posesión de sus lotes de terreno con sus mejoras construidas de que habla la resolución No. 006 de, mayo 2 de 1990 por medio de la cual se ordena el desalojo y la restitución en favor del municipio de Cali del predio que según la autoridad municipal lo califica como de uso público situado en la dirección antes anotada, zona determinada y clasificada por el Departamento de Planeación Municipal según planos.

3.- Con fecha 17 de mayo de 1990 el suscrito apoderado de los demandantes interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación para ante la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, el cual fué resuelto por el Inspector Sexto de Comisiones Civiles del municipio de Cali no accediendo a la reposición y por consiguiente concedió el de apelación, en donde hice énfasis en el cambio de procedimiento por tratarse de que el bien a restituir no era por la vía Restitutoria de bienes de uso público, sino por el de Expropiación, la que no fué atendida por el Juzgado Primero Superior de Policía que conoció de dicha impugnación al acto administrativo de la administración local.

4.- La ejecución de la resolución citada y confirmada se llevó a cabo el día 10 de septiembre de 1990 a las 8 de la mañana en donde la Inspección Sexta de Comisiones Civiles a cargo del Dr. Pablo García efectuó la restitución de los lotes de terreno que poseían mis mandantes y que por este hecho los señores Pedro Juan Zapata Zapata, Elías Castañeda, María del Carmen Zapata, Agustín Téllez Loaiza, Margarita Varón y Ciro Antonio León tuvieron que desbaratar sus mejoras convirtiéndolas en escombros sin que haya mediado una indemnización pecuniaria por los perjuicios causados con el acto administrativo violatorio de la ley; pues el interés de la administración municipal fue el de cumplir el contrato suscrito con la Fundación Carvajal con fecha 22 de noviembre de 1989 por medio del cual el Alcalde de ese entonces Dr. CARLOS HOLMES TRUJILLO GARCIA y el Director Ejecutivo de la Fundación Dr. RODRIGO GUERRERO VELASCO celebraron el convenio de construir y administrar un centro de servicios comunitarios para el beneficio de la comunidad, lo que evidentemente se esta construyendo en la actualidad sobre los predios que ocupaban mis poderdantes antes del 10 de septiembre de 1990.

5.- Con fecha enero 12 de 1991, debidamente autorizado mediante poder otorgado por las personas afectadas económica, social y moralmente con la medida gubernamental, solicitó al señor Alcalde de esta municipalidad la indemnización de perjuicios, los cuales han sido valorados a la fecha de los hechos así: Reconocerla a Pedro Juan Zapata Zapata por daño emergente y lucro cesante la suma de SEIS MILLONES DE PESOS. Los mismos conceptos para Elías Antonio Castañeda por la suma de $3.500.000.oo. Los mismos conceptos para María del Carmen Zapata por la suma de $5.000.000.oo. Los mismos conceptos para Agustín Téllez Loaiza por la suma de $4.000.000.oo. Los mismos conceptos para Margarita Varón por la suma de $3.500.000.oo. Los mismos conceptos para Ciro Antonio León por la suma de $5.000.000.oo. Peticiones que fueron incluidas dentro del memorial de agotamiento de la vía gubernativa al que dio respuesta por intermedio de la División Jurídica del Municipio a cargo de los Doctores Jorge Hernán Jaramillo Recio y Fabio Vargas Vargas en donde manifiesta que la vía gubernativa quedó agotada con el cumplimiento de la Resolución N°. 006 de mayo 2 de 1990 confirmada por la, Gobernación del Valle del Cauca para que quede expedita la vía Contenciosa Administrativa de conformidad con lo establecido en el Artículo 9°. del Decreto 640 de 1937."

Se anota que en la transcripción precedente se omiten los linderos, coordenadas y distancias que figuran en el hecho N°.2, por estimarlos inútiles para los efectos de este fallo.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el tribunal decidió en la forma indicada atrás Inconforme la parte demandante apeló y sustentó su recurso en el escrito que obra a folios 152 y s.s. En dicho escrito arguye que no intentó la acción que estima idónea el *a-quo*, sino la de reparación directa, "por cuanto la Fundación Carvajal inició inmediatamente las obras para construir lo que hoy se denomina Centro de Servicios Comunitarios del Distrito de Agua Blanca, tal como pudo establecerse en la diligencia de Inspección Judicial practicada por el Honorable Magistrado ponente y testimonios recepcionados con los cuales se probó la ubicación de cada uno de los demandantes sobre los terrenos poseídos desde hacía mas de nueve años a la fecha del desalojo septiembre 10 de 1990. Luego entonces considero que se han lesionado derechos patrimoniales que deberán ser resarcidos en dinero y si este no era el procedimiento adecuado ha adecuarse en su oportunidad procesal tal como lo reza el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil en su inciso 2 del numeral tercero. Por otra parte el artículo 170 del Estatuto Contencioso Administrativo, faculta al fallador, para modificar y dice "... podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas". Así de esta manera evitar sentencias inhibitorias."

SECCION TERCERA

Durante la segunda instancia alegó de conclusión la parte actora (ver escritos a folios 162 y s.s.) y en uno de sus apartes anota:

> "En armonía con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo ya que el Honorable Consejo de Estado tiene facultades dadas por la Constitución y la ley para estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las acusadas para modificar o reformar la acción, pretensión o pretensiones de la demanda, y por consiguiente debe prevalecer el derecho sustancial tal como lo indican las normas en cita."

> "Después de este resumen que considero, aclara y orienta los hechos y pretensiones de la demanda, así se denomino Acción de reparación directa y cumplimiento o "Acción de Nulidad y restablecimiento del derecho" y así se considere que exista error en el *Petitum*, esa superioridad corporativa tienen las facultades expresas para decidir la controversia existente entre mis mandantes y el Municipio de Santiago de Cali, por cuanto está demostrado que el derecho inalienable de la vivienda fue atacado injustamente, por cuanto estos derechos reconocidos por la Asociación de Adjudicatarios del Valle, posteriormente fueron conculcados con el pretexto de darle a dichos terrenos un servicio de carácter social pero que la vía jurídica no era la del desalojo por ocupación de bienes de uso público y mucho menos la de confiscamiento como es el caso que nos ocupa."

Asimismo la procuradora segunda delegada, en su vista 3 de agosto de este año (a folios 165 y s.s), pide que se revoque la sentencia para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para tomar su decisión el tribunal, en forma un tanto sucinta, escribió:

> "Para resolver de fondo, por ser procedente, se hacen las siguientes consideraciones previas:
>
> Se solicita en la demanda que los actores deben ser indemnizados mediante la acción de Reparación Directa, por cuanto no se utilizó el procedimiento de expropiación, el cual admite la indemnización de perjuicios compensatorios y no el procedimiento de expropiación empleado, el de restitución de bienes de uso público por no pertenecer a esta categoría; que se condene al municipio de Santiago de Cali a pagar a los actores la indemnización de perjuicios (lucro cesante, daño emergente), como también los perjuicios morales, con la medida ilegal, igualmente se paguen los intereses de mora a razón del 4.5% mensuales. Por la forma como el

actor ha estructurado sus pretensiones, y de su análisis observa la Sala, que la parte actora hace derivar los perjuicios de actos administrativos y en el fondo está impugnando la voluntad de la administración, manifestada a través de ellos. Es claro que no le es dable a quien acude a esta Jurisdicción el escogimiento caprichoso de la acción a utilizar para la defensa de sus intereses; en el caso *sub-lite*, la acción incoada de Reparación Directa, no era la adecuada, y en forma equivocada se utilizó, configurándose una inepta demanda que impide a la Corporación hacer un pronunciamiento de mérito sobre las súplicas de la demanda.

Es útil recordar que las normas sobre procedimiento, son de orden público, y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, salvo expresa autorización de la Ley como lo pregona el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil".

Pues bien, la sala estima que la sentencia del *a-quo* merece ser confirmada, por ajustarse a la jurisprudencia reiterada de la sala, ya que muestra que la parte actora instauró una acción de reparación directa, cuando la única viable, según los hechos de la demanda, era la de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 85 del c.c.a.

A este respecto es ilustrativa la sentencia de mayo 21 de este mismo año, en la cual se hicieron precisiones que deben ahora repetirse para fundamentar la decisión confirmatoria.

En ese fallo se sostuvo, en lo pertinente:

"Ha dicho la jurisprudencia desde hace varios lustros que la responsabilidad del Estado nace o de los actos o de los hechos, omisiones u operaciones administrativas; y ha concluído que cuando la lesión la produce el acto administrativo ilegal la acción será de restablecimiento (nulidad y restablecimiento en la terminología del decreto 2304 de 1989); contractual cuando el perjuicio se derive del contrato, de los hechos de ejecución del mismo o de los actos contractuales que expida la administración contratante; y de reparación directa cuando el daño sea causado por un hecho, una omisión o una operación. administrativa.

Asimismo ha insistido la Jurisprudencia que no es el capricho de la parte lo que define la acción adecuada, sino la naturaleza del elemento generador del perjuicio (sentencia de julio 30 de 1992, proceso 7024, Jorge Ruíz G - ponente Carlos Betancur Jaramillo), porque la indebida escogencia de la acción puede dar lugar a una ineptitud de demanda que impida el pronunciamiento de fondo.

La diferenciación de las distintas acciones se presenta clara en la mayoría de los casos. Pero se dan hipótesis en que esa diferencia nítida no se da, como puede suceder cuando el perjuicio alegado es producto de una operación administrativa en la que normalmente se conjugan actos, hechos de ejecución u omisiones; o cuando la lesión la produce el acto administrativo, pese a estar ajustado al ordenamiento.

Aunque ya en el derecho administrativo colombiano, a partir de la vigencia, del art 13 del decreto 2304 de 1989, la operación administrativa no se asimila al acto administrativo, como lo hacía el artículo 82 *in fine* del C.C.A sino que se interpreta mas bien como un hecho o un conjunto de hechos de ejecución de un acto administrativo, sigue pesando en la definición de la figura la concurrencia de los dos fenómenos anotados (los actos y los hechos) en forma sucesiva o encadenada, hasta el punto que muchas veces el perjuicio lo produce el acto, dada su ilegalidad; y en otras, aunque esa ilegalidad no se observe, el daño sólo surge de la ejecución irregular de aquél. Y existen casos, aun mas excepcionales, en que el daño se produce pese a la legalidad del acto administrativo.

En otras palabras, en la actualidad, la operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varías decisiones administrativas, sin que aquéllas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos. Pero es claro, se repite, que cuando el perjuicio surge de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa, centrando su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en su evaluación el alcance de dicha decisión por ser, en definitiva, la que determina los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar el rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas. "(Sentencia 21 de mayo de 1993, proceso 7064, actor: Eleuterio León Reyes, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo)

Aplicadas estas ideas al caso concreto y dadas las voces claras de la demanda, se observa:

1) Para la parte actora existió un acto administrativo (la resolución No. 006 de 2 de mayo de 1990, debidamente confirmada en las decisiones de reposición y apelación) productor del daño. A este respecto en el libelo se lee:

"La ejecución de la resolución citada y confirmada se llevó a cabo el día 10 de septiembre de 1990 a las 8 de la mañana en donde la Inspección Sexta de Comisiones Civiles a cargo del Dr. Pablo García efectuó la restitución de los lotes de terreno que poseían mis mandantes y que por este hecho los señores Pedro Juan Zapata Zapata, Elías Castañeda, María del Carmen Zapata, Agustín Téllez Loaiza, Margarita Varón y Ciro Antonio León tuvieron que desbaratar sus mejoras convirtiéndolas en escombros sin que haya mediado una indemnización pecuniaria por los perjuicios, causados con el acto administrativo violatorio de la ley." (Subrayas fuera de texto).

Mas adelante al formular las pretensiones se afirma que la relación de derecho público existente entre el municipio y los actores "fué violado por el acto administrativo de que hablan los hechos y que por consiguiente mis mandantes como personas naturales deben ser indemnizados mediante la acción de reparación directa".

2) Si el acto administrativo y su ejecución acorde con el mismo, fueron la causa del perjuicio, no entiende la sala por qué se escogió una acción de reparación directa, viable cuando ese perjuicio lo produce no un acto administrativo, sino un hecho o una operación administrativa.

3) Quizás se procedió así para sacarle el cuerpo a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento, la que debió caducar a los 4 meses siguientes a la ejecutoria de la resolución 006 de mayo 2 de 1990. Recuérdese que la ejecución de la misma, según lo acepta la parte actora se cumplió el 10 de septiembre de 1990.

4) Es cierto que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, tal como lo recuerda la constitución (artículo 228); pero no lo es menos que esa prevalencia no debe lograrse con el sacrificio de la garantía del debido proceso, asimismo garantía o derecho fundamental (artículo 29).

5) No es cierto que el artículo 170 del c.c.a. le permita al juez reformar o modificar la acción propuesta o cambia pretensiones de la demanda (ver alegato de la actora a folios 163). Este poder exorbitante solo esta en la imaginación del señor apoderado. La norma dice otra cosa bien distinta: "Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo, de las acusadas, y modificar o reformar estas". Como se vé esta facultad se refiere a los poderes del Juzgador en el fallo, en especial en la acción de restablecimiento, pero nunca puede hacer relación a la demanda. Esta no podrá corregirse sino por el actor y eso en la oportunidad legal. Otra cosa diferentes es, y tal vez en esto radique el equivoco de la demandante, que el juzgador deba imprimirse al proceso el trámite que

corresponda aunque en la demanda se haya señalado otro, tal como lo autoriza el ordenamiento procesal (artículo 86 del c.de p.c.).

Pero esto es bien distinto a lo que quieren los accionantes apoyados en la prevalencia del derecho sustancial: que el juez cambie la acción o las pretensiones, conducta a todas luces inadmisible.

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 5 de febrero del presente año dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en su sesión celebrada el día veintiocho (28) de octubre 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 POLICIA / TORTURA

Un agente de la fuerza pública que, en lugar de proteger la vida, honra y bienes de sus conciudadanos, se impone la tarea de hacerse justicia por su propia mano, llevado por la IMPACIENCIA. Un miembro de las fuerzas armadas que se supone son del ORDEN, que se erige en Juez y Verdugo por cuenta propia. Un ser humano, que parece empeñarse en demostrar que no lo es, pues reemplaza la fe en el corazón con el fuego, para dar muerte al detenido, al que somete previamente a la cruel tortura. Frente a casos como el que dió lugar al presente conflicto de intereses, se impone concluir que algo está fallando en la selección, control y administración de la fuerza policiva. A la escuela donde se forman los hombres de armas no deben ingresar seres que lleguen ya con frustraciones existenciales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8147. Actor: MIGUEL ANTONIO VIVANCO MEZA. Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación procede la Sala a resolver el GRADO DE CONSULTA de la sentencia calendada el día treinta (30) de noviembre de mil

novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que en su parte resolutiva, **DISPUSO**:

> 1o) Declárase no probada la excepción de ineptitud de la demanda propuesta por la parte demandada.
>
> 2o) Declárase administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por la muerte de JORGE LUIS VIVANCO JULIO, ocasionada por falla del servicio público de la Policía Nacional.
>
> 3o) Condénase a la Entidad demandada (La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional) a pagar por concepto de perjuicios morales a las siguientes personas: MIGUEL ANTONIO VIVANCO MEZA, INES JULIO BERRIO y LUCELY VIVANCO MORALES, la suma de mil (1000) gramos oro para cada uno de ellos; a PEDRO JOSE, SANDRA PATRICIA, ELSA MARIA y AURA MARIA VIVANCO JULIO, la suma equivalente en pesos a quinientos (500) gramos oro.
>
> "Esta condena por perjuicios morales se entiende en concreto y la equivalencia de los gramos oro la certificara el Banco de la República a la fecha de la sentencia.
>
> "4o. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.
>
> "5o. El fallo deberá cumplirse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A". (fl. 249, 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, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

> "Los señores ANTONIO VIVANCO MEZA e INES JULIO BERRIO, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos PEDRO JOSE, SANDRA PATRICIA, ELBA MARIA Y AURA VIVANCO, padres y hermanos, respectivamente de JORGE LUIS VIVANCO JULIO, al igual que su hija LUCELY VIVANCO MORALES, representada por su señora madre, NELLY MARIA MORALES CANOLES, por intermedio de apoderado, presentaron ante este Tribunal, demanda contra la NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL, encaminada a que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1a. Declarada responsable administrativamente de la muerte de Jose Luis Vivanco Julio ocasionada por falla del servicio público de policía nacional.

"2a. Condenada a:

"2.1. Pagar a Miguel Antonio Vivanco Mesa, Inés Julio Berrio y Lucely Vivanco Morales, por perjuicios morales, el equivalente en moneda colombiana de 1000 gramos de oro para cada uno de ellos según certificación que sobre el precio internacional del oro expida el Banco de la República a la fecha de la sentencia e intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y de aquí en adelante, intereses moratorias sobre la suma de dinero que resulte de la liquidación de los susodichos perjuicios.

"2.2. Pagar a Luis Miguel, Lidia Rosa, Pedro José, Sandra Patricia, Aura María Vivanco Julio, por perjuicios morales, el equivalente en moneda colombiana de 500 gramos de oro para cada uno de ellos según certificación que sobre el precio internacional del oro expida el Banco de la República a la fecha de la sentencia e intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y de aquí en adelante, intereses moratorias sobre la suma resultante de la liquidación de tales perjuicios.

"2.3. Pagar a Lucely Vivanco Morales perjuicios materiales presentes y futuros. En la liquidación de ellos se tendrá la indemnización debida o presente a partir del 20 de julio de 1988, fecha de la muerte de su padre, hasta la fecha de la sentencia, y la indemnización futura desde la sentencia hasta el 19 de octubre del año 2020 en que alcanza Lucely la mayoría de edad, y se hará con base en la suma de $45.000.oo mensuales que Jorge Luis Vivanco Julio ganaba antes de morir y teniendo en cuenta la variación potencial del índice de precios, corrijo Nacional de Precios al Consumidor de acuerdo con la certificación que expida el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE en el período de 20 de julio a la fecha de la sentencia.

"2.4. Pagar a Miguel Antonio Vivanco Meza e Inés Julio Berrio perjuicios materiales presentes y futuros. Los primeros a partir del 20 de julio de 1988 hasta la fecha de la sentencia, y los segundos desde éste hasta el 13 de abril de 1991 en que Jorge Luis Vivanco Julio habría cumplido veinticinco (25) años de edad, se liquidarán con base en los $45.000.oo mensuales que él devengaba y se actualizarán de la manera indicada anteriormente.

"2.5. Pagar perjuicios materiales presentes a Pedro José Vivanco Julio quien actualmente tiene 17 años de edad, y presentes y futuros a Sandra Patricia, Elba María y Aura María Vivanco Julio quienes tienen 10, 7 y 1 años de edad respectivamente. La indemnización futura los cubre, por lo tanto, hasta cuando Jorge Luis habría cumplido veinticinco años de edad, o sea hasta el 13 de abril de 1991, se liquidarán con apoyo en los $45.000.oo mensuales y actualizarán de acuerdo con la variación porcentual del índice Nacional de Precios al Consumidor. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la comunicación de su existencia y ejecutoria".

"Los hechos que fundan la presente demanda pueden resumirse así:

"El día 16 de julio de 1988 los agentes Alejandro Mosquera M., Daniel Angulo Ibarquen, y Francisco Ramos Garcés, el primero de los cuales no se encontraba de servicio en esos momentos, trasladaron a la Subestación de Policía de Santa Rosa de Lima (Bolívar) a los señores Jorge Luis Vivanco Julio y Francisco González Ortiz, por sindicación del mencionado en primer lugar de ser los autores del hurto de una cartera.

"Una vez recluidos y esposados a las rejas del calabozo de la subestación el agente Mosquera procedió a rociarles gasolina a los retenidos y con un papel periódico prendido los quemó. Después de este proceder les echó un balde de agua, les quitó las esposas y a petición del agente Francisco Ramos Garcés huyeron hacia Cartagena en una moto de la Policía por temor a que los familiares de los quemados y el pueblo de Santa Rosa de Lima tomaran represalias contra ellos.

"La orden de que se metieran en el calabozo a los retenidos JORGE LUIS VIVANCO JULIO (A) El Cuervo y FERNANDO GONZALEZ ORTIZ, la dio el agente Roberto Reboledo Pautt quien también estaba de servicio.

"El agente Alejandro Mosquera M. el día en que sucedieron los hechos que nos ocupan estaba disponible para el servicio desde las 14:00 de ese día.

"El 20 de julio de 1988 en el Hospital Universitario de la ciudad de Cartagena de Indias, el señor Jorge Vivanco Julio muere por sepsis desequilibrio hidroelectrolítico como consecuencia de haber padecido quemadura de segundo grado en aproximadamente un 40% de la superficie corporal". (fl 237-239, C.1) ....
.....

Dentro del informativo obra el proceso disciplinario iniciado por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, por información dada a conocer por el Diario El Tiempo en su edición del 20 de julio de 1988, por los hechos que fueron materia de la presente demanda. (fl. del 25 al 116).

"Dicha delegada, mediante fallo proferido el 23 de noviembre de 1988, resolvió sancionar disciplinariamente a los agentes de la Policía Nacional, señores Alejandro Mosquera Mosquera; Roberto Rebolledo Paut, Daniel Esteban Ibarguen y a Francisco Javier Ramos, con solicitud de destitución como tales al señor Director General de la Policía Nacional, (Fl. 194 al 207).

"Por medio de providencia calendada el 13 de febrero de 1989, la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo antes relacionado, confirmando en todas sus partes. (fl. 208-211).

"Rindieron declaración jurada dentro de este proceso las siguientes personas:

"1o) Luis Felipe Vivanco Machacón (fl. 158 al 160); Leandro Meza Vivanco (fl. 164 y 165); Fernando González Ortiz (fl. 181 a 183), quienes depusieron sobre la forma en que ocurrieron los hechos materia de esta demanda, y

"2o) Clemente Vivanco (fl. 168 y 168 v); Policarpo Meza Ortiz, (fl. 170 y 177); Juan Castellanos Escorcia (fl. 174 y 175); Fredy Cárdenas (fl. 178 y 178 v); y Alvaro Alvarez Puentes (fl. 187 y 187 v); declarantes estos que explicaron cual era la conformación familiar del difunto Jorge Luis Vivanco Julio, su trabajo y la ayuda que prestaba a su familia.

"Después de adelantar la respectiva investigación penal al Comando Departamental Bolívar, Bolívar (sic) Juzgado de Primera Instancia Auditoría Auxiliar 36 de Guerra - Presidencia Consejo de Guerra Verbal, el día 5 de diciembre de 1988 se dictó el correspondiente fallo en el cual en la parte resolutiva se dispuso:

"PRIMERO: Acoger los veredictos emitidos por los señores vocales en la presente causa en relación con los procesados ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA, y ROBERTO REBOLLEDO PAUT, sindicados de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO, TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO para el primero, y DETENCION ARBITRARIA ESPECIAL para el segundo.

"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se dejarán en suspenso los veredictos señalados en el punto primero, hasta tanto el HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR defina lo referente a las contravenciones.

"TERCERO: Declarar claramente contrario a la evidencia de los hechos, el veredicto del jurado emitido con relación a los sindicados FRANCISCO RAMOS GARCES, DANIEL ANGULO IBARGUEN Y ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA por el delito de PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD."

"Por su parte el Tribunal Superior Militar al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia, el 18 de abril de 1989 decidió en la siguiente forma:

"1. REVOCAR el auto de contraevidencia impugnado, de fecha y procedencia anotadas, y en su lugar ORDENAR que se dicte sentencia de acuerdo con el veredicto negativo de responsabilidad emitido por el *Juri* a favor de los agentes ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA, FRANCISCO RAMOS GARCES Y DANIEL ESTEVAN ANGULO IBARGUEN en relación con el delito de PRIVACION ILEGAL DE LIBERTAD.

"2. CONCEDESE la libertad provisional a los acusados FRANCISCO RAMOS GARCES Y DANIEL ESTEBAN ANGULO IBARGUEN, previa diligencia de caución juratoria, y compromiso de presentación cada mes, ante la dependencia judicial situada en el Departamento de Policía a cuyo Comando se comisiona, para que cumpla la disposición que se toma.

"3. CONFIRMAR en todo lo demás la providencia recurrida"

"De todas las pruebas relacionadas anteriormente se desprende con claridad absoluta los siguientes hechos, los cuales a su vez se encuentran probadas con exceso, ya que no solo se practicaron pruebas dentro del proceso que nos ocupa, sino que también están completos los procesos disciplinarios y penal, en los cuales se presentaron sus propias pruebas, todas las cuales llevan a la misma conclusión, es decir que el señor JORGE LUIS VIVANCO JULIO (q.e.p.d) fue trasladado en compañía de FERNANDO GONZALEZ ORTIZ, acusados por el Agente ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA (que se encontraba de civil) de ser los autores del hurto de su billetera, en hechos ocurridos el 16 de julio de 1988, alrededor de las 15;00 horas, en el billar denominado LOS RECUERDOS (sic) en el Municipio de Santa Rosa de Lima. De este

sitio fueron llevados con la colaboración de los Agentes Francisco Ramos Garcés y Daniel Angulo Ibarguen a la Subestación de dicha población y fueron presentados ante el Comandante de Guardia, agente Rebolledo Pautt con el objeto de ser interrogados.

"Al llegar a este sitio el Agente Mosquera los esposó a las rejas del calabozo e inmediatamente extrajo con una manguera gasolina de su moto que estaba parqueada a la entrada de la subestación y en un recipiente la trasladó hasta donde tenía a los retenidos y se la vacío encima y derramó también sobre el suelo. Posteriormente con un papel periódico y un fósforo les prendió fuego. Frente a tan horrenda situación los agentes que estaban de servicio no auxiliaron a los quemados y trataron de impedir la entrada de algunos familiares de ellos que estaban en la puerta. El joven JORGE LUIS VIVANCO JULIO logró saltar una paredilla que da para la casa de Filadelfo Morales Padilla y fue allí donde recibió auxilio, siendo transportado al Hospital Universitario de la Ciudad de Cartagena, donde falleció el día 20 de julio de 1988. Según acta de necropsia que obra a folio 36, 37 y 38 del cuaderno principal, y que hace parte del proceso disciplinario seguido por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, la muere del joven antes mencionado se produjo por "*sepsis* desequilibrio hidroelectrolítico a consecuencia de haber padecido quemaduras de segundo grado en aproximadamente un 40% de la superficie corporal".

"los hechos acabados de relatar están probados con exceso a lo largo de las pruebas ya relacionadas, dentro del proceso disciplinario y penal a que nos hemos referido, por lo tanto la Sala no considera necesario, en aras a la brevedad, referirse a cada una de ellas en forma minuciosa, pues de la lectura de todas y cada una de ellas se desprende que las quemaduras producidas por el agente Mosquera fueron las que produjeron la muerte de Jorge Vivanco Julio.

"Corresponde entonces determinar si la conducta de los agentes que prestaban servicio en la subestación de Santa Rosa de Lima, al igual que la asumida por el Agente Mosquera, el día en que ocurrieron los hechos puede o no considerarse falla en el servicio público al cual estaban adscritos.

"Suficientemente conocido es, que para que la responsabilidad extracontractual del Estado sea declarada, es menester que la actuación que dio origen al perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, sea administrativa, y vincule por tanto al servicio cuestionado. O lo que es lo mismo, que la actuación causante del perjuicio guarde un vínculo con el servicio cuya responsabilidad se pretende declarar, lo que vale tanto como

decir, en los eventos de la falla del servicio, que aquella falla que no está desprovista de toda relación con el servicio, será falla de éste.

"Atendiendo entonces los parámetros anteriores se tiene que el agente ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA, autor material de las quemaduras que condujeron a la muerte a JORGE VIVANCO JULIO, no estaba de servicio en el momento en que produjo el hecho dañoso, pero sí estaba disponible desde las 14.00. Considera la Sala que no es menester entrar a considerar si la disponibilidad que este agente tenía desde la hora antes anotada podría llegar a considerarse como prestación del servicio precisamente dicho, por las consideraciones que se harán mas adelante.

"Pero no ocurre igual con los agentes DANIEL ANGULO IBARGUEN Y FRANCISCO RAMOS GARCES, quienes por petición que les hiciera MOSQUERA condujeron a Vivanco Julio a la Subestación de Policía de Santa Rosa de Lima. Estos agentes sí estaban prestando sus servicios como agentes del orden. Igual situación se presenta con el agente Roberto Rebolledo Paut quien en los trágicos hechos que nos ocupa se desempeñaba como Comandante de Guardia de la Subestación mencionada, y dió la orden de que llevasen a los retenidos al calabozo.

"Los agentes acabados de mencionar, que sí estaban de servicio permitieron que el agente Mosquera, que no lo estaba, actuara como si estuviera en el ejercicio de sus funciones, muy a pesar de estar él involucrado directamente en los hechos que supuestamente debieron investigarse, ya que él era el propietario de la cartera hurtada, y como tal no podía llevar el caso con la serenidad y ecuanimidad con que los agentes del orden deben atender los asuntos concernientes a sus funciones.

"Es decir, que los agentes que estaban de guardia permitieron que Mosquera Mosquera pusiese en estado de indefensión a sus víctimas; al permitirle que los esposara a las rejas del calabozo, para después producirles el hecho dañoso que fueron las quemaduras, de tal índole que condujeron a Vivanco Julio a una muerte segura, ante los cuales ni siquiera fueron capaces de auxiliarlos.

"Además de lo anterior se tiene que la actuación que dio origen al perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, ocurrió dentro de las dependencias de la Subestación de Policía de Santa Rosa de Lima, sitio en el cual se presta el servicio por parte de los agentes y en el cual se priva de la libertad a las personas que por una u otra razón se colocan al margen de la ley.

"De todo lo anterior se tiene que la muerte producida al occiso por parte del Agente ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA no puede desvincularse del servicio que prestaban los agentes DANIEL AGUDELO IBARGUEN, FRANCISCO RAMOS GARCES Y ROBERTO REBOLLEDO DE PAUTT, quienes permitieron que en las dependencias de la subestación de Santa Rosa de Lima ocurrieran los desagradables hechos que motivaron esta sentencia.

"Lo anteriormente analizado es suficiente para concluir que la Nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional), es absolutamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte del ciudadano JORGE LUIS VIVANCO JULIO, por haberse configurado los elementos estructurales de la responsabilidad de la administración. Las autoridades no cumplieron con la obligación de proteger la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia y se violó por tanto, el artículo 16 de la derogada Constitución Nacional.

"Ahora bien, quiénes son las personas que demandan el pago de los perjuicios materiales y morales? Ellas son: MIGUEL ANTONIO VIVANCO MEZA, INES JULIO BERRIO; padres del occiso, según se desprende del registro civil de nacimiento de éste último (fl. 18 y del registro del matrimonio de los progenitores, ocurrido el 24 de diciembre de 1976 en Santa Rosa de Lima: LECELY VIVANCO MORALES, hija del finado con la señora NELLY MORALES CANOLES (fl. 16), y los jóvenes PEDRO JOSE, SANDRA PATRICIA, ELBA MARIA y AURA VIVANCO JULIO, hermanos del interfecto (fl. 21, 22, 23 y 24).

"A los demandantes no les será reconocidos los perjuicios materiales por no haberse demostrado la dependencia absoluta, económicamente hablando, de los progenitores y hermanos del occiso, ya que de las declaraciones que obran en el informativo se infiere una ayuda económica, pero no tal dependencia, por lo tanto dichos perjuicios no serán reconocidos pues no fueron demostrados por los actores.

"En relación con los perjuicios morales, en el proceso se demostró que el occiso convivía con sus progenitores y hermanos, entre los cuales existía una armoniosa relación de familia. Esta circunstancia unida al vínculo de parentesco permite concluir que dichos perjuicios deben ser reconocidos por el intenso dolor que debió sufrir la familia Vivanco Julio con la muerte de Jorge Luis, sobre todo atendiendo las condiciones absurdas relatadas y bien probadas dentro del proceso,

"Por lo tanto se reconocerá a cada uno de los padres la suma equivalente en pesos a mil (1000) gramos oro; igual cantidad a su hija y el equivalente a quinientos (500) gramos oro a cada uno de sus hermanos, sumas éstas que deberá pagar la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Todo lo anterior según certificación del Banco de la República sobre el valor del oro a la fecha de la sentencia, la cual se anexará a la respectiva cuenta de cobro" (fl. 243-249, C. 1)

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión, para **EXPONER:**

"El suscrito apoderado comparte en todos sus puntos la decisión que tomó el fallador de primera instancia, por encontrar ajustadas las condenas a los parámetros que jurisprudencialmente se han venido reconociendo por parte del máximo Tribunal de la Jurisdicción Administrativa.

"En consecuencia, respetuosamente solicito a esa Honorable Corporación CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia consultada." (fl. 266-267, C.I).

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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 basta recordar que los Agentes ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA Y ROBERTO REVOLLEDO PAUTT, fueron condenados por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, decisión que confirma el Tribunal Superior Militar en providencia calendada el día dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en cuyos considerandos se destaca:

"Los hechos ya resumidos, fueron vertidos al proceso, por un cúmulo de pruebas testimoniales, entre las cuales, es digna de destacar las atestaciones rendidas por la propia victima JORGE LUIS VIVANCO

JULIO, el lesionado FERNANDO GONZALEZ ORTIZ, y en parte por las aseveraciones de RICARDO GONZALEZ ORTIZ, JUAN ANTONIO DE LA AGUA, CLEMENTINA ALZUZA MORALES, JULIO RAMOS VIDAL, FRANCIA HELENA VASQUEZ MENDOZA, EPIFANIO ENRIQUE, TATIS VASQUEZ, FILADELFIO MORALES PADILLA, ANIBAL DE JESUS JIMENEZ PAEZ, CAROLINA GONZALEZ ORTIZ, Y ABRAHAM VANCE PUENTES.

La prueba testimonial referenciada, fue corroborada con la Inspección Judicial practicada al calabozo, donde fueron detenidos el interfecto y el lesionado.

"Por su parte, los agentes FRANCISCO RAMOS CORTES, DANIEL ESTEBAN IBARGUEN Y ROBERTO REBOLLEDO PAUTT, hacen cargos graves, a su compañero el Agente MOSQUERA MOSQUERA, las cuales en términos generales le reprocharon por el acto inhumano que había cometido, causando un perjuicio grave a la institución. Además, el último de los nombrados dice que por no tener tiempo, en el momento del ingreso de los retenidos, no tomó los datos pertinentes, entre estos, el interrogatorio de rigor, antes de pasarlos al calabozo respectivo. Pero que en relación, con ese acto criminal, no tuvieron participación alguna.

"El agente MOSQUERA MOSQUERA, en su indagatoria niega enfáticamente, que hubiese atentado contra la víctima de esa manera, y que como se trata de personas posiblemente adictas al vicio, como estupefacientes, ellas mismas, al prender un fósforo, posiblemente hubiesen dado origen al lamentable episodio, con las consecuencias ya anotadas, por cuanto el galón para proveer la gasolina de las motos al servicio de la Subestación se encontraban contiguo al calabozo.

"La materialidad de los delitos investigados, aparece plenamente demostrada, además, con las diligencias judiciales, inherentes legalmente a estos reatos." (fl. 466-467, C. 2)

Del fallo penal de primera instancia el sentenciador retiene también los siguientes apartes, tomados de sus considerandos, por resultar bien explicativos de la realidad fáctica. En ellos se lee:

"De acuerdo al caudal probatorio existente dentro del proceso se encuentran respaldados los veredictos del jurado de conciencia que hallaron responsables a los agentes ALEJANDRO MOSQUERA MOSQUERA y ROBERTO REVOLLEDO PAUTT, por los delitos de HOMICIDIO

SECCION TERCERA

AGRAVADO Y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO para aquel y para éste la DETENCION ARBITRARIA ESPECIAL.

"La conducta alevosa asumida por el agente MOSQUERA MOSQUERA quien después de conducir a los retenidos FERNANDO GONZALEZ ORTIZ Y JORGE LUIS VIVANCO JULIO hasta los calabozos de la subestación de Policía de Santa Rosa, procedió a esposarlos y luego de rociarles gasolina les prendió fuego. Se haya consignado en autos prueba elemental de que tal hecho así sucedió, ya que el Juez de I.P.M., al practicar Inspección Judicial al lugar de los acontecimientos encontró piel humana así determinada por el Departamento de Medicina Legal de Medellín lo que viene a demostrar que fueron sometidos a un estado de indefensión e inferioridad produciéndoles además, quemaduras de gravedad que posteriormente le causaron la muerte a JORGE LUIS VIVANCO JULIO y lesiones a FERNANDO GONZALEZ ORTIZ.

"Bien se pueden comprender los actos idóneos encaminados por el agente MOSQUERA MOSQUERA, dejando entrever el dolo o la intención, porque jamás puede concebirse que los resultados criminosos fueron a título de CULPA tal como lo argumenta la defensa; desde el mismo momento en que les roció la gasolina va la intención con ese fin, fuera de esto se hace necesario que para que el combustible se prenda exista que deba ser encendido, es decir, se descarta que se hubiera presentado un cortocircuito o mas aún que los retenidos fueran fumadores. Así está corroborado con las declaraciones de los propios ofendidos al decir que, después de regarles gasolina, MOSQUERA MOSQUERA empleó un fósforo para quemarlos. (fl. 429-430, C. 2).

Frente a la realidad fáctica que se deja descrita, la Sala no puede dejar pasar la oportunidad para llamar la atención a los altos mandos de la fuerza policiva para que traten, por todos los medios a su alcance, de ponerle coto a situaciones tan preocupantes como la que dio lugar a la muerte del señor Jorge Luis Vivanco Julio. De los muchos casos que a diario dan lugar a condenas contra la administración, esto es, por su universo de barbarie, realmente conmovedor. Un agente de la fuerza pública que, en lugar de proteger la vida, honra y bienes de sus conciudadanos, se impone la tarea de hacerse justicia por su propia mano, llevado por la IMPACIENCIA. Un miembro de las fuerzas armadas que se supone son del ORDEN, que se erige en Juez y Verdugo por cuenta propia. Un ser humano, que parece empeñarse en demostrar que no lo es, pues reemplaza la fe en el corazón con el fuego, para dar muerte al detenido, al que somete previamente a la más cruel tortura. Frente a casos como el que dió lugar al presente conflicto de intereses, se impone concluir que algo está fallando en la selección, control y administración de la fuerza policiva. A está

afirmación se llega también cuando se vivencia que el Comandante del Departamento de Policía Bolívar, en la comunicación Nº 02143, que el día 26 de julio de 1988 le envió a la Procuradora Regional del Distrito Judicial, le informa que solicitó ".... a la Dirección General de la Policía Nacional, suspensión disciplinaria por el lapso de sesenta (60) días al agente en referencia...." (C. 1 fol. 89). En este momento del discurso judicial el fallador se pregunta: A la luz de qué mundo de valores o de principios llegó el superior a proponer sanción tan leve ? Cómo es posible que un oficial de tan alta graduación no hubiese sugerido el despido inmediato de la institución ? La comunidad demanda de los JEFES un mejor temple de alma y de conducta. Alguien destacaba que una sociedad que sólo produce personas débiles de espíritu, está jugando a plazos su propia muerte espiritual. Es necesario que los integrantes de las fuerzas del orden sean seleccionados escogiendo a los mejores exponentes por su educación, y por el sentido que hayan dado a sus existencias. Robert Jay Lifton, en su obra HISTORY AND HYMAN SURVIVAL ha escrito:

> "LOS HOMBRES SE SIENTEN INCLINADOS A MATAR SOBRE TODO CUANDO SE HALLAN EN UN VACIO DE SENTIDO".

A la escuela donde se forman los hombres de armas no deben ingresar seres que lleguen ya con frustraciones existenciales. Es Víctor Frankl quien recuerda que:

> "Vivimos en una época de creciente difusión del complejo de vacuidad. En esta época, la educación ha de tender no sólo a transmitir conocimientos, sino también a afinar la conciencia, de modo que el hombre preste atento oído para percibir el requerimiento inherente a cada situación. En unos tiempos en que los diez mandamientos han perdido al parecer, su vigencia para tantas personas, el hombre tiene que estar capacitado para percibir los 10.000 mandamientos encerrados en 10.000 situaciones, con las que lo confronta la vida. Y eso no sólo hace que la vida le parezca de nuevo plena de sentido, sino que el mismo se inmuniza contra el conformismo y el TOTALITARISMO, estas dos secuelas del vacío existencial. Y es que solo una conciencia despierta da al hombre capacidad de "RESISTENCIA", de modo que ni se pliega al CONFORMISMO ni se inclina ante el TOTALITARISMO.
>
> De una u otra manera, la EDUCACION es hoy más que nunca una EDUCACION PARA LA RESPONSABILIDAD. Y ser responsable significa ser selectivo, ir eligiendo" (Ante el Vacío Existencial. Herder, pag. 32).

B) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, ella quedó bien demostrada, pero solo en lo que hace relación con las pretensiones de LUCELY VIVANCO MORALES (hija) e INES JULIO BERRIO (sedicente madre). Esta será tenida por la Sala como un TERCERO AFECTADO con la tragedia, pues la materialidad no se demostró en la forma ordenada por la ley. El Acta de Registro de Nacimiento de JORGE LUIS VIVANCO JULIO no aparece suscrita por ella, pero se inscribió el día 7 de noviembre de mil novecientos setenta y siete (1977), con apoyo en prueba testimonial, realidad que le permite al sentenciador darle el tratamiento en antes citado.

Muy distinta es la situación del sedicente padre señor MIGUEL ANTONIO VIVANCO MEZA, pues respecto de éste se imponía el reconocimiento expreso del hijo. Por lo demás, los testimonios rendidos dentro del proceso por CLEMENTE VIVANCO Y JUAN CASTELLANOS, no tienen fuerza de convicción para tenerlo también como un TERCERO AFECTADO con la tragedia.

Habida consideración de la última circunstancia que e deja analizada, y teniendo en cuenta que se indemnice a INES JULIO BERRIO como TERCERO AFECTADO, y nó como madre del finado, la situación de los demandantes PEDRO JOSE, SANDRA PATRICIA, ELSA MARIA y AURA MARIA VIVANCO JULIO, se desmorona, pues no pueden tenerse como hermanos del occiso.

Por todo lo que se deja expuesto, se revocará la condena que por perjuicios morales se hizo en favor de MIGUEL ANTONIO VIVANCO MEZA (sedicente padre) y de los sedicentes hermanos ya citados.

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

FALLA

1o.) CONFIRMANSE los numerales primero (1o), segundo (2o.), cuarto (4o.) y quinto (5o.) de la sentencia calendada el día treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso del rubro.

2o.) REVOCASE el numeral tercero (3o) del mismo fallo, el cual quedará así:

3o.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE 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 INES JULIO BERRIO (tercero afectado), novecientos gramos (900) de oro fino;

A LUCELY VIVANCO MORALES (hija) mil (1000) GRAMOS DE ORO FINO.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio nacional del oro en el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República. Para tal fin, se deberá expedir las copias de la sentencia con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE - Inexistencia / DAÑO ANTIJURIDICO

Con relación a la responsabilidad de la administración, encuentra la Sala que no se tipificaría una falla del servicio, dado que al conductor del bus no se le puede imputar un comportamiento ilegal, imprudente, negligente o ilegítimo. Pero a pesar de que no puede predicarse en el caso examinado la falla del servicio, y como la responsabilidad administrativa extracontractual deviene no solo del dicho régimen, sino de su fundamento también puede encontrarse en conceptos distintos a la culpa o falla del servicio, estima la Sala que el caso examinado bien puede manejarse, como lo hizo el Tribunal, bajo las orientaciones de la lesión o daño antijurídico, por cuanto lo sucedido corresponde al comportamiento de un funcionario oficial quien en ejercicio de funciones como conductor de un bus escolar particular, ocasionó un daño, sin dolo ni culpa de su parte, a unas personas que no tenían el deber jurídico de soportarlo, quienes, en consecuencia, tienen derecho a reclamar la indemnización correspondiente.

HECHO DE UN TERCERO / CULPA DE LA VICTIMA / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA / ACTIVIDAD PELIGROSA

Como del proceso mismo resulta evidente que no fué únicamente la conducción del bus escolar la causa del accidente, sino que además se presentó la intervención imprudente de un tercero al omitir el pare y el conductor de la motocicleta al transportar a tres personas más en su vehículo y sin casco protector, resulta equitativo, dada la actividad peligrosa que cada uno desempeñaba, atenuar la responsabilidad del ente departamental, concretándola a una tercera parte dado que la causa del accidente resulta

atribuíble, sólo como causal de atenuación, no vinculado a este proceso, en otra tercera parte, y a la propia víctima en la tercera parte restante.

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 8263. Actor: CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO. Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

Por vía de apelación interpuesta por la entidad demandada, conoce la Sala de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 1992, por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1°.- Declárese al DEPARTAMENTO DEL CAUCA, administrativamente responsable, en concurrencia con culpa de la víctima y hecho de un tercero, de las muertes de LIDIA TERESA SOLARTE COLLAZOS y del menor CESAR ANDRES FERNANDEZ SOLARTE, así como de las lesiones sufridas por la menor ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARTE, en accidente de tránsito ocurrido en el área urbana de Popayán el 10 de octubre de 1987.

"2°.- Como consecuencia, condénase al DEPARTAMENTO DEL CAUCA a pagar a los demandantes CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO y ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ BURBANO como indemnización por el perjuicio moral causado, las siguientes sumas:

"A CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO, esposo y padre, la tercera parte del equivalente en pesos colombianos a un mil gramos oro por la muerte de su esposa LIDA TERESA SOLARTE COLLAZOS Y la tercera parte del valor equivalente en pesos colombianos a CIEN (100) gramos oro por las lesiones sufridas por su hija, ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARTE.

"A ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARRTE SOLARTE, hija y hermana, la tercera parte del valor equivalente en pesos colombianos a UN MIL gramos oro por la muerte de su madre, LIDIA TERESA SOLARTE COLLAZOS. Igual suma por la muerte de su hermano, CESAR ANDRES FERNANDEZ SOLARTE y la tercera parte del valor

equivalente en pesos colombianos a CIEN (100) gramos oro por las lesiones por ella sufridas en el mismo accidente.

"Los valores anteriores se consideran 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°.- La condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"4°.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"5°.- Sin costas por no existir constancia de haberse causado. (art. 171 del C.C.A).

"6°.- Consúltese si no fuere apelada. (art. 184 C.C.A.).

"Como es de conocimiento público la muerte violenta del apoderado de los demandantes, de conformidad con el artículo 168 del C. de Procedimiento Civil, se interrumpirá la actuación posterior a la notificación de esta sentencia.

"La Secretaría de la Corporación dará cumplimiento al artículo 169 ib. Pasados diez (10) días de la notificación a la parte cuyo apoderado falleció o antes si designa nuevo apoderado, se reanudará el proceso".

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1°. La demanda:

En escrito presentado el 31 de julio de 1989 ante el tribunal Administrativo del Cauca, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, el señor CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO, actuando en su propio nombre y en representación de su menor hija ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARTE, formuló demanda contra el Departamento del Cauca, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- Declárase responsable al Departamento del Cauca de la totalidad de los perjuicios materiales y también de los morales que han venido sufriendo y continuará afectando al señor LIBARDO FERNANDEZ BURBANO y a su hija ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARTE, como consecuencia del fallecimiento de su esposa y madre, LIDIA TERESA SOLARTE COLLAZOS, de su hijo y

hermano CESAR ANDRES FERNANDEZ SOLARTE y de las lesiones sufridas por ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARTE, por el accidente de tránsito ocasionado por el conductor ADRIANO BARCO.

"SEGUNDA.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al Departamento del Cauca a pagar, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las siguientes pretensiones:

"a. Páguese al señor CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO, la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS ($15'000.000,oo) por concepto de perjuicios materiales (Daño emergente y Lucro cesante) o la suma que se demuestre en el proceso, o subsidiariamente, los que se liquiden por el procedimiento señalado en el art. 308 del C. de P. Civil, de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda al momento de la sentencia, por la muerte de su señora esposa LIDIA TERESA SOLARTE COLLAZOS. En éste caso se distinguirá la indemnización consolidada o la vencida, de la anticipada, o, futura, teniendo en cuenta las tasas de interés corriente y se actualizará su valor acumulado en la fecha, probable del fallo, en el índice de inflación por la muerte de su esposa.

"b. Páguese al señor CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO, los perjurios morales (Objetivos y Subjetivos) que se demuestren en el proceso, o subsidiariamente, los que se liquiden por el procedimiento señalado en el art. 308 del C. de P. Civil. Se le reconocerá por concepto de los perjuicios morales un valor equivalente a un mil (1.000) gramos oro al momento de la sentencia por concepto de la muerte de su esposa.

"c. Páguese al señor CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10'000.000,oo) por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante y Daño emergente) o la suma que se demuestre en el proceso, o, subsidiariamente, los que se liquiden en el procedimiento señalado en el art. 308 del C de P. Civil, de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda al momento de la sentencia, por la muerte de su hijo CESAR ANDRES FERNANDEZ SOLARTE.

"En éste caso se distinguirá la indemnización consolidada o vencida de la anticipada, o futura, teniendo en cuenta las tasas de interés corriente y se actualizará su valor acumulado en la fecha probable del fallo con el índice de inflación por la muerte de su hijo.

"d. Páguese al señor CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO, los perjuicios materiales y morales que se demuestren en el proceso, o, subsidiariamente, los que se liquiden por el procedimiento señalado en el

art. 308 del C. de P. Civil, de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda al momento del fallo, por LAS LESIONES PERSONALES, incapacidad, y la disminución de la capacidad laboral sufridas por la menor ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ en el accidente de tránsito acaecido el 10 de octubre de 1987, en la ciudad de Popayán. En el caso se distinguirá la indemnización consolidada o vencida de la anticipada o futura, teniendo en cuenta las tasas de interés corriente y se actualizará su valor acumulado en la fecha probable del fallo con el índice de inflación.

"e. A la menor ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARTE, los perjuicios morales (objetivos y subjetivos) que se demuestren en el proceso, o, subsidiariamente, los que se liquiden de conformidad con el art. 308 del C. de P. Civil, por las secuelas sufridas en el accidente de tránsito, de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda al momento del fallo. Para el caso se distinguirá la indemnización consolidada de la vencida, teniendo en cuenta las tasas de interés corriente y se actualizará su valor acumulado en la fecha probable del fallo con el índice de inflación.

"f. A la menor ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ, los perjuicios morales subjetivos por la muerte de su madre, un valor equivalente a Mil Gramos (1.000) de oro al momento de la sentencia.

"g. A la menor ALEJANDRA MARIA FERNANDEZ SOLARTE, los perjuicios morales subjetivos por la muerte de su hermano CESAR ANDRES FERNANDEZ SOLARTE, un valor equivalente a Un Mil (1.000) gramos oro, al momento de la sentencia.

"TERCERA.- El Departamento del Cauca pagará los intereses de las sumas de dinero anteriormente fijadas a favor de mi mandante desde el momento de la tragedia, ocurrido el 10 de octubre de 1987, hasta el momento en que se haga el pago, teniendo en cuenta la variación promedio mensual de índices de precios al consumidor".

2º. Los hechos:

Se refiere en la demanda que el día 10 de octubre de 1987, entre la una y dos de la tarde, transitaba en una motocicleta César Libardo Fernández Burbano, su esposa Lidia Teresa Solarte Collazos y sus hijos César Andrés y Alejandra María Fernández Solarte, por la Calle 27 Norte, en sentido Occidente-Oriente. En la misma dirección iba el bus de placas OY-0423, que presta servicio al Colegio Sagrado Corazón de Jesús, conducido a exceso de velocidad por Adriano Barco, cuando por la carrera 7a apareció el automóvil Renault 18 de placas GN-5847 conducido por Carlos Zapata Ospina, vehículo que no hizo el

pare obligatorio y obligó al bus a maniobrar hacia la derecha de su vía atropellando a la motocicleta que iba adelante ocasionando la muerte de la esposa e hijo del demandante y lesiones a su hija. Afirma el demandante que la licencia de conducir del chofer del bus se hallaba vencida, que transitaba a excesiva velocidad y por el centro de la vía, que el bus no tenía las señales propias del transporte escolar y que maniobró equivocadamente el motorista cuando en lugar de frenar, viró hacia la derecha.

3o. Actuación procesal:

Luego de corregirse la demanda, le fué notificada su admisión al Gobernador del Departamento del Cauca, quien, por conducto de apoderado dió respuesta a aquélla. Sostuvo que el accidente se debió a la imprudencia del conductor del Renault-18, fué ese tercero el causante del daño. Adujo que el bus no es oficial, ni es propiedad del Colegio, sino que es de la Asociación de Padres de Familia de dicho establecimiento. El Departamento no prestaba ningún servicio al momento del accidente, ni puso a disposición del conductor los medios para que se diera la conducta culposa.

Propuso como excepciones: la "falta de legitimación en la causa en la parte demandante (sic) porque la demanda no se dirigió contra el responsable del perjuicio que sería la Asociación de Padres de Familia como propietaria del vehículo y administradora del transporte escolar en el colegio, y la "inexistencia de responsabilidad", dado que el servicio no lo prestaba el Departamento, ni se dá el nexo causal que configure la responsabilidad. Aduce que el accidente se produjo por causa de un tercero y por culpa de la víctima al transportar cuatro personas en una motocicleta y sin casco protector.

En la oportunidad para alegar de conclusión, la apoderada del Departamento del Cauca, con respaldo en los fallos absolutorios de la justicia penal en favor del conductor del bus, reitera los planteamientos anteriormente expresados.

El Procurador 154 en lo judicial conceptuó desfavorablemente a las súplicas de la demanda, en razón a que el servicio de transporte no lo prestaba el Departamento, por lo que no se le puede atribuir el hecho dañoso y, de otra parte, por cuanto el conductor del bus fué declarado inocente por auto de cesación de procedimiento dictado por el juez de primera instancia y confirmado por el superior.

SECCION TERCERA

4o. La sentencia apelada:

Descartó el *a-quo* la falla del servicio presunta por cuanto se ejecutaban simultáneamente actividades peligrosas en la conducción del bus, la motocicleta y el automóvil Renault-18.

Estima el Tribunal que sin desconocer el fallo absolutorio penal, del examen de las pruebas recaudadas se concluye "que no se demostraron los elementos constitutivos de la falla o falta anónima de la administración no sólo porque en el caso concreto no resultó posible desligar la actuación del agente del obrar de la administración, sino porque no existe prueba alguna que acredite el disfuncionamiento del servicio con base por ejemplo en falta de idoneidad o de pericia del conductor, tolerada por el Departamento, o en sus antecedentes negativos".

Manejó entonces el Tribunal lo sucedido, con la teoría de "la lesión o del daño antijurídico", para lo cual se fundamentó en pronunciamientos de la Sala sobre el particular, los que aplicados al caso examinado permiten apreciar "que un funcionario departamental al volante de un vehículo particular para cuya conducción había sido oficialmente designado, causó un daño, sin dolor ni culpa según lo decidió la jurisdicción penal, a unas personas que no tenían el deber jurídico de soportarlo y que, en consecuencia, tienen derecho a reclamar la correspondiente indemnización"..

Por último el *a-quo* decidió atenuar la responsabilidad de la administración en dos terceras partes, teniendo en cuenta que la acción del tercero (Renault 18) fué determinante, aunque nó exclusiva, en la producción del daño, y que además la víctima lo propició al transportar en la moto a su familia, cuatro personas, sin medidas de protección que hubieran podido disminuir la intensidad del daño, por lo que se consideran igualmente responsables de las consecuencias sufridas.

Reconoció el Tribunal el equivalente a 1.000 gramos de oro por la muerte de la esposa, más no por la del hijo, por no haberlo solicitado el actor. A la hija de la occisa le fué reconocido el equivalente a 1.000 gramos de oro por la muerte de su progenitora, y por el fallecimiento de su hermano el mismo valor. Al padre e hija, por las lesiones de esta, les fué reconocido el equivalente en pesos a 100 gramos de oro para cada uno.

Por perjuicios materiales no se hizo ningún reconocimiento.

5º. La apelación:

Sostiene la apoderada del Departamento del Cauca que no hubo falla del servicio por cuanto el conductor no era funcionario de aquel, sino que fué nombrado mediante Decreto 253 de 1981, cuyo cargo fué creado en el presupuesto del FER, entidades que en criterio de la recurrente, tienen carácter nacional, circunstancia que no permite involucrar al Departamento por una actuación de un funcionario nombrado por una entidad del orden nacional.

Aduce además "un caso de fuerza mayor y caso fortuito, ocacionado (sic) por la culpa de la víctima y el hecho de un tercero". De otra parte solicita una sentencia inhibitoria "puesto que la indemnización que relacionan los actores ya fué pedida por el Apoderado de ellos en el proceso penal que se le siguió al Señor ADRIANO BARCO".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero advertir que la Sala comparte lo decidido por el Tribunal en el fallo recurrido y por eso lo confirmará.

En el curso del proceso se acreditaron los siguientes puntos:

1. Que el 10 de octubre de 1897, en las horas de la tarde, en la calle 27N con carreras 7a y 7aA de Popayán, se presentó un accidente entre el bus de placas OY-0423 de propiedad de la Asociación de Padres de Familia del Colegio Sagrado Corazón conducido por el señor Adriano Barco y la motocicleta de placas LBD-39, conducida por César Libardo Fernández Rodríguez, en la que además viajaban su esposa Libia Teresa Solarte, quien falleció, su hijo César Andrés Fernández Solarte, también fallecido y Alejandra María Fernández Solarte quien resultara Lesionada.

2. Que el conductor del bus era empleado oficial, nombrado por la Gobernación del Departamento del Cauca, para prestar servicio al colegio del Sagrado Corazón de Jesús -Salesianas- de Popayán.

3. Que el vehículo mencionado es propiedad de la Asociación de Padres de Familia del aludido colegio.

4. Que por razón del accidente fallecieron Lidia Teresa Solarte Collazos y César Andrés Fernández y resultó lesionada la menor Alejandra María Fernández..

SECCION TERCERA

5. Que en el proceso penal seguido contra el conductor del bus, Adriano Barco y contra Carlos Eduardo Zapata Ospina, en favor del primero se decretó una cesación de procedimiento por considerar que su conducta encuadraba en la causal de inculpabilidad del numeral 1 del artículo 40 del código Penal.

De las anteriores comprobaciones se deduce la Sala que el accidente se presentó cuando el bus escolar pretendía pasar a la motocicleta, momento en que intempestivamente y sin hacer el pare obligatorio le obstaculizó la vía el automóvil Renault 18 conducido por Carlos Eduardo Zapata Ospina, obligándolo a virar de inmediato hacia la derecha, con la mala fortuna de atropellar a la motocicleta y sus ocupantes que en número de 4 en ella se trasladaban, con los resultados lamentables de dos muertos y un lesionado.

Con relación a la responsabilidad de la administración, encuentra la Sala que no se tipificaría una falla del servicio, dado que al conductor del bus no se le puede imputar un comportamiento ilegal, imprudente, negligente o ilegítimo.

Por el contrario, muestra el proceso que se trata de un profesional en su oficio, experimentado, no había ingerido licor, ni viajaba a exceso de velocidad, razones definitivas para que en su favor, la justicia penal cesara procedimiento, al atribuir lo sucedido a una fuerza mayor de comportamiento de un tercero, es decir, del conductor que imprudentemente, sin hacer el parte reglamentario, lo obligó a maniobrar el bus en la forma ya referida.

Pero a pesar de que no pueda predicarse en el caso examinado la falla del servicio, y como la responsabilidad administrativa extracontractual deviene no solo no solo de dicho régimen, sino que su fundamento también puede encontrarse en conceptos distintos a la culpa o falla del servicio, estima la Sala que el caso examinado bien puede manejarse, como lo hizo el Tribunal, bajo las orientaciones de la lesión o daño antijurídico, por cuanto lo sucedido corresponde al comportamiento de un funcionario oficial quien en ejercicio de sus funciones como conductor de un bus escolar particular, ocasionó un daño, sin dolor ni culpa de su parte, a unas personas que no tenían el deber jurídico de soportarlo, quienes, en consecuencia, tienen derecho a reclamar la indemnización correspondiente.

Ahora bien, como del proceso mismo resulta evidente que no fué únicamente la conducción del bus escolar la causa del accidente, sino que además se presentó la intervención imprudente de un tercero, como lo fué el conductor Zapata Ospina al omitir el pare y el conductor de la motocicleta al transportar a tres personas más en su vehículo y sin casco protector, resulta equitativo, dada la actividad peligrosa que cada uno desempeñaba, atenuar la responsabilidad del ente departamental, concretándola a una tercera parte dado que la causa

del accidente resulta atribuible, sólo como causal de atenuación, al conductor Zapata Ospina, no vinculado a éste proceso, en otra tercera parte, y a la propia víctima en la tercera parte restante.

La tasación de perjuicios morales hecha por el *a-quo* la encuentra la Sala adecuada a las orientaciones jurisprudenciales que sobre el particular se han dado, razón por la cual se confirmarán los reconocimientos hechos, así como la denegación de los perjuicios para el padre por la muerte de su hijo, dado que omitió solicitarlo.

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, ésto es, el de 3 de diciembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO / OBLIGACION DE RESULTADO / DAÑO ANTIJURIDICO / DERECHOS DE LOS INTERNOS

La falla del servicio se presentó por la falta de protección al detenido, estando privado de su libertad. En la materia que se estudia la Corporación ha predicado que, respecto de los reclusos, los establecimientos penitenciarios asumen una obligación, de seguridad, que es de RESULTADO, y no de MEDIOS. Este enfoque jurídico lleva a concluir que la administración tiene la obligación de devolver al detenido, en el momento en que recupera su libertad, en el mismo estado de salud que tenía cuando lo recluyó, salvo los deterioros normales y explicables de ella, a la luz de la ciencia médica. Si así no ocurre, se produce el daño causado, máxime cuando el demandado no logra demostrar una causal eximente de responsabilidad, como la Fuerza Mayor, el hecho de un tercero o la culpa de exclusiva de la víctima.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8335 Actor: LUZ DEL SOCORRO LOPEZ GARCIA. Demandada: LA NACION MINISTERIO DE JUSTICIA.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el GRADO DE CONSULTA de la sentencia calendada el diecinueve (19) de febrero de mil

novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva **D I S P U S O**:

> "1o. Declárase a la NACION (Ministerio de Justicia) responsable de los perjuicios ocasionados a Luz del Socorro López García y a sus hijos menores: Jhon Freddy, Juan Esteban y Oscar Alejandra Taborda López, a Marta Cecilia, María Eugenia, Diana María, Margarita María Ligia y Beatriz Elena Taborda Henao y a Margarita Henao de Taborda por la muerte de OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO en las instalaciones de la Cárcel Nacional de Bellavista.
>
> "2o. Coma consecuencia de lo anterior LA NACION (Ministerio de Justicia) pagará por perjuicios morales el a MARGARITA HENAO DE TABORDA, LUZ DEL SOCORRO LOPEZ GARCIA, JHON FREDDY TABORDA LOPEZ, JUAN ESTEBAN TABORDA LOPEZ Y OSCAR ALEJANDRO TABORDA LOPEZ el equivalente de 1.000 gramos de oro y a cada uno de ellos de acuerdo con la cotización que exista a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
>
> "Igualmente y en las mismas condiciones el equivalente a trescientos gramos de oro a MARTA CECILIA, MARIA EUGENIA, DIANA MARIA, MARGARITA MARIA, MARIA LIGIA Y BEATRIZ ELENA TABORDA HENAO.
>
> "3o. Niéganse las demás súplicas de la demanda." (fl. 133-134, C.)

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

> "LUZ DEL SOCORRO LOPEZ GARCIA,en su propio nombre y en representación de sus hijos menores JOHN FREDY, JUAN ESTEBAN y OSCAR ALEJANDRO TABORDA LOPEZ y MARTHA CECILIA, MARIAEUGENIA, DIANA MARIA, MARGARITA MARIA, MARIA LIGIA y BEATRIZ ELENA TABORDA HENAO y MARGARITA HENAO DE TABORDA, han solicitado a través de opoderado idóneo y previas las ritualidades dispuestas por la Ley, se declare a la NACION (Ministerio de Justicia) responsable de los daños materiales y morales a ellos ocasionados con la muerte de OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO.

SECCION TERCERA

"FUNDAMENTOS DE HECHO:

"Fueron enseñados de la siguiente forma:

"El dia 11 de marzo de 1989 en el quinto patio de la cárcel Nacional de Bellavista de Bello (Ant.) fué asesinado de múltiples impactos de bala y de heridas con causadas con arma blanca, el recluso OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO".

"El señor TABORDA HENAO había ingresado al centro de reclusión el 2 de abril de 1987 donde llegó proveniente de la cárcel de San Quintín, Municipio de Bello (Antioquia)."

"Su reclusión en la cárcel de Bellavista fué ordenada por el Juzgado Quince Superior de Medellín y permanecía en ella en calidad de sindicado del delito de homicidio."

"La cárcel Nacional de Bellavista, ubicada en la fracción de Machado, Municipio de Bello, Antioquia, es una de las cárceles con mayor índice de muertes violentas y lesiones personales en el país."

"El (sic) la cárcel de Bellavista los reclusos poseen armas como cuchillos, revólveres y aún granadas de fragmentación, sin que nadie haga nada por evitarlo."

"En Bellavista, en los últimos años, el promedio de muertes violentas ha rebasado el medio centenar por año y las lesiones personales con armas blancas y de fuego, superan el número de doscientos al año. Basta mirar los titulares de la prensa regional (diarios El Colombiano y el Mundo) para enterarse del genocidio que allí se ha venido presentado (sic), sin que las autoridades de la República hayan hecho nada por evitarlo, estando instituidas para proteger a todas las personas en su vida e integridad personal y en lo que toca especificamente con las personas privadas de la libertad, para promover la realización de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los fines que a la pena privativa de la libertad se le atribuyen en el artículo 12 del código penal, y en especial para el cumplimiento de la función protectora, instituida precisamente para evitar los fenómenos que puedan comprometer la vida o la integridad personal de quienes delinquen" (fl. 22 a 23).

"De acuerdo con la información traída por el diario El Colombiano de abril 21 de 1983, ya desde el 27 de marzo de ese año, numerosos reclusos

se habían dirigido al Director de la cárcel de Bellavista, frente a quien se quejaron de la cruenta violencia que vivía el penal" (folios 29).

"La Cárcel Nacional de Bellavista está constituída para albergar a 1.200 reclusos, hoy en día la población de reclusos sobrepasa el número de 3.000".

"Las condiciones de hacinamiento hacen de Bellavista un antro del crimen que la administración está en la obligación de erradicar, toda vez las autoridades tienen la obligación de velar por la integridad física de todos los gobernados y los reclusos no constituyen ninguna excepción a este principio. Sobre este punto, expresó en el ejercicio de su cargo el Procurador Delegado para los Derechos Humanos BERNARDO ECHEVERRY OSSA, quien es profundo conocedor de la materia ya que antes de ser procurador delegado, se desempeñó como Director General de Prisiones: "No es que el Gobierno Nacional no cumpla con sus deberes en el aspecto Carcelario, sino que es el Estado el que viola los derechos humanos por la desatención que tiene con los establecimientos carcelarios." (Folios 30).

"OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO nació el 1o. de julio de 1956, tenía al morir la edad de 33 años, a la que corresponde un número de conmutación de 16.72211 y una supervivencia de 48.38 años más, con base en la tabla de mortalidad elaborado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, según las últimas, experiencias sobre la matería."

"OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO contrajo matrimonio con la señora LUZ DEL SOCORRO LOPEZ GARCIA y de esta unión nacieron y sobrevivieron los menores JHON FREDY, JUAN ESTEBAN Y OSCAR ALEJANDRO TABORDA, cuyos nacimientos ocurrieron en las siguientes fechas: JHON FREDY, el 21 de noviembre de 1976, JUAN ESTEBAN, el 18 de agosto de 1989 y OSCAR ALEJANDRO, el 13 de julio de 1989".

"Los citados menores, así como la cónyuge son personas pobres que dependían para su subsistencia, crianza y bienestar en la vida, de la ayuda económica que siempre les proporcionó su padre y esposo y que estos como hijos y esposa, tenían derecho por ley a percibir".

"Con anterioridad a la privación de su libertad el señor TABORDA HENAO se desempeñaba como conductor de una volqueta, oficio que le proporcionaba ingresos mensuales de $85.000.oo, dinero que dedicaba

al sostenimiento de su esposa e hijos, así como a ayudar económicamente a su madre y hermanas" (folios 31).

"NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO:

"Se anotan artículos de la Constitución Nacional y el Código Penitenciario.

"POSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

"La Nación (Ministerio de Justicia) acudió a la controversia oponiéndose a las pretensiones y apuntando que todo fué obra de terceras personas por lo cual no debe ser comprometida.

"POSICION FISCAL:

"El Procurador judicial en concepto visible a partir de folios 123 es el parecer que se debe acceder a lo pedido.

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"El señor Oscar de Jesús Taborda Henao había entrado por segunda vez a la cárcel y sindicado por homicidio y lesiones personales desde Mayo de 1987 (folio 93) y estando bajo reclusión fué muerto por heridas causadas con arma Cortopunzante y proyectiles de bala como bien se desprende de lo aportado a folios 79 y 80 donde la oficina de medicina legal de Bello conceptuó las razones de su fallecimiento así:

"Conclusión: Por los anteriores hallazgos conceptuamos que el deceso de quien en vida respondió al nombre de OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO) fue consecuencia natural y directa del shock hopovolémico debido a las heridas de pulmones por arma cortopunzante. Las heridas No. 4 y No. 5) tuvieron juntas y por separado un efecto de naturaleza mortal. Las heridas por proyectil de arma de fuego, descritas en el exámen exterior del cadáver, producen una incapacidad definitiva de quince días. En condiciones normales de existencia y a juzgar por el aspecto macroscópico de las vísceras conceptuamos la supervivencia en 35 años más".

"De que se hallaba en la cárcel nacional de Bellavista es algo aceptado por las partes y demostrado igualmente a folios 63, con el oficio emanando del Juzgado 15 superior que ordenaba detenersele en dicho establecimiento sindicado por homicidio y procedente de la cárcel de San Quintín del Municipio de Bello.

"Recogido el debate probatorio un sinúmero de datos estadísticos y una prueba testimonial trasladada de otro proceso, que enseñan sin lugar a dudas el hacimiento (sic) en el establecimiento construido para 1.500 reclusos y que en la fecha en que fue muerto Taborda albergaba a 3.488 presos en el año de 1989 donde fue excesivas las muertes que allí ocurrieron, cincuenta y seis (folios 89)".

"El fundamento de la demanda es que la muerte de Taborda Henao sucedió debido a la falla del servicio carcelario o penitenciario y lo cierto es que es fácilmente detectable porque los sistemas de vigilancia y custodia no operaron hasta tal punto, que allí había llegado a pesar de las requisas y demás procedimientos propios o cualquier centro penitenciario, no solo armas cortopunzantes sino de fuego que sirvieron para la eliminación de la persona que estaba en manos del Estado y obligado a responder por su integridad.

"Casos similares al presente ya han sido definidos por esta Corporación y vale la pena recordar lo que se apuntó en el radicado 26.449 demandante: Amparo de la Cruz Zapata y otros contra la Nación (Ministerio de Justicia) coincidentes no solamente en el tiempo sino en el lugar.

"Se dijo:

"...Debe anotarse que los establecimientos penitenciarios asumen con relación al detenido una obligación de seguridad que es el resultado y no de medio. Así lo puntualizó el Consejo de Estado en sentencia del 25 de octubre de 1991 (expediente 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 (sic) 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 familiares. Sucede aquí algo similar a lo que se da frente a las mercancías que por obligación legal deben depositarse en bodegas oficiales" .

SECCION TERCERA

"...Esta asimilación jurídica del ciudadano a un fardo de mercancías puede resultar poco halagadora para él —para su amor propio, pero le es muy benefica 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 No. 24, 1982. P. 187) Providencia de septiembre 28 de 1992. Magistrada Ponente: doctor Ricardo Hoyos Duque demandante: Rosalba Pérez Moreno, demandado: Municipio de Apartadó - radicado: 900.822."

"Piensa la Sala, que mas que una obligación de resultado, se trata de la conocida como obligación de seguridad referida a proveer y generar todos los medios, mecanismos y conductas que hagan posible que el interno cumpla su detención o pena, con la plena realización de sus derechos fundamentales, dentro de los cuales está el derecho a la vida y a la integridad personal."

"Y configurados los elementos propios de la falla en el servicio es oportuno tasar los daños ocasionados.

"Habiéndose acreditado los vínculos de consanguinidad de los demandantes con el occiso de conformidad con los registros civiles que obran a partir de folios 9, se reconocerá a Margarita Henao Taborda en su calidad de madre, a Luz del Socorro López García como esposa y a Jhon Freddy, Juan Esteban y Oscar Alejandro como hijos de Oscar de Jesús Taborda Henao el equivalente a mil gramos de oro.

"Y aunque no se formó un criterio claro y determinante para que el juez administrativo tuviera serios lineamientos para sopesar el comportamiento y la familiaridad que existía entre los numerosos hermanos y partiéndose de las tesis jurisprudenciales que en la actualidad se acatan de que se presumen, dentro del amplio ámbito de tasación que para ello se tiene, se señalaran a lo equivalente a 300 gramos de oro y para cada uno de ellos".

"En cuanto a los daños materiales reclamados y a favor de la esposa y los hijos es de admitirse que ningún esfuerzo probatorio se hizo para cuantificarlos a través de peritos u otros medios idóneos y aunque se allegaron declaraciones de conocidos que Taborda por supuesto antes de su reclusión laboraba como conductor o ayudando a hacer colchones que le podían producir entradas hasta de 80.000.oo pesos mensuales en el año de 1987, la verdad es que dentro de un principio de credibilidad se debería haber demostrado con las personas con que trabajaba, y porque esto no ocurrió, en este aspecto no habrá condena". (fl. 128-133, C. 1).

-II-

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA NACION MINISTERIO DE JUSTICIA

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión, para **DESTACAR:**

"El Estado colombiano en diversas normas ha procurado dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1986, como del artículo 2o. de la Carta de 1991, sobre la protección a todos los ciudadanos en su vida, honra y bienes; prueba de ello son las constantes reformas a la justicia, buscando que su aplicación sea equitativa y justa en todo el país y sea una realidad la protección de los derechos de las personas residentes en Colombia, sin desconocer la realidad histórica, social y política de nuestro medio, tal como lo ha enseñado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en Sentencia 213 del 4 de agosto de 1988, al manifestar:

"Es verdad que dentro del proceso se demostró que el dia 27-01-83 la policía tuvo informes sobre el secuestro de los señores LIBARDO Y JORGE DUARTE NAVIA, hecho que ocurrió un mes largo después de que se levantara el operativo de vigilancia, que en diciembre de 1982 se le prestó. Pero sobre esa circunstancia particular del caso y, la muerte posterior de los referidos ciudadanos no puede montarse la falla del Servicio, pues ésta, como lo enseña Jean Rivero "es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente..." (Derecho Administrativo, Novena Edición, Caracas 1984, pág. 303). Ese incumplimiento, prosigue el ilustre tratadista 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 apreciarla sin referencia a una norma abstracta, pero si preguntándose "...lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta la dificultad mas o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos que disponía el servicio en personal y en materia etc. De ello resulta que LA NOCION DE FALTA DE 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) (Subrayas de la Sala).

"Dentro del anterior marco doctrinario, la Sala concluye que, en el caso en comento, la Policía Nacional, dentro de las limitaciones que tenía en personal, si prestó la protección, que le era posible brindar, a los hermanos Libardo y Jorge Duarte Navia, no sin dejar de reconocer que sería reconfortante que todas las ciudades, pueblos y veredas de Colombia estuvieran vigiladas por fuerzas robustas en el número y bien dotadas, para hacerle frente el delito. Ello infortunadamente, no es posible, por las limitaciones que produce la pobreza y porque existe la conciencia ciudadana en el sentido de que se impone atender primero las necesidades que ella genera en otros frentes, como el de salud, la educación, etc. La realidad económica y social que vive el país, determina al sentenciador a estudiar, valorar y estructurar la falla del servicio, en casos como el presente, con la filosofía ya expuesta del profesar Rivero, esto es, indagando primero, que podía esperarse, razonablemente de él. Si en un poblado de la Patria solo existen ocho agentes de la policía, bajo el comando de un sub-oficial, no puede pretenderse que la cuarta parte de ellos se dedique, en forma permanente y exclusiva, a vigilar el área geográfica donde una familia está amenazada, olvidando que en otros sitios, del mismo poblado, otra gente corren la misma suerte. Una política de "exclusivismo" y de "privilegio" en esta materia no es de recibo a la luz de la lógica de lo razonable, como tampoco lo es, la que pretende que, en un medio subdesarrollado, la autoridad actué contra el delito, como lo hace, la que goza de los medios mas modernos, en los países desarrollados. A la Nación tampoco se le puede pedir que haga lo imposible, pues también sufre las consecuencias que genera la pobreza, y el juez de lo contencioso administrativo no puede demandársele que acepte, que ésta, es perse una falla del servicio, para condenar al pago de los daños que la pobreza misma genera. Si a esta meta se llegara, no habría con que pagar las sentencias condenatorias por sustracción de materia.....
C.1).....
.....
.....

" En el evento en que no sea revocada la sentencia consultada, deberá ser modificada en lo que respecta a tasación de indenmización de los perjuicios morales del señor OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO, ya que es clara y reiterativa la jurisprudencia de esa Corporación para que se produzca el pago de perjuicios morales subjetivos relacionado con los hermanos es necesario acreditar dentro del plenario el trato familiar o afectivo que existiera entre ellos y como no lo hace el Tribunal Administrativo de Antioquia al manifestar: "...Y aunque no se formó un criterio claro y determinante para que el juez Administrativo tuviera serios lineamientos para sopesar el comportamiento y la familiaridad que existía

entre los numerosos hermanos y partiéndose de la tesis jurisprudencial que en la actualidad se acatan de que se presumen, dentro del amplio ámbito de tasación que para ello se tiene, se señalarán a lo equivalente a 300 gramos oro y para cada uno de ellos." Porque lo que ha venido aceptandose de tiempo atrás tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado es la presunción de los perjuicios morales subjetivos en los parientes próximos de la víctima, limitando el ámbito a los padres e hijos y cónyuges entre sí." (fl. 143. C. 1).

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

En el caso *sub-exámine* 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 jurídica, fáctica y probatoria que hizo el tribunal, por encontrarla seria, ponderada y justa.

Para la Sala quedó bien probado que el occiso ingresó a la cárcel de Bellavista el día dos (2) de abril de 1987, sindicado de delito de Lesiones Personales, y por orden del juzgado quince Superior, como se desprende del oficio que obra al folio 63 del cuaderno principal. Es igualmente cierto que estando recluido falleció como consecuencia de las "...heridas con arma cortopunzante. Hechos ocurridos Patio Quinto..." como se lee en el documento que aparece al folio 93 del mismo cuaderno. Por lo demás quedó bien esclarecido, según el registro que se lleva en el libro de Sanciones que "...el interno OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO (Q.E.P.D), no fue sancionado disciplinariamente durante su estadía..." Así lo comunicó el Director del Establecimiento, al Tribunal (C 1, fl 92).

Dentro del anterior marco se tiene que la falla del servicio se presentó al detenido, estando privado de su libertad. En la materia que se estudia la Corporación ha predicado que, respecto de los reclusos, los establecimientos penitenciarios asumen una obligación de seguridad, que es de RESULTADO y no de MEDIOS. Este enfoque jurídico lleva a concluir que la administración tiene la obligación de devolver al detenido, en el momento en que recupera su libertad, en el mismo estado de salud que tenía cuando lo recluyó, salvo los deterioros normales y explicables de ella, a la luz de la ciencia médica. Si así no ocurre, se produce el daño ANTIJURIDICO, fuente de la obligación de indenminizar el daño causado, máxime cuando el demandado no logra

demostrar una causal eximente de responsabilidad, como la Fuerza Mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

A lo expuesto debe agregarse que del INFORME rendido por el señor Ministerio de Justicia al Tribunal, (C 1, fol 83 y ss.ss), se vivencia que entre los años 1986 y 1990, se registraron en el citado establecimiento las siguientes muertes:

"

AÑO	RIÑA- ARMA CORTOPUNZANTE	ESTRANGU- LAMIENTO	MOTI ARMA DE FUEGO	COMPAÑERO ARMA DE FUEGO
1986	11	1	—	—
1987	22	1	—	—
1988	18	1	—	—
1989	42	2	12	—
1990	21	2	—	—
TOTAL	114	7	12 = 133.	—

(Fl. 89, C. 1).

Pero lo que resulta aún mas preocupante es el universo que tiene el informe rendido al *a-quo* por el Comandante de Vigilancia de la Cárcel del Distrito Judicial, en el cual se lee:

"La cárcel del Distrito Judicial de Medellín, fué construída para dar albergue a Un mil Quinientos reclusos.

"El patio 5o. de la cárcel del Distrito Judicial de Medellín, fue construido para recluir en el mismo a Trescientos Cincuenta internos.

"El dia 11 de marzo de 1989 existía una población reclusa en el patio 5o. de 793 internos (Información tomada del folio 388 del libro de minuta de Guardia del patio 5o.).

"El total general de internos en la cárcel del Distrito Judicial de Medellín para el dia 11 de marzo de 1989., ascendía a Tres Mil Cuatrocientos Ochenta y Ocho.

"El dia 11 de marzo de 1989, se encontraban de servicio en el patio 5o., Cuatrocientos Guardianes y Un Sargento." (fl. 94, C. 1).

Para el sentenciador resulta inusitado, por decir lo menos, que en una cárcel construída para albergar mil quinientos reclusos (1500) se tengan TRES

MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (3488) y en un patio con capacidad para 350 internos, permanezcan 793, vigilados sólo par cuatro guardianes y un Sargento. Esta situación, realmente anómala es *per se* una falla del servicio.

Nada alentador resulta el informe rendido, al sentenciador de instancia, por el señor Ministro de Justicia, cuando recuerda que para hacerle frente a la anterior situación se han invertido $51.606.000 en las edificaciones de las instalaciones locativas, Salud, Atención Social, dotación de dormitorios y corredores, lo mismo que los Talleres para 300 reclusos dementes. Con sumas tan irrisorias para solucionar males tan graves, el Estado corre el riesgo de tener que pagar por CONDENAS generadas en la falla del servicio, mucho más dinero del que hasta ahora ha destinado para atender frente tan sensible de necesidades. El Estado Social de Derecho, consagrado en el artículo primero de la Constitución Nacional, es, por definición, un ESTADO DE BIENESTAR. Esta verdad constitucional permite a los ciudadanos que son detenidos, y a los pacientes que son hospitalizados, por ejemplo, que se les atienda como personas y no como cosas.

Cuando está de por medio el respeto a la DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, todas las exigencias para mantenerla y conservarla son de recibo. La condena que por medio de este fallo se confirma, puede costarle al Estado una suma muy cercana a los CUARENTA MILLONES DE PESOS ($40.000.000.oo). Así las cosas, cabe predicar: ¿No habría sido mejor, y no será mejor, que la administración se dedique, con real vocación, a resolver el problema de las cárceles colombianas? Si así no procede, la sangría económica, por las omisiones destacadas será verdaderamente preocupante. La opinión nacional que a diario se interroga sobre la causa, motivo o razón de tantas condenas contra la Nación, debe encontrar la explicación en la NEGLIGENCIA ESTATAL para resolver problemas tan graves como el CARCELARIO.

Parece inusitado que en una providencia judicial se hagan recomendaciones o sugerencias a la administración. Sin embargo, en materia administrativa, ese es un deber del JUEZ. Así lo recuerda muy bien el Profesor Agustín Gordillo cuando predica:

> "Si bien de hecho nada impide a un tribunal judicial en el acto de dictar sentencia hacer consideraciones sobre lo que a su juicio sería conveniente que hiciera la administración, ello sólo ocurre cuando la justicia encuentra flagrantes vicios o errores. De algún modo es normal que el Juez se limite a resolver en derecho el caso litigioso, sin pronunciarse sobre otros aspectos de política administrativa que el caso le sugiera.

"Un organismo administrativo, o un Tribunal Administrativo, podría en cambio encontrar algo más fácil efectuar consideraciones de aquella índole cuando lo crea conveniente. Incluso puede la Ley asignarle en forma expresa funciones consultivas, además de las funciones decisorias que le atribuya. En una buena cantidad de supuestos importa no sólo y no tanto la irregularidad que se haya cometido en el caso concreto sometido a decisión jurisdiccional, sino fundamentalmente detectar -y corregir- la causa de que tal irregularidad haya podido ser cometida. Si la causa de una irregularidad es simplemente el error o la venalidad de un funcionario concreto, ello es mucho menos grave que cuando lo es en un sistema administrativo dado, una reglamentación vigente, una práctica inveterada, una creencia equivocada de la administración: pues, en todos estos casos, al no corregirse en el pronunciamiento la causa que permitió que el error o la irregularidad ocurriera, se está de hecho permitiendo la infinita repetición del vicio con el consiguiente desgaste jurisdiccional, administrativo o privado, por no destacar el grave daño a la República que tales irregularidades ocasionan.

"Dado que consideramos que muchas veces la causa de que se haya emitido un acto inválido o se haya realizado una conducta reprochable, no es la ignorancia o malicia del funcionario actuante, sino un procedimiento errado o inválido que se ha aplicado en el caso; estimamos de fundamental importancia que el tribunal pueda y, mas aún, deba sugerir o aún disponer tantos cambios normativos como fuesen necesarios en sede administrativa. Ello, como es lógico, más lo puede hacer un tribunal administrativo que uno judicial."(Problemas del control de la Administración pública en América Latina, Editorial Cuadernos Civitas Págs. 49-50. Agustín A Gordillo).

B) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, ella quedó bien demostrada por la señora LUZ DEL SOCORRO LOPEZ GARCIA (cónyuge sobreviviente) y los hijos del causante, JOHN FREDY, JUAN ESTEBAN y OSCAR ALEJANDRO TABORDA LOPEZ. No cabe predicar lo mismo de la señora MARGARITA HENAO DE TABORDA (sedicente madre) y de MARTA CECILIA, MARTA EUGENIA, DIANA MARIA, MARGARITA MARTA, MARTA LIGIA, Y BEATRIZ HELENA TABORDA HENAO (sedicentes hermanos), pues no obstante que se decretó prueba de oficio, no lograron demostrar el parentesco.

En el auto calendado el día tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), se solicitó que el apoderado de la parte actora aportara el certificado de matrimonio de la señora Margarita Henao de Taborda, necesario para acreditar la legitimación por activa de ésta, y de quien afirman ser sus

hijos, pero no fue posible. En la citada providencia se solicitaron las ACTAS COMPLETAS de los registros de nacimiento de los sedicentes hermanos, y se trajeron los mismos certificados que ya obraban dentro del informativo. Finalmente, de las declaraciones rendidas dentro del proceso por LUZ MERY GONZALEZ G, LEON ARTURO AGUIRRE y DUBIAN ALFONSO LOPEZ GARCIA, no es posible inferir que los citados demandantes tengan la calidad de TERCEROS AFECTADOS CON LA TRAGEDIA. Para llegar a esta verdad baste recordar que ninguno de ellos suministra los nombres de los padres y hermanos del finado. Como si lo anterior fuera poco, se tiene que la señora Margarita Henao de Taborda no confirió poder como madre del occiso sino como hermana de él.

Por todo lo anterior, se REVOCARA la condena que el tribunal hizo en favor de Margarita Henao de Taborda, Marta Cecilia, María Eugenia, Diana María, Margarita María, María Ligia y Beatriz Helena Taborda Henao.

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

F A LLA:

1o) **CONFIRMASE** el numeral tercero (3o) de la sentencia calendada el día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro.

2o) **REVOCANSE** los numerales primero (1o) y segundo (2o) del mismo fallo, los cuales quedarán así:

1o.- DECLARASE que LA NACION- MINISTERIO DE JUSTICIA, es administrativamente responsable de la muerte del señor OSCAR DE JESUS TABORDA HENAO, ocurrida el día once (11) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del marco de circunstancias que se dejaron relatadas en los considerandos de este proveído.

2o.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE a LA NACION MINISTERIO DE JUSTICIA, 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 LUZ DEL SOCORRO LOPEZ GARCIA (cónyuge), mil (1000) gramos de oro fino.

A JOHN FREDDY, JUAN ESTEBAN y OSCAR ALEJANDRO TABORDA HENAO (hijos), mil (1000) 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 presente fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

3o) A esta sentencia de le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo. Para tal fin se ordena expedir la copia del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

4o) Ejecutoriado este 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.

LEGITIMACION POR ACTIVA / PARENTESCO / CARGA DE LA PRUEBA / PERJUICIOS MORALES A DAMNIFICADOS - Improcedencia

No se precisó si el occiso era hijo legítimo o extramatrimonial, para poder determinar la forma de establecer su parentesco con las demandantes, porque si era hijo legítimo, debió aportarse el certificado de matrimonio de sus padres, celebrado con anterioridad a su nacimiento, y si era hijo extramatrimonial, debió probarse el hecho de haber sido reconocido por quien se dice la madre y haberse realizado igual reconocimiento en relación con quien demanda como hermana, para que al existir un tronco común entre ésta y el occiso, se les tuviera como hermanos. Tampoco puede la Sala ordenar el pago de una indemnización a las demandantes como terceras damnificadas, por cuanto la presunción del dolor moral sólo opera en relación con los parientes hasta el Segundo grado de consanguinidad y primero civil, pero cuando no se demuestra el parentesco, sino que se tiene la calidad de tercero damnificado como en este caso. Entonces la parte actora corría con la carga de demostrar que efectivamente la muerte de la víctima había causado perjuicios del orden moral y material, a los demandantes.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8567. Actor: MARIA HELENA GAMBOA DE COLONIA Y OTRA. Demandado: EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PALMIRA.

SECCION TERCERA

Procede la Sala a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de 19 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1o. DECLARAR administrativamente responsable a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PALMIRA, de la muerte accidental del Sr. WILDER COLONIA GAMBOA, en accidente ocurrido el 17 de marzo de 1990, en el perímetro urbano de la ciudad de Palmira."

"CONDENAR a las EMPRESAS MUNICIPALES DE PALMIRA, al pago de los perjuicios morales en favor de las demandantes así:

"El equivalente a mil (1.000) gramos de oro fino para la madre de la víctima Sra. MARIA HELENA GAMBOA DE COLONIA."

"El equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino para la hermana de la víctima ANGELICA COLONIA GAMBOA."

"Las anteriores cantidades de oro se pagaran con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoríada esta sentencia, según certificación que expedirá el Banco de la República."

"3o. CONDENAR *in-genere* a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PALMIRA, a pagar perjuicios materiales en favor de las demandantes Sras. MARIA HELENA GAMBOA DE COLONIA y ANGELICA COLONIA GAMBOA, los cuales se liquidaran en trámite incidental dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia conforme a lo previsto en los arts. 172 del C.C.A., y 308 inciso 2o. del C. de P.C., con sujeción a las pautas dadas en la parte motiva de este fallo."

"4o. DESE cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo."

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

1o.- La demanda.-

En escrito presentado el 22 de enero de 1992, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, las señoras MARIA HELENA GAMBOA DE COLONIA y ANGELICA COLONIA GAMBOA, a través de apoderado judicial común y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en

el art. 86 del C.C.A., demandaron al establecimiento público de Palmira "EMPALMIRA", para que fuera declarado administrativamente responsable de la muerte de su hijo y hermano WILDER COLONIA GAMBOA, ocurrida el 17 de marzo de 1990, en la ciudad de Palmira.

Como consecuencia de la declaración anterior, pretenden que a título de indemnización por perjuicios morales, se reconozca en favor de cada una, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino, y a título de perjuicios materiales, lo que se demuestre dentro del proceso, en razón de la ayuda que recibían de la víctima.

2o.- Los hechos.-

Se narraron 8 hechos, que en síntesis dicen:

El 17 de marzo de 1990, a las 10 y 30 de la noche, cuando el joven Wilder Colonia Gamboa transitaba en una moto, en la ciudad de Palmira, por la carrera 32 entre calles 18 y 17, sufrió un aparatoso accidente que le produjo la muerte horas más tarde.

El accidente se presentó contra un terraplen o masa de tierra, piedras y escombros, que estaban sobre la vía, sin ninguna señal o advertencia y que había sido dejado por las Empresas Públicas Municipales de Palmira, al realizar una obra de alcantarillado.

Wilder Colonia Gamboa, tenía 18 años de edad, estudiaba en las horas de la mañana y se dedicaba a comerciar con lociones o cosméticos en las horas de la tarde, para ayudar económicamente a su madre y hermana, con quienes vivía.

3o.- Actuaciones procesales.-

La demanda fue admitida en auto del 3 de febrero de 1992, providencia que se notificó a la demandada el 27 de marzo del mismo año, quien constituyó apoderado judicial. Oportunamente se dió respuesta a la demanda, a través del escrito que obra a folios 53 y ss, en el cual se pide que se nieguen las súplicas de la demanda, por cuanto el terraplén no existía por acción u omisión de las Empresas Municipales de Palmira, dado que estas no habían realizado ninguna instalación en la carrera 32 entre calles 17 y 18, durante los años de 1989 y 1990.

SECCION TERCERA

No se realizó obra alguna por parte de Empalmira, en relación con sus funciones, dentro de las cuales no se encuentra la obligación de reparcheo y reparación de vías públicas, esa función corresponde al Municipio de Palmira.

Dentro del Término que el Tribunal concedió a las partes para presentar alegaciones finales y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo, se guardó silencio.

4o.- La sentencia consultada.-

De los testimonios recibidos en el proceso y de la Inspección Judicial practicada en el sitio donde ocurrió el accidente, el *a-quo* dedujo que éste ocurrió en la forma relatada en la demanda y que el obstáculo que se encontraba sobre la vía, sin ninguna señal, había sido dejado por el establecimiento público demandado, al hacer una reparación al alcantarillado. Deducida la responsabilidad de la demandada, la condenó en la forma transcrita atrás.

Como base para la liquidación de los perjuicios materiales que impuso en favor de los demandantes, dijo que se tomaría en cuenta el salario mínimo vigente en 1990, del cual se deduciría el 50% que se presume el occiso dedicaba a su propio sostenimiento, y el excedente, se repartiría entre la madre y la hermana, hasta la vida probable de cada una.

Conformes las partes con lo así decidido, el proceso fué enviado a esta Corporación, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, por cuanto la sentencia contiene una condena en contra de una entidad de derecho público y ésta no apeló.

En el trámite de la consulta, las partes guardaron silencio. El señor Procurador Décimo delegado ante esta Corporación, conceptuó que debía confirmase la sentencia del Tribunal, en lo que a la declaración de responsabilidad se refiere, por cuanto la prueba testimonial recaudada le permite concluír la falla en el servicio por negligencia de la demandada, que dejó los escombros en el sitio durante bastante tiempo, sin siquiera señalización.

Pidió que se modificara el fallo en relación con los perjuicios materiales, en favor de la hermana de la víctima, para concederlos sólo hasta cuando cumpla 18 años y no por su vida probable.

II.-CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Para la Sala la sentencia consultada debe revocarse y en su lugar negar las súplicas de la demanda, por cuanto no se acreditó la legitimación por activa de la parte actora.

En efecto, la demanda fue propuesta por MARIA ELENA GAMBOA DE COLONIA y ANGELICA COLONIA GAMBOA, quienes dicen que sufrieron perjuicios morales y materiales con la muerte de su hijo y hermano WILDER COLONIA GAMBOA. Para acreditar ese parentesco se aportaron con la demanda únicamente las copias de los registros civiles de nacimiento de WILDER COLONIA GAMBOA (FL. 2) y de ANGELICA COLONIA GAMBOA (fl. 3). En los hechos de la demanda no se precisó si el occiso era hijo legítimo o extramatrimonial, para poder determinar la forma de establecer su parentesco con las demandantes, porque si era hijo legítimo, debió aportarse el certificado de matrimonio de sus padres, celebrado con anterioridad a su nacimiento, y si era hijo extramatrimonial, debió probarse el hecho de haber sido reconocido por quien se dice la madre y haberse realizado igual reconocimiento en relación con quien demanda como hermana, para que al existir un tronco común entre ésta y el occiso, se les tuviera como hermanos.

Esta Sala, con el ánimo de aclarar el parentesco que pudiera existir entre el occiso y las demandantes, prueba que resultaba fundamental para decidir esta causa, mediante auto del 20 de septiembre de 1993, ordenó oficiosamente que la parte actora presentara en el improrrogable término de diez días, las copias auténticas y completas de las actas de registro civil de nacimiento de WILDER COLONIA GAMBOA y ANGELICA COLONIA GAMBOA, así como la del matrimonio de MARIA EMA GAMBOA DE COLONIAS con el padre de WILDER COLONIA GAMBOA. Según el informe secretarial que obra a folios 98 del expediente, venció ese término y la parte actora guardó silencio.

Tampoco puede la Sala ordenar el pago de una indemnización a las demandantes como terceras damnificadas, por cuanto la presunción del dolor moral sólo opera en relación con los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad primero civil, pero cuando no se demuestra el parentesco, sino que se tiene la calidad de tercero damnificado como en este caso, entonces la parte actora corría con la carga de demostrar que efectivamente la muerte de WILDER COLONIA, había causado perjuicios del orden moral y material, a los demandantes. Esta prueba tampoco se allegó al plenario dado que los testimonios recibidos se limitan a referir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció WILDER COLONIA GAMBOA.

Al no haberse acreditado la legitimación por activa de los demandantes, circunstancia que conlleva al fracaso de sus pretensiones, resulta inútil que la Sala se ocupe de estudiar si se presentó o no la falla del servicio.

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:

REVOCASE la sentencia consultada, esto es, aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 19 de marzo de 1993 y en su lugar se NIEGAN las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palàcio, Secretaria Sección.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Técnica / INTERES MORATORIO

El Juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y por consiguiente no podrá adelantarse en el arduo tema de juzgamiento por eventuales errores -*in iundicando*-, para so pretexto de ello cambiar las determinaciones tomadas por aquél, simplemente por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrá revocarse determinaciones basadas en razonamientos o conceptos vinculados con la aplicación de la ley material. Aceptar la revisión del concepto del Tribunal, para desembocar en lo pretendido por el Consorcio consistente en que en vez del doble del anual sobre los capitales adecuados, se aplique el doble de interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sería tanto como que esta Sala se convirtiera en superior jerárquico del Tribunal de arbitramento, lo que se pone de presente su desacierto, dado que la anulación no es un recurso de índole vertical sino horizontal. En síntesis el yerro conceptual, de criterio o de concepto, sobre el tema del cual ha de ser la tasa de interés aplicable para sancionar la mora de algunos pagos de la EEEB, no tiene cabida dentro del marco estricto o limitado del recurso que se desata.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / COMPETENCIA / PLAZO DEL CONTRATO

El Tribunal no procedió con igual criterio para pronunciarse sobre un mismo aspecto controvertido por las partes, cual era el concerniente al concerniente al cumplimiento o incumplimiento

de los plazos contractuales, parciales o finales. El Tribunal se abstuvo, sin razón verdadera para ello, de decidir en el laudo lo relativo al cumplimiento de los pasos contractuales a cargo del contratista, en particular en lo que respecta a la entrega final de la obra. Aspecto bien distinto es el relacionado con las consecuencias de todo género, que pueden derivarse de tal reconocimiento.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA / PLAZO DEL CONTRATO - Cumplimiento / LAUDO ARBITRAL - Adición

Para la Sala no hay ninguna duda de que el Consorcio cumplió a cabalidad los diversos plazos contractuales; el recurso de anulación impetrado prosperará parcialmente, tan solo para adicionar el laudo arbitral en el sentido de hacer esta declaración.

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

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7809. Demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Recurso de Anulación -Laudo Arbitral Actor: CONSORCIO IMPREGILO S. P. A. ESTRUCO S. A.

Decide la sala el recurso de anulación parcial, interpuesto por el CONSORCIO IMPREGILO S. P. A., contra el LAUDO ARBITRAL proferido el 2 de septiembre de 1992 y del auto de 25 del mismo mes y año, proferidos por el tribunal de arbitramento constituído para dirimir las controversias suscitadas entre el CONSORCIO IMPREGILO S. P. A. -ESTRUCO S. A. de una parte y, de la otra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, cuyas resolutivas fueron:

a) **Las del laudo arbitral:**

"**PRIMERO:** Declárase no probada la excepción de transacción propuesta por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA.

"**SEGUNDO:** Reconócense los desistimientos y renuncias hechas por el Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANI-IMPREGILO S. P. A. -ESTRUCO S. A., en desarrollo del

contrato 502 -AB-IV-01-A, los cuales constan en los Otrosíes y Actas Convenio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

"**TERCERO:** Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANI-IMPREGILO S. P. A. - ESTRUCO S. A., las siguientes sumas de dinero:

"A).- Mil ciento diez y nueve millones quinientos cincuenta y tres mil cuatrocientos noventa y un pesos ($1.119.553.491.oo), por concepto de mayores costos originados en circunstancias relacionadas con la geología presentada en la ejecución de la obra.

"B).- Mil doscientos cincuenta y siete millones seiscientos cincuenta mil seiscientos cuarenta y ocho pesos ($1.257.650.648. oo) por concepto de mayores costos originados en circunstancias relacionadas con la hidrología en la ejecución de la obra.

"C). - Ochenta y un millones cero catorce mil setecientos sesenta y cuatro pesos ($81.014.764.oo) por otros mayores costos originados en la ejecución de la obra por razón de cambio de especificaciones para las inyecciones de consolidación y modificación del diseño de las compuertas estancas en las ventanas del Chicó y La Vieja.

"En las cifras anteriores está incluido el ajuste monetario y los intereses legales reconocidos como costo de oportunidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del laudo.

"**CUARTO:** Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANI-IMPREGILO S. P. A- ESTRUCO S. A. la cantidad de diez millones treinta y cinco mil novecientos veintisiete pesos ($10. 035. 927. oo) por concepto de mayores aportes pagados al ICBF en virtud de la ley 89 de 1988.

"En la cifra anterior está incluido el ajuste monetario y los intereses legales reconocidos como costo de oportunidad.

"**QUINTO:** Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANI-

IMPREGILO S. P. A. -ESTRUCO S. A., la cantidad de ochenta y un millones veintidós mil trescientos cuarenta y nueve pesos ($81. 022. 349. oo) por concepto de devolución de los descuentos hechos por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA sobre las cuentas de cobro formuladas por él en dólares norteamericanos, en virtud de la aplicación de la ley 33 de 1985, hechos durante la ejecución del contrato 502-AB-IV-01-A.

"En la cifra anterior está incluido. -el ajuste monetario y los intereses legales reconocidos como costo de oportunidad.

"**SEXTO:** Declárase el incumplimiento del contrato 502-AB-IV-01-A, por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA por cuanto desconoció obligación adquirida en virtud de la cláusula sexta, literal f) del contrato, al no haber efectuado dentro del término establecido para ello los pagos de las cuentas legalmente presentadas.

"**SEPTIMO:** Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANI-IMPREGILO S. P. A. -Estruco S. A., por concepto de indemnización por mora en el pago de las cuentas,

"A) La cantidad de ciento ochenta y siete millones seiscientos setenta y nueve mil setecientos treinta pesos ($187.679.730.00) por concepto de indemnización por demora en el pago sobre las cuentas ya canceladas, tanto en pesos como en dólares norteamericanos.

"B) La cantidad de Doscientos setenta y siete millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos pesos ($277.639.900.oo) por concepto del valor de las cuentas no canceladas aún, su actualización monetaria e indemnización por la demora en su pago hasta la fecha del laudo.

"**OCTAVO:** Abstiénese de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento, por parte del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANO-IMPREGILO S. P. A. -ESTRUCO S. A., de los plazos parciales y final pactados en el contrato 502-AB-IV-01-A, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la parte motiva del laudo.

"**NOVENO:** Declárase el incumplimiento del contrato 502-AB-IV-01-A, por parte del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANI-IMPREGILO S. P. A. ESTRUCO S. A., en cuanto a los índices de eficiencia de la TBM, pactados.

"No se condena a dicho Consorcio al pago de perjuicios a favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA por no existir prueba de su monto.

"**DECIMO:** Niéganse las demás pretensiones de las partes, de acuerdo con la motivación del laudo.

"**DECIMO-PRIMERO:** La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA deberá dar cumplimiento al presente laudo. dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de la comunicación correspondiente, de conformidad con el artículo 176 del C.C.A.

"**DECIMO-SEGUNDO:** En caso de no darse cumplimiento a la disposición contenida en el numeral anterior, de conformidad con el inciso quinto del artículo 177 del C.C.A., las cantidades líquidas reconocidas en este laudo, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria, y moratorias después de este término.

"**DECIMO-TERCERO:** De conformidad con el artículo 177 del C.C.A y lo dispuesto por este laudo en su parte motiva, por la Secretaria comuníquese al Procurador General de la Nación, mediante el envío de copia integra y auténtica del laudo, para lo de su cargo.

b) **Las del auto:**

"1.- Denegar las solicitudes formuladas por el apoderado de la EMPRESA De ACUEDUCTO y ALCANTARILLADO DE BOGOTA en su memorial de correcciones, adiciones y complementaciones presentado el día (9) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

"2.- Corregir las cifras de las condenas contenidas en el numeral tercero, de la parte resolutiva del laudo, a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLA-LODIGIANI IMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO S.A., así:

"Literal A): MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS ($1.214'849.317.oo).

"Literal B): MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS ($1.328'925.805.oo).

"Literal C): OCHENTA Y TRES MILLONES VEINTE MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS ($83'020.571.oo).

"Corregir la cifra de la condena contenida en el numeral séptimo, literal A), del laudo a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT-GIROLALODIGIANI-IMPREGILO S.P.A.-ESTRUCO S.A., así:

"LITERAL A): DOSCIENTOS UN MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS ($201'868.824.oo)."

OBJETO DEL RECURSO:

A pesar de que el recurso de anulación, inicialmente fue impetrado por las dos partes del proceso arbitral, esta providencia tan solo tiene por objeto desatar el formulado y sustentado por el CONSORCIO IMPREGILO S.P.A.-ESTRUCO S.A., puesto que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA desistió del suyo y le fué admitido tal desistimiento mediante auto de, 19 de noviembre de 1992 (folios 36 y 37 del cuaderno de la Anulación.).

El señor apoderado del Consorcio recurrente, en escrito que ocupa los folios 10 a 14 del cuaderno del recurso de anulación, ocurrió ante esta Corporación para, sustentar, en oportunidad, su recurso parcial de anulación incoado contra el laudo de 2 de septiembre de 1992, corregido por auto de 25 del mes y año. En dicho escrito sustentatorio se lee lo siguiente:

"En primer término, me referiré al hecho del error aritmético que se predicó también en el memorial de aclaraciones, contra el mencionado Laudo Arbitral, el cual fué parcialmente corregido según auto del mismo Honorable Tribunal Arbitral, del 25 de septiembre de 1992. Pero subsistiendo como en efecto subsiste el error aritmético relativo al cálculo de la indemnización por mora. Efectivamente, la condena finalmente impuesta a la EAAB según el numeral 17o. de la parte resolutiva del Laudo es de

$201.868.824.oo para cuentas ya canceladas y $277.639.900.oo para las cuentas sin cancelar.

"No tengo reparos que formular al procedimiento de cálculo adoptado por el Honorable Tribunal Arbitral, aparte de un único aspecto, que es el siguiente: en la columna encabezada "intereses demora" el H. Tribunal Arbitral calcula estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizarse para calcular los intereses moratorios no es único, ni es éste.

"La determinación de la tasa de interés que debe aplicarse para calcular la sanción por mora sólo puede guiarse por las normas legales, que son claras al respecto. Citamos al efecto el art. 884 del Código de Comercio que dispone: "Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será el doble ..... (hemos subrayado).

"Con base en lo anterior, queda claramente establecido que los intereses, y la concurrente sanción por mora, deben calcularse sobre la base del doble de la tasa de interés comercial.

"Esta tasa varía periódicamente y la certifica la Superintendencia Bancaria. En los autos obran las correspondientes certificaciones.

"Al utilizar un valor diferente, se introduce al cálculo de la "indemnización por mora" un factor aritmético errado, que lleva a resultados numéricos equivocados, y, al mismo tiempo, contradictorios frente al concepto mismo de la "indemnización por mora" que se pretende calcular después de haber establecido y claramente definido el mérito y la naturaleza de esta indemnización."

"Por lo anterior, solicito atentamente al H. Consejo de Estado, que, al revisar los cálculos correspondientes, corrija el error aritmético aún subsistente, dando aplicación para ello a los factores indicados por la Superintendencia Bancaria. A efecto de facilitar la labor mencionada, con nuestro escrito del 9 de septiembre/92 acompañamos, como anexos cuadros de cálculo, pertinentes.

"En segundo término, me referiré a la causal No. 9 del Art. 38 del Decreto 2279/89 por no haberse decidido en el Laudo Arbitral 1o relativo al

cumplimiento de los plazos contractuales y en particular del plazo para la entrega final de la obra por parte del Consorcio contratista.

"Al efecto, en el numeral octavo de la parte Resolutiva del Laudo del 2 de septiembre se dispuso: "Abstiénese de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento por parte del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI-IMPREGILO S.P.A.-ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502 AB-IV-01-A, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la motiva del laudo "(V. pág. 121 del laudo).

"En sus peticiones primeras del 7 de diciembre de 1990, al inicio del proceso arbitral, dijeron respectivamente las partes:

"A) Parte actora (Consorcio): "Séptima Pretensión. Declárase que el Consorcio cumplió con los plazos de ejecución de las obras por 348.3 días calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

"a) Plazo III - Excavación del Túnel entre el Parque Nacional y la Quebrada El Chicó, (véase volumen I tomo I capítulo I., Anexo 2. 1.): 160.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV - Terminación de la excavación del túnel, (véase Volumen I. tomo I. Capítulo I., Anexo 2): 69.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94.6 días calendario, por concepto de condiciones geológicos imprevistas.

"c) Plazo V - Revestimiento del túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. Tomo 2 capítulo V, anexo 2-A): 23.6 días calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI- Terminación de las obras; 348.3 días calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazos anteriormente señaladas."

"Esta pretensión transcrita es plenamente congruente con la comunicación del 17 de septiembre de 1990 aportada válidamente a los autos y que es parte integrante del acta celebrada en la misma fecha por las partes, contentiva de los puntos de divergencia a someterse a decisión del H. Tribunal Arbitral que estaba apenas conformándose.

"B) Parte Demandada (EAAB): "Punto Unico. Incumplimiento por parte del contratista de los tiempos y plazos parciales y total (final). ....." (He fragmentado la cita), (V. escrito de la EAAB del 7 de Diciembre de 1990).

Esta petición de la EAAB, era coincidente con lo expuesto en el acta del 17 de septiembre de 1990 y sus anexos ya arriba indicados, firmada por las partes.

"Ya en el decurso mismo del proceso arbitral, en audiencia del 7 de diciembre de 1990 (V. Acta No. 2 del H. Tribunal Arbitral), el H. Tribunal Arbitral dispuso así:

"d. En el caso presente, resulta evidente, que existen dos grupos o clases de controversias: uno en el cual se puede unir todas las peticiones formuladas por las partes que apuntan hacia el juzgamiento de su comportamiento recíproco a propósito del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y las consecuencias económicas que ellas pudieren producir en la ecuación económica del contrato, y otro relacionado con la aplicabilidad de las multas impuestas, mediante acto administrativo unilateral, por la entidad contratante al contratista.

"Para el Tribunal resulta claro que las peticiones incluidas en el primer grupo, pueden ser materia de su conocimiento y juzgamiento, tanto porque sobre ellas es viable la transacción, como por haber quedado cobijadas por la voluntad de las partes al incluir la cláusula compromisoria en el contrato. Por lo tanto, puede asumir competencia para conocer las y juzgarlas. Sobre la petición formulada por la otra parte en relación con la aplicabilidad de las multas, es decir la petición ubicada en el segundo grupo debe aclarar el Tribunal, que no se trata de asumir competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos que las impusieron. Pero, la presunción de legalidad que cobija a tales actos no podría ser, a su vez, óbice para limitar el conocimiento y análisis por parte del Tribunal de la conducta de las partes para dirimir las cuestiones propias de su competencia.

"En otras palabras, es preciso aclarar que, si bien no habrá por parte de este Tribunal de Arbitramento juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la EMPRESA impuso multas al contratista, la presunción de legalidad que tales actos tienen, no puede oponerse a la competencia natural del juez, y en este caso lo es el Tribunal, para cercenar su facultad de analizar y juzgar la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento.

SECCION TERCERA

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento:

"**RESUELVE:**

"Asumir la competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las partes a su decisión. "Quedan notificados en audiencia los señores apoderados". "De lo dicho y transcrito hasta aquí, se tiene a título conclusivo:

"1) Que las partes tenían divergencias relativas al cumplimiento de plazos;

"2) Que así lo reconocieron, de común acuerdo, al señalarse mutuamente y a los Señores Arbitros los temas propios del juzgamiento arbitral.

"3) Que cada una de las partes en litigio sometió al honorable Tribunal Arbitral las diferencias relativas a plazos en sus respectivos escritos del 7 de diciembre de 1990 para que las resolviera;

"4) Que el propio Honorable Tribunal en audiencia de la misma fecha (7 dic/90), se propuso expresamente, al asumir la competencia y el conocimiento, juzgar todas las diferencias existentes entre las partes, incluida la relativa a los plazos de ejecución de la obra, con la única excepción del examen de los actos administrativos de imposición de multas contractuales al consorcio propios de otra jurisdicción, vale decir de la contencioso administrativa;

"5) Que, no obstante lo anterior, el Honorable Tribunal Arbitral, al decidir finalmente, las controversias existentes entre las partes, como ya se vió, dejo sin resolver la contención relativa al cumplimiento de los plazos contractuales y en particular del plazo para la entrega final de la obra (V, pag. 121, Punto Octavo, Parte Resolutiva del Laudo Arbitral).

"Es decir, que se ha incurrido por parte del Honorable Tribunal en la circunstancia prevista en la causal 9a. del Art. 38 del Decreto 2279/89, lo cual debe ser subsanado por el H. Consejo de Estado, al resolver el recurso que he planteado, tal como lo solicito con toda atención.

"Cuando el H. Consejo de Estado decida sobre lo solicitado en el recurso de Anulación en lo relativo a cumplimiento del plazo, encontrará en las pruebas y alegaciones finales, oportunamente aportadas al proceso, las demostraciones correspondientes. Básicamente ellas son:

"1) **Acta de Entrega y Recibo Final de la Obra**, a satisfacción de la EAAB, de fecha 28 de enero de 1990 que fué aportada al proceso.

"2) **Póliza de Cumplimiento del Contrato** que fué devuelta, cancelada, por la EAAB, según oficio de fecha 15.III.90 que fué aportado al expediente y su reemplazo por la **póliza de estabilidad de la obra** aceptada por la EAAB. con carta 451204 del 7.III.90, también aportada al expediente.

"3) **Peritazgo** de los señores expertos geólogos doctores de la Espriella y, Ferro Macías, en el cual evalúa como derecho del consorcio una extensión del plazo final de 102.1 días frente a un supuesto atraso real de éste de apenas 88 días.

"4) **Alegato de Conclusión** del consorcio, presentado en tiempo hábil, el 1o. de julio/92, (V. pags.: 122-123-124-125-126 y 127 inc 1) en el cual destacan las pertinentes probanzas que ameritan, justifican y demuestran la Séptima Pretensión del Consorcio que quedó sin resolver en el Laudo Arbitral, tal como ya se indicó arriba.

"5) **Laudo Arbitral**, en cuanto al calcular las condenas impuestas a la EAAB consideró 99. 1 días de inactividad de la obra sufridos por el Consorcio por causas no imputables al mismo. Lapso más amplio que el atraso real, supuesto de 88 días.

"Dejo así, con todo respeto, debidamente sustentado mi recurso de anulación, en los términos antedichos, con el objeto de que el H. Consejo de Estado aclare, corrija y complemente el laudo arbitral, tal como lo disponen los arts. 37-38-39 y 40 y ss. y concordantes del Decreto 2279/89, en armonía con las disposiciones de la ley 23/93 contenidas en los arts 111 y 112 y concordantes de la misma".

REPLICA DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA

El señor apoderado de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, en escrito presentado oportunamente y que obra a folios 28 a 34 del cuaderno de la anulación, opone a la prosperidad de dicho recurso interpuesto por la parte actora y al efecto expuso:

"Me referiré, en el mismo orden propuesto por la parte recurrente, a cada uno de los dos cargos que formulan contra la providencia arbitral que es objeto de críticas.

SECCION TERCERA

"En cuanto al primer cargo: **Error Aritmético:**

"Aduce el recurrente que el laudo incurrió en error aritmético, en el cálculo de los intereses por mora, por cuanto el Tribunal calculó" estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizar para calcular los intereses moratorias no es único, ni es éste".

"La simple lectura de la anterior transcripción, que aunque parcial, es textual, del argumento que esboza en apoyo de la solicitud de nulidad del laudo en cuestión, revela la gran debilidad del mismo y del recurso entero.

"A ningún lector por desprevenido que fuese, escapará la contradicción que encierra el argumento. Al hablar de "error sustancial", el recurrente deja sin piso su propio argumento y reniega del cargo por él formulado. Un error, que quiera presentar como de naturaleza aritmética, mal puede ser calificado de sustancial.

"Pero las observaciones que me permitiré formular contra los fundamentos del recurso, no son todas de tipo nominalista, ya que abundan razones de derecho y de hecho que conducen a desestimar los cargos planteados.

"El criterio del Tribunal para determinar el porcentaje del interés moratorio no constituye un error aritmético.

"Si se quiere criticar la decisión de determinar el interés moratorio en el 12%, podría aducir que encierra un error conceptual, en gracia de hipótesis, o un error de criterio, quizás, pero jamás cabria dentro del género de los errores aritméticos. Aceptarlo así, conduciría a que cualquier divergencia que una de las partes en un proceso judicial, tuviese con el *cuantum* de la condena, a favor o en contra, fuese enfocada, por referir a cantidades que expresa, obviamente, en números, como un error matemático y no, como lo que es, (por ejemplo en el presente caso): como un problema conceptual o de derecho.

"El problema jurídico, que no matemático, que encierra el cargo planteado por mi ilustre contraparte, puede anunciarse así:

"Además de la corrección monetaria, puede condenarse al pago del doble del interés bancario corriente ?

"Al respecto, existen varias tesis.

"Unos sostienen que sí, y basan su afirmación en una lectura que podríamos llamar, en "bruto" de las normas legales sobre contratación administrativa y de las normas comerciales, de los principios generales que rigen la contratación administrativa, de las tipulaciones contractual e incluso de la doctrina y jurisprudencia. chilena, argentina y uruguaya. Un ejemplo, de esta tesis lo dió en el mismo laudo que es objeto de criticas, el señor árbitro Alberto Preciado Peña, con su salvamento de voto, que constituye, quizás, el mejor argumento de mi defensa en este caso, toda vez que si la materia que el señor apoderado consorcio tacha como un error aritmético no sólo fue objeto de consideraciones fundamentales por parte del Tribunal de Arbitramento, sino que fue incluso tema para un salvamento de voto, mucho menos puede invocar la causal del error aritmético. ESTE ES A TODAS LUCES UNA ASUNTO DE CARACTER DE INDUDABLE CONCEPTUAL.

"Otros sostienen, por el contrario que son excluyentes en su aplicación y que si actualiza la condena, no caben los intereses moratorios, ya que, la actualización monetaria compensa todos los perjuicios, máxime cuando contractualmente no han pactado intereses.

"El Tribunal de Arbitramento, no fué, como aprecia en forma evidente en el texto de la providencia, víctima voluntaria o involuntaria de un error aritmético, sino que, de manera consciente y fundamentada acogió una tesis distinta a aquella que convenía más a los interesados de la parte que ahora recurre, razón por la cual pretexta ahora la causal del error aritmético contra el Laudo. De hecho no existió error, además por las razones que más adelante pasaré a explicar. Por lo pronto, las ya expuestas bastan para descartar, por improcedente, el cargo propuesto.

"De conformidad con lo anunciado permítame pasar a explicar las razones de fondo por las cuales considero, que el Laudo no incurrió en un error aritmético, con base en lo cual reitero mi solicitud de rechazo al recurso interpuesto.

"La pretendida aplicación del artículo 884 del Código de Comercio, al ámbito de la contratación administrativa, riñe con la ya reconocida de vieja data, autonomía del derecho administrativo y, en particular, de la contratación administrativo. El contrato administrativo constituyen no una temática nueva o por inventarse. Por el contrario, es uno de los temas en los cuales contamos con una muy elaborada doctrina y jurisprudencia que han esculpido principios que sin lugar a dudas pueden erigirse al carácter

de generales, sin cuya observancia, pervitiere, en el más prístino de los sentidos, toda la teoría del contrato administrativo.

"El equilibrio financiero o la intangibilidad de la remuneración de los contratistas son dos de estos principios, cuya finalidad no es otra que la de proteger económicamente al contratista durante la ejecución de un contrato. Y tales principios preceptúan formas autónomas, ya inventadas y propias del derecho administrativo para compensar al contratista contra los hechos de carácter económico que lo perjudiquen, como es el caso de la mora en los pagos, en efecto existen las formulas de ajuste de precios o "indexaciones" (indizaciones); permite que pacten intereses razonablemente compensatorios en los contratos, en fin, existen toda una suerte de mecanismos contractuales y jurisprudenciales que preservan, sin pervertir, el contrato administrativo en su equilibrio.

"La jurisprudencia en Colombia ha llegado, incluso, a admitir una aplicación, complementaria, pero razonable, de la legislación comercial, toda vez que uno de los extremos de la relación contractual administrativa detenta el carácter de comerciante.

"En efecto, la misma jurisprudencia, del Consejo de Estado, ha admitido el principio de que pueden concurrir, en ciertos casos, la actualización monetaria y los intereses por mora, aún sin que contractualmente hubieren pactado intereses, lo que de plano descarta la tesis del error aritmético que plantea el señor apoderado del consorcio. En estos casos, **condenando al pago de interés a la tabla del interés legal**; o aún como lo determinó el Laudo, al doble de ésta, y procediendo a la actualización o corrección monetaria.

"En tal virtud, y sobre esos supuestos jurisprudenciales podemos abordar el caso particular, en el que es menester hacerlas siguientes precisiones acerca del porcentaje del interés moratorio y de la corrección o actualización monetaria. Veamos primero la naturaleza de esta última.

"La Actualización o Corrección Monetaria tiene por virtud, en desarrollo del principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista, mantener los precios y consecuentemente los pagos que hagan a éste, debidamente actualizados. Es decir, que preserva el poder adquisitivo de la moneda, como un mecanismo perfectamente compensatorio de la devaluación monetaria. En un país como el nuestro las tasas de devaluación han oscilado entre el 25% y el 30% anuales.

"Con relación al interés moratorio, aplicado en concurrencia con la corrección o actualización monetaria, la jurisprudencia viene aceptando en suma, por regla general, que la indemnización por incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero se encuentra limitada a la cuantía de los intereses convencionales o contractuales y a falta de ellos, a la cuantía del interés legal. (así lo ha establecido también el C.E. francés, ver citas al respecto en Philippe TERNEYRE, la Responsabilité Contractuelle des Persones Publiques en Droit Administratif. Peris (sic) Económica pág. 318 y ss).

"Y es ese el fundamento, aún sin necesidad de acudir a forzadas extrapolaciones del Código de Comercio en materia administrativa, que serviría de base al juez administrativo para condenar al pago de la indemnización por la mora: es decir, de los intereses que compensen el daño que le causa al acreedor con la entrega extemporánea de su dinero.

"Empero, aún no existe unanimidad en el tema. En conocidas sentencias la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, incluso han sostenido que no cabe la "indexación" o corrección monetaria cuando trata de deudas en dinero y paguen por el deudor interés moratorios (legales o convencionales). Puede tachar de erróneas tales sentencias? A manera de ejemplo se pueden citar los fallos de la Sala de Casación Laboral de la primera, de fecha 11 de abril de 1987 ordinario de Guillermo Vélez Urreta vs. Jesús Alfonso Botero y Fábrica de Café Encanto ltda., y de la Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, del segundo, de agosto 6 de 1987 expediente No. 3886.

"Sin embargo, como lo sostuve a lo largo del proceso arbitral, no pretendo hacer teorizaciones redundantes, y me limitaré a contradecir las pretensiones exageradas infundadas del señor apoderado del consorcio, para lo cual solamente emplearé, como hasta ahora lo he hecho, los desarrollos más actuales de la doctrina y, principalmente, de la jurisprudencia.

"Téngase en cuenta las siguientes premisas que la jurisprudencia ha destacado y expuesto:

"a) La corrección o reajuste monetario la concibe en el campo de la responsabilidad contractual (que es la que nos ocupa) como lo hace la Corte Suprema de Justicia, y posteriormente el Consejo de Estado, como consecuencia de la obligación que tiene todo deudor de pagar lo que efectivamente debe y de pagarlo íntegramente y no con el menosprecio que introduce la devaluación del peso colombiano.

"b) Los intereses, en realidad, constituyen un precio que paga por el uso del dinero, bien en el caso de un contrato de mutuo, o bien por haber privado al dueño de usar el capital cuando hay incumplimiento de una deuda dineraria que no canceló cuando debía haberse hecho; en este último evento, también tienen el carácter indemnizatorio.

"c) No es exacto que en la legislación positiva colombiana los intereses moratorios superen la tasa del sesenta por ciento; lo que acontece es que la cifra del interés corriente es alta, toda vez que en su seno involucra la corrección monetaria. (y esta última es cercana, en promedio, al 26% cada año).

"Por todos sabido, que cuando un banco presta un dinero, cobra por su uso un interés, pero allí incluye de paso, en forma automática, la corrección monetaria, a fin de evitarse, operaciones posteriores complejas innecesarias. Esa la razón por la cual en colombia el interés corriente bancario oscila regularmente acerca de la tasa del treinta y cuatro por ciento (34%) anual: este porcentaje comprende la devaluación anual que es próxima a la cifra del veintiséis por ciento (26%) regularmente. De modo que el interés neto que cobra, puede ser del orden del ocho (8%) hasta el catorce por ciento (14%) anual. No muy diferente al que cobra en otros países. Actualmente observa que las tasas anuales son inferiores al treinta y cinco por ciento (35%), lo que indica que con una devaluación del veinticuatro porciento (24%) anual, el interés neto es tan sólo del once por ciento (11%), como máximo.

"Es así que, cuando habla del interés moratorio como el doble bancario corriente puede incurrir no sólo en una doble actualización monetaria sino en un evidente anatocismo, rayano con la usura, por decir lo menos. No hay que llamar a equívocos, mucho menos cuando las cifras pagadas, aunque tardíamente (mora), fueron pagadas ya con aplicación de la fórmula de ajuste. Razones estas que demuestran en el fondo lo infundado de las pretensiones del recurso.

"De hecho, lo pretendido por la parte recurrente haría elevarlos interés a tasas monstruosas cercanas a casi el ochenta (80%) por ciento o más quizás.

"El llamado anatocismo como todos sabemos, se halla prohibido en el Código Civil artículo 2235.

"De ahí que apenas sea procedente, cuando trata de sumas que han favorecido de la corrección monetaria por aplicación de la cláusula de

ajuste de precios, la condena por mora al pago del interés legal o, incluso, del doble del interés legal, como lo determinó el Laudo; cualquier otra solución no sólo seria contraria a derechos sino a las más elementales normas de las matemáticas y de la equidad financiera.

"Por las razones expuestas, con todo respeto solícito a los señores consejeros no acceder a las pretensiones del consorcio en cuanto hace relación al cargo controvertido.

"En cuanto al segundo cargo: <u>No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.</u>

"En relación con este cargo, baste decir que el Laudo habla por sí sólo en forma por demás clara al respecto.

""Abstiénese de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre incumplimiento o incumplimiento por parte del consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI-IMPREGILO S.P.A.-ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la parte motiva del Laudo".

"La decisión de abstener de conocer de estos aspectos habla sido adoptada por el Tribunal en la audiencia del 7 de diciembre de 1991 (Acta No. 2 del Tribunal) y contra ésta, ni el consorcio ni el E.A.A.B., interpusieron recurso alguno, y por lo tanto quedó en firme.

"Esta decisión la adoptó el Tribunal en razón a que ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por demanda del mismo Consorcio Impregilo-Estruco, cursa un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que impusieron las mentadas multas al consorcio. En este proceso se sentenciará sobre la legalidad de las multas, las cuales tuvieron como fundamento el incumplimiento de los plazos contractuales por parte de dicho consorcio. De suerte tal que, en acatamiento de la legislación colombiana, y respeto por la autonomía de las decisiones de la justicia ordinaria, (sic), el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de pronunciar al respecto, porque pronunciar sobre la legalidad de las multas, era controvertir claras disposiciones legales, lo mismo que el hacer lo sobre los hechos en los que fundamenta la legalidad de las mismas multas, lo que hubiera prefijado el criterio del Tribunal de Cundinamarca. Eso tan claro fue para ambas partes, que ninguna de ellas

objetó la decisión que sobre la competencia que profirió el Tribunal de Arbitramento.

"Por lo demás, valga hacer hincapié en que para fortuna del Consorcio recurrente, el Tribunal de Arbitramento no pronunció sobre el tema de los plazos y su incumplimiento por parte del Consorcio, porque de haberlo hecho, habría sido en su contra, es decir, el Laudo hubiera declarado el incumplimiento de los plazos contractuales por parte del Consorcio. De hecho, no debe perder de vista, que el Laudo declaró el INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO DE LOS INDICES DE RENDIMIENTO POR EL OFRECIDOS, factor éste que induce necesariamente al incumplimiento de los plazos contractuales.

"Con fundamento en las anteriores razones, solicito igualmente, como en el cargo anterior, al Honorable Consejo de Estado, que deseche el cargo controvertido en este *acápite*, y confirme la providencia en los aspectos en los cuales fue recurrida".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ante todo la sala considera ser la competente para conocer y decidir el recurso de anulación propuesto, pues tal atribución la determinan los artículos 128 numeral 12 del Decreto Ley 01/84, artículo 20 del Decreto 2279/89, Ley 23/91 y Decreto 2651/91.

Para desatar el recurso de anulación la Sala inicialmente hará algunas precisiones de carácter general acerca de la naturaleza jurídica del recurso extraordinario de anulación de Laudos Arbitrales (Capítulo I), reiterando lo que en casos similares ha expuesto sobre el tema; a continuación resumirá los antecedentes de orden fáctico que originaron la controversia suscitada entre las partes (Capítulo II); enseguida analizará en detalle, cada uno de los cargos formulados por el recurrente, la réplica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y las resoluciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento (Capítulo III): para, finalmente, deducir de allí las conclusiones que impongan conforme a derecho y proferir el fallo definitivo (Capítulo IV).

CAPITULO I.

NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES

La Sala reitera sus apreciaciones sobre el tema, plasmadas en sentencia del 15 de mayo de 1992; expediente 5326; anulación de Laudo Arbitral de

Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL Vrs. Consorcio Domi Prodeco-Auxini; y, sentencia de junio 4 de 1993: expediente No. 7215; anulación de Laudo Arbitral del Instituto de Desarrollo Urbano IDU Vs. Consorcio Jorge A. Torres y Alvaro Rivera, ambos con ponencia de quien hoy proyecta esta, en los siguientes términos:

"a) El recurso de anulación de Laudos ataca la decisión arbitral por errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores *in judicando*, lo cual implica que no puede impugnar el Laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas.

"b) A través de los cargos que formulen contra el Laudo. dentro de los precisos, y estrictos límites que imponían las taxativas causas del recurso, previstas por el derogado artículo 672 del C. de P.C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2279 de 1989, ha de pretender la infirmación del Laudo (*judicium rescindens*), sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento (*judicium rescisorium*). como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. exceptúa de lo anterior, como lo anota MORALES.MOLINA, la causal 9a. del derogado art. 672 del C. de P.C., hoy causas de los numerales 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2279 de 1989, **en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento** (cfr. "Hernando Morales: "Estudios de derecho" Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del art. 672 citado hubiera previsto que en caso de hallar próspera una de las causas 1a. a 6a., se debería decretar "**la nulidad de lo actuado**"; en tanto que si encontrare fundada una de las causales 7a. a 9a. ambas inclusive, e **corregirá o adicionará**" el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2279 de 1989, que hoy rige la materia, al establecer que "cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos corregirá o adicionará".

"c) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "**principio dispositivo**", conforme al cual el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra. No debe olvidar, a este propósito, que el recurso de anulación de que trata, procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados (C.P.C., 672, inc. 1o., reemplazado por el art. 37 del Decreto 2279 de 1989), lo cual envuelve una

excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones firmes pasadas con fuerza ejecutoria. **Tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación para enmarcar rígidamente al susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de lo eminentemente "rogados".**

"Por las anteriores características, el laudo arbitral, una vez cobra ejecutoria adquiere fuerza ejecutiva y la interposición del recurso de anulación, por ser de naturaleza extraordinaria, no impide la efectividad o ejecución de lo decretado por la decisión arbitral, no solamente en cuanto a sus aspectos principales sino de igual manera con respecto a sus accesorios o intereses correspondientes.

CAPITULO II.-

SINTESIS DE ANTECEDENTES FACTICOS ORIGINARIOS DE LA CONTROVERSIA.-

1.- Dentro del presente capítulo, la Sala resaltará, sintéticamente las circunstancias antecedentes al laudo arbitral que constituyen elementos importantes para desatar este recurso de anulación, prescindiendo naturalmente de todo aquello que bien pudo haber sido trascendental para el dictado del laudo, pero que hoy no lo es para la resolución a tomar en el campo delimitado estricto del recurso extraordinario que aquí se decide.

Así, en la primera audiencia de trámite, cumplida por el tribunal de arbitramento el 7 de diciembre de 1990 (Acta No. 2;), ambas partes presentaron de manera definitiva las cuestiones, de uno y, otro lado, sometidas a la decisión del tribunal arbitral, consignadas en sendos escritos contentivos de sus pretensiones que incorporaron a la referida acta. En esa audiencia el tribunal arbitral después del análisis de todas y cada una de las diversas pretensiones o cuestiones litigiosas sometidas a su consideración y decisión. luego de invocar el alcance y contenido de la cláusula compromisoria o trigésima octava del contrato, el tribunal asumió su propia competencia y dijo que lo era para conocer y dirimir ".....", todas las peticiones formuladas por las partes que apuntan hacia el juzgamiento de su comportamiento recíproco a propósito del cumplimiento de sus obligaciones económicas que ellas pudieren producir en la ecuación económica de contrato.....". También dejó claro el tribunal que "..... si bien no habla por parte del Tribunal de Arbitramento juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la empresa impuso multas a contratista, la presunción de legalidad que tales actos tienen, no puede oponer a la competencia natural de juez, y en ese caso lo es el tribunal, para cercenar su

facultad de analizar y juzgar la conducta de las parte en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento".

2.- Las controversias sometidas a la decisión del tribunal, parámetro delimitador de su competencia, la refiere el propio juzgador arbitral en los siguientes términos:

"Como culminación de la licitación pública internacional número AB-IV-01-A, abierta por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, fué adjudicado el contrato para la construcción del túnel de los Rosales y obras anexas. número 502-AB-IV-01-A, al consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI-IMPREGILO S.P.A. -ESTRUCO S.A..

"Durante el desarrollo y ejecución del mencionado contrato, las partes tuvieron diferencias de las cuales surgió la controversia planteada al Tribunal de Arbitramento dentro de la audiencia celebrada el dia 7 de diciembre de 1990, ACTA número 2, cuyos términos y pretensiones fueron expuestos por las partes verbalmente pero precisados en sendos memoriales entregados en la Secretaría del Tribunal, así:

"2.1.- **CONTROVERSIAS PLANTEADAS POR EL CONSORCIO IMPREGILO S.P.A.-ESTRUCO.-**

"Expresó el apoderado del Consorcio en su escrito de diciembre 7 de 1990:

"A).- Las diferencia entre las partes contratantes surgen de los hechos que expongo en los capítulos que presento a continuación, incluidos en el anexo Volumen I., en dos tomos, ya que la EAAB ha denegado compensaciones satisfactorias en plazo y en precio a favor del contratista, como éste lo viene demandando, Además la EAAB ha incumplido el contrato por continuada mora en los pagos.

"TOMO I:

"Capítulo I: comportamiento imprevisto del terreno y sus consecuencias programática y económica sobre la excavación y los revestimientos en concreto.

"Capítulo II: Desequilibrio económico del contrato originado en la insuficiente remuneración en liras italianas.

SECCION TERCERA

"Capítulo III: Consecuencias financieras de los mayores costos ocasionados por los hechos analizados en los Capítulo I y II.

"TOMO 2:

"Capítulo IV: Infiltraciones imprevistas encontradas durante la excavación del túnel y sus consecuencias programáticas, económicas y financieras sobre la obra.

"Capítulo V: Otros mayores costos soportados por el consorcio y otros derechos de extensión de plazo, referente a:

"-Aumento de cantidades de obra y cambio de especificaciones para las inyecciones de consolidación.

"-Incremento de los aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICB- (ley 89 de 1988)..

"Modificación del diseño de las compuertas (estancas) en las ventanas del Chicó y La Vieja.

"-Mayores cantidades de excavaciones para la tubería de Usaquén.

"Aplicación de la ley. 33 de 1985 sobre la facturación en dólares.

"-Gastos financieros originados por los mayores costos anteriores.

"Capítulo VI: Mayores costos financieros por alteración en el flujo de fondos previstos.

"B).- El Consorcio solicita al H. Tribunal Arbitral que, en el laudo definitivo con el cual concluye el presente proceso, decrete a su favor las siguientes pretensiones:

"**PRIMERA PRETENSION**: "Condénese a la EAAB a reconocer y a pagar a favor del consorcio las sumas de $813'842.081 (Ochocientos trece millones ochocientos cuarenta y dos mil ochenta y un pesos con 00/100 M/L) más la suma de US$4'166.836 (Cuatro millones ciento sesenta y seis mil ochocientos treinta y seis dólares de los Estados Unidos de América) en las que estima el consorcio la cuantía correspondiente a los rubros precisado en el capítulo I precedente.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúle y ordéne pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y/o moratorios, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"**SEGUNDA PRETENSION**: Condénase así mismo a la EAAB a reconocer y pagar a favor del Consorcio la suma de US$653.543. oo (Seiscientos cincuenta y tres mil quinientos cuarenta y tres dólares de los Estados Unidos de América) en la que estima el Consorcio la cuantía de los rubros precisados en el capítulo II arriba indicado.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúle y ordéne pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y/o moratorios, y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"**CUARTA PRETENSION**: Condénese así mismo a la EAAB a reconocer y a pagar a favor del Consorcio la suma de $560'966.632.oo (quinientos sesenta millones novecientos sesenta y seis mil seiscientos treinta y dos pesos M/L) más la suma de US$42'391.016 (cuarenta y dos millones trescientos noventa y un mil diez y seis dólares de los Estados Unidos de América) en las que estima el consorcio la cuantía correspondiente a los rubros precisados en el capítulo IV arriba indicados.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y/o moratorios, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"**QUINTA PRETENSION**: Condénese así mismo a la EAAB a reconocer y a pagar a favor del consorcio la suma de $98'389.007 (Noventa y ocho millones trescientos ochenta y nueve mil siete pesos M/L) más la suma de US$273.538.oo (Doscientos setenta y tres mil quinientos treinta y ocho dólares de los Estados Unidos de América) en las que estima el consorcio la cuantía correspondiente a los rubros precisados en el capítulo V arriba indicado.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los interés corrientes y/o moratorios, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

SECCION TERCERA

"**SEXTA PRETENSION**: Condénese a la EAAB a reconocer y pagar a favor del Consorcio la suma de $943.578.300 (Novecientos cuarenta y tres millones quinientos setenta y ocho mil trescientos pesos M/L) más US$680.900 (seiscientos ochenta mil novecientos dólares de los Estados Unidos de américa) en las que estima el Consorcio la cuantía correspondiente a los rubros precisados en el Capítulo VI arriba indicados.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y/o moratorios, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"**SEPTIMA PRETENSION**: Declárase que el Consorcio cumplió con los plazos contractuales, y, a que a su favor causaron derechos de extensión de los plazos de ejecución de las obras por 348.5 dias calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

a) Plazo III.- Excavaciones del túnel entre el Parque Nacional y la Quebrada el Chicó (véase Volumen I tomo I., Capítulo, anexo 2.1.): 160.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV.- Terminación de la excavación del túnel (véase Volumen I. tomo I Capítulo I., anexo 2): 29.5 dias calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94.6 días calendario, por concepto de condiciones geológicas imprevistas.)

"c) Plazo V.- Revestimiento del túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. tomo 2 Capítulo V., Anexo 2-a): 23.6 dias calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI.- Terminación de las obras : 348.3 dias calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazo anteriormente señaladas.

"**OCTAVA PRETENSION**: Declárese así mismo que no ha habido ni hay causa para aplicar sanciones de índole alguna contra el Consorcio y que por consiguiente deja sin efecto la multa impuesta al Consorcio por la EAAB y en el evento de que hubiere sido aplicada, devuelva su valor al consorcio, junto con los intereses pertinentes.

"Dispóngase así mismo aceptar la solicitud de suspensión de los procesos que entre las mismas partes siguen ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección tercera, expediente 6355, relativo en el artículo 24

del decreto 2279/89 y en armonía con las "divergencias planteadas por la EAAB" en documento de fecha 21 de septiembre de 1990 presentado a los Señores Arbitros.

"**NOVENA PRETENSION**. -Declárese así mismo que la EAAB incumplió el contrato 502-AB-IV-01-A, por grave y persistente mora en los pagos debidos al Consorcio, que a éste le causaron daños y perjuicios que deberán serle resarcidos según lo solicitado.

"**DECIMA PRETENSION**: condénese así mismo a la EAAB a pagar al Consorcio las cuentas de cobro pendientes de pago por concepto de obras ejecutadas y sus reajustes por valor de $384.374.454.18 y US$355.167.91, junto con los intereses moratorios pendientes de conformidad con lo preceptuado por el Código de Comercio artículos 883 y 884 y concordantes y sin efectuar, sobre las cuentas formuladas US$ de los EE.UU. retención alguna por concepto de aplicación de la ley 33 de 1985.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y/o moratorios, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso".

"2.2 CONTROVERSIAS PLANTEADAS POR LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA.-

"Plantea la EAAB una única pretensión en los siguientes términos:

"**Punto único**.-Incumplimiento por parte del contratista de los tiempos y plazos parciales y total (final) y de los índices de eficiencia por él ofrecidos y pactado en el contrato No. 502, sus consecuencias financieras y económicas para la EAAB; y aplicabilidad de las multas impuestas".

3.- A página 112 del laudo arbitral, bajo el No. 12 "PRETENSION OPTIMA Y OCTAVA DEL CONSORCIO Y UNICA PROPUESTA POR LA EMPRESA RELACIONADA CIN EL CUMPLIMIENTOS DE LOS PLAZOS III, IV, V y VI DEL CONTRATO" el Tribunal discurrió así:

"Para resolver estas solicitudes de las partes, el Tribunal considera:

"El punto jurídico del incumplimiento de los plazos, especialmente el plazo III, está directamente vinculado con el tema que menciona explícitamente, de la "aplicabilidad de las multas" antes citado.

SECCION TERCERA

"La multa impuesta por la Empresa al Consorcio, cuyo origen y consecuencias fueron sometidas por las partes a la decisión del Tribunal de Arbitramento originó que, en la audiencia de 7 de diciembre de 1990, en la cual el Tribunal definió su competencia para decidir las diferencias sometidas por las partes, expresara el Tribunal conceptos restrictivos sobre sus atribuciones legales para conocer y juzgar respecto de la multa impuesta. Al efecto, ya se transcribió anteriormente en el presente laudo, la forma como este Tribunal de Arbitramento aceptó conocer sobre ciertos aspectos relacionados con la imposición de la multa, aclarando que, en ningún caso, podía conocer del acto administrativo que impuso la multa en cuestión, pues su juzgamiento está atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

"Ahora bien, en el momento de proferir el presente Laudo, es la oportunidad Tribunal precise, en concreto, lo que denominó anteriormente "la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento.

"En su alegato de conclusión el apoderado de la empresa, destacando la relación directa que existe entre el concepto jurídico relativo al incumplimiento del contrato y el tema de la imposición de la multa, dice en la página 153:

"Pero el punto central lo constituye el plazo III, ya que con ocasión de su incumplimiento la empresa vió obligada a decretar las multas, que son motivo de controversia".

"Y más adelante agrega el mismo apoderado:

""Cláusula Décima, literal a).....**Plazo III** = 525 **dias calendario**: Dentro de este plazo el contratista deberá terminar la excavación del tramo del túnel comprendido entre el Parque Nal y la Ventana Quebrada el Chicó".

""Pero a pesar de que estas nuevas condiciones eran más favorables al contratista, el nuevo plazo tampoco fué cumplido. De tal hecho da cuenta Vicenzo Menapace al reconocer que el Plazo III vencía el 28 de julio, sin embargo la excavación terminó el 28 de septiembre, al mismo suceso refiere también Tazio Pola".

"No está de más recordar que el otros número instrumento bilateral de acuerdo con voluntades, lo mismo que lo fué la cláusula del contrato donde introdujo la resolución aclaratoria a través de la cual había adoptado plazo

III a lo contenido en la propuesta alternativa del Consorcio. Absurdo sería tachar tales instrumentos como unilaterales.

""La importancia de la cuestión es fundamental ya que a pesar de la aplicación (sic) del subplazo III, a 525 dias, el consorcio constructor incumplió con lo que él obligaba, causa ésta que dió lugar a la imposición de la multa objeto de litigio, ante la jurisdicción contencioso administrativa" (páginas 156 y 157).

"A su vez, el apoderado del Consorcio comenta sobre el tema en su alegato de conclusión:

""Por otra parte, habiéndose probado en el proceso que las causas de los mayores tiempos empleados por el contratista en alguno de los subplazos y en el plazo total final, no le son imputables, y, antes bien, que tuvieron su causa en circunstancias imprevistas, debidas a las indicaciones erróneas y/o deficientes de los mismos pliegos de licitación y a incumplimientos de la EAAB en suministros a los que estaba obligada, todo lo cual, de acuerdo con las previsiones del Contrato, amerita e impone las extensiones de plazo solicitadas por el Contratista e injustamente desconocidas por la EAAB, motiva ampliamente la declaratoria invoca del H. Tribunal en el sentido de que el contratista, al superar las dificultades circunstancias que afrontó, cumplió con todos los plazos contractuales, tal como también coinciden en reconocerlo en su dictamen los peritos". (página 127).

"Destaca también el apoderado del consorcio que la obra entregó completa, y a satisfacción de la Empresa, dentro del plazo de ampliación que convino, que vencía el 28 de enero de 1990, fecha en que firmó el acta de entrega y recibo de las obras objeto del contrato 502-AB-IV-1-A.

"Así mismo el apoderado del Consorcio hace mención del hecho de que la Empresa devolvió cancelada la póliza que garantizaba el cumplimiento del contrato; y que esto junto con la declaración hecha en el Acta de Entrega Final y recibo de la obra sobre que "la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá recibe a satisfacción las obras mencionadas y certifica que estas son aptas para el uso al que están destinadas...". De estos hechos deduce el apoderado del Consorcio que no hay incumplimiento por parte del mismo.

"De los planteamientos de las partes, como se dejo transcrito, es necesario concluir que están íntimamente ligados el tema del cumplimiento de los plazos y el de la aplicabilidad de las multas; no son parables, puesto que si el Tribunal declara que existió incumplimiento de parte del Consorcio en

alguno de los plazos y, especialmente, respecto del plazo, con ello estaría afirmando -aunque no lo declare expresamente, que la multa fué jurídicamente impuesta, o sea que es legal, pues entre el alegado incumplimiento del plazo III y la justificación de la multa hay una estrecha relación de "causa-efecto". Y si, por el contrario, aceptara el tribunal las razones del Consorcio, sobre que el cumplimiento final del contrato sanea y deja sin efectos, prácticos y jurídicos, un posible incumplimiento de uno de los plazos parciales o sea el III, estaría contribuyendo a brindar argumentos de autoridad en pro de la anulación de los actos administrativos que impusieron la multa, porque estaría destacando que, su razón de ser o sea el eventual incumplimiento de un subplazo, queda sin efectos legales por el cumplimiento del plazo final del contrato.

"En las circunstancias anotadas, el tribunal remite a la salvedad que hizo en el acta número 2 de fecha 7 de diciembre de 1990, ya que no sería jurídico que pronunciara sobre el tema, pues por uno o por otro camino que opte, o sea aceptando una u otra de las tesis expuestas por las partes, estaría inevitablemente juzgando sobre el acto administrativo con ella relacionado, para lo cual carece de competencia.

"Los argumentos anteriores, que han expuesto para evidenciar que el Tribunal debe abstener de resolver en concreto sobre la Séptima pretensión porque carece de competencia, también tienen efecto, y con más razón, para dejar de decidir, por falta de competencia, tanto sobre la Pretensión Octava del Consorcio. (en la cual explícitamente solicita declare que no hay causa para aplicar sanciones, que deje sin efecto la multa impuesta y que ordene devolver su valor al Consorcio), como sobre la pretensión única de la Empresa, en cuanto refiere a la legalidad de las multas y a la declaratoria de incumplimiento del Consorcio por este concepto.

"De la misma manera, resulta a todas luces improcedente para su resolución por parte del Tribunal, la petición contenida en el segundo aparte de la pretensión octava del consorcio, que se encamina a que el Tribunal de arbitramento acepte suspender los procesos que siguen ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, relativos a la imposición de multas. Para todo esto el tribunal de arbitramento carece en absoluto de competencia, pues no se trata de materias que puedan ser sujetas a transacción entre las partes, por lo cual tampoco pueden ser materias de arbitramento.".

4.- Aspecto íntimamente vinculado con el que acaba de transcribir, vale decir el de los plazos III, IV, V y VI, es el relacionado con **la declaración de incumplimiento de los rendimientos ofrecidos por el Consorcio pedida**

por la EAAB, y sus consecuencias financieras y económicas" de lo cual ocupó el laudo a folios 115 a 118, en los siguientes términos:

"Esta pretensión, planteada dentro del punto único sometido por la empresa a la consideración del Tribunal, fué analizado por el apoderado de la misma desde el documento entregado al tribunal en la audiencia llevada a cabo el día 7 de diciembre de 1990, así:

""(...) La empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, firmó con el Consorcio Impregilo S.P.A.-Estruco el Contrato No. 502-AB-IV-1-A para la construcción del Túnel de Rosales, de fecha agosto 29 de 1987 (sic). La construcción del túnel inició el dia 14 de mayo de 1987, desde el portal de salida, localizado en el K 9 +088, utilizando el método convencional de excavación por voladura. A partir del 21 de septiembre de 1987 cuando el túnel iba en la abscisa k 8+830 inició la excavación con la máquina fresadora, método alternativo de excavación ofrecido por el Consorcio, la cual se terminó el dia 31 de mayo de 1989, con un retardo de 151 dias respecto al plazo ofrecido (sic) por Impregilo SPA Estruco, y pactado en el contrato 502 (...)" (página 2).

"" (...) Acorde con los plazos y el tipo de máquina ofrecida el consorcio constructor propuso los siguientes avances:

""En (sic) ba al sistema de excavación propuesto, preveamos los siguientes avances:

"a) En terreno tipo I: 40 M/dia.

"b) En terreno tipo II-III-IV: un promedio de 30 M/dia.

""Lamentablemente para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ninguno de los anteriores índices efectivamente cumplió. La eficiencia del "topo" fué muy inferior a la ofrecida y los anteriores plazos tampoco cumplieron(...) páginas 4 y 5).

"Así pues no queda duda acerca de los incumplimientos injustificados del Consorcio Contratista, a no ser por razón de haber empleado una máquina cuyo rendimiento y capacidad no fueron los ofrecidos sino muy inferiores (...)"

"En el alegato de conclusión, el apoderado de la empresa, dedicó un capítulo al análisis del comportamiento de la máquina fresadora, páginas 86 a 111.

"Por su parte, el apoderado del Consorcio en su alegato de conclusión, en síntesis, sostiene que la falta de coincidencia entre lo ofrecido y el resultado se debe a insuficiencia, que refiere a la información sobre las fallas, brechas de falla y desprendimientos que afectaron, dice, significativamente la operación de la fresadora, ocasionando retardos e interrupciones; igualmente refiere a la mayor friabilidad que la deducible de la información de referencia, la cual, afirma, hace trabar la fresadora. Como ejemplos de los errores en la información de Referencia refirió al débil flujo de agua anunciado o su ausencia en lugares en los que el muy significativo flujo paralizó el funcionamiento de la TBM; por contraste lugares en los que anunciaba notable flujo y éste no se presentó. Igualmente, la información de la licitación prevela grandes dificultades en la zona de transición entre lutitas y areniscas, pero la TBM no tuvo allí dificultades.

"Los peritos Doctores Maldonado y Charry, fueron interrogados por ambas partes sobre el particular y sobre sus respuestas solicitaron aclaraciones. Del estudio conjunto de todas las respuestas, iniciales y aclaratorias, debe concluir que, evidentemente, el consorcio no cumplió con los índices de rendimiento ofrecidos en la propuesta, pues sobrestimó la capacidad de horadar de la TBM, ya que según los registros del mismo Consorcio, la penetración que ejecutó la TBM tuvo una longitud de 8.579.89 metros, dato confirmado por los resultados de los registros del Interventor y del Asesor. El número de horas en las que la TBM ocupó en la penetración fué de 2.571.6. según los datos del Consorcio ratificados por la interventoría y el asesor. Así, si para horadar 8.579.89 la TBM empleó 2.571.6 horas, cabe decir que la penetración horaria media fué de 3.3364 metros.

"El Consorcio supuso turnos de 10 horas, con 8 horas de operación de la TBM y un 38% de operación para horadar, tal como lo describen los peritos en el cuadro de tiempos, página 33 de su dictámen, es decir, 8x0.38 = 3.040 horas por turno en penetración. Si tomara en cuenta la penetración horaria media podría suponer un avance medio en un turno de 3.040x3.3364 = 10.143 metros.

"Según datos que el Consorcio dió al dr. Tarkoy, al construir el túnel se halló que en la horadación la TBM únicamente se ocupaba un 18.3% del tiempo, tal como lo indican los Peritos en la página 35 del dictamen, es decir : 8 : 0.183 = 1.464 horas por turno. Así que el avance medio en turno era de 1.464x 3.3364 = 4.884 metros.

"Sin embargo, debe tener en cuenta que, las dificultades y demoras de origen geotécnico (debidas a fallas, brechas de falla, friabilidad, desprendimientos, flujo de aguas y otras causas) reconocidos por el, Tribunal como hechos imprevistos o no anunciados en la información de referencia, afectaron en parte

los rendimientos ofrecidos por el Consorcio en su propuesta, pero, también el Tribunal reconoció que hubo algunos hechos que debieron ser previstos por el Contratista y que también afectaron la excavación. Sin embargo, la proporción en que unos y otros afectaron dichos rendimientos no fué establecida por los Peritos.

> "Por lo mismo, no puede establecerse el grado de responsabilidad que cabe atribuir al consorcio por el no cumplimiento de dichos índices, ni determinar con exactitud los efectos de tipo económico o financiero que de ella pudiera derivarse.
>
> "*A contrario sensu*, tampoco puede establecer en qué magnitud los hechos reconocidos por el tribunal como no atribuibles a responsabilidad del Contratista ocurridos en la excavación del túnel y que redundaron en los índices de rendimiento de la TBM. tuvieron influencia en eventuales perjuicios ocasionados a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para poder determinar cuál pudo ser la responsabilidad del Contratista en la ocurrencia de dichos eventuales perjuicios.
>
> "Los peritos Torres y Cáceres, al responder algunas preguntas planteadas por la EAAB, aclararon cómo no estimaban que hubiera producido perjuicio alguno a la misma por la no venta de agua, pues su distribución para la ciudad requería de obras complementarias al túnel, particularmente las líneas Silencio-Casablanca y Silencio-Vitelma que empalmaban con aquél en el portal de salida, obras que demoraron en ser puestas en operación más allá de la fecha de entrega del túnel.
>
> "Los demás costos indicados por los Peritos como posibles perjuicios, fueron establecidos globalmente en la cifra de $105.794.297. Sin embargo, como indicó, no tiene el Tribunal elementos de juicio para establecer de ellos cuántos podrían corresponder a incumplimiento real en los índices de eficiencia de la máquina, ni qué proporción podría atribuirse a las circunstancias imprevistas ya analizadas. Por lo demás, tampoco está discriminado en el proceso, el porcentaje en que otros factores distintos (eventuales incumplimientos en los plazos, tema sobre el cual el Tribunal abstuvo de pronunciar) incidió en el perjuicio reclamado por la EAAB.
>
> "Todas las anteriores razones llevan al Tribunal a declarar que aunque existe comprobación del incumplimiento de los índices de eficiencia de la TBM ofrecidos por el Consorcio, no puede efectuar condena por los eventuales perjuicios económicos que ellos pudiera significar, pues no existe prueba conducente sobre su cuantía".

SECCION TERCERA

5.- Consta en el Acta No. 36 que el Tribunal, el 25 de septiembre de 1992, sesionó para, resolver solicitudes de corrección por error aritmético, aclaraciones y complementaciones o adiciones del laudo arbitral y a páginas 2 a 4 de dicha acta, sobre aspectos que deberán ser tenidos en cuenta por la Sala para desatar el recurso de anulación, se lee:

"A.- Para decidir la solicitud de **adición,** observa el Tribunal:

"Como es natural y lógico, los rendimientos ofrecidos por el consorcio respecto de la TBM (topo o fresadora), en el comienzo de la contratación, se refieren a las condiciones del terreno anunciadas en la información de referencia; y en ella no consideraron aquellas situaciones que, posteriormente, han sido declaradas por el Tribunal como "imprevistas", "desconocidas" o "no anunciadas" en tal información, las cuales vinieron a constituirse parcialmente en la causa de sobrecostos y retardos, base de las indemnizaciones ordenadas en el Laudo a favor del Consorcio.

"Todo ello influyó en el ritmo de velocidad de ejecución de los trabajos y, por ende, contribuyó en parte, junto con otros factores, a impedir que lograran los índices de efectividad o penetración ofrecidos inicialmente por el consorcio respecto de la TBM. En el Laudo el Tribunal hizo mención expresa y detallada, apoyado en las conclusiones de los dictámenes periciales, de las situaciones "imprevistas" no "anunciadas" o "desconocidas" que encontraron durante la excavación y que causaron mayores costos y demoras. No considera necesario repetir en esta oportunidad todos los factores que tuvieron en cuenta y fueron analizados para establecer las indemnizaciones en favor del Consorcio por razón de las condiciones geológicas e hidrogeológicas no anunciadas, las cuales, como fué analizado ampliamente en la providencia, influyeron para disminuir los rendimientos previstos en un comienzo para las labores de la fresadora.

"Como el memorialista toca el tema, el Tribunal resalta que efectivamente tuvo en cuenta el dictamen pericial de que habla, (página 125 del dictamen de los peritos Torres y Cáceres). El tribunal analizó este experticio, como jurídicamente debía hacerlo, en su contenido mismo en conjunto y en armonía con todas las pruebas que obran en el proceso; y al efecto resulta pertinente mencionar que los mismos expertos doctores Torres y Cáceres, en la página 124 de su dictamen, que cita el memorialista, afirman que, si por el aspecto que analiza, hubiera algún incumplimiento, "el que generara extracostos a la EAAB seria el incumplimiento del plazo de entrega final"; y anotan también: "No parece que dicho incumplimiento haya tenido consecuencias en la venta de agua". Agregan los peritos: Por consiguiente, los extracostos de un incumplimiento en el plazo de entrega final, generarían

para la EAAB fundamentalmente en lo relativo a mayores costos de la Interventoría, de la Asesoría y de la propia EAAB en su labor de administración y control del proyecto".

Los peritos citados mencionan, página 125 de su experticio, que los "mayores costos en el plazo de entrega final", fueron:

"Costos de personal y vehículo de la empresa . . . . $ 5.125.590

"Consorcio Gómez-Cajiao, Integral, por asesoría. . .$32.815.900

"Ingetec S.A. $67.852.807

"Total. $105.794.297

que es la suma que el memorialista destaca como "PRUEBA FEACIENTE" (sic) del monto de los perjuicios soportados por la empresa. Las cantidades que integran el total relacionado, las conocieron los peritos, como lo afirman en su dictamen, "según la información suministrada por las propias entidades involucradas", (Se subraya), es decir, no la obtuvieron por certificaciones oficiales, ni de datos contables, ni de averiguaciones confrontadas por los mismos peritos.

"Pero, de otra parte, como lo analizó el tribunal en el Laudo, página 117, no estableció en el proceso, que proporción de los costos anotados fue provocada por los hechos no previstos y cuál correspondió por hechos atribuibles al consorcio, por lo que no puede establecer con certeza el grado de responsabilidad que a éste cabe. Así, no se trata de que el tribunal haya omitido la decisión sobre una parte de la pretensión, sino que aunque el hecho fué probado en el proceso no resultó igualmente probado, con prueba **idónea** su *cuantum*, su valor, pues si bien los peritos se refirieron a unas cifras y obran en el proceso unos contratos celebrados con el interventor y el asesor, no es posible establecer una proporcionalidad en su incidencia en los factores que generaron tales extracostos y demoras en la ejecución de la obra. En otras palabras, no probó adecuadamente ni el valor del perjuicio mismo, ni la proporción en que los hechos atribuibles a la responsabilidad del Consorcio incidieron en su causación. Por ello, el Tribunal declaró la existencia del hecho pero no encontró prueba del valor mismo del perjuicio para condenar al Consorcio por tales hechos y así lo declaró. El tribunal decidió sobre la pretensión en su totalidad.

"Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal denegará la solicitud de adición prima formulada por el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado.

"En lo relativo a la segunda solicitud de adición del Laudo, el Tribunal considera:

Consecuencia obligada y obvia de la conclusión a que llegó respecto de la primera solicitud de adición, es que no puede acceder a adicionar el Laudo para efectuar descuento alguno de las condenas a favor del Consorcio, como lo solicita el peticionario, pues no hay posibilidad de establecer un cuantum o valor del perjuicio atribuible a responsabilidad del consorcio, como ya dejó expuesto, pues no hay prueba idónea sobre el particular.".

CAPITULO III

ANALISIS DE CADA UNO DE LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL POR EL RECURSO DE ANULACION; SU REPLICA; DECISIONES Y OMISIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.

A) **Supuesto error aritmético y el cálculo de la indemnización por mora (interés de mora al 12%).**

Como se señaló precedentemente al transcribir los cargos formulados contra el laudo, la recurrente discurrió así:

"No tengo reparos que formular al procedimiento de cálculo adoptado por el Honorable Tribunal Arbitral, aparte de un único aspecto, que es el siguiente: en la columna encabezada "Interés de mora" el H. Tribunal Arbitral calcula estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizar para calcular los intereses moratorios no es único, ni es éste.

"La determinación de la tasa de interés que debe, aplicarse para calcular la sanción por mora solo puede guiarse por las normas legales, que son claras al respecto. Citamos al efecto el art. 884 del Código de Comercio que dispone : "cuando en los negocios mercantiles hayan de pagar créditos de un capital, sin que especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratoria, será el doble.....(hemos subrayado).

"Con base en lo anterior, queda claramente establecido que los interés, y la concurrente sanción por mora, deben calcularse sobre la base del doble de la tasa de interés comercial.

"Esta tasa varía periódicamente y la certifica la superintendencia bancaria. En los autos obran las correspondientes certificaciones.

"Al utilizar un valor diferente, introduce al cálculo de la "indemnización por mora" un factor aritmético errado, que lleva a resultados numéricos equivocados, y, al mismo tiempo, contradictorios frente al concepto mismo de la "indemnización por mora" que se pretende calcular después de haber establecido y claramente definido el mérito y la naturaleza de esta indemnización".

"Por lo anterior, solicito atentamente al H. Consejo de Estado, que, al revisar los cálculos correspondientes, corrija el error aritmético aún subsistente, dando aplicación para ello a los factores indicados por la Superintendencia Bancaria. A efecto de facilitar la labor mencionada, con nuestro escrito del 9 de septiembre /92 acompañamos, como Anexo 7, los cuadros de cálculo pertinentes.".

Por su parte la EAAB, replicó este cargo así:

"Aduce el recurrente que el Laudo incurrió en error aritmético, en el cálculo de los intereses por mora, por cuanto el Tribunal calculó "estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizar para calcular los intereses moratorios no es único, ni es éste".

"La simple lectura de la anterior transcripción, que aunque parcial, es textual, del argumento que esboza en apoyo de la solicitud de nulidad del Laudo en cuestión, revela la gran debilidad del mismo y del recurso entero.

"A ningún lector por desprevenido que fuese, escaparía la contradicción que encierra el argumento. Al hablar de "error sustancial", el recurrente deja sin piso su propio argumento y reniega del cargo por él formulado. Un error, que quiera presentar como de naturaleza aritmética, mal puede ser calificado de sustancial.

"Pero las observaciones que me permitiré formular contra los fundamentos del recurso, no son todas de tipo nominalista, ya que abundan razones de derecho y de hecho que conducen a desestimar los cargos planteados.

"El criterio del Tribunal para determinar porcentaje del interés moratorio no constituye un error aritmético.

"Si se quiere criticar la decisión de determinar el interés moratorio en el 12%. podría aducirse que encierra un error conceptual, en gracia de hipótesis, o un error de criterio, quizás, pero jamás cabria dentro del género de los errores aritméticos. Aceptarlo así, conducirla a que cualquier divergencia que una de las partes en un proceso judicial, tuviere con el *cuantum* de la condena, a favor o en contra. fuese enfocada, por referir a cantidades que se expresa, obviamente, en números, como un error matemático y no, como lo que es, (por ejemplo en el presente caso): como un problema conceptual o de derecho.".

El Tribunal de Arbitramento sobre el aspecto de intereses moratorios razonó de la siguiente manera:

"A juicio del Tribunal, si bien no encuentra posible reconocer intereses corrientes o moratorias en la forma descrita y pedida por el consorcio pues, como ha analizado en este laudo, uno de los factores que contribuyen a la integración del concepto de interés corriente (el cual sirve, a su vez, para determinar el concepto de interés moratorio), ya fué satisfecho por la EAAB, si deberá analizar, en aras de una recta administración de justicia, cuál debe ser la condena adecuada, a título de sanción, que deberá decretar en razón a la mora en que la EAAB incurrió en los pagos.

"Y es que el interés corriente está integrado por dos factores esenciales, cuales son: la actualización del dinero y, además, el factor ya efectuado por la EAAB en cumplimiento del contrato y del mandato del artículo 323 del Código Fiscal y, además, ordenar el pago del interés moratorio, esto es, el valor del interés corriente doblado, significa, claramente ordenar y aceptar tres veces el pago del "ajuste", "actualización" o "corrección monetaria".

"La situación aquí planteada no aparece prevista ni expresa por la ley, por lo cual corresponde al Juez efectuar la interpretación pertinente y darle solución al caso, de conformidad con los artículos 26 del Código Civil y 48 de la ley 153 de 1887.

"Establecido está, que hubo mora en los pagos y que, efectuado el pago tardíamente, solamente fué recibido por el Consorcio la actualización de su valor en virtud de los reajustes. Sin embargo, no ha compensado, en su totalidad, el perjuicio que la mora en el pago causó al consorcio, pues la actualización simplemente permite efectuar "pago integro" de la deuda, en valores equivalentes, esto es, la misma capacidad adquisitiva del dinero debido. No es, entonces, la actualización una noción indemnizatoria, ni medida punitiva o resarcitoria de perjuicios: simplemente reconoce el mismo valor intrínseco del dinero en representación monetaria actualizada, a fin de que cumpla "integra" la obligación de pagar.

"Que tiene derecho el Contratista a recibir, a título de perjuicios y como sanción para la Empresa, un reconocimiento pecuniario, también es claro para la mayoría del Tribunal, pues la ley ha establecido con precisión tal mandato. en efecto, tanto las normas del Código Civil como las del Código de Comercio, parten de la base de que quien no cumple una obligación dineraria en el plazo estipulado incurre en mora, por ese solo hecho genera un daño y su conducta debe ser sancionada con el pago de la indemnización económica correspondiente. Así, el artículo 1.617 del Código Civil prevé:

"Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

"1.- Se siguen debiendo los interés convencionales, si ha pactado un interés superior al legal **O EMPIEZAN A DEBERSE LOS INTERES LEGALES**, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos, (resalta el Tribunal). "El interés legal fija en el seis por ciento anual.

"2.- El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo. (...)".

"Por su parte, el Código de Comercio, artículos 883 y 884, reitera el principio: el deudor debe al acreedor, a título de indemnización de perjuicios por la mora en el cumplimiento de su obligación, el valor doblado del crédito del dinero.

"Como dijo, no podrá aplicar literalmente al caso controvertido la regulación de los artículos citados del código de comercio, pues ya canceló la parte correspondiente a la corrección monetaria como factor integrante de los intereses corrientes. Por ello, estima el tribunal, que resulta acorde con el espíritu de la ley, como mandato imperativo, y con la justicia que debe

impartir interpretando al efecto la ley, el reconocimiento del valor de los intereses legales doblados, pues en ello armoniza el derecho del acreedor a recibir la indemnización de perjuicios por mora en los pagos, prevista por el legislador en el doble del valor remuneratorio del dinero, pero evita incurrir en el pago de dos o tres veces el valor de la corrección monetaria, actualización del dinero o ajuste del mismo, fenómeno que, como ha reiterado, no significa lucro o remuneración del dinero sino simplemente actualización de la representatividad numérica de un mismo valor.

"Pero, además debe aclarar el Tribunal que no puede aceptar, por ser contrario a la ley, que la mora en los pagos por parte de las entidades públicas, pueda ser fuente de obtención de ventajas para ellas. En efecto, si aceptara la tesis del apoderado de la empresa, en virtud de la cual supone que no se "debe" ninguna indemnización por cuanto no probó un perjuicio especifico, estaría el Tribunal aceptando, de una parte, que es "legítima" la violación del contrato, pues de ella no deriva ninguna consecuencia y, además, desconocería el principio definido por la ley según el cual, cuando debe una suma de dinero el perjuicio está determinado por el rédito del dinero. Pero si solo reconoce a título de indemnización el interés legal del 6%, también sugerido por el apoderado de la empresa en su alegato, violaría también la ley, pues estaría convirtiendo a los contratistas estatales en financiadores del Estado, pues lógicamente resulta más ventajoso, desde el, punto de vista económico, para el valor del ajuste y del 6% a título de "interés moratorio" antes que reconocer los intereses moratorios existentes en el mercado de capitales, todo lo cual vulnera los expresos mandatos legales que imponen una y "sanción" al deudor moroso y que no prevén que el contratista sea siempre el financiador del Estado. Para que esto último ocurriera, es preciso que así se pacte en el contrato y que, como tal, determinen los costos financieros del dinero, como expresamente lo establecen el Código Fiscal de Bogotá y el Decreto 222 de 1983. (caso de contratos especiales o llamados llave en mano, o de crédito de proveedores).

"Así, se reconocerán, a título de intereses por mora, el 12% anual sobre las sumas adeudadas en pesos colombianos, por el período de mora en cada caso.".

Para resolver este cargo la Sala CONSIDERA:

a) El recurso extraordinario de anulación, reitera la sala, está concebido fundamentalmente para corregir yerros de procedimiento y excepcionalísimamente para hacer correcciones de orden puramente aritméticas o de cálculo, como también para subsanar omisiones en las determinaciones

deprecadas al Tribunal de Arbitramento. En estos últimos eventos el juez de la anulación está facultado para hacer las correcciones del caso y suplir los vacíos complementando las decisiones del Tribunal. Surge de lo anterior la conclusión elemental consistente en que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y por consiguiente no podrá adentrarse en el arduo tema de juzgamiento por eventuales errores -*in iudicando*, para so pretexto de ello cambiar las determinaciones tomadas por aquél, simplemente por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrá revocar determinaciones basadas en razonamientos o conceptos vinculados con la aplicación de la ley material. En esto, se ha dicho, el recurso de anulación difiere de la casación en cuanto en este bien puede atacar el fallo por indebida aplicación de la ley sustancial, por inaplicación de esta o por error en su interpretación o alcance.

b) Como ya se vió, especialmente al transcribir lo pertinente de las páginas 103 a 105 del laudo arbitral, el tribunal razonó ampliamente sobre el tema de los interés moratorios deprecados por el consorcio como consecuencia del cumplimiento tardío de algunas obligaciones a cargo de la EAAB. En síntesis el Tribunal entendió que no podía reconocer simultáneamente la actualización o indexación o corrección monetaria de los capitales adeudados junto con los intereses comerciales de que ocupan los artículos 883 y 884 de la Cámara de Comercio. En su lugar, fue criterio explícito del tribunal el que se aplicará el interés legal doblado, previsto por el Código Civil vale decir, el doble del 6% anual y así los liquidó conforme a la elemental fórmula bien conocida de :

$$I = \frac{(c \times r \times t)}{100}$$

Esto quiere decir, que acertado esto quiere decir, que acertado o desacertado el razonamiento jurídico del Tribunal, aplicó consecuencialmente a la operación aritmética respectiva, en la cual a dicho de paso, no observa anomalía ni desacierto alguno.

Aceptar la revisión de este criterio o concepto del Tribunal. para desembocar en lo pretendido por el Consorcio consistente en que en vez del doble del 6% anual sobre los capitales adecuados, se aplique el doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sería tanto como que esta Sala se convirtiera en superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento, lo que pone de presente su desacierto, dado que la anulación no es un recurso de índole vertical sino horizontal. En síntesis, el yerro conceptual, de criterio o de concepto, sobre el tema de cuál ha de ser la tasa de interés aplicable para sancionar la mora de algunos pagos de la EAAB, no tiene cabida dentro del marco estricto o limitado del recurso que hoy se desata.

c) Inteligentemente el Consorcio plantea el cargo que estudia, como un eventual error aritmético en que incurrió el tribunal arbitral. Pero bien sabido es que equivocaciones de este linaje, no pueden apoyar en yerros conceptuales que bien pueden constituir el fundamento de la liquidación. El error puramente aritmético o error de cálculo, como en múltiples oportunidades lo ha dicho esta Sala, no puede ser otro que la equivocación que se presenta al efectuar una simple y elemental operación aritmética o matemática. Así, un error de suma, de resta, de multiplicación, etc.

La circunstancia de que bajo el ropaje de un eventual error aritmético haya sustentado el cargo, no impide que el Juez de la anulación deduzca lo que efectivamente subyace en el fondo del mismo. como sucede en el presente caso, dado que está en presencia de querer la corrección de un supuesto error de naturaleza sustancial o equivocación de criterio o concepto, tema vedado, repite, en el recurso de anulación.

Para la Sala resulta claro que el consorcio aspiraba a que los intereses moratorias fueran aquellos previstos por los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, esto es el doble del bancario corriente. El tribunal, después de razonar ampliamente sobre este tópico, bien o mal, acertada o desacertadamente, concluyó y decidió que debía reconocer el doble del interés legal, previsto por los artículos 1617 y 2232 del Código Civil, con base en los cuales realizó las operaciones correspondientes, de manera correcta. para deducir el monto ha reconocer por este concepto. Como se ve en el fondo la inconformidad del recurrente estriba en la falta de aplicación, por parte del Tribunal, de los artículos 883 y 884 del Código Mercantil y la indebida aplicación de los artículos 1617 y 2232 del Código Civil. Pero, para satisfacer tal desacuerdo no está concebido ni dado el recurso extraordinario de anulación.

Por lo expuesto este primer cargo no prospera.

B) **Haber omitido decidir lo relativo al cumplimiento de plazos contractuales, en particular el convenido para la entrega final de la obra (causal 9a. del art. 38 Decreto 2279/89).**

Como se recordará, por las transcripciones precedentes, en punto tocante con plazos contractuales, su cumplimiento y consecuencias jurídicas y económicas derivadas del mismo, el consorcio, de manera expresa impetró las siguientes pretensiones:

"**SEPTIMA PRETENSION**: Declárase que el consorcio cumplió con los plazos contractuales, ya que a su favor causaron derechos de extensión

de los plazos de ejecución de las obras por 348.5 dias calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

a) Plazo III.- Excavaciones del túnel entre el Parque Nacional y la quebrada el Chicó (Véase Volumen I tomo I., Capítulo I, Anexo 2.1.): 160.6 dias calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV.- Terminación de la excavación del Túnel (Véase Volumen I. tomo I Capítulo I., Anexo 2): 29.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94,6 dias calendario, por concepto de condiciones geológicas imprevistas).

"c) Plazo V.- Revestimiento del Túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. tomo 2 Capítulo V., Anexo 2-A): 23.6 dias calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI.- Terminación de las obras : 348.3 dias calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazo anteriormente señaladas.

"**OCTAVA PRETENSION** : Declárese así mismo que no ha habido ni hay causa para aplicar sanciones de índole alguna contra el consorcio y que por consiguiente deja sin efecto la multa impuesta al Consorcio por la EAAB y en el evento de que hubiere sido aplicada, devuelva su valor al Consorcio, junto con los interés pertinentes.

"Dispóngase así mismo aceptar la solicitud de suspensión de los procesos que entre las mismas partes siguen ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Acción Tercera, Expediente 6355, relativos en el artículo 24 del decreto 2279/89 y en armonía con las "divergencias planteadas por la EAAB" en documento de fecha 21 de septiembre de 1990 presentado a los Señores Arbitros.".

Por su parte, la EAAB formuló una sola petición a saber:

"**Punto único**.- Incumplimiento por parte del contratista de los tiempos y plazos parciales y total (final) y de los índices de eficiencia por él ofrecidos y pactados en el contrato No. 502, sus consecuencias financieras y económicas para la EAAB; y aplicabilidad de las multas impuestas.

Para sustentar el cargo, en lo pertinente, el Consorcio adujo:

"En segundo término, me referiré a la causal No. 9 del Art. 38 del Decreto 2279/89 por no haber decidido en el Laudo arbitra lo relativo al cumplimiento de los plazos contractuales y en particular del plazo para la entrega final de la obra por parte del Consorcio Contratista.

"Al efecto, en numeral Octavo de la parte Resolutiva del Laudo del 2 de septiembre se dispuso: "Abstiénese de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento por parte del Consorcio integrado por las Sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI -IMPREGILO S.P.A.-ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502 AB-IV-01-A, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la motiva del laudo" (V. pág. 121 del laudo).

"En sus peticiones primeras del 7 de diciembre de 1990, al inicio del proceso arbitral, dijeron respectivamente las partes:

"A) Parte actora (Consorcio): "Séptima Pretensión. Declárase que el consorcio cumplió con los plazos ejecución de las obras por 348.3 días calendario que deberán también declarar por el Tribunal, según el siguiente detalle:

"a) Plazo III - Excavación del túnel entre el parque Nacional y la quebrada. El Chicó, Volumen I tomo I Capítulo I.. Anexo 2.1.): 160.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV - Terminación de la excavación del túnel, (Véase Volumen I. tomo I. Capítulo _., Anexo 2): 69.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94.6 días calendario, por concepto de condiciones geológicas imprevistas.

"c) Plazo V - Revestimiento del túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. Tomo 2 Capítulo V, Anexo 2-A): 23.6 días calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI - Terminación de las obras: 348.3 días calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazos anteriormente señaladas".

. . . . . .

"Esta pretensión transcrita es plenamente congruente con la comunicación del 17 de septiembre de 1990 aportada válidamente a los autos y que es parte integrante del acta celebrada en la misma fecha por las partes,

contentiva de los puntos de divergencia a someterse a decisión del H. Tribunal Arbitral que estaba apenas conformándose".

La EAAB replica este cargo de la siguiente manera:

"En relación con este cargo, baste decir que el Laudo habla por si sólo en forma por demás clara al respecto.

""**Abstiénese de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento por parte del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI-IMPREGILO S.P.A.-ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la parte motiva del Laudo".**

"La decisión de abstenerse de conocer de estos aspectos había sido adoptada por el Tribunal en la audiencia del 7 de diciembre de 1991 (acta No. 2 del Tribunal) y contra ésta ni el Consorcio ni la E.A.A.B., interpusieron recurso alguno, y por lo tanto quedó en firme.

"Esta decisión la adoptó el Tribunal en razón a que ante el tribunal administrativo de cundinamarca, por demanda del mismo consorcio Impregilo-estruco, cursa un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que impusieron las mentadas multas al consorcio. En este proceso sentenciará sobre la legalidad de las multas, las cuales tuvieron como fundamento el incumplimiento de los plazos contractuales por parte de dicho consorcio. De suerte tal que, en acatamiento de la legislación colombiana, y respeto por la autonomía de las decisiones de la justicia ordinaria, (sic). el Tribunal de arbitramento abstuvo de pronunciar al respecto, porque pronunciar sobre la legalidad de las multas, era controvertir claras disposiciones legales, lo mismo que el hacerlo sobre los hechos en los que fundamenta la legalidad de las mismas multas, lo que hubiera prefijado el criterio del Tribunal de Cundinamarca. Eso tan claro fue para ambas partes, que ninguna de ellas objeto la decisión que sobre la competencia profirió el Tribunal de Arbitramento.

"Por lo demás, valga hacer hincapié en que para fortuna del consorcio recurrente, el tribunal de arbitramento no pronunció sobre el tema de los plazos y su incumplimiento por parte del consorcio, porque de haberlo hecho, habría sido en su contra, es decir, el Laudo hubiera declarado el incumplimiento de los plazos contractuales por parte del Consorcio. De

hecho, no debe perder de vista, que el Laudo declaró **EL INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO DE LOS INDICES DE RENDIMIENTO POR EL OFRECIDOS**, factor éste que induce necesariamente al incumplimiento de los plazos contractuales.

"Con fundamento en las anteriores razones, solicito igualmente, como en el cargo anterior. al Honorable Consejo de Estado, que deseche el cargo controvertido en este *acápite,* y confirme la providencia en los aspectos en los cuales fue recurrida".

Para resolver este cargo la Sala CONSIDERA:

a) A efecto de concluir si el laudo arbitral omitió decidir el punto tocante al cumplimiento de los plazos contractuales, en especial el referido a la entrega final de la obra, y si no existe causa para aplicar sanciones al consorcio, con miras a dejar sin efecto la multa que le fue impuesta, con claras incidencias en cuanto a la legalidad o ilegalidad del acto administrativo impositivo de las multas, cuyas divergencias están siendo juzgadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala detendrá en el análisis de dos razonamientos efectuados por el referido Tribunal Arbitral, a saber: 1) los consignados en la audiencia de 7 de diciembre de 1990 para asumir su propia competencia, para, con base en ella poder decidir las diferencias sometidas por las partes; y 2) Lo consignado a partir de la página 112 del Laudo Arbitral del 2 de septiembre de 1992.

En el Acta No. 2 del expediente del Tribunal, que da cuenta de lo ocurrido el 7 de diciembre de 1990, en lo referente al tema de la competencia para tramitar y decidir las diversas cuestiones planteadas por las partes lee:

"En el caso presente, resulta evidente, que existen dos grupos o clases de controversias: uno en el cual puede unir todas las peticiones formuladas por las partes que apuntan hacia el juzgamiento de su comportamiento recíproco a propósito del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y las consecuencias económicas que ellas pudieren producir en la ecuación económica del contrato, y otro relacionado con la aplicabilidad de las multas impuestas, mediante acto administrativo unilateral, por la entidad contratante al contratista.

"Para el Tribunal resulta claro que las peticiones incluidas en el primer grupo pueden ser materia de su conocimiento y juzgamiento, tanto por que sobre ellas es viable la transacción, como por haber quedado cobijadas por la voluntad de las partes al incluir la cláusula compromisoria en el contrato. Por tanto, puede asumir competencia para conocerlas y juzgarlas.

"Sobre la petición formulada por una y otra partes en relación con la aplicabilidad de las multas, es decir la petición ubicada en el segundo grupo, debe aclarar el tribunal, que no trata de asumir competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos que las impusieron. Pero, la presunción de legalidad que cobija a tales actos no podría ser, a su vez, óbice para limitar el conocimiento y análisis por parte del Tribunal de la conducta de las partes para dirimir las cuestiones propias de su competencia.

"En otras palabras, es preciso aclarar que, si bien no habrá por parte de este tribunal de arbitramento juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la EMPRESA impuso multas al contratista, la presunción de legalidad que tales actos tienen, no puede oponerse a la competencia natural de juez, y en este caso lo es el Tribunal. Para cercenar su facultad de analizar y juzgar, la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento. (Subrayas de la Sala).

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento

"RESUELVE:

"Asumir competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las cuestiones sometidas por las partes a su decisión.

"Quedan notificados en audiencia los señores apoderados». (folios 124 a 122) Cdno ppal). Por su parte, el Laudo Arbitral proferido el 2 de septiembre de 1992, contiene:

"De los planteamientos de las partes, como dejó transcrito, es necesario concluir que están íntimamente ligados el tema del cumplimiento de los plazos y el de la aplicabilidad de las multas; no son separables, puesto que si el Tribunal declara que existió incumplimiento de parte del consorcio en alguno de los plazos y, especialmente, respecto del plazo III, con ello estaría afirmado -aunque no lo declare expresamente-, que la multa fué jurídicamente impuesta, o sea que es legal, pues entre el alegado incumplimiento del plazo III y la justificación de la multa hay una estrecha relación de "causa-efecto". Y si, por el contrario, aceptara el tribunal las razones del consorcio, sobre que el cumplimiento final del contrato sanea y deja sin efectos, prácticos y jurídicos, un posible incumplimiento de uno de los plazos parciales o sea el III, estaría contribuyendo a brindar argumentos de autoridad en pro de la anulación de los actos administrativos que impusieron la multa, porque estaría su razón de ser o sea el eventual

incumplimiento de un subplazo, queda sin efectos legales por el cumplimiento del plazo final del contrato.

"En las circunstancias anotadas, el tribunal remite a la salvedad que hizo en el acta número 2 de fecha 7 de diciembre de 1990, ya que no sería jurídico que se pronunciara sobre el tema, pues por uno o por otro camino que opte, o sea aceptando una u otra de las tesis expuestas por las partes, estaría inevitablemente juzgando sobre el acto administrativo con ella relacionado, para lo cual carece de competencia.

"Los argumentos anteriores, que ha expuesto para evidenciar que el tribunal debe abstener de resolver en concreto sobre la Séptima Pretensión porque carece de competencia, también tienen efecto, y con más razón, para dejar de decidir, por falta de competencia, tanto sobre la Pretensión Octava del Consorcio, (en la cual explícitamente se solicita declare que no hay causa para aplicar sanciones, que deje sin efecto la multa impuesta y que ordene devolver su valor al consorcio), como sobre la Pretensión Unica de la Empresa, en cuanto refiere a la legalidad de las multas y a la declaratoria de incumplimiento del Consorcio por este concepto". (folios 114 y 115 del Laudo).

b) Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el Juez de lo Contencioso Administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, si puedan ser solucionados por la justicia arbitral, cuando las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción. Así, temas como los del cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, los de la proporcionalidad, cuantía y forma de pago de ciertas cantidades de dinero a cargo de alguna de las partes del contrato, o, las relacionadas con aspectos atinentes a las garantías sobre el objeto material del negocio, bien podrían constituir tema arbitral, por cuanto sobre los mismos es procedente la transacción, por razón de la materia y por no encontrarse expresamente exceptuados de la órbita arbitral por normativa alguna.

c) No puede perderse de vista que con la providencia mediante la cual el Tribunal de Arbitramento asume su propia competencia, en el *sub judice* la del 7 de diciembre de 1990, como era apenas obvio, se declaró competente para

conocer y decidir sobre todas las diversas cuestiones sometidas a él por las partes, salvo lo relacionado con el "juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa impuso multas al contratista". Todo lo cual por considerar, acertadamente, que "la presunción de legalidad que tales actos tienen, no puede oponerse a la competencia natural de Juez, y en este caso lo es el Tribunal, para cercenar su facultad de analizar y juzgar la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento" (subraya la sala).

Este proveído, transcrito en lo pertinente, que no fué protestado ni recurrido por las partes, constituye fuerza vinculante para el Tribunal y los extremos subjetivos de la *litis*, justamente por cuanto con él inició el debate jurisdiccional -arbitral; por lo que admitida esa competencia, sin que aparezcan nuevos factores que no fueron tenidos en cuenta para tal conclusión, ahora no puede ser variada, so pretexto de un cambio de concepción interpretativa, puesto que ello introduciría el desorden y la inseguridad en el trámite arbitral, con detrimento de la imagen de dicho proceso y con graves consecuencias para las partes. Tan solo, a través del recurso extraordinario de anulación, podrá revivirse el debate sobre la referida competencia asumida entonces por el Tribunal de arbitramento, para que a el juez de la anulación quien califique si tal proveído ajusta o no a derecho. El tribunal de arbitramento no podrá unas veces atribuirse competencia y en otras despojarse de ella.

d) Razonar como lo hizo el tribunal de arbitramento en el laudo de 2 de septiembre de 1992, a efecto de abstenerse de desatar la pretensión séptima impetrada por el Consorcio, so pretexto de ser incompetente para ello, es tanto como admitir que un Tribunal arbitral dé saltos dialécticos extremos para en un comienzo decir que declara competente y posteriormente decir todo lo contrario, con consecuencias tan graves como perder honorarios y gastos propios del trámite arbitral, el haber transcurrido tiempos preciosos que bien pueden consolidar prescripciones y caducidades, etc; en síntesis, seria tanto como patrocinar la tesis de que el Tribunal pueda decir SI para finalmente decir **NO**, en materia tan seria como el de definición de la competencia. Esa atribución que arrogó el tribunal en el laudo arbitral para declararse incompetente, o, lo que es igual, abstener de resolver la pretensión séptima deprecada por el Consorcio, no le era jurídicamente posible al tribunal de arbitramento. La Sala reitera que el control de la competencia en casos como este, solamente es viable a través del juez de la anulación.

e) Para la Sala resulta inexplicable que el Tribunal de Arbitramento se abstenga de desatar la pretensión **SEPTIMA** formulada por el Consorcio, so pena de su incompetencia al efecto, mientras que en cuanto respecta a la pretensión única formulada por la Empresa, como puede leerse a folio 117 del

laudo para negar esta pretensión si tuvo en cuenta diversos aspectos, todos relacionados con el fondo de la controversia, para concluír en que al no haber determinado con exactitud los efectos de tipo económico que de ellos derivaban, no efectuaba condena por dichos item. En otros términos, concluye absolviendo al Consorcio, con respecto a esa pretensión y no propiamente absteniendo de desatarla por falta de competencia. Es decir, el Tribunal no procedió con igual criterio para pronunciarse sobre un mismo aspecto controvertido por las partes, cual era el concerniente al cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales. parciales o finales. En efecto, el Tribunal dijo:

> "Sin embargo, debe tener en cuenta que, las dificultades y demoras de origen geotécnico (debidas a fallas, friabilidad, desprendimiento, flujo de aguas y otras causas) reconocidos por el Tribunal como hechos, imprevistos o no anunciados en la información de referencia, afectaron en parte los rendimientos ofrecidos por el Consorcio en su propuesta, pero también el Tribunal reconoció que hubo algunos hechos que debieron ser previstos por el contratista y que también afectaron la excavación. Sin embargo, la proporción en que unos y otros afectaron dichos rendimientos no fué establecida por los peritos.
>
> "Por lo mismo, no puede establecerse el grado de responsabilidad que cabe atribuir al Consorcio por el no cumplimiento de dichos índices, ni determinar con exactitud los efectos de tipo económico o financiero que de ella pudiera derivarse.
>
> "*A contrario sensu*, tampoco puede establecerse en qué magnitud los hechos reconocidos por el Tribunal como no atribuibles a responsabilidad del Contratista ocurridos en la excavación del túnel y que redundaron en los índices de rendimiento de la TBM, tuvieron influencia en eventuales perjuicios ocasionados a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para poder determinar cuál pudo ser la responsabilidad del Contratista en la ocurrencia de dichos eventuales perjuicios.
>
> "Los peritos Torres y Cáceres, al responder algunas preguntas planteadas por la EAAB, aclararon cómo no estimaban que hubiera producido perjuicio alguno a la misma por la no venta de agua, pues su distribución para la ciudad requería de obras complementarias al túnel, particularmente las líneas Silencio-Casablanca y Silencio-Vitelma que empalmaba con aquél en el portal de salida, obras que demoraron en ser puestas en operación más allá de la fecha de entrega del túnel.
>
> "Los demás costos indicados por los Peritos como posibles perjuicios, fueron establecidos globalmente en la cifra de $105.794.297. Sin embargo,

como indicó no tiene el tribunal elementos de juicio para establecer de ellos cuántos podrían corresponder a incumplimiento real en los índices de eficiencia de la maquina, ni que proporción podría atribuir a las circunstancias imprevistas ya analizadas. Por lo demás, tampoco está discriminado en el proceso, el porcentaje en que otros factores distintos (eventuales incumplimiento en los plazos, tema sobre el cual el Tribunal abstuvo de pronunciarse) incidió en el perjuicio reclamado por la EAAB.

"Todas las anteriores razones llevan al tribunal a declarar que aunque existe comprobación del incumplimiento de los índices de eficiencia de la TBM ofrecidos por el Consorcio, no puede efectuar condena por los eventuales perjuicios económicos que ello pudiera significar, pues no existe prueba conducente sobre su cuantía". (folios 117 y 118 del laudo).

f) De la confrontación anterior en cuanto a lo pedido por las partes y lo resuelto en definitiva por el Tribunal, pasando por la providencia mediante la cual dicho ente asumió su propia competencia el 7 de diciembre de 1990, habiendo quedado excluida de ella solamente la pretensión OCTAVA del Consorcio, pues como, ya dijo, el tema de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo mediante el cual impuso multas al contratista es del resorte exclusivo del Juez Contencioso Administrativo, la Sala concluye que el cargo que ahora analiza está llamado a prosperar parcialmente, por cuanto ajusta en un todo a la preceptiva contenida en la causal 9a. del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, dado que el Tribunal abstuvo, sin razón valedera para ello, de decidir en el laudo lo relativo al cumplimiento de los plazos contractuales a cargo del contratista, en particular en lo que respecta a la entrega final de la obra. Aspecto bien distinto es el relacionado con las consecuencias de todo género, que puedan derivar de tal reconocimiento.

Ahora bien, conforme al inciso 2 del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, al prosperar el recurso extraordinario de anulación por la causal 9a invocada, no procede declarar la nulidad del laudo, pero la Sala si deberá adicionarlo entrando a analizar las circunstancias de hecho y de derecho en que el consorcio estribo su pretensión SEPTIMA, a lo cual pasa seguidamente.

Pretensiones formadas por el Consorcio no resueltas por el Tribunal de Arbitramento.-

Atrás se ha dicho en varias oportunidades. que la pretensión **SEPTIMA** del Consorcio, relacionadas con el cumplimiento de los plazos -III -IV - V y VI del contrato, fué legal y oportunamente impetrada; que el Tribunal arbitral se declaró competente para su juzgamiento, asunción de competencia que la Sala

califica como legal. Pero, como el laudo omitió la decisión de dicho pedimento. ahora la Sala procederá a decidirlo para adicionarlo, como manda la ley.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

1) La pretensión SEPTIMA incoada por el Consorcio, es del siguiente tenor: "Declárase que el Consorcio cumplió con los plazos contractuales, ya que a su favor causaron derechos de extensión de los plazos de ejecución de las obras por 348.5 dias calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

"a) Plazo III.- Excavación del túnel entre el Parque Nacional y la quebrada el chicó (véase volumen I tomo I, capítulo I, anexo 2.1): 162.6 dias calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV- Terminación de la excavación del Túnel (Veáse Volumen I tomo I Capítulo I, Anexo 2): 29.5 dias calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas).

"c) Plazo V.- Revestimiento del Túnel e inyecciones de consolidación. (Véase, Volumen I tomo 2 capítulo V. Anexo 2-A): 23.6 dias calendario, adicionales a los anteriores. por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI.- Terminación de las obras: 348.3 dias calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazo anteriormente señaladas". (folio 9 del laudo).

El Consorcio fundamentó esa pretensión básicamente en circunstancias fácticas consideradas como imprevistas, las cuales fueron encontradas y puestas de presente durante la ejecución de la obra, algunas de orden geológico e hidrogeológico, otras consecuencia del aumento en cantidades de obra, como las inyecciones para consolidación del tramo del túnel Chicó-Usaquén ? a mas de los incumplimientos de la EAAB en los suministros a su cargo, todo lo cual según el Consorcio. acarreó en atraso en la ejecución parcial y terminación final de la obra, sin que fuere suficiente todo su empeño y capacidad técnica para hacer Desaparecer dicho impacto en la confrontación con el cronograma inicial de la obra.

En su alegato de conclusión, el Consorcio a folio 123, concretamente dice: "fué así como, a pesar de la extensión del plazo total a la cual el contratista tiene derecho y que suma 348.3 dias calendario, se logró completar y entregar la obra con una demora, respecto al plazo final establecido originalmente en el contrato, de apenas 88 dias calendario, que corresponde al lapso transcurrido

entre el 1o. de noviembre de 1989 -fecha que corresponde al plazo VI de 990 días original- y el 28 de enero de 1990 -fecha entrega final de todas las obras del contrato 502-AB-IV-01-A-".

2) No solamente en cuanto hace relación a este *ítem*, sino a los diversos temas controvertidos durante el proceso arbitral, practicaron y aportaron innumerables pruebas de carácter documental, testimonial, pericial, etc. En punto tocante con los plazos parciales y plazo final, la Sala encuentra que el contratista aspira a que le reconozcan 348.3 dias calendario, puesto que según él, todas las circunstancias imprevistas que quedaron anotadas atrás, le permitían extensión del plazo originalmente pactado (990 dias), para contabilizar finalmente con 1.338.3 dias calendario.

Para tomar decisión a este respecto, la Sala fundamentalmente apoyará en el dictamen de los señores peritos geólogos y en contenido del Acta No. 4 suscrita conjuntamente por las partes el 15 de diciembre de 1989, documento obrante en autos con beneplácito de ambos extremos de la *litis*.

a) En cuanto respecta a la de peritación de los señores ingenieros geólogos, resulta claro que presentaron múltiples situaciones imprevistas de las denunciadas por el consorcio como tal carácter, pero que estas y aquellas afectaron seriamente a programación inicial de la obra. Después de amplísimo estudio sobre estos temas, el dictamen de los expertos referidos, no solamente el original sino también sus aclaraciones y complementaciones, establece que por tales fenómenos imprevistos el contratista tendría derecho a una ampliación de plazo originalmente pactado en la cantidad de 102.1 días calendario, los cuales se encuentran justificados así:

En los folios 68 y 69 del volumen IV, por razones hidrogeológicas: 84.1 dias: a folio 34 del cuaderno de aclaraciones y complementaciones al dictámen, por razones hidrogeológicas, agregan 3 dias: y c) a folio 61 del dictámen volúmen IV, por razones de revestimiento, calculan en 15 dias.

b) En cuanto hace al Acta No. 4. suscrita por las partes el 15 de octubre de 1989, estas extienden el plazo para la construcción del túnel hasta el 15 de diciembre de 1989 al mismo tiempo que determinaron como plazo final de las obras faltantes, o plazo final del contrato, el dia 28 de enero de 1990, atendiendo razones aducidas por el Consorcio en cuanto que aún no habían concluido ciertas obras principales complementarias del pozo de la Almenara obra vinculada al contrato No. 939, o sea, a cargo de la entidad contratante.

c) Con carta No. 456270 de 31 de mayo de 1990, la E.A.A.B. deduce 103 días calendario como total del atraso del contratista, a la vez que habla de

un plazo total originalmente fijado en 975 dias al calendario; dichas cuantificaciones temporales la Sala no las patrocina, por dos elementales razones a saber: la primera por cuanto desde los propios albores del contrato 502-ABIV-01-A y sus anexos, las partes señalaron el plazo total en 990 dias calendario, por lo que no existe razón para que, por si y ante si, después de entregada y recibida la obra a satisfacción, la EAAB pretenda señalizarlo en uno menor cual es de 975 dias; y, la segunda, por cuanto el acta No. 4 suscrita conjuntamente por los interesados el 15 de diciembre de 1989, contiene la determinación libre y espontánea de que el plazo final extendía hasta el 28 de enero de 1990, fecha que correspondía al plazo VI. No puede, válidamente. la EAAB. de manera unilateral y a *posteriori*, mutar dicho acuerdo.

3) Tal como quedó visto en el numeral inmediatamente anterior s habida cuenta de que el contratista. después de hechos los diversos cómputos de los, varios plazos parciales para la realización de la obra y el plazo final convenido para la entrega de la misma, objetivamente el atraso fué de 89 dias calendario. Pero, que según los auxiliares de la justicia tal consorcio tenía derecho a que. para efectos contractuales. se le reconocieran 102.1, dias por diversas razones tildadas como imprevistas o como incumplimiento de la entidad contratante. Dictamen que por ser claro, lógico, fundado y razonado ampliamente por expertos profesionales sobre el tema, la Sala acoge plenamente.

Para la Sala no cabe ninguna duda de que el Consorcio cumplió a cabalidad los diversos plazos contractuales; en especial, los denominados "plazo III", "plazo IV", "plazo V", y, "plazo V", o "plazo final", o, de terminación y entrega de las obras, tal como lo afirmó al consignar la pretensión séptima del pliego sometido a consideración del Tribunal de Arbitramento. Por estos razonamientos, el recurso de anulación impetrado prosperará parcialmente, tan solo para adicionar el laudo arbitral en el sentido de hacer esta declaración.

4) En cuanto respecta a la pretensión Octava deprecada por consorcio al tribunal de arbitramento en audiencia de 7 de diciembre de 1990, relacionada con la declaración de dejar sin valor: ni efecto las sanciones impuestas por la EAAB, y otras consecuenciales, como la devolución de lo que hubiere pagado con ocasión de esos actos administrativos, la Sala reitera lo dicho precedentemente, vale decir, que tal pretension es ajena al proceso arbitral, por lo que el Tribunal acertó al declararse ab initio incompetente para hacer pronunciamiento alguno a este respecto, pues conforme a la ley el es del resorte exclusivo de la jurisdicción contencioso administrativa. Por esta razón y en cuanto a este tópico, habrá de declararse impróspero el recurso de anulación.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y DECISIONES.-

Habiendo encontrado prosperidad parcial uno de los cargos formulados por el sensor, y en acatamiento a lo prescrito por el decreto 2279 de 1989. artículo 40 inciso 2, adicionará el laudo recurrido en cuanto se declarará la prosperidad de la pretensión séptima formulada por el consorcio; también declarará impróspero dicho recurso de anulación en cuanto a lo demás. Por esta razón no habrá lugar a condenación en costas para ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto. la sección tercera del consejo de estado, sala de contencioso administrativo, administrando justicia en nombre de la república de colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NIEGASE la pretendida corrección por error aritmético del laudo arbitral de fecha 2 de septiembre de 1992 y del auto complementario del 25 del mismo mes y año, proferidos por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir controversias suscitadas entre el Consorcio integrado por la Sociedad Impregilo SPA Estruco S.A. de una parte y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, hoy de Santa Fe de Bogotá D.C., de la otra.

SEGUNDO: NIEGASE la pretendida adición del referido laudo arbitral, en cuanto se abstuvo de resolver sobre la pretensión OCTAVA propuesta por el consorcio Impregilo S.P.A. Estruco S.A. contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá, D.C. por falta de competencia de la justicia arbitral.

TERCERO: ADICIONASE el laudo arbitral de fecha 2 de septiembre de 1992 y el auto complementario del mismo mes y año, proferidos por el tribunal de arbitramento, en el sentido de declarar que el consorcio Impregilo S.P.A. Estruco S.A. cumplió con los plazos contractuales, puesto que a su favor extendieron los plazos de ejecución de las obras en 102.1 días calendario, lo que hizo que tal contratista cumpliera en el tiempo contractual convenido todas las obras a que se contrajo el contrato 502-AB-IV-01-A-.

CUARTO: NIEGANSE las demás peticiones.

QUINTO: Sin costas en el recurso de anulación.

SEXTO: Expídanse copias auténticas de este proveído, con constancias de ejecutoria con destino a cada una de las partes, en los términos del artículo 115 del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y devuélvase al Presidente de Tribunal de Arbitramento para lo de su cargo.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha de once (11) de noviembre 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 Relatoría: En igual sentido se reiteran las sentencias de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326 y de 4 de junio de 1993, Exp. 7215, ambas son ponencias del Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO / SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE.

El acervo probatorio recaudado, no le permite a la Sala establecer con certeza, que la empresa Transportadores hubiera solicitado una protección especial a la policía. Pero esta sola circunstnacía no exonera de responsabilidad a la demandada, puesto que esa institución está al tanto de que en esa región el alza de transporte genera reacciones violentas de parte de grupos subersivos en contra de los vehículos con los cuales se presta ese servicio público. Si el Estado admite que el particular intervenga como colaborador, éste es digno de que se le preste una especial protección, más aún, cuando se presentan circunstancias notorias de inseguridad, de constreñimiento para la no prestación del servicio como ocurre en épocas de paro cívico o protestas por alzas en las tarifas o simplemente por el prurito de los grupos guerrilleros o terroristas de salir a hacer arengas o a cometer fechorías en esos centros de aglutinamiento humano.

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

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente N°. 8233. Actor: HILARIO MANTILLA MANTILLA. Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA.

SECCION TERCERA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 20 de enero de 1993, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Declárase responsable a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL - de los perjuicios ocasionados al ciudadano HILARIO MANTILLA MANTILLA el día 14 de julio de 1989, cuando elementos terroristas incendiaron el bus de su propiedad distinguido con las placas XK 5803 afiliado a la empresa Transportes Piedecuesta S.A."

"SEGUNDO: CONDENASE A la Nación Ministerio de Defensa, Policía Nacional a pagarle al demandante la suma de QUINCE MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS ($15.328.672,65), por concepto de perjuicios materiales, suma que se halla ajustada conforme al índice de precios al consumidor."

"TERCERO: Niégase la condena de perjuicios morales."

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

1o.- **Lo que se demanda**.-

El señor HILARIO MANTILLA MANTILLA, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A., presentó el 6 de junio de 1991, ante el Tribunal Administrativo de Santander, demanda en contra de La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, con el fin de que la demandada fuera declarada administrativamente responsable de los daños y perjuicios que le fueron ocasionados con la destrucción del bus de transporte público XK-5803, ocurrida en el municipio de Piedecuesta el 14 de julio de 1989, a manos de un grupo subversivo.

Como consecuencia de esa declaración, pretende que se le reconozca el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, a título de indemnización por perjuicios morales; la suma de $5'000.000, en la modalidad de daño emergende y $1'500.000,oo como lucro cesante, sumas estas cuya actualización se pide.

2o.- **Los hechos.-**

Como fundamento de las pretensiones se narraron 15 hechos, que aparecen a folios 94 y 95 y que en síntesis dicen:

El bus de servicio público de placas XK-5803, marca Dodge Modelo 78, de propiedad del señor HILARIO MANTILLA MANTILLA, afiliado a la empresa Transportes Piedecuesta S.A., fue incendiado y semidestruído, a las 5:30 A.M. del 14 de julio de 1989 por delincuentes que dijeron pertener al E.L.N. y que cometían la acción en protesta por el alza del transporte entre Bucaramanga y Piedecuesta.

A través del oficio No. CDB-051 del 6 de julio de 1989, el gerente de la empresa Transportes Piedecuesta S.A., ante el alza de las tarifas del transporte entre Bucaramanga y Piedecuesta, decretada mediante la resolución 036 del 5 de julio de 1989, solicitó a la Policía, protección especial para los buses, por cuanto existían antecedentes en la región, sobre la destrucción de buses cuando se producía un alza en el transporte.

Como la Policía no prestó la protección solicitada, se facilitó la actividad de los delincuentes.

La reparación del bus estuvo a cargo del mecánico Reynaldo Lizcano, el electricista Ismael Castro y la Industria Auto Forero "Alfa", labores que tomaron dos meses, comprendidos entre el 15 de julio de 1.989 y el 15 de septiembre del mismo año.

3o.- **Actuación Procesal.-**

La demanda fué admitida en auto del 21 de junio de 1991. Notificada a la parte demandada, se dió oportuna respuesta mediante escrito que reposa a folios 115 y 115 del expediente. Allí se pidió la práctica de unas pruebas con el objeto de demostrar que no hubo falla en la prestación del servicio por parte de la Policía Nacional.

En la oportunidad que el *a-quo* concedió a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y al Mínisterio Público para emitir su concepto de fondo, aquellas arrimaron los escritos que, obran a folios 237/238 y 266 a 273. El Ministerio Público guardó silencio.

La parte demandante hizo un recuento de los hechos que encontró demostrados en el proceso y que le permiten concluir la prosperidad de sus súplicas porque en ente caso concreto el servicio de protección que se pidió a la policía, no se prestó.

La demandada insistió en que no había existido falla en la prestación del servicio por cuanto el hecho fué causado por una actividad terrorista irresistible

por desconocerse el momento en que se iva a producir, a pesar de las medidas especiales que se habían tomado para evitarlo.

Destacó la circunstancia de que el hecho ocurrió 8 días después de haberse decretado el alza, cuando la normal es que se dé dentro de los tres días siguientes al alza. Dijo además que no se probó la petición de protección a la Policía, por cuanto el demandante no demostró que en la policía se hubiera recibido tal solicitud.

Finalmente, en relación con los perjuicios solicitados a título de lucro cesante, dijo que de esa suma debía descontarse el 50%, por costos de operación y que no se había probado el valor del daño emergente.

4o.- **La sentencia apelada.-**

El *a-quo* condenó en la forma transcrita atrás, porque las pruebas recaudadas en el plenario le permitieron corcluír que se presentó una falla en el servicio dado que las medidas especiales adoptadas por la policía, no fueron suficientes para evitar la destrucción del bus. Igualmente fundamenta su decisión con el argumento de que dada la imposibilidad para evitar la actividad terrorista, en aras de la equidad y la justicia como principios reguladores de la distribución de las cargas públicas, debía accederse a las súplicas de la demanda. En apoyo de esa decisión, citó jurisprudencia de esta sección.

En cuanto a los perjuicios accedió a reconocer los materiales y negó los morales, porque no encontró la prueba que le permitiera establecer la afectación moral, que en su propietario produjo la destrucción del bus.

5o. - **Los recursos de apelación.-**

Inconformes las partes con lo así decidido, apelaron. La demandante parcialmente, solo en relación con la negativa al reconocimiento de los perjuicios morales. La demandada, para que se revocara totalmente la sentencia y en su lugar se despacharan desfavorablemente las súplicas del actor porque el hecho se produjo por fuerza mayor, a pesar de las medidas especiales que la policía adoptó para enfrentar a los subversivos. tales como incremento de patrullajes por las diferentes vías de la ciudad, refuerzo del personal en los terminales y la realización de retenes.

Para terminar dijo que en estos casos el estado si ha procurado restablecer el equilibrio de las cargas públicas, a través de medidas tales como la creación de créditos blandos a mediano y largo plazo y la excención de impuestos.

En el trámite de la segunda instancia, ambas partes alegaron de conclusión. La actora repitió los argumentos que utilizó para sustentar la apelación donde transcribió un aparte de la obra del tratadista GILBERTO MARTINEZ RAVE, en relación con los perjuicios morales.

La demandada expuso nuevamente sus argumentos sobre la imposibilidad de combatir en forma efectiva la actividad terrorista y en defensa de su tesis citó jurisprudencia de esta sección, del 4 de agosto, de 1988 con ponencia del Señor Consejero Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.

El señor Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA, en el concepto que obra a fol.316 y ss del expediente, pidió la confirmación de la sentencia de primera instancia, por compartir los fundamentos que llevaron al *a-quo* a condenar, y porque:

> "En el caso en comento es posible que las Autoridades locales hubieran tomado las, recauciones necesarias para prevenir desmanes Provocados por los descontentos con él alza en las tarifas del transporte. Sin embargo, el daño en el patrimonio del actor se produjo en momentos en que ejercía una función social de servicio público. El sacrificio del bien privado en aras de la comunidad no puede ser gratuito, ni se le puede imponer al ciudadano que así actúe una carga excepcional en beneficio de la sociedad a la cual pertenece en igualdad de condiciones."

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Para la Sala, la sentencia apelada será confirmada en su integridad, por cuanto comparte el análisis fáctico probatorio y jurídico realizado por el *a-quo*, así como el concepto del señor procurador Décimo Delegado ante esta Corporación.

Las pruebas recaudadas en el proceso, muestran:

1o.- Que el 14 de julio de 1989, el señor HILARIO MANTILLA MANTILLA, era el propietario del bus de placas XK-5803. Así consta en el certificado del Jefe del Departamento de Matrículas de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga (fl. 92).

2o.- Que en esa época el bus estaba afiliado a la empresa de Transportes Piedecuesta S.A., conforme la certificación del gerente de la misma, visible a fol. 83.

3o.- Que a las 5:30 horas del 15 de julio de 1989, el bus fué incendiado a 50 metros de la central a Bogotá, en la variante que conduce a Piedecuesta, por sujetos que manifestaron pertenecer al grupo camilista y que incendiaban el bus por el alza del transporte. Así se anotó el 14 de julio de 1989, en el folio 106, renglón 13 del libro de población de la estación de policía de Piedecuesta, según lo hizo constar el comandante de esa estación, por medio de la certificación que obra a folio 78.

4o.- Que el 5 de julio de 1989, mediante el acuerdo metropolitano No. 036 se elevó la tarifa del transporte entre Bucaramanga y Piedecuesta. fols. 218 y 219, copia de este acuerdo.

El acervo probatorio recaudado, no le permite a la Sala establecer con certeza, que la empresa Transportadora hubiera solicitado una protección especial a la policía. En efecto, el oficio que en fotocopia reposa a folio 200 del expediente, debidamente reconocido por su suscriptor, y mediante el cual el gerente de Transportes Piedecuesta S.A. solicita protección a la policía, tiene un sello ilegible que no permite determinar si fue recibido en la policía, y en caso positivo cúando. Pero esta sóla circunstancia no exonera de responsabilidad a la demandada, puesto que esa institución está al tanto de que en esa región el alza del transportes genera reacciones violentas de parte de subversivos en contra de los vehículos con los cuales se presta ese servicio público. A esta conclusión se llega con base en el contenido del oficio No. 02805 (fl. 228) del comandante del Departamento de Policía de Santander al Tribunal *a-quo*, en el que se lee:

> "Con el fin de dar respuesta a su oficio No.433/260292, me permito informarle. que se revisó el archivo del mes de julio de 1989 y se pudo constatar que con motivo del alza del transporte en ese tiempo, se previeron servicios policiales con el fin de brindar seguridad y protección a las Empresas Transportadoras, como fueron el incremento de patrullajes por las diferentes vías de la ciudad, refuerzo del personal en los terminales y la realización de retenes.
>
> "En la Estación de Piedecuesta se impartieron las mismas órdenes y entre los planes realizados aparecen retenes el día 010789 y 140789, según las anotaciones."

Para la Sala, no es necesario que la empresa transportadora hubiera solicitado protección especial de sus vehículos, con ocasión del alza del transporte, porque la demandada sabía los desórdenes que esa alza podía provocar. Ahora bien, esas medidas no se pueden limitar a unos simples patrullajes sino que deben procurar un resultado eficaz para evitar que se presente el acto terrorista.

La Sala reitera la posición expuesta, con ponencia del señor Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en sentencia de 11 de diciembre de 1990, dentro del proceso radicado al No. 5417, en relación con los actos terroristas en contra de entidades encargadas de la prestación del servicio público de transporte, en la cual se dijo:

> "Sí bien es cierto la Sala estima que en casos como el narrado en la demanda no puede exigírsele a la autoridad que ponga a cada vehículo de transporte de pasajeros una escolta especial, por carencia de medios y de personal, sí considera que en estados especiales de agitación se debe redoblar la vigilancia en aquellos lugares de mayor riesgo dentro del perímetro urbano de la ciudad y en especial en ciertas rutas".
>
> "En otras palabras, cuando la administración le exige a los transportadores que asuman una carga excepcional o riesgo especial para que no se paralice el servicio, deberá como contrapartida redoblar la vigilancia para evitar los desmanes contra los que lo presten en condiciones adversas. Si pese a haberlo hecho se produce el daño, sin que pueda hablarse de fuerza mayor, la indemnización de éste se hará con base en el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. En cambio, si a pesar de las circunstancias adversas no se dió ninguna protección especial a los transportadores el asunto podrá resolverse como un caso mas de falla del servicio."

En el fondo, estos particulares al prestar el servicio público de transporte, están es constituyéndose en colaboradores del Estado, dado que los servicios públicos, en principio, deben ser prestados directamente por el Estado, pero hay ocasiones en que éste no puede prestarlos, entonces lo prestan los particulares pero en su condición de colaboradores de aquel y por ello necesitan una especial protección. Si el Estado admite que el particular intervenga como colaborador, éste es digno de que se le preste una especial protección, más aún, cuando se presentan circunstancias notorias de inseguridad, de constreñimiento para la no prestación del servicio como ocurre en épocas de paro cívico o protestas por alzas en las tarifas o simplemente por el prurito de los grupos guerrilleros o terroristas de salir a hacer arengas a cometer fechorías en esos centros de aglutinamiento humano.

Estos argumentos son suficientes para no acceder a la apelación de la parte demandada. En cuanto a la inconformidad de la parte actora porque no se accedió al reconociento de perjuicios morales, la Sala se limita a señalar que no hay lugar a tal reconocimiento, por cuanto al proceso no se aportó la prueba de la afectación moral que al señor Mantilla Mantilla, le haya podido generar la

destrucción de su vehículo, y si eventualmente pudiera llegar a presentarse tal afectación, ésta no se presume sino que debe demostrarse.

Por último la Sala destaca, que encontró ajustado al acervo probatorio, la tasación por perjuicios materiales que hizo el *a-quo* y en consecuencia se confirmará.

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 en su integridad la sentencia apelada, esto es, aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 20 de enero de 1993.

SEGUNDO.- Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídase copias auténticas de las sentencias; con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las precisiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria Sección.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

En otro operativo policivo militar mas, los agentes actuando sin profesionalismo alguno y en forma excesiva causaron lesiones a dos ciudadanos que en ese momento, con otros familiares, venían de un velorio. Los militares dispararon cuando los civiles que se movilizaban en vehículo de su propiedad no atendieron la orden de "pare" dada cuando ni siquiera los agentes habían montado retén en el lugar de los hechos.

PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS - Tasación / DAÑO FISIOLOGICO

Es notorio que el *a-quo* se quedó corto en la indemnización de perjuicios morales. Impresiona que no le hayan "impactado" las secuelas de carácter permanente que le quedaron de por vida a la víctima (de apenas 28 años), en su sistema inmunologico (por la pérdida del bazo) y en su sistema de excreción urinaria. Revela lo anterior, cierta insensibilidad en el juzgador de instancia y, pese a que éste posee cierta autonomía al manejar su arbitrio, la Sala aumentará el valor de la indemnización por el daño moral para hacerlo equivalente a 750 gramos oro e igual suma impondrá por daño fisiológico.

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

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

SECCION TERCERA

Referencia: Expediente No. 7778 . INDEMNIZACION. Actor: JHON DEIBI ACOSTA TAMAYO. Demandada: LA NACION "MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL -EJERCITO NACIONAL

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 26 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia (Sección II), mediante la cual se dispuso:

> "1o. Declárase a la NACION responsable administrativamente de los daños inferidos a John Deibi Acosta Tamayo y Orlando de Jesús Vélez Tamayo con motivo de las lesiones a ellos ocasionados el 6 de noviembre de 1986 en el sector del Bosque -Municipio de Medellín-.
>
> 2o. Como consecuencia la NACION cubrirá y por perjuicios morales el equivalente de 500 gramos de oro puro a John Deibi Acosta Tamayo y de 100 gramos de oro puro a Orlando de Jesús Vélez Tamayo teniéndose en cuenta para este efecto la cotización que tenga el oro en la fecha de la ejecutoria de esta providencia.
>
> 3o. Niéganse las demás súplicas de la demanda.
>
> 4o. Se dará cumplimiento a este fallo en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A".

En la demanda instaurada por John Deibi Acosta T. y otros contra la nación (Ministerio de Defensa Policía Nacional) el día 5 de noviembre de 1986, se narraron, según la síntesis del Tribunal, los siguientes hechos:

> "... que a las 2:30 a.m. del día 6 de noviembre de 1986, se desplazaban en un campero tipo suzuki Jorge Enrique Tamayo Jaramillo, Víctor Rusbel Tamayo, Alberto Antonio Salamanca, Jorge Barriada Monsalve, John Deibi Acosta, Orlando de Jesús Vélez Tamayo y Jorge Mendoza, provenientes del Barrio Manrique y cuando transitaban por la carrera 52 a la altura de tugurios ubicados frente al Jardín Botánico, fueron sorprendidos con un intempestivo ataque efectuado con armas de fuego y por parte de una patrulla mixta conformada por miembros del ejército y la policía.
>
> Resultaron así heridos Acosta Tamayo quien recibió tres impactos de bala que le interesaron el tórax y la región ilíaca y Vélez Tamayo por varios fragmentos de proyectil".

El Tribunal, luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada. Inconforme la parte actora con lo así decidido, apeló y sustentó el

recurso mediante el escrito que obra a folios 162 y s.s. Allí se concretó la inconformidad en los siguientes términos:

> "I.- Se reconozca la indemnización por perjuicios materiales a JHON DEIBI ACOSTA Y ORLANDO DE JESUS VELEZ TAMAYO, consistente en la perdida de sus capacidades laborales, por las lesiones recibidas.
>
> II.- Se reconozca la indemnización correspondiente por el perjuicio fisiológico ocasionado a JHON DEIBI ACOSTA TAMAYO y ORLANDO DE JESUS VELEZ TAMAYO, ocasionado por las heridas recibidas de manos de miembros, del ejército y la policía, de acuerdo a los hechos narrados en el escrito introductorio.
>
> III.- Se reconozca el equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro fino por concepto de perjuicios morales a ANDRES FELIPE Y MARYI JULEY ACOSTA MOLINA; LUCIA DEL SOCORRO MOLINA GIRALDO, DARIO ANTONIO VELEZ SANCHEZ Y MARIA MARGARITA TAMAYO JARAMILLO, tal como se solicitó en la demanda.
>
> IV.- Se eleve al equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro, el reconocimiento por perjuicios morales,a favor de JHON DEIBI ACOSTA TAMAYO y ORLANDO DE JESUS VELEZ TAMAYO, tal como se pidió en la demanda".

En esta segunda etapa procesal conceptuó el agente del ministerio público. Así, el señor procurador décimo delegado en su vista de 2 de abril de 1993 estimó que deberá confirmarse el fallo apelado, ya que, según sus palabras, "hizo bien, entonces, el *a quo* al declarar la responsabilidad administrativa de la nación por los daños inferídos y, en consecuencia debe confirmarse por este aspecto el fallo recurrido". Sobre los perjuicios anota el mismo funcionario:

> "Respecto a los perjuicios morales, estima esta Delegada que, teniendo en consideración la perturbación funcional por pérdida del bazo y la atrofia de las vías urinarias, es justo reconocerle a Acosta Tamayo una mayor indemnización que compense equitativamente el trauma psicológico causado a la víctima.
>
> En la misma forma, para el lesionado Velez Tamayo, podría aumentarse la indemnización por perjuicios morales.

En cuanto a la indemnización por daños materiales, no existe en el informativo prueba técnica que oriente al juzgador sobre la perdida de la capacidad laboral y permita hacer una evaluación de la misma, para ambos lesionados.

Con base en lo anterior este Despacho considera viable la condena -en abstracto- por perjuicios materiales, para que en el respectivo incidente de regulación y mediante el dictamen médico proferido por Medicina del Trabajo, se fije la incapacidad definitiva laboral de los afectados, en orden a tasar el monto de las indemnizaciones.

Igualmente, cabría el reconocimiento de perjuicios morales para los hijos de John Deibi Acosta, en la cuantía que la Honorable Sala lo estime conveniente".

Por su lado la nación, por conducto de su apoderado, en su escrito de 14 de abril presente año (a folios 189 y s.s) solicita la revocatoria del fallo por el fallecimiento del lesionado John Deibí Acosta T., ya que se probó su muerte con la declaración testimonial del señor Jorge Enrique Tamayo J; insiste en que no debe hacerse reconocimiento alguno por concepto de perjuicio fisiológico a Orlando de Jesús Velez T., porque este no sufrió tal perjuicio; y concluye que debe confirmarse la negativa a pagar perjuicios materiales a los lesionados.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la Sala la sentencia merece ser confirmada en cuanto acepta el *a-quo* que se dio la falla del servicio, y deberá modificarse en lo que se relaciona con la indemnización de los perjuicios porque se estima que en esto se quedó corto el Tribunal.

La ocurrencia de la falla resultó bien acreditada. En otro operativo militar, mas los agentes actuando sin profesionalismo alguno y en forma excesiva causaron lesiones a dos ciudadanos que en ese momento, con otros familiares, venían de un velorio.

Muestran los hechos que los militares dispararon cuando los civiles que se movilizaban en vehículo de su propiedad no atendieron la orden de "pare"; dada cuando ni siquiera los agentes habían montado retén en el lugar de los hechos. Esto lo confirma el testimonio del oficial del ejército Aristóbulo Villegas Arías, quien comandaba la patrulla mixta (ejército y policía) causante de las lesiones, ese día 6 de noviembre de 1986. Se desprende de su declaración que los soldados dispararon contra el vehículo luego de que los ocupantes de éste desatendieron la orden de detenerse; que no se había puesto ningún retén en el

lugar; que ninguno de los, pasajeros del Susuki estaba armado; que los heridos por las armas oficiales fueron enviados a Policlínica y los demás al tránsito para la prueba de alcoholemia.

Este testimonio, que por sí solo acredita la falla del servicio (lesiones causadas con armas de dotación oficial sin justificación alguna), resultó corroborado con el testimonio elocuente del señor Jorge Enrique Tamayo Jaramillo, el que merece toda credibilidad pese a ser los lesionados sobrinos suyos. En su declaración, seria y espontánea destacada por el Tribunal, se confirma, desde otro ángulo, lo manifestado por el comandante de la patrulla responsable. Sobra, ya que lo hizo el *a-quo*, transcribir los apartes del testimonio de quien, también fue la persona que elevo la denuncia por los hechos perjudiciales aquí estudiados cometidos por los agentes. No existe discrepancia alguna en cuanto al contenido de las dos declaraciones, las cuales coinciden en lo fundamental.

No existe duda, pues, del torpe proceder de la patrulla que causó daños a los dos ciudadanos demandantes; que esos daños fueron causados por los disparos precipitados e imprudentes hechos por los agentes con sus armas de dotación y que la entidad demandada no probó y ni siquiera alegó, causal exonerativa de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante.

Ni siquiera puede hablarse de culpa de la víctima en cualquier grado, porque los lesionados no conducían el vehículo en que viajaban esa noche.

LOS PERJUICIOS:

El Tribunal solo condenó a los morales y eso solo a favor de John Deibi Acosta T. y Orlando de Jesús Velez Tamayo, en sumas equivalentes en pesos, en su orden, a 500 y a 100 gramos oro.

Fue precisamente por esa condena restringida que apeló la parte actora, tal como se indicó atrás.

Para la Sala es notorio que el *a-quo* se quedo corto en tal extremo-impresiona que no le hayan "impactado" las secuelas de carácter permanente que le quedaron de por vida a John Deíbi (de apenas 28 años), en su sistema inmunologico (por la pérdida del bazo) y en su sistema de excreción urinaria (a folios 22 del anexo).

Revela lo anterior cierta insensibilidad en el juzgador de instancia y, pese a que éste posee cierta autonomía al manejar su arbítrio, la Sala aumentará el

valor de la indemnización por el daño moral para hacerlo equivalente a 750 gramos oro e igual suma impondrá por daño fisiológico. Así, dadas las secuelas sufridas en puntos de especial neuralgia para la víctima de las lesiones, la condena por estos dos conceptos se estima equitativa y resarcitoria. En cuanto al daño fisiológico se sigue la orientación de la jurisprudencia, en especial la expuesta en la sentencia de mayo 6 de 1993, de la cual fue ponente el señor, consejero Uribe Acosta (Pr.7428, John Jairo Meneses).

A Orlando de Jesús Velez Tamayo se aumentará la condena a 350 gramos oro, pero solo por perjuicios morales, ya que los fisiológicos no resultaron, para él, evidenciados.

A los demás damnificados la sala estima que la condena puede ser equivalente a 150 gramos oro para cada uno de los parientes de John Deibi y de a 100 para los de Orlando.

En cuanto a los perjuicios materiales, la Sala anota:

Deberá hacerse su reconocimiento pero no en la forma pretendida por los actores. Se estableció que Jhon Deibi sufrió una incapacidad para trabajar de 80 días y Orlando de Jesús de 25 días. Fues bien, con base en los datos de medicina legal la indemnización será liquidada, por los indicados lapsos, con base en el salario mínimo, ya que no se probó ingreso diferente.

La suma así determinada se actualizará a la fecha de este proveído, con base a los índices precios vigentes cuando ocurrieron los hechos dañosos (octubre de 1986) y se expida ésta sentencia (octubre de 1993). Hecha la operación resultan las sumas de $229.491.56 y $71.716.12, respectivamente.

Se toma esta decisión porque no se probó que las secuelas orgánicas que le quedaron a John Deibi hicieron incidencia en su capacidad laboral.

Se advierte que la legitimación en la causa de damnificados resultó bien demostrada, no solo con los documentos que obran a folios 5 y ss. del cuaderno principal, sino con la prueba testimonial que figura a folios 127 y s.s.

Finalmente la Sala, ante la insólita defensa esgrimida por la nación a última hora, observa:

Pretende dicha entidad que se revoque la sentencia porque, según un testigo, John Deibí murió posteriormente al ser atracado. Y se dice que insólita no solo porque el señor apoderado no trato de probar ese extremo en la forma legal, sino porque olvidó que si tal cosa ocurrió ya el crédito a la indemnización

estaba radicado en su patrimonio y podían sus herederos adquirirlo por sucesión. Es tan cierto esto que si falleció John Deíbi, varios meses mas tarde como se dice, serían sus herederos los beneficiados con este fallo.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia de junio 26 de 1992 dictada por el Tribunal administrativo de Antioquia (Sección Segunda) en sus ordinales primero, tercero y cuarto.

Modificase el ordinal segundo, el que quedará así:

Condénase a la mencionada entidad a pagar por concepto de perjuicios materiales:

A John Deibi Acosta Tamayo doscientos veintinueve mil cuatrocientos noventa y un pesos con 56/100 ($229.491.56). Y a Orlando de Jesús Vélez T. Setenta y un mil setecientos dieciséis pesos con 12/100 ($71.716.12).

Condénase igualmente a pagar, por concepto en perjuicios morales, las siguientes sumas en su equivalencia en pesos: a Orlando de Jesús Vélez Tamayo 350 gramos oro, a Jhon Deibi Acosta Tamayo 750 gramos a Andrés Felipe y Maryi July Acosta Medina y Lucia del Socorro Molina Giraldo de a 150 gramos para cada uno; a Dario Antonio Vélez Sánchez y Maria Margarita Tamayo Jaramillo de a 100 gramos oro para cada uno.

Asimismo, por concepto de perjuicio fisiológico se pagara a John Deibi Acosta Tamayo el equivalente a 750 gramos oro.

El valor del gramo oro lo certificara el Banco de la República, precio interno, a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 11 de noviembre de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secetaria.

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Naturaleza.

La legitimación en la causa no constituye una excepción de fondo, ni tiene por tanto que formularse en la oportunidad señalada en la ley, o sea hasta que el último día de la fijación en lista. No; dicha legitimación es un presunto material de la sentencia de fondo, cuya ausencia o falta de demostración conduce ordinariamente a una sentencia inhibitoria.

PERJUICIOS A DAMNIFICADOS.

Es cierto que comunmente en estos casos la legitimación de los damnificados se demuestra con los documentos que acrediten los vínculos de parentesco existentes entre la víctima y los que pretenden el resarcimiento de los perjuicios; pero no es menos cierto que esa prueba no es la obligatoria ni la única por no tratarse de un caso de sucesión ni de transmisión hereditaria, sino que en tales eventos juega el carácter de damnificado, el que puede no ser heredero y podrá establecerse por cualquier otro medio probatorio idóneo, como sería, por ejemplo, el testimonial.

PRUEBA TRASLADADA - Ratificación / PROCESO DISCIPLINARIO / TESTIMONIO - Ratificación.

No le asiste la razón a la entidad demandada cuando afirma que no se tuvieron en cuenta por el Tribunal las declaraciones, porque estas declaraciones, si bien es cierto figuran en la investigación disciplinaría, no fueron ratificadas dentro del presente proceso. La Sala advierte, para evitar equívocos, que con esto no está variando la jurisprudencia que ha venido sosteniendo, y aquí se reitera, que los testimonios que obran dentro de dicha investigación

no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación). Desde luego, entonces, esas declaraciones, para hacerlas oponibles, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P.C.. Como tal requisito no se cumplió, no tenía porqué apreciarlas el *a-quo*. La antes citada norma armoniza con el artículo 185 del mismo estatuto.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / INDICIOS.

La prueba de indicios no deja duda de que fueron los agentes de la patrulla los que dispararon contra la víctima. Son elocuentes en este proceso las declaraciones en el sentido de que la víctima una vez herido, les suplicaba que no lo dejaran llevar de la policía, porque lo iban a rematar. Las explicaciones de la policía son bastante débiles y revelan una vez más el desprecio que los defensores constitucionales de la vida tienen por este bien, el más caro de todos.

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

Consejero Ponente: *Dr Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expedlente No. 8059. Indemnización. Actor: FREDDY ANTONIO URIBE RUEDA Y OTRA. Demandada: Ministerio De Defensa Policía Nacional.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 26 de octubre de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso

"PRIMERO: Declarar que la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional- es administrativamente responsable de los perjuícios causados a los señores Freddy Antonio Uríbe Rueda y Cristina Rueda, el día 8 de diciembre de 1988, en el Municipio de Bucaramanga, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional-, al pago de los perjuícios morales causados a los señores Freddy Antonio Uribe Rueda y Cristina Rueda, en la cantidad de 1000 gramos de

oro puro para cada uno de ellos, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de esta providencia.

TERCERO: Condénase a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa - Policía Nacional- en abstracto al pago de lucro cesante, causado al señor Freddy Antonio Uribe Rueda, el cual se liquidará a través de incidente teniendo como fundamento las bases que han sido previamente establecidas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Las sumas de dinero que resulten por concepto de perjuicios morales subjetivos reconocidos, causarán intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de ahí en adelante intereses moratorios (artículo 177 C.C.A.).

QUINTO: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional- dará cumplimiento a este fallo dentro de los términos señalados en el artículo 176 del C.C.A.

SEXTO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada esta sentencia, consultase con el superior."

En la demanda instaurada por Freddy Antonio Uríbe R. y otro contra la nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) narraron, según la síntesis del tribunal, los siguientes hechos:

"El día 8 de diciembre de 1988, en horas de la madrugada, salió de una fiesta de bautizo y primera comunión el joven Freddy Antonio Uribe Rueda, con el propósito de buscar un taxi que lo llevara a su casa. Súbitamente en el lugar apareció una patrulla de la Policía Nacional. Los uniformados descendieron del vehículo oficial, lo interrogaron sobre el paradero de unos sujetos desconocidos, lo amenazaron y golpearon, haciendo caso omiso de las explicaciones que les daba en torno a que él era ajeno a la situación investigada Uribe Rueda aterrorizado por las expresiones de muerte de los uniformados emprendió carrera al lugar donde se desarrollaba la fiesta y uno de los policías disparó su arma contra él alcanzando el proyectil su espalda, incrustándose en su columna vertebral y produciéndole invalídez del 100%, posteriormente determinada por los forenses.

Anfitriones e invitados a la fiesta salieron y reclamaron por tal proceder a los uniformados, incluso un policía recriminó duramente al autor del disparo.

El herido fue recogido por la misma patrulla y conducido al hospital Ramón González Valencia.

El actor vivía y continúa haciéndolo con su señora madre Cristina Rueda, dedicada a lavar ropa en casas de familia quien ha tenido que cargar con el precio de la tragedia asumiendo todos los gastos de salud de su hijo. Al momento de los hechos Freddy Antonio Uríbe trabajaba como obrero de construcción."

El Tribunal luego del trámite de la primera instancia decidió en la forma indicada atrás. Inconformes las partes, apelaron y sustentaron sus recursos así: la parte demandada mediante escrito que obra a folios 286 y s.s; y la actora en memorial que aparece a folios 290 y s.s. La primera apela porque considera que no se probó la autoría material del hecho en cabeza de un agente de la policía; en otras palabras, porque no se probó la falla del servicio. La segunda, porque:

"a. En cuanto al daño, emergente, pues el Tribunal dice que no está probado dicho daño, y, aunque reconoce como valor a indemnizar el costo de las sillas de ruedas que la víctima habrá de utilizar, deniega lo relacionado con el tratamiento recibido por la misma; es decir, accede a la pretensión séptima, pero deniega la pretensión quinta.

b. En cuanto al daño fisiológico, pues el Tribunal dice que deniega las demás pretensiones de la demanda porque no se probó el perjuicio reclamado en ellas, y una de tales pretensiones, la tercera, es precisamente la del daño fisiológico.

c. En cuanto al daño moral subjetivo, el precio del gramo de oro que debe tomarse es el de la ejecutoria del fallo y no el de la fecha del mismo.

d. La condena por perjuicios materiales puede y debe ser en concreto, y evitársele así a la víctima los trámites de un incidente de liquidación. No debe tomarse el salario mínimo sino el real."

Durante el trámite de la segunda instancia intervino de nuevo la parte demandada para insistir en la falta de legitimación en la causa por activa y en la no evaluación de los testimonios de Agapito Mendoza Ruiz y Cesar Mendoza U., quienes acompañaban a los agentes en el operativo y cuyas declaraciones coinciden con las del dragoneante Jesús Ramón Rico Villamizar y del agente Gustavo Sáenz G., no desvirtuadas dentro del proceso.

Guardaron silencio dentro de esta instancia la parte actora y el ministerio público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

En vista de que la parte demandada ha venido insistiendo desde el principio de este proceso en la falta de legitimación en la causa de la parte actora, se observa:

La legitimación en la causa no constituye una excepción de fondo, como lo da a entender el *a-quo*, ni tiene por tanto que formularse en la oportunidad señalada en la ley, o sea hasta el último día de la fijación en lista. No; dicha legitimación es un presunto material de la sentencia de fondo, cuya ausencia o falta de demostración conduce ordinariamente a una sentencia inhibitoria.

Hecha la precisión que antecede se observa que la parte actora sí esta legitimada en la causa y probó adecuadamente dicha situación. Por un lado, Freddy Antonio Uribe R. se presenta al proceso como lesionado por conducta oficial; y su sedicente madre como damnificada por los perjuicios que le causaron a quien figura como hijo suyo.

Es cierto que comúnmente en estos casos la legitimación de los damnificados se demuestra con los documentos que acrediten los vínculos de parentesco existentes entre la víctima y los que pretenden el resarcimiento de los perjuicios; pero no es méritos cierto que esa prueba no es la obligatoria ni la única por no tratarse de un caso de sucesión ni de transmisión hereditaria, sino que en tales eventos juega el carácter de damnificado, el que puede no ser heredero y podrá establecerse por cualquier otro medio probatorio idóneo, como sería, por ejemplo, el testimonial.

Y así sucedió en el presente caso. La señora Cristina Rueda probó ser damnificada, no propiamente por haber demostrado, de conformidad con la ley, ser la madre de Freddy, sino porque se estableció que convivía con él; que éste la sostenía y que entre los dos aparecía de hecho y socialmente establecida la relación materno filial. A este respecto los testimonios de Carlos Alberto Salcedo (a folios 188), Lucas Salcedo Avila (a folio 188 vuelto) y Hernando Ordoñez Suárez (a folios 190) son contestes en torno a que la señora Cristina Rueda era la madre de Freddy y vivían bajo el mismo techo.

Y sobre el aspecto de fondo no tiene reparos la Sala. El análisis probatorio hecho por el Tribunal, apoyado fundamentalmente en indicios, muestra que fué la policía la que le disparó, sin justificación, a Freddy y lo dejó inválido de por vida.

De ese estudio valorativo del Tribunal, coincidente con el de su fiscal colaborador, destaca la Sala los siguientes apartes que muestran la existencia de la falla del servicio.

"Para acreditar el primer elemento axiológico en este asunto que es el hecho generador, al proceso se trajeron los testimonios de los señores Hermelínda Anchicoque, José Eladio Anchicoque, Ofelia Moreno, Luis Francisco Gallo Salcedo, quíenes no presenciaron los hechos en los cuales resultó herido el señor Freddy Antonio Uribe Rueda, pero sin embargo escucharon los disparos de arma de fuego estando en la casa donde se celebraba una fiesta de bautizo y primera comunión de la que momentos antes había salido la víctima. En efecto, narran los deponentes nombrados que una vez producidas las detonaciones salieron a la puerta de la casa, la abrieron y Freddy Antonio cayó a los pies de Hermelínda Anchicoque a quien le suplicó que no lo dejara matar. Esta deponente en su versión que obra al fl. 189 expresa: "Freddy cayó a botes a mis pies y entonces me dijo señora no me deje matar, en ésto ví yo un policía que dio al frente de donde estaba el con un arma entonces le dije yo porque me dio miedo y le dije yo, no lo mate, entonces él no me habló nada sino que se estuvo ahí parado, yo me estuve ahí porque el muchacho estaba sangrando mucho y entonces ya salieron todos los que habían en el baile y la radiopatrulla no lo quería llevar, y entonces salieron todos y le formaron la pelea que tenían que llevarlo al hospital a ver si se curaba y se fueron todos a la pata de la radiopatrulla haber (sic) si embocaba para el hospital y ahí si yo no supe más". Sobre el mísmo punto, el deponente José Eladio Anchicoque expresa en su declaración del fl. 190 y s.s., lo siguiente: "Era una primera comunión y un bautizo de dos niños míos, Freddy estaba invitado a la fiesta, eso fue de 4 a 4 y media de la mañana, estábamos en la fiesta cuando oímos un disparo, cuando yo salí Freddy estaba en los pies de mi mamá, él me agarró del pantalón y me dijo Lalo no me deje matar, el policía le apuntaba con el arma y le decía que se levantara y después bajaron otros policías y se lo querían llevar a Freddy, y él seguía insistiendo a mí mamá y a mí que no lo dejáramos llevar que lo iban a matar, inclusive nosotros le dijimos a los policías que si algo le pasaba a ese muchacho que ellos tenían que responder, o sea se lo querían llevar no sabíamos para donde pero nosotros no quisimos que se lo llevaran, entonces el policía nos dijo que lo iba a dejar ahí pero que si le pasaba algo al muchacho que nosotros nos hacíamos responsables de eso, yo dialogué ahí con otros amigos que fueron Arnold Sandoval y Francisco Gallo y llegamos a la conclusión que en realidad lo que el policía decía, inclusive le dijimos que se lo dejábamos llevar pero que él tenía que responder por el muchacho Freddy, se lo ayudamos a subir a la patrulla ... los de la patrulla 733 debían responder, ahí se llevaron al muchacho para el hospital.... como a los 40 minutos volvió la patrulla

733 y dijo que qué había pasado en ese lugar...". La deponente Ofelia Moreno también rinde su propia versión que aparece a los fls. 193 y s.s. del c. 1., y sobre el mismo aspecto, señala: "Hasta donde yo vi, estaba en la casa celebrando la fiesta de mis niños, entonces mi suegra estaba en la puerta de mí casa en la calle, ahí fue cuando ella gritó y como en ese momento también subieron los nietos, cuando le dispararon a Freddy pensó que era un nieto, fue cuando ella dijo, mataron a mi hijo, y ahí ella corrió hacía arriba, cuando yo subí ella estaba al lado del muchacho, el muchacho estaba ahí a los pies de ella. Cuando yo le pregunté a ella que qué pasó me contestó dijo que era un pelado de ahí de la fiesta, entonces, fué cuando el muchacho le gritaba a ella que por favor no lo dejaran llevar porque lo iban a matar y la policía que estaba a unos pasos de él le estaba apuntando y le decía que se levantara y él no se podía porque estaba herido y estaba sosteniéndole los pies a mi suegra ... el policía le seguía preguntando que se levantara o que sino lo levantaba, y ahí fué cuando mi esposo le dijo que porqué motivo o razón le disparó, entonces el policía le dijo que si el no debía nada que porqué había corrido, entonces mí esposo le dijo que ese no era el hecho para dispararle. El policía le dijo que se levantara para que se fuera en la patrulla, mi esposo le dijo al policía que cómo se iba a levantar si él no podía, bueno ahí fue cuando le dijo que lo que necesitaba era llevarlo al hospital en el estado en que se encontraba y la policía le dijo que de eso se encargaban ellos y volvió y dijo Freddy que no lo dejaran llevar que no lo subieran a la camioneta, que ellos no lo iban a llevar al hospital, que lo iban a acabar de relatar ..., el policía estaba asustado de ver que empezó a salir tanta gente porque todos empezamos fue a defender a Freddy para que no se lo llevaran y bajó otro policía a controlar al primer policía que estaba alla nervioso, alzado, entonces el siguiente policía dijo que ellos se comprometían a llevarlo al hospital, que no le iba a suceder nada, que se lo dejaran llevar porque sí se lo dejaban a cargo de nosotros, eramos responsables de lo a Freddy le sucediera, mi esposo y los amigos lo llevarón a la camioneta y le dijimos que había tanta gente de testigo que quedaba toda responsabilidad de ellos por lo que le sucediera a Freddy, de ahí se fueron y seguimos nosotros continuando la fiesta, como a la media hora después la misma patrulla que era la 733 llegaron a preguntar que qué era lo que había sucedido haciéndose (sic) pasar ellos como si no hubieran estado en ese problema y fue cuando una señora de allá ya muerta claro está, dijo que cómo sería la policía tan descarada que todavía lo que hacen y vienen aquí a hacersen (sic) los locos".

Los testimonios de las personas antes referenciadas son concordantes en la manera como ocurrieron los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron, ninguno de ellos tiene parentesco ni

dependencia de índole alguna con la víctima, lo que los hace a juicio de la Sala dignos de credibilidad."

La Sala acoge las anteriores reflexiones porque son deducciones lógicas de las pruebas analizadas reflexiones que permanecen firmes porque la entidad no logró desvirtuarlas en forma alguna, y menos cuando ni siquiera se decretaron las pruebas solicitadas por su apoderada, por no haber acreditado ésta la relación que la vinculaba con aquélla, tal como se colige del auto de 29 de mayo de 1990, a folios 21 y s.s. auto que se ejecutorió sin reparo alguno de la parte afectada con la negativa.

Ni siquiera le asiste la razón a la entidad demandada cuando afirma que no se tuvieron en cuenta por el Tribunal las declaraciones de los hermanos Agapito y Cesar Mendoza Ruíz, que se dicen coincidentes con los testimonios del dragoneante Jesús Ramón Rico Víllamizar y del agente Gustavo Sáenz Gómez, que habrían respaldado su defensa, porque estas declaraciones, sí bien es cierto figuran en la investigación disciplinaría, no fueron ratificadas dentro del presente proceso.

La Sala advierte, para evitar equívocos, que con esto no está variando la jurisprudencia que ha venido sosteniendo, y aquí se reitera, que los testimonios que obran dentro de dicha investigación no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervienen dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la nación). Desde luego, entonces, esas declaraciones, para hacerlas oponibles a Freddy Uribe R. y a la señora Cristina Rueda, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P.C. Como tal requisito no se cumplió, no tenía porqué apreciarlas el *a -quo*. La antecitada norma armoníza con el artículo 185 del mismo estatuto, que a la letra dice:

"Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán aprecíadas sin mas formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quíenes se aducen o con audiencia de ella." (Subrayas fuera de texto).

El asunto es bastante claro y la prueba de indicios no deja duda de que fueron los agentes de la patrulla No.733 los que dispararon contra Freddy, Y si a esa imputación se suma la pobre defensa esgrimida por la Nación, nada distinto podrá decidirse. Son elocuentes en este proceso las declaraciones de Hermelinda Anchicoque R. y José Eladio Anchicoque en el sentido de que Freddy, una vez herido, les suplicaba que no lo dejaran llevar de la policía, porque lo iban a

rematar (a folios 178 y s.s.). Las explicaciones de la policía son bastante débiles y revelan una vez mas el desprecio que los defensores constitucionales de la vida tienen por este bien, el mas caro de todos. La misma patraña montada por estos agentes (regresar al lugar de los acontecimientos haciéndose de las nuevas y preguntando qué había pasado) es de un cinismo especial y repugnante que no merece ningún comentario, pero que sí revela al estado de postración que ha llegado la fuerza pública en algunos sectores.

Se agrega, además, que ni siquiera puede aceptarse que Freddy era miembro de una pandilla de delincuentes porque el acervo probatorio muestra una realidad bien diferente: que era un honesto trabajador, sostén de su señora madre.

A este respecto pueden verse los testimonios del doctor Enrique García G., magistrado del tribunal superiores de San Gil y de los señores Carlos Alberto y Lucas Salcedo Avila que destacan la condición humana, honesta y trabajadora de Freddy.

LOS PERJUICIOS

El Tribunal condenó al pago de perjuicios morales a favor del lesionado (que quedó inválido de por vida, reducido a una silla de ruedas) y de la señora Cristina Rueda, quien, según los testigos, es la madre del primero. Igualmente condenó en abstracto a la Nación al pago de perjuicios materiales por lucro cesante durante toda su vida con apoyo en el salario mínimo vigente a la fecha de las lesiones,debidamente actualizado.

Pues bien, en cuanto a los perjuicios morales la Sala hará una pequeña modificación en lo que respecta con la señora Cristina Rueda, dado que no se acreditó, legalmente se entiende, que fuera la madre de Freddy. Así, siguiendo la orientación de la jurisprudencia se le reconocerá por dicho concepto el equivalente a 900 gramos oro. En lo que toca con la víctima, dadas la gravedad de las lesiones y las secuelas de por vida que le quedaron, la sentencia se confirmará en este extremo.

Frente a los perjuicios materiales se confirmará, asimismo, el fallo, pero con la modificación que la condena será en concreto. Así y con base en que la víctima perdió el 100% de su capacidad laboral (trabajaba en la construcción), la indemnización, durante la vida probable y con apoyo en el total del salario mínimo vigente para la fecha de los sucesos perjudiciales, será la siguiente:

SECCION TERCERA

Perjuicios materiales:

Salario Mínimo 1988: $25.637.40 (Dec.3732/87)

Indíces: Diciembre 88 = 100.oo; septiembre 1993 = 313.75

$$Ra = 25.637.40 \times \frac{313.75}{100.oo} = \$80.437.34$$

n= diciembre 8 de 1988 a nov. 4/93 4 años 10 meses 27 días =58.9

i= 0.004867

1-Indemnización Debida:

$$S = \frac{80.347.34\ (1.004867)^{58.9} - 1}{0.004867}$$

$$S = 80.437.34 \times \frac{0.331053791}{0.004867}$$

S = 80.437.34 x 68.02009273 = 5.471.355.33

S= $5.471.355.33

2- Indemnización Futura:

Freddy nació: agosto 28 de 1968

Al accidente contaba con 20 años 3 meses

Vida probable: 52.67 años

n= 632.04 -58.9 =573.14

Ra= 80.437.34; i=0.004867

$$S = \frac{80.437.34\ (1.004867)^{573.14} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{573.14}}$$

$$S = 80.437.34 \times \frac{15.16270042}{0.078663862}$$

S = 80.437.34 x 192.7530639 = $15.504.543.74

Total perjuicios materiales:

$5.471.355.33 + $15.504.543.74 = $20.975.899.07

Fuera de lo anterior, la Sala, también siguiendo la jurisprudencia reiterada, condenará al pago del perjuicio por el daño fisiológico sufrido por Freddy. Su condición actual, empezando su vida, muestra el cierre de muchas posibilidades normales.

Posibilidades, expectativas truncadas prematuramente que se alcanzan a resarcir en la forma tradicional, o sea con el pago de unos perjuicios morales y materiales. No; el perjuicio sufrido va mas allá, como lo destacó la sentencia de esta misma Sala de mayo 6 de 1993, de la cual fué ponente el señor consejero Uribe Acosta (Proc. 7428, actor: John Jairo Meneses) que reivindica el derecho a la vida con todas sus expectativas, esperanzas y proyecciones y que solo le deja a Dios la fijación de sus límites

De ese fallo se destaca:

"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 un deporte, debe procurársela un sustituto que le haga agradable la vida (equipo de música, libros, proyector de películas, etc.). La filosofía de todo lo que se deja expuesto aparece recogida en esta bella página de GIOVANNI PAPINI:

"Me maravilla que otros se maravillen de mi sosiego y paz, en el estado lastimoso al que me ha reducido la enfermedad, no puedo usar mis piernas, brazos, manos, estoy casi ciego y mudo. Así ni puedo andar, ni estrechar

la mano de un amigo, ni escribir un nombre, ni el mío. No puedo leer y me es casi imposible conversar, dictar. Son pérdidas irremediables y renuncias terribles, sobre todo para quien tenía la pasión de caminar rápido, leer sin parar, escribir todo por sí mismo: cartas, notas, pensamientos, artículos, libros. Pero no es cuestión de subestimar el resto que me queda, que es mucho y que es lo que en verdad vale más ... Libro, a pesar de todo, gozar de un alegre chorro de sol, de las manchas coloreadas de las flores, de los rasgos de un rostro. Tengo la alegría siempre de poder escuchar las palabras de un amigo, la lectura de un buen poema; puedo escuchar el canto melodioso o una sinfonía que llena de nuevo calor a todo mis 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 mé síento 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 orienda la indemnización del DAÑO FISIOLOGICO o A LA VIDA DE RELACION."

Por este concepto la sala impondrá otros 1000 gramos oro.

En lo demás, la sentencia será confirmada no solo por vacíos de carácter probatorio sino porque se estima que con la indemnización aquí acordada podrá obtener Freddy los medios para suplir sus necesidades.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 26 de octubre de 1992 en sus ordinales primero, cuarto, quinto, sexto y séptimo.

Modifícanse los ordénales segundo y tercero. los cuales quedarán así:

Segundo:

Condénase a la mencionada entidad al pago de perjuicios morales, así: a Freddy Antonio Uribe Rueda el equivalente a 1000 gramos oro y a la señora Cristina Rueda 900 gramos oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Por concepto de daño fisiológico a favor del mismo señor Uribe Rueda el equivalente a 1000 gramos oro.

Tercero:

Por concepto de daños materiales se condena a la misma entidad al pago de la suma de veinte millones novecientos setenta y cinco mil ochocientos noventa y nueve pesos con 07/100 ($20.975.899.07).

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del dia

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera la sentencia de 6 de mayo de 1993, Exp. 7428, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Actor: JOHN JAIRO MENESES.

FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO / OBLIGACION DE RESULTADO / DERECHO DE LOS INTERNOS.

No existe prueba de la forma como sucedieron los hechos ni de los autores, pero esta circunstancia no excluye la responsabilidad de la administración. Según las normas del Código Carcelario y el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, (Decreto 1817 de 1964 y ley 32 de 1986), al Estado le corresponde la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad de los establecimientos penitenciarios. La Administración de la Cárcel tenía la obligación de proteger y hacer respetar la vida del interno, su integridad personal y psíquica, sin embargo, la administración no cumplió con dicha obligación,por cuanto el homicidio se produjo en el interior de la dependencia carcelaria por negligencia del servicio de seguridad del establecimiento de reclusión. Además no debe olvidarse que en casos como este estamos frente a una obligación de resultado y no de medio por parte de la administración, la cual debe indistintamente controlar, vigilar e inspeccionar el desarrollo de las actividades internas; y, si es necesario para la adecuada prestación del servicio vincular mayor número de personas que colaboren con el cumplimiento de este cometido.

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

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

Referencia: Proceso No. 8684. Actor: ROSALBA GUTIERREZ MENDEZ Y OTROS.

Resuelve la sala el grado de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cáuca el 1o. de junio de 1.993, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1) Declárase a la NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA-DIRECCION GENERAL DE PRISIONES administrativamente responsable de la muerte de FREDDY LEAL GUTIERREZ, ocurrida el 16 de enero de 1991 dentro de las instalaciones de la Penitenciaría Nacional San Isidro de Popayán.

"2) Como consecuencia, condénase a la NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA-DIRECCION GENERAL DE PRISIONES a pagar a las demandantes los perjuicios causados, así:

"a) Por el daño moral, a ROSALBA GUTIERREZ MENDEZ, el equivalente a un mil (1.000) gramos oro fino y sus hijos CARMEN EMILIA CORRALES GUTIERREZ, MARIA HAIDEE GUTIERREZ, ALIRIO LEAL GUTIERREZ, MARIA HILSE LEAL GUTIERREZ, MARIA EUGENIA LEAL GUTIERREZ Y MARLENI GUTIERREZ, el equivalente a quinientos gramos oro fino a cada uno.

"A DAICY ANGULO Y A SU HIJO FREDDY LEAL ANGULO (menor) el equivalente a un mil gramos de oro fino para cada uno.

"Los valores anteriores se entenderán como condena en concreto y se liquidarán en pesos colombianos conforme al certificado que sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia expida el Banco de la República.

"3) Deniénganse las demás súplicas de la demanda.

"4) Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts 176 y 177 del C.C.A.

"5) Sin costas (Art. 171 de C.C.A).

"6) Consúltese si no fuere apelada. (Ar 184 del C.C.A).

"7) Envíese copias de esta providencia con las constancias de notificación y ejecutoria al señor Ministro de Justicia, al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, a la Procuraduría General de la Nación y al señor Procurador Judicial en lo Administrativo de la Corporación y al interesado".

SECCION TERCERA

ANTECEDENTES PROCESALES

El 19 de Septiembre de 1991 los señores ROSALBA GUTIERREZ MENDEZ, OFELIA GUTIERREZ, CARMEN EMILIA CORRALES GUTIERREZ, ALIRIO, MARIA HILSE Y MARIA EUGENIA LEAL GUTIERREZ, integrantes de un primer grupo familiar y la señora DEYSI ANGULO quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo FREDDY LEAL ANGULO y el *naciturus*, mediante apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda en contra de la Nación Colombiana, Ministerio de Justicia, Dirección General de Prisiones para que se la declarara responsable patrimonialmente por la muerte del señor FREDDY LEAL GUTIERREZ ocasionada el 16 de enero de 1991 dentro de las instalaciones de la Penitenciaría Nacional de Occidente (Cárcel San Isidro), ubicada en la ciudad de Popayán.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitaron condenar a la entidad demandada a pagar a favor de los demandantes perjuicios morales y materiales, más la correspondiente actualización.

La *causa petendi* de la demanda se sustentó así:

"1. La Sra ROSALBA GUTIERREZ MENDEZ, quien nunca contrajo matrimonio, tuvo como fruto natural de diversas relaciones maritales extramatrimoniales ocho (8) hijos, nacidos a saber:

1- OFELIA GUTIERREZ, el 1o. de mayo de 1955;
2- CARMEN EMILIA CORRALES GUTIERREZ, el 9 de febrero de 1958;
3- MARIA HAYDEE GUTIERREZ, el 12 de abril de 1959;
4- ALIRIO LEAL GUTIERREZ, el 25 de febrero de 1963;
5- MARIA HILSE LEAL GUTIERREZ, el 18 de septiembre de 1964;
6- FREDDY LEAL GUTIERREZ, el 18 de septiembre de 1964;
7- MARIA EUGENIA LEAL GUTIERREZ, el 15 de octubre de 1968; y
8- MARLENY GUTIERREZ, el 2 de agosto de 1956.

"Algunos de ellos fueron reconocidos por sus padres, lo que explica la diferencia de apellidos".-

"2. Entre madre e hijos y entre hermanos del anterior grupo familiar, se desarrollo una extraordinaria unidad familiar y espiritual, pues siempre han convivido bajo el mismo techo materno en casa situada en el área urbana de la ciudad de Cali, se socorren mutuamente en sus necesidades,

comparten sus alegrías y sin que jamás hayan existido diferencias entre los mismos, unidad familiar que se puso de manifiesto con mayor intensidad, con motivo de la muerte trágica de que fué víctima FREDDY LEAL GUTIERREZ el día 16 de enero de 1.991.

"Segundo grupo familiar:

"4. El joven FREDDY LEAL GUTIERREZ y la Sra. DEISY ANGULO unieron sus vidas de hecho con el fin de procrear, desde inicios del año 1987, dándose el trato mutuo de marido y mujer, conviviendo bajo el mismo techo en la casa materna de FREDDY en la ciudad de Cali y en comunidad con sus demás hermanos, relaciones que fueron públicas y contínuas hasta el fallecimiento de aquel el día 16 de enero de 1991, y que no se vieron interumpidas ni aún por el estado de prisión a que cayó FREDDY, pués se le permitió la visita cónyugal periódica de su compañera permanente en los diversos lugares en donde estuvo recluido.

"5. De la anterior unión se procrearon, como fruto natural, dos hijos, a saber:

1- FREDDY LEAL ANGULO

2- N.N. LEAL ANGULO, hijo postumo que aún está por nacer.

"6. El Sr. FREDDY LEAL ANGULO se dedicaba profesionalmente a las labores de zapatería, en las cuales ganaba mensualmente la suma de $50.000, antes de caer prisionero, continuando hasta donde le fué permitido, la misma actividad dentro de los centros de rehabilitación a donde fué asignado, destinando los dineros ganados a su propia subsistencia y a la de su compañera e hijos.

"Hecho (sic) - Comunes:

"7. El Sr. FREDDY LEAL GUTIERREZ se vió involucrado en un delito de homicidio en año de 1987, motivo por el cual fué retenido y juzgado por orden del Juzgado 7o. Superior de Cali, que profirió sentencia condenatoria en su contra, permaneciendo primeramente recluído en la Cárcel de Villahermosa de Cali, siendo trasladado luego a la penitenciaría de Palmira y, por último, a la penitenciaría Nacional de Occidente (Cárcel de San Isidro) en Popayán, en el mes de diciembre de 1990, siendo asignado al patio No.4.

"8. Hacia las 11 de la noche del día 16 de enero de 1991, cuando el interno FREDDY LEAL GUTIERREZ se encontraba dedicado al descanso en la celda que se le asignó en el patio ya mencionado, personas no identificadas penetraron en su celda y le causaron la muerte propinándole violenta puñalada en el corazón.

"9. El Sr. FREDDY LEAL GUTIERREZ se encontraba adscrito a la celda No. 11 en el pasillo No. 1 del patio No. 4., celda que se encontraba sin ninguna seguridad, puesto que la Dirección de la Penitenciaría ha desatendido esa obligación, permitiendo en esa forma múltiples crímenes en el interior del penal, puesto que reclusos y aún guardianes de inclinación criminal pueden cometer asesinatos a su antojo sin que se corra peligro alguno de castigo, puesto que todo queda en la más absoluta impunidad, circunstancia ésta constitutiva de falla en el servicio, puesto que desde el momento en el que el detenido queda bajo custodia de los guardianes, se constituye automáticamente el fenómeno jurídico "del depósito necesario", dentro del cual el agente depositario tiene el deber legal de responder por la vida e integridad física del depositado, por lo cual si este sufre menoscabo en su salud o pierde la vida por deficiencia en la vigilancia, se configura la falla en el servicio, que compromete la responsabilidad de la Nación a cuyo nombre actúa tanto el Director de la Penitenciaria como el personal subalterno, por lo cual no cabe duda alguna de que esa falla se dió en el caso de autos".

"..."

"11.- No se presentó la debida vigilancia a los patios por parte de la dirección,pues si se huviese cumplido con este deber, las requisas a patios y dormitorios se habrían realizado periódicamente impidiendo así que los reclusos tengan armas en su poder o las fabriquen anotando que aproximadamente 8 días después de este asesinato, y apenas habiendo pasado dos días de que había ocurrido otro homicidio agotado en la persona del recluso JORGE ANTONIO SANCHEZ SOLIS, La direccion dispuso un riqueza en los patios y dormitorios, decomisando cerca de 200 armas blancas, tal como fuera informado con despliegue por el periódico "El Liberal", al tomarse la práctica de una requisa como cosa excepcional en San Isidro, cuando debía ser lo normal, y 15 días después se produjo una entrega voluntaria de armas por los mismos reclusos, entregando material bélico en cantidad casi superior a la que fuera decomisada, lo cual demuestra la ineficacia de la vigilancia que en esa cárcel se presta....".

La entidad constituyó apoderado judicial que se opuso a las pretensiones de la demanda, por estimar que no existió relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio causado.

Vencido el término probatorio se ordenó correr trasladado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, el apoderado de la parte actora insistió en la legalidad de lo pedido, la entidad demandada y el señor fiscal del tribunal guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El *A-quo* reflexionó en estos términos:

" El tribunal, analizando en conjunto las pruebas actuantes, encuentra probado lo siguiente:

"1.- La muerte del señor FREDDY LEAL GUTIERREZ, el 16 de enero de 1991 causada por "taponamiento cardíaco", con la copia de registro de defunción (fl. 13 del acuerdo principal). obra, además, copia de la deligencia de inspección judicial y levantamiento del cadavér de fecha 16 de enero de 1991, de la inspección permanente de Policía Municipal de popayán según turno, realizado en la cárcel San Isidro, patio número 4, pasillo derecho celda N°11, contada del fondo hacia la salida, sin especificar hora de la práctica de la diligencia (fl. 92 del c. de pruebas en la descripción de elementos remitidos al laboratorio (f.92 vto. del c.de pruebas), se expresa: "cerca o tocando los dedos de la mano izquierda del cadáver se encontró un cuchillo (platina con mango de trapo), ensangrentado y que al parecer le fué puesto por el homicida pues no se tiene conocimiento de que haya heridos y al parecer con ésta arma fue ultimado el interno. Al parecer fue herido estando de pie y alcanzó a durar unos segundos de pie de la puerta y los calcetines están empapados de sangre..."

"....."

"De las anteriores declaraciones de los compañeros de reclusión del interno fallecido, se concluye que no permitieron clarificar sobre la ocurrencia de los hechos pues los testigos se limitan a informar que se oyeron quejidos y voces de auxilio. No obstante que se señalaron personas causantes de los hechos fueron unánimes en expresar que no les costaba nada sobre ello y que se desconoce los causantes del ilícito.

"Observando las copias de las investigación que remitiera la fiscalía mediante oficio No. 827 del 27 del 27 de agosto de 1992, se tiene que a

folio 238 del c.de pruebas, se dispone por parte del juez 14 de instrucción criminal, la recepción de testimonios como medida previa para decidir si se abre o no la investigación, diligencias practicadas, en donde consta solamente el proceso disciplinario y la ratificación de las declaraciones tomadas en este sin que se aporte nada nuevo al proceso.

"No obstante lo anterior,aparece demostrado que los hechos sucedieron dentro del establecimiento carcelario, tal como se colige en las diligencias que la institución carcelaria se desempeñaban como pabelloneros,(f.73),tal como consta el folio No 062 a que se a hecho referencia, (f.64), en donde se relaciona a los señores guardianes VICTOR HUGO LEON Y RODRIGO VILLOTA ZEMANATE (vinculado a la entidad según los extractos de las hojas de vida, resoluciones y actas de posesión obrantes en el c.de pruebas entre folios 149 y 168), asignados al patio 2 y 4 en su orden, conforme al libro de turno de vigilancia, funcionarios que de inmediato dieron aviso para efectuar posterior requisa a los reclusos.

"3- A pesar que se solicitara al señor director del establecimiento carcelario, se servira informar si conforme a los a los documentos que obra en la penitenciaria,el señor Freddy Leal Gutiérrez,se encontraba legalmente detenido el día 16 de enero de 1991; al contestar el oficio No 062 del 28 de mayo de 1992 no hizo alusión alguna al punto planteado quedando de lado de lado la verificación directa sobre la retención del interno prueba que el tribunal suple con las declaraciones no controvertidas de los guardianes de la penitenciaria que dan fé, que el día de autos el interno FREDDY LEAL GUTIERREZ perdí la vida dentro de las instalaciones carcelarias, hecho que se corrobora con la deligencia del levantamiento del cadáver que obra a folio 92 del c. de pruebas así como con la investigación disciplinaria que por los mismos hecho se adelantara y que obra en el expediente(f.71).

"Al resolver el punto 7o. (f. 65), relativo a los casos de lesiones y homicidios aparece relacionado el interno FREDDY LEAL GUTIERREZ, circunstancia que ilustra la permanencia del mismo a la fecha de la incurrencia del insuceso.

"4.- Se demostró que las instalaciones de la penitenciaria estaban deterioradas a la época de los acontecimientos a punto tal que la prisión era insegura no solo para los internos sino incluso para los vigilantes, tal como lo expone el Teniente de Prisiones OMAR ARIAS MEDINA (f. 129 del C. de P.).

"La afirmación anterior se demuestra con el alto porcentaje de lesiones y muertes que ocurren en el centro penitenciario, tal como se puede observar a folio 65, de donde se extracta que el 3 de mayo de 1989 al 17 de marzo de 1992 (entre 2 años y 11 meses), se reportaron 59 lesionados de los cuales a 13 les sobrevino la muerte como consecuencia de las mismas.

"5.- Se probó la realización periódica de las requisas, tal como lo expone el T. de prisiones OMAR ARIAS MEDINA, (F.126), quien dice que se hacían regular o periódicamente de acuerdo con las necesidades y que usualmente se decomisaban diferentes clases de armas cortopunzantes de fabricación carcelaria, lo cual es corroborado por EMIRO ARVEY COLLAZOS (folio 146).

"Simultáneamente con la periodicidad de las requisas, se demostró la inutilidad de las mismas en el sentido que sea cual fuere el momento en que se produzcan o su frecuencia, siempre se encuentran armas, vale decir, los reclusos permanecen armados dentro de la prisión, para lo cual utilizan los mecanismos que fueren a fin de obtener sus propósitos como escalar muros en la noche y otros (f.127).

"6.- Se acreditó que la vigilancia se presta por dos guardianes en cada patio. Cada patio está compuesto por un pabellón y cada pabellón tiene cuatro pisos y en cada piso pasillo hay ubicadas 25 celdas duermen 2 o 3 internos, de donde se colige la insuficiencia del personal para atender la vigilancia. (f.127).(f.145).

"7.- De acuerdo con los testimonios de los detenidos y que obran en el disciplinario, antes referido, se tiene que el interno LEAL GUTIERREZ, había sido instalado en el patio No. 4o. lo cual corrobora EMIRO ARVEY COLLAZOS (f. 145) y sus compañeros de reclusión en las diligencias disciplinarias.

"8.- No hay constancia de que FREDDY LEAL GUTIERREZ trabajara en la Penitenciaria Nacional de Popayán, en su oficio como zapatero. De las declaraciónes que se rindiera ante funcionario comisionado se extracta que el occiso antes de ser recluído en la cárcel de esta ciudad estaba en la cárcel de palmira (hacía un mes que se encontraba en la cárcel San Isidro), en donde laborada en la carpinteria, sin saber cuánto percibía por tal concepto tal como lo expresa JORGE ELIECER RUIZ CORREA (f. 86) y corrobora FRANCISCO ANTONIO DIAZ R. (f. 189).

"4.4. El régimen de responsabilidad aplicable

"Para efectos de la concresión de este punto, la suscrita Magistrada trae a colación, el aparente que en circunstancias similares, tomara la sala bajo la ponencia del H. Magistrado Dr JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, en Sentencia del 4 de mayo de 1993, en el proceso radicado bajo el No. 3615 Actor: JENNY RIVERA OVIEDO Y OTROS, en la cual se expresó:

" Para la decisión del presente asunto acudirá la Sala a la teoría de la falla presunta en el servicio, aunque no fue la alegada por el demandante, en aplicación del principio *IURA NOWIT CURIA* que gobierna esta clase de procesos. Tendrá en cuenta el Tribunal la circunstancia especial del demandante quien, en su condición de recluso, se encontraba por entero a cargo de la administración que, por retenerlo contra su voluntad, se convirtió en depositaria respecto de aquel surgiendo para ella la obligación legal de conservarlo y devolverlo a la sociedad al cumplimiento de la pena en las mismas condiciones de sanidad e integridad de que gozaba al ingresar. Esta teoría, aceptada por el H. Concejo de Estado en diversos fallos y aplicada por esta corporación reemplaza la tesis civilista de responsabilidad por el hecho ajeno a la que hizo alusión el apoderado del demandante.

" El análisis de conjunto de las pruebas relacionadas permite concluir, adicionalmente, que se produjo una falla de la administración consistente en mantener el establecimiento carcelario en estado de deterioro propiciando con ello la inseguridad de vigilante y vigilados. Igualmente se patentiza una falla en el hecho de haber entregado la vigilancia del patio No. 4. olvidando que los detenidos estan bajo la responsabilidad del Estado.

" En concepto del Tribunal no pueden atribuirsele a la administración carcelaria fallas adicionales distintas de las anunciadas porque se acreditó la realización en requisas periódicas a los internos. No aprecia el Tribunal omisión alguna por parte de las autoridades de la penitenciaria San Isidro en este sentido porque el literal L del Capítulo II, Título II Decreto 1817 de 1964 ordena hacer requisas cuando se juzgue oportuno, prescribiendo las precauciones que parezcan convenientes para la observancia de la disciplina y para la seguridad del establecimiento, situación corroborada por la Resolución 4111 que crea el Reglamento del Régimen Interno para las cárceles del país, disposiciones que, como lo dice en su oficio No. 22078, de 25 de agosto de 1992, visible a folio 87 del cuaderno de pruebas, el Director General de Prisiones, no hay una norma expresa respecto de la obligación de practicar las requisas si no que esto queda a discreción del comandante de cada cárcel y aqui se acreditó la realización periódica

de las requisas aunque, como ya se dijo, sin efectos definitivos por las condiciones humanas de los detenidos quienes evaden todo control y se valen de todos los medios a su alcance para eludir la vigilancia que sobre ellos se ejerce.

" La situación de inseguridad en las cárceles del país es tenebrosa a punto tal que en este proceso los propios guardianes manifiestan que se ven obligados a prestar el servicio de vigilancia desde fuera de los patios por razones de seguridad, para asegurar su integridad y aun su permanencia en la existencia. Estas circunstancias que de por si son atribuibles al Estado, que debería por tanto responder por toda muerte acaecida en los establecimientos carcelarios, deben estudiarse a la luz de las condiciones fácticas propias de los limitados recursos económicos del Estado Colombiano que no puede dedicar ingentes recursos a la vigilancia de la población carcelaria porque debe mayor importancia e impacto social como son la salud, la educación, las obras públicas, propiciando el avance humano y social de los administrados.

"....."

" Esta tesis la acogió el H. Consejo en sentencia 001916 de 25 de octubre de 1991, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expediente 6465, actor: Giraldo Arteaga García, Extractos de jurisprudencia, Tomo XIV, Segunda parte, págs. 102 y 103 al referirse a un caso de un agente de policía, quien vivía en un puesto de policía y encontró la muerte cuando se encontraba en la vivienda. Se sostuvo en dicha oportunidad:

"Esta obligación de protección a la vida, que, como se dijo es, en principio de medio, se excepciona en algunos eventos para volverla de resultado. Así, frente a las personas detenidas por autoridad o sometidas a conscripción obligatoria o a instrucción militar, mientras permanezcan en los lugares de reclusión o en centros de enseñanza, la administración debera responder por la vida o 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 debera responder por perjuicios causados a dichas personas o a sus damnificados. Sucede aqui algo similar a lo que se da frente a las mercancías que por obligación legal deben depositarse en bodegas oficiales". (Resaltado fuera del texto).

"Se presentó entonces una falla presunta en el servicio desvirtuable únicamente en principio, por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima

al hecho de un tercero, exonerantes o eximentes de responsabilidad que no se probaron en el desarrollo del proceso, en el cual la entidad demandada no desplego ninguna actividad procesal."

En atención a las argumentaciones jurídicas expuestas el Tribunal reconoció perjuicios morales en favor de los demandantes y negó los materiales.

En el trámite de la consulta, esta corporación ordeno correr traslado a las partes para que se presenten sus alegatos de conclusión. La parte demandante no se pronunció, la entidad demandada solicitó revocar la decisión del tribunal por considerar que el homicidio no se perpetró por agentes estatales sino por personas extrañas a la administración. El señor fiscal de la corporación por su parte estimó confirmar la sentencia consultada por considerar que aparecen configurados los elementos de la falla presunta.

Revisado el proceso no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la decisión del tribunal con algunas modificaciones en cuanto a la condena por perjuicios morales.

El 16 de enero de 1991 falleció el señor FREDDY LEAL GUTIERREZ a causa de "Taponamiento cardíaco", herida producida por arma blanca a la altura del corazón, según consta en el protocolo de necropsia (fl.56 y 57 Cdno. No 2) y cuyas características se traducen en estos términos:

1.1 Herida por arma cortopunzante de 3 cmts a 8 cmts de línea media y 48 cmts del vertice, localizado en 5o. espacio intercostal, derecho con línea paraesternal derecha.

1.2 Profundidad 8 cmts.

1.3 Lesiones.... Piel, celular subcutáneo, músculos intercostales derechos de 5o. espacio intercostal, pericardio y corazón, hilio pulmonar derecho.

1.4 Trayectoria: Derecha izquierda - Inferior superior - antero posterior." Se advierte además que el occiso para esta fecha se encontraba recluído en la Penitenciaria Nacional San Isidro desde el año 1987.

En la investigación preliminar adelantada con ocasión del homicidio perpetrado, no se logró establecer quien o quienes fueron los directos responsables. Lo cierto es que la victima falleció al interior de la cárcel.

Del informe rendido por el oficial investigador, de las declaraciones recibidas sobre el particular por otros internos y por los dos guardianes encargados de los patios dos y cuatro, se infiere que ese día, siendo aproximadamente las 11 p.m, se escucharon unos golpes y gritos, al ingresar los "pabelloneros" al patio 4o, celda No. 11 encontraron el cuerpo sin vida del interno mencionado.

Además el director encargado de la Penitenciaria Nacional de Popayán rinde un informe completo de la serie de lesiones personales que se suceden al interior de dicho establecimiento carcelario. (fls. 64 a 67 Cdno No.2). Esto corrobora las circunstancias de inseguridad que viven no solo los internos sino también quienes prestan sus servicios a la entidad.

En definitiva no existe prueba de la forma como sucedieron los hechos ni de los autores, pero esta circunstancia no excluye la responsabilidad de la administración.

La Sala comparte los planteamientos hechos por el Tribunal, pues según las normas del código carcelario y el Estatuto orgánico del cuerpo de custodia y vigilancia, (Dto. 1817 de 1964 y ley 32 de 1986), al Estado le corresponde la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad de los establecimientos penitenciarios. La administración de la Cárcel San Isidro tenía la obligación de proteger y hacer respetar la vida del interno, su integridad personal psíquica, sin embargo, la administración no cumplió con dicha obligación por cuanto el homicidio de FREDDY LEAL GUTIERREZ se prudujo al interior de la independencia carcelaria por negligencia del servicio de seguridad del establecimiento de reclusión.

Por los argumentos anteriores, la sala estima que se configuraron los elementos de responsabilidad por falla del servicio de la cárcel San Isidro al no cumplir con la citada obligación.

Además, no debe olvidarse que en casos como este estamos frente a una obligación de resultado y no de medio por parte de la administración, la cual debe indistintamente controlar vigilar e inspeccionar el desarrollo de las actividades internas; y, si es necesario para la adecuada prestación del servicio vincular mayor número de personas que colaboran con el cumplimiento de este cometido.

Por último si bien los actores no demostraron la calidad con que actuaron, pues no obran en el expediente copias autenticas de las actas completas de los registros civiles de nacimiento; sino los certificados civiles de nacimiento de los señores MARIA HAYDDE GUTIERREZ (folio 3), ALIRIO, MARIA ILSE, MARIA EUGENIA LEAL GUTIERREZ, MARLENE OFELIA GUTIERREZ, CARMEN EMILIA CORRALES GUTIERREZ, DEICY MARIA ANGULO QUIÑONES, FREDDY ANGULO Y ROSALBA GUTIERREZ (fls. 4 a 11) y el correspondiente al occiso FREDDY LEAL GUTIERREZ; no obstante se tendrá en cuenta la calidad de damnificados, por considerar que las declaraciones de los señores JORGE ELIECER RUIZ, FRANCISCO ANTONIO DIAZ, SORAIDA RAMIREZ HERRERA, MARIA DEL CARMEN ISAZA QUIÑONES, LUIS ALBERTO BERRIO, MARIANO ESTACIO ESCOBAR Y LUZ MARIA RAMOS MENDEZ (fls. 185 a 208 Cdno. No 2), son suficientes para reconocer esa calidad, a su vez, todos fueron contestes en decir que la señora ROSALBA GUTIERREZ era su madre, DEICY MARIA ANGULO, su compañera, FREDDY ANGULO su hijo extramatrimonial y los demás eran hermanos del occiso. También afirman que sus sedicentes hermanos, su madre, compañera e hijo mantenían la unidad familiar con el hoy occiso y que su muerte los afecto anímicamente.

PERJUICIOS MORALES: La decisión del Tribunal se modificará en lo que se refiere a la condena por perjuicios morales considerando la calidad de damnificados de los actores y las circunstancias especiales que rodeaban a la víctima, por tal razón sera disminuida la condena, así: se reconocera en favor de su sedicente madre 500 gramos de oro, en favor de su compañera 500 gramos de oro y en favor de los sedicentes hermanos 250 gramos de oro para cada uno, de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha ejecutoria de esta sentencia.

La Sala no se pronunciará respecto de los servicios materiales, teniendo en cuenta que la sentencia se encuentra en consulta y no hay lugar hacer más gravosa la situación de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto EL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada proferida por el Tribunal administrativo del Cauca el 1o de junio de 1993 en sus numerales 1o, 3o, 4o, 5o, 6o, y 7o.

MODIFICASE el numeral segundo de la parte resolutiva el cual quedará así:

" SEGUNDO: CONDENASE a la Nación, Ministerio de Justicia - Dirección General de Prisiones a pagar por perjuicios morales las siguientes sumas:

a) En favor de ROSALBA GUTIERREZ MENDEZ el equivalente de QUINIENTOS GRAMOS DE ORO (500).

b) En favor de CARMEN EMILIA CORRALES GUTIERREZ, MARIA HAIDEE GUTIERREZ, ALIRIO LEAL GUTIERREZ, MARIA HILSE LEAL GUTIERREZ, MARIA EUGENIA LEAL GUTIERREZ Y MARLENY GUTIERREZ, el equivalente de DOSCIENTOS CINCUENTA GRAMOS DE ORO (250) para cada uno de ellos.

c) En favor de DEICY ANGULO y su hijo FREDDY LEAL ANGULO el equivalente de QUINIENTOS GRAMOS DE ORO (500) para cada uno de ellos.

Estas sumas se liquidarán de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la esta providencia fué discutida y aprobada por la sala de sesión de fecha 11 de noviembre de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA / FALLA EN LA VIGILANCIA

Pudo ver el *a-quo* que en el interior de la oficinas de un comando con otros agentes presentes la comisión de un crimen es poco menos que concebible y que si ocurre muestra una protuberante falla en el servicio. En otras palabras. si los agentes en sus dependencias (cuarteles, oficinas, centros de operación, etc, etc.) no están protegidos en sus vidas, qué esperanza les queda a los colombianos de conservar la suyas en otros lugares del territorio. Además, no es aceptable dejar vinculado al servicio a alguien con cuatro sanciones de arresto severo en su hoja de vida, que había sido asimismo sorprendido en flagrante delito (concusión) y que solo fue enviado a otra dependencia como castigo. Ya eso de por sí muestra un manejo irregular en la prestación del servicio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C. diez y nueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7184.-Indemnizaciones.Actor: ARTURO RONCANCIO PEÑA Y OTROS. Demandada: La Nación -Policía Nacional.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de octubre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda presentada por el señor Arturo Roncancio Peña y otros contra la nación (Ministerio de Defensa - Policía Nacional).

En dicha demanda se pidió expresamente:

PRIMERA: Declárase responsable a la Nación Colombiana de la totalidad de los perjuicios morales subjetivos y daños materiales que han venido padeciendo y padecerán mis mandantes en este proceso, a consecuencia de la muerte violenta del agente de la Policía Nacional RAMIRO RONCANCIO RODRIGUEZ (Q.E.P.D.) ocurrida el día 20 de Diciembre de 1.989, con arma de fuego que le hiciera el agente de la Policía JORGE HERNANDO COLMENARES ROJAS, en el CAI de la Policía Vial de Sincelejo, salida para el municipio de Sampués.

"SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior condenase a la Nación a pagarle a los demandantes por concepto de daños morales subjetivos lo siguiente:

"a) A los padres del occiso RAMIRO RONCANCIO RODRIGUEZ, señor ARTURO RONCANCIO PENA y señora AURA MARINA RODRIGUEZ DE RONCANCIO el valor que se pruebe en el proceso de Un Mil gramos oro puro (1.000 gms), y para cada uno de ellos por separado y en su totalidad.

b) A la esposa legítima de la víctima señora LUZ YANETH CARDENAS VILLAMIL el valor que se pruebe en el proceso de Un Mil gramos oro puro (1.000 gms).

"c) Al menor RAMIRO RONCANCIO CARDENAS hijo legítimo de las víctima y representado por su señora madre LUZ YANETH CARDENAS VILLAMIL lo que se pruebe en el proceso de Un Mil gramos oro puro 1.000 gms).

"TERCERA: Declárase responsable a la Nación de la totalidad de los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso, padecidos y que padecerán la esposa legítima señora LUZ YANETH CARDENAS VILLAMIL y su único hijo menor RAMIRO RONCANCIO CARDENAS por la pérdida de la renta mensual y progresiva que venía recibiendo la victima como salario mensual como agente de la Policía Nacional, el cual entregaba a su esposa y su hijo para su sostenimiento hasta la fecha de su muerte. La renta perdida es 100% de lo que se pruebe en el proceso como ingreso mensual del fallecido cuyo valor se acumulará en la fecha del fallo teniendo como base el salario que devengaba a la fecha de su muerte, el índice de depreciación monetaria o de la devaluación de la moneda colombiana que se demuestre en el proceso.

La liquidación respectiva se hará según la utilización de la matemática financiera y comprendiendo sin solución de continuidad todo el tiempo que va desde la fecha que fue causado el daño hasta el término de la vida probable de su esposa legítima y de su hijo legítimo antes citado.

"CUARTA: Condénase a la Nación, a pagarle a los demandantes intereses corrientes en porcentajes no superior al 24% anual, sobre las sumas que resulten a favor de cada uno de ellos en sentencia desde la fecha que deba hacer se el pago hasta el día que efectivamente se realice."

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

1) Que el 20 de diciembre de 1989, a eso de las 7:45 a.m., cuando el agente Ramiro Roncancio Rodríguez iniciaba su turno en el CAI de la Vial de Sincelejo, fue agredido a bala, por la espalda por el agente Jorge Hernando Colmenares,quien le disparó a la altura de la última vértebra cervical; causándole la muerte en forma casi instantánea.

2) Que por mala conducta en ejercicio del cargo el subcomandante del Departamento de Policía Sucre trasladó al agente Colmenares al cargo de vigilante y luego lo envió, al 2o. Distrito en Corozal. Se aclara que el dia en que fue sorprendido en flagrante delito Colmenares el agente Roncancio Rodríguez continuó el turno que cumplía aquél por orden del mayor Gordillo N.

3) Que pese a la orden de traslado Colmenares la desatendió y tuvo tiempo de venir a Bogotá, sin permiso, a presentar queja contra Roncancio y conseguir un revólver para cumplir su propósito homicida; permaneciendo en las dependencias del Comando.

4) Que pese a que el traslado a Corozal era fácil de cumplir, nadie hizo lo posible para que se efectuara, facilitándose así la comisión del ilícito.

5) Que el agente Roncancio era un servidor ejemplar y dejó sumidos en la miseria a su cónyuge e hijo.

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás. Inconforme la parte actora apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 85 y siguientes del c. principal.

Durante la segunda instancia la parte actora solicitó algunas pruebas, las que se practicaron parcialmente, pese a la insistencia de la misma parte, porque no pudo localizarse al oficial Gordillo Núñez para que rindiera declaración sobre los hechos.

Declaró si el capitán Luis Fernando Guañarita Santa (a folios 136 y siguientes). Durante los traslados alegó la entidad demandada e insistió en la falta personal del agente homicida como causal exonerativa de responsabilidad y se apoyó en cita jurisprudencial de esta misma sala (a folios 157 y siguientes). La parte actora y el ministerio público guardaron silencio.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Estimó el Tribunal que no se dió la falla del servicio, porque no existió motivo alguno que hiciera prever la conducta homicida de Colmenares y la especial protección que requería la vida del agente Roncancio. Así, de ese fallo se destaca el siguiente aparte:

> En el caso que se examina, la falla en el servicio la hace consistir el apoderado de la parte demandante en la negligencia con que obraron los oficiales de Policía en este departamento, al permitir que el agente Colmenares Rojas, aun después de ser separado de la Policía·Vial por mala conducta, y trasladado a Corozal, permaneciera dentro del comando de la institución en esta ciudad, y hubiera podido viajar a Bogotá a obtener un arma de su propiedad para cometer el crimen, por lo que hay que examinar sí esa omisión puede generar responsabilidad administrativa de parte del Estado - Policía Nacional. Una de las obligaciones de las autoridades, incluyendo en ellas, obviamente, a la Policía Nacional es la de proteger a todas las personas que habitan el territorio, en sus vidas, principalmente, y en especial, contra peligros inminentes y graves. Pero no podía pensarse que el occiso corriera algún peligro porque hubiese sido designado para reemplazar al homicida en la Policía Vial, de donde había sido separado este, por mala conducta y mucho menos podían prever que al no cumplir con el traslado ordenado, ponía en peligro la vida de otro agente de la institución.
>
> "No es de recibo como lo afirma el señor apoderado de la Policía Nacional, transcribiendo en su apoyo una jurisprudencia del H. Consejo de Estado, que el cambio de trabajo le hubiera hecho olvidar el supuesto agravio que le hiciera el agente Roncancio y hubiera desistido de su propósito criminal, y que el descuido de los superiores en hacer cumplir la decisión de trasladarlo al Distrito de Corozal pudiera generar responsabilidad extracontractual por falla en la prestación del servicio encomendado a la Policía. En síntesis, hay falla del servicio por omisión cuando vida de los ciudadanos se halla en peligro, por alguna amenaza evidente y las autoridades no actúan para protegerlos debidamente, aún sin requerimiento, como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en reciente fallo (Sentencia del 5 de octubre de 1988, Sala Plena de o Contencioso Administrativo

Expediente S-038). En el caso *sub-examine*, no existía peligro ninguno de muerte para el agente Roncancio, como para que las autoridades de policía actuaran, haciendo cumplir el traslado del agente Colmenares, a fin de evitar los hechos fatales, puesto que nada hacía presagiar que el incidente que existió entre los dos fuera a tener el desenlace que tuvo. Así pues que la autoridad policial no estaba obligada a prestar especial protección al agente muerto, puesto que no se encontraba en situación de riesgo para su vida.

"Así las cosas, tenemos que o existió falla en el servicio de policía, siendo este, como se vio, el primer requisito para que exista responsabilidad estatal por falta o falla en el servicio y en consecuencia, no es procedente la condena solicitada."

Para la sala el asunto no es tan simple como lo presenta el *a-quo* y menos como lo enfoca la parte demandada, para la cual todo se debió a una culpa personal del agente homicida, deslindada en un todo del servicio público.

Muestran los autos otra realidad:

El crimen se cumplió dentro de las oficinas del Cai de Sincelejo, cuando el agente Roncancio iniciaba las labores de su turno el 20 de diciembre de 1989, por el también agente Colmenares quien pese a haber sido trasladado desde el 14 del mismo mes al segundo distrito con sede en Corozal, estaba en el interior de dicho Cai.

Si bien inicialmente (cuando falló el tribunal) no obraba dentro del proceso la declaración del oficial Guañarita Santa, que es bastante esclarecedora, *el a-quo* pudo ver que la enemistad entre los agentes Roncancio y Colmenares pudo tener como motivo un hecho del servicio que culminó con su traslado a otra dependencia y al hecho de que fue el mismo Roncancio quien lo reemplazó. Según la misma versión de Colmenares, lo ultimó porque se venia burlando de él por dicho traslado. También pudo ver el *a-quo* que en el interior de las oficinas de un comando con otros agentes presentes la comisión de un crimen es poco menos que concebible y que si ocurre muestra una protuberante falla en el servicio. En otras palabras, si los agentes en sus dependencias (cuarteles, oficinas, centros de operación, etc, etc.) no están protegidos en sus vidas, qué esperanza les queda los colombianos de conservar las suyas en otros lugares del territorio.

Además, no es aceptable dejar vinculado al servicio a alguien como Colmenares con cuatro sanciones de arresto severo en su hoja de vida, que había sido asimismo sorprendido en flagrante delito (concusión) y que solo fue

enviado a otra dependencia como castigo. Ya eso de por sí muestra un manejo irregular en la prestación del servicio. Tampoco se comprobó porqué el agente Colmenares, trasladado al distrito de Corozal desde hacía una semana, se encontraba ese día en Sincelejo, uniformado y debidamente armado. No varía el enfoque el hecho de que el arma fuera particular, porque en tal evento el asunto bien puede manejarse con apoyo en la falla probada del servicio.

No es fácil deslindar del servicio público la conducta del agente homicida aquí comprometido, para ver sólo su actuación personal, máxime cuando había salido del Comando de Sincelejo por hechos irregulares y cuando había sido reemplazado en el cargo precisamente por el agente Roncancio. Como tampoco es posible hacer ese deslinde cuando el hecho se cometió en el interior del Cai con otros agentes presentes (Germán Rivera y José Libaniel Leyva) y cuando Colmenares pudo entrar en él armado, prevalido de su condición de agente y uniformado. Asimismo tampoco es fácil aceptar ese deslinde cuando en lugar de desvincular al agente homicida de la institución vial por estar exigiéndole dinero a los conductores, se le mantiene y tolera, uniformado, en el servicio, y no con muy buenos antecedentes.

La declaración del capitán Guañarita S., se dijo atrás, es esclarecedora, ya que da cuenta en su declaración de la conducta de Colmenares y del traslado que se le hizo (un premio ?) para el distrito de Corozal por haber incumplido gravemente los deberes asignados. Declaración de la cual se infiere, indiciariamente, que Colmenares debió quedar resentido con Roncancio porque luego de su "caída" Roncancio lo reemplazó en su cargo y porque, cuando debía estar en su nuevo lugar de trabajo, llego al Cai de Sincelejo sin justificación alguna para ese desplazamiento.

De esa declaración se destacan los siguientes apartes que respaldan algunos de los asertos precedentes:

> "**PREGUNTADO**.- Sírvase decirle al Despacho si en su calidad de Comandante de la Vial del lugar anotado, usted tuvo conocimiento de qué causa o móvil originó la toma de decisión de retirarlo de la Policía Vial y ubicarlo en otra Dependencia de la Policía de ese Departamento. **CONTESTO**: El motivo de la desvinculación del Agente Colmenares fue porque mi Mayor Gordillo Núñez pasaba revista en el CAI Vial que está ubicado a la altura de Tolú Viejo, entonces mi Mayor me llamó y me informó que el Agente había recibido dinero a un ayudante de un bus que transporta pasajeros de Sincelejo a Tolú, debido a eso fue que se le solicitó la desvinculación de la Vial. **PREGUNTADO**: Sírvase decirnos si el día que el Mayor Gordillo Núñez sorprendió a Jorge H. Colmenares Rojas en las actividades irregulares que usted ha mencionado, se suspendió

inmediatamente del ejercicio de sus funciones, se lo retiró del turno, se designó otro agente para que lo sustituyera, o qué medida se tomó sobre el tema. **CONTESTO**: Ese mismo día mi Mayor Gordillo Núñez se lo llevó para Sincelejo y me dió la orden de que lo colocara como Centinela o como Comandante de Guardia en las instalaciones de la Vial, mientras se le solicitaba la desvinculación y en el CAI VIAL se dejó un reemplazo para que cumpliera las mismas funciones que el Agente tenía y era el Agente Conductor que no recuerdo exactamente cuál de los dos fué, puesto que habían dos conductores."

.....

PREGUNTADO: Entre la fecha en que se ordenó por el Mayor Gordillo Núñez el traslado del Agente Jorge H. Colmenares Rojas y el 20 de Diciembre de 1989 cuántos días habían pasado? **CONTESTO**: Bueno si no estoy mal en el transcurso de ocho dias o diez dias se produjo la desvinculación del Agente de la especialidad de la Vial y fue destinado a otra Unidad pero quedó laborando en el mismo Departamento de Policía Sucre que pertenecía a la Unidad. **PREGUNTADO:** Sírvase decirle a este Despacho si en su calidad de Comandante de la Vial en Sincelejo, tomó alguna medida tendiente a que se cumpliera la desvinculación del Agente Colmenares Rojas y consecuencialmente se produjera el traslado que se dice era para Corozal Departamento de Sucre. **CONTESTO**: Bueno al Agente Colmenares se le hizo la solicitud de la desvinculación de la Vial de acuerdo a lo ordenado por el Comando del Departamento de Policía Sucre directamente a Bogotá o sea a la Regional de la Vial, posteriormente llegó el fallo de Bogotá desvinculando al Agente y pasara a otra Unidad de vigilancia y creo que había sido destinado para la Sub-estación de Corozal. **PREGUNTADO**: Para el 20 de Diciembre de 1989 de conformidad a lo por usted expuesto, el Agente Colmenares Rojas se encontraba de servicio en el Departamento de Policía, pero en el CAI DE LA VIAL. Sírvase decirle al Tribunal cómo se explica que ese dia 20 de Diciembre el Policía Jorge Hernando Colmenares Rojas estuviera en la dependencia del CAI de la Vial de Sincelejo lugar en el que le quitó la vida al Agente de Policía Ramiro Roncancio Rodríguez. **CONTESTO**: Para esa fecha del día 20 de Diciembre de 1989 el Agente Colmenares ya se encontraba desvinculado de la Vial y pertenecía si no estoy mal a la Sub-estación de Policía de Corozal, ese dia en horas de la mañana me encontraba en una reunión de Oficiales cuando fuimos informados de que el Agente Colmenares le había quitado la vida al Agente Roncancio propinándole un disparo de revólver en la cabeza y por la espalda, desconozco qué se encontraba haciendo el Agente Colmenares en ese momento en el CAI de la Vial puesto que ya estaba desvinculado de la

Vial."

.....

"**PREGUNTADO**: Sírvase decirnos si en su calidad de Comandante de la Vial de Sincelejo estaba usted obligado a velar porque el Agente Jorge H. Colmenares Rojas cumpliera el traslado que se había ordenado recientemente. **CONTESTO**: Como dije anteriormente se hicieron los trámites correspondientes para la desvinculación del Agente Colmenares de la Especialidad Vial luego fue puesto a disposición por intermedio de oficio a la Oficina de personal del Departamento que de ahí es donde salen los traslados para otras unidades, ordenado lógicamente por el Sub-Comandante de Departamento que se encontraba mi Mayor Gordillo. La función mía es como Comandante de la Policía Vial velar porque se desvincule un Agente de la Especialidad Vial de ahí en adelante el traslado para otras unidades depende del Sub-Comando de Departamento quien es quien transmite las órdenes a la Oficina de Personal y los de Oficina de Personal son los que están en la obligación de hacer cumplir esos traslados. **PREGUNTADO:** Sírvase decirnos si tuvo usted conocimiento que después de que Se hubiera ordenado el traslado al agente Colmenares Rojas, éste viajó a la ciudad de Bogotá y presentó una queja ante la Dirección General de la Policía Nacional contra el agente Ramiro Roncancio Rodríguez. **CONTESTO**: Bueno después de que a él lo desvincularon de la Vial me enteré que había estado en la ciudad de Bogotá pero no sé a qué actividades fué exactamente si porque como ya no pertenecía a la Estación Vial no sé quién le daría permiso o por orden de quién fué."

Además, figuran en el expediente las copias del proceso disciplinario, dentro del cual se pidió el retiro del servicio del agente Colmenares, "en forma absoluta por habérsele hallado responsable de cometer faltas sancionadas en el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional (artículos 121, numerales 16 y 38); ocasionándole la muerte al agente de la misma institución señor Roncancio Rodríguez el 20 de diciembre de 1989, en el Cai Vial del municipio de Sampués" La decisión de primera instancia de 10 de enero de 1990 fue confirmada plenamente mediante proveído de 23 de los mismos mes y año.

SECCION TERCERA

Los perjuicios:

Solicita la parte demandante el pago tanto de perjuicios morales como materiales. Por el primer concepto pide el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada uno de los damnificados.

Para la Sala, dada la prueba de la legitimación activa de los damnificados, deberá acogerse lo pretendido en la demanda, siguiendo en esto la orientación de la jurisprudencia.

En cuanto a los perjuicios materiales, igualmente se accederá a lo pedido. Del ingreso mensual devengado por Roncancio ($65.417.50) se descontará el 33% que se estima dedicaba el agente para su propia subsistencia; y el resto, por partes iguales entre su cónyuge e hijo, se tendrá en cuenta para el calculo de la indemnización, incluyendo no sólo los períodos aceptados por la jurisprudencia (vencido hasta la fecha del fallo y futuro hasta la vida probable del agente) sino también que la indemnización del hijo se entenderá solo hasta su mayoría de edad. Es equitativo ese 33%, ya que la familia en vida de Roncancio constaba de tres personas.

Hechas las operaciones resulta:

Perjuicios Materiales:

Ingresos $65.417.50 (fl. 173 Cdno. Pruebas) - 33% = 43.829.73

Indices: Oct./93 = 317.10 Dic/89 = 126.08

$$Ra = 43.829.73 \times \frac{317.10}{126.08} = \$110.234.83$$

Ra= esposa = $55.117.42

Ra hijo = $55.117.42

n= Dic.20/89 a Nov. 11/93 = 3 años 10 meses 21 dias 46.7

i = 0.004867

1.- Indemnización Debida:

a) Para Luz Yaneth Cárdenas Villamil (esposa):

$$S = \frac{55.117.42\ (1.004867)^{46.7} - 1}{0.004867}$$

$$S = 55.117.42 \times \frac{0.2545006}{0.004867} = \$\ 2'882.148.44$$

b) Para Ramiro Roncancio Cárdenas (hijo):

S= $2'882.148.44

2.- Indemnización Futura:

a) Para Luz Yaneth Cárdenas Villamil:

Ramiro (la víctima) nació: Agosto 3/65 (folio 24)

A la muerte contaba con 24 años 5 meses

Vida Probable: 48,78 años = 585.36

n= 585.36 -46.7 = 538.66

Ra= $55.117.42; i= 0.004867

$$S = \frac{55.117.42\ (1.004867)^{538.66} - 1}{0.04867(1.004867)^{538.66}}$$

$$S = 55.117.42 \times \frac{12.671304}{0.066538236} = \$10'496.364.59$$

b) Para Ramiro Roncancio Cárdenas:

Nació: Agosto 7/85 (folio 23); Mayoridad: Agosto 7/2.003

n= Nov. 11/93 a Agosto 7/2.003 = 9 años 8 meses 27 dias =116.9

Ra= $ 55.117.42; i = 0.004867

$$S = \frac{55.117.42(1.00486)^{116.9} - 1}{0.004867(1.004867)^{116.9}}$$

$$S = 55.117.42 \times \frac{0.7639793}{0.0085852872} = \$\ 4'904.736.20$$

RESUMEN:

1.-Para Luz Yaneth Cárdenas Villamil:

a) Indemnización Debida $ 2'882.148.44

b) Indemnización Futura $10'496.364.59 $ 13'378.513.03

2.- Para Ramiro Roncancio Cárdenas:

a) Indemnización Debida $2'882.148.44

b) Indemnización Futura $4'904.736.20 $ 7'786.884.64

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 30 de octubre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre. En su lugar:

1) Declárase responsable patrimonialmente a la Nación Ministerio de Defensa-Policía Nacional de la muerte del señor Ramiro Roncancio R. ocurrida el día 20 de diciembre de 1989.

2) En consecuencia, condénasele a pagar por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos de las siguientes sumas en gramos oro: a LUZ YANETH CARDENAS VILLAMIL, RAMIRO RONCANCIO CARDENAS, ARTURO RONCANCIO PEÑA Y AURA MARINA RODRIGUEZ DE RONCANCIO de a 1.000 gramos oro para cada uno. El valor interno del gramo oro lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

3) Igualmente se condena a la citada entidad a pagar a LUZ YANETH CARDENAS VILLAMIL la suma de TRECE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TRECE PESOS CON TRES CENTAVOS ($13'378.513.03) por concepto de perjuicios materiales, y a RAMIRO RONCANCIO CARDENAS, por el mismo concepto, la suma de

SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS ($7'786.884.64)

4) Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 19 de noviembre de 1993

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

REGISTRO DE PROPONENTES / REGISTRO DE CONSTRUCTORES

La Resolución 7061/88 contraría la disposición del decreto, en cuanto señala que la capacidad financiera se determina con base en "...LA DECLARACION DE RENTA DEL ULTIMO AÑO GRAVABLE...", mientras el primero sólo hace referencia a "... LOS BALANCES CERTIFICADOS", como únicos documentos que se han de tener en cuenta para la evaluación de la dicha capacidad financiera. La contraposición es clara, ostensible, evidente y, por lo tanto se configuran las exigencias legales para decretar, provisionalmente la suspensión. Igualmente enumera una serie de circunstancias de cancelación de la inscripción que no están establecidas en el Decreto 222 de 1983; éste sólo consagra como causal para cancelar la inscripción en el registro de proponentes el hecho de que "... la entidad descubra falsedad en los documentos que sirvieron de base para inscripción, actualización o revisión....". SUSPENDE PROVISIONALMENTE el inciso 1° del acápite tercero del art. 7°. de la Resolución 7061 de 1988 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en el aparte que dice. "...EN LA DECLARACION DE RENTA DEL ULTIMO AÑO GRAVABLE..."; y SUSPENDE PROVISIONALMENTE el art. 12 de la Resolución 7061 de 1988 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

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

Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8928. Actor: PABLO CAMILO ENRIQUE CORTES BRUSCHI

El señor Pablo Camilo Enrique Cortés Bruschi, en ejercicio de la acción de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para demandar la declaratoria de nulidad de los artículos 5° numeral 2, 7° inciso Primero del acápite 3, y artículo 12 de la resolución No 7061 de 9 de agosto de 1988, "Por la cual se reglamenta la inscripción, calificación y clasificación de Constructores en el Registro de Proponentes del Ministerio de Obras públicas y Transporte", expedida por el titular de dicho Ministerio.

Dado que la demanda reúne los requisitos contemplados en los artículos 137 y ss. del C.C.A., se admitirá.

SUSPENSION PROVISIONAL

Con la demanda, el actor solicita la Suspensión Provisional de las disposiciones acusadas (fls.17a 19), solicitud que fundamenta así:

1°. El artículo 5°-2 de la Resolución No. 7061 de 1988 incurre en violación manifiesta del artículo 4° literal e) del Decreto reglamentario No. 1522 de 1983.

2°. El artículo 7° inciso primero, *acápite* 3, de la Resolución No. 7061 de 1988 incurre en violación Manifiesta del artículo 5°, inciso cuarto, del Decreto 1522 de 1983, y

3°. El artículo 12 de la resolución No. 7061 de 1988 viola abiertamente el artículo 45, inciso noveno, del Decreto 222 de 1983, pues ".... establece causales de cancelación de la inscripción en el registro le proponentes, no establecidos en la última norma". Agrega, además, que el Ministro de Obras Públicas y Transportes carecía de competencia para fijar faltas y sanciones, con lo cual se violan los artículos 76, 120-3 y 135 de la Constitución Política vigente en la época en que se dictó dicha Resolución.

Para resolver la solicitud de Suspensión provisional, **SE CONSIDERA:**

- Las disposiciones que se presentan como manifiestamente opuestas, son de jerarquía diversa y disponen:

"Artículo 4.- INSCRIPCION La solicitud de inscripción en el registro de Constructores deberá acompañarse	a) **Resolución No 7061 de 1988.** **"Artículo Quinto.-** DOCUMENTOS PARA INSCRIPCION

de las siguientes informaciones y documentos:	"Para solicitar la inscripción en registro, se requiere lo siguiente:
.....	.....
"e) Copia de los informes que aparezcan en la declaración de renta y patrimonio correspondiente al último período gravable, en los términos del Decreto 3803 de 1982 y disposiciones complementarias".	"2. Ultimas cuatro (4) declaraciones de renta, si está sujeto a dicho régimen; en caso contrario deberá anexar el último Balance Comercial en el cual el patrimonio bruto no podrá exceder el mínimo exigido para declarar renta. "Para las firmas extranjeras los Balances deben venir en Español, autenticado ante Notario del País de origen; autenticar el nombre del Notario ante el Cónsul de Colombia en ese País y autenticar su firma ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia".

Hecha la confrontación de las normas que se han transcrito a doble columna para facilitar la apreciación de su contenido, se tiene:

A. No se deduce una violación manifiesta del artículo 4° literal e) del Decreto 1522 de 1983; es cierto que esta norma exige la presentación de los informes que, aparezcan en la declaración de renta y patrimonio, correspondiente al último período gravable; tal previsión, sin embargo, no permite establecer, *"prima facie"* que ha sido objeto de transgresión por la resolución acusada, por cuanto el literal j) del citado artículo 4° del decreto, autoriza a las entidades públicas a solicitar "cualquiera otra información .... (...) ... que tenga por objeto ampliar o aclarar las informaciones anteriores" con lo cual, en principio, la exigencia contenida en la norma acusada, podría estar ajustada a dicho mandato.

De otro lado, el mismo Decreto 1529 de 1983 en su artículo 2° *in fine*, consagra:

> "En todos aquellos casos que se produzcan inscripciones de personas jurídicas - que no sean sociedades anónimas - y cualquiera de las personas, naturales o jurídicas, que los integren como socios, las entidades contratantes, al señalar los requisitos de inscripción, tomarán medidas especiales tendientes al pleno respeto de los principios de la moral de la

contratación pública, las necesidades del servicio, las normas de ética profesional y la conveniencia de la entidad".

Las anteriores circunstancias impiden que la violación legal, si existe, surja con las características de evidencia, necesarias para la prosperidad de la suspensión provisional y obligan al Juez a análisis más prolijo para lograr el esclarecimiento de la existencia o no de la pretendido violación; por lo tanto no hay lugar a decretar la Suspensión Provisional del art. 5°, Inc. 2° de la resolución No 7061/88.

B. Decreto 1522 de 1983.	b) Resolución 7061 de 1988.
"Artículo Quinto.- Calificación y Clasificación. Inc. 4° "La capacidad La calificación se hará teniendo en cuenta:	"**ARTICULO SEPTIMO.-** FACTORES DE CALIFICACION. financiera se evalúa teniendo en cuenta los balances certificados". "3. Capacidad Financiera. La capacidad financiera se determina con base en la declaración de renta del balance según el caso".

En éste punto la Sala encuentra que efectivamente la resolución 7061/88 contraría la disposición del decreto, en cuanto señala que la capacidad financiera se determina con base en ".... LA DECLARACION DE RENTA DEL ULTIMO AÑO GRAVABLE....", mientras el primero solo hace referencia a "....LOS BALANCES CERTIFICADOS", como únicos documentos que se han de tener en cuenta para la evaluación de la dicha capacidad financiera. La contraposición es clara, ostensible, evidente y, por lo tanto se configuran las exigencias legales para decretar, provisionalmente la suspensión.

C. Decreto 222 de 1983.	c) Resolución 7061 de 1988.
"Artículo 45. Disposiciones comunes a los registros. ...." inciso noveno. "cuando la entidad descubra falsedad en los documentos que sirvieron de base para la inscripción, actualización o revisión, procederá a cancelar dicha inscripción".	"Artículo DECIMO SEGUNDO.- "La Dirección de Licitaciones y contratos tramitará la cancelación de la inscripción previo concepto del Comité de Calificación, Clasificación y Registro, de conformidad con las causales que se señalan a continuación:

"a.- Cuando se reciba información de la Procuraduría General de la Nación y/o de la Contraloría General de la República, sobre sanciones impuestas a un Constructor en el Registro de Constructores de cualquier entidad del sector oficial.

"b. Solicitud expresa de la persona natural o jurídica en tal sentido.

"c. La interdicción judicial o la muerte del inscrito en caso de personas naturales.

"d. Cuando se descubra alteración, fraude o distorsión en la información o documentación que sirvió de base para la inscripción".

La transgresión de la norma superior en este caso es igualmente ostensible, pues enumera una serie de circunstancias de cancelación de la inscripción que no están establecidas en el Decreto 222 de 1983; éste sólo consagra como causal para cancelar la inscripción en el registro de proponentes el hecho de que ".... la entidad descubra, falsedad en los documentos que sirvieron de base para la inscripción, actualización o revisión.....". En este sentido, como ninguna de las causales previstas por la resolución acusada se sujetan a lo dispuesto en el Decreto 222/83, existe violación manifiesta.

Por lo expuesto **SE RESUELVE:**

1. ADMITESE la demanda que acción de nulidad presentó el señor Pablo Camilo Cortés Bruschi.

2. NOTIFIQUESE personalmente al Señor Agente del Ministerio Público.

3. NOTIFIQUESE personalmente al Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

4. SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el inciso primero (1°) del *acápite* tercero (3°) del art. 7° resolución 7061de 1988 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en el aparte que dice:

"..... EN LA DECLARACION DE RENTA DEL ULTIMO AÑO GRAVABLE....".

5. SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el art. 12 de la Resolución 7061 de 1988 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

6. SOLICITESE al Ministerio de Obras Públicas y Transporte el envío de los antecedentes que dieron lugar a la expedición de la Resolución 7061 de 1988.

7. FIJESE en lista por el término de cinco (5) dias.

Notifíquese y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO / INDICIOS.

No es racional ni creíble que dos sujetos detenidos y desarmados por una patrulla de soldados comandada por oficiales preparada profesionalmente para hacerle frente a la guerrilla y al narcotráfico, se haya dejado sorprender por éstos, hasta el punto de que tuvieron que matarlos en defensa-legítima de sus vidas. La misma pobre defensa de la entidad pueda calificarle como indiciaría de su responsabilidad. La persona detenida, inerme, tiene que ser respetada en su vida e integridad personal. Si así no sucede. la administración tendrá que responder indefectiblemente, sea delincuente o no la víctima, del proceder inconstitucional de la autoridad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No 8199. Indemnización. DEMANDADA: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL. Actora: OLGA MARGARITA QUINTANA MEDINA Y OTROS.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de febrero 21 de 1993 dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declarar administrativamente responsable al ministerio de la Defensa Nacional -Ejército Nacional por la muerte violenta de que fuera víctima el señor ULISES ARTURO LOPEZ FERNANDEZ de manos de los

miembros de la Fuerzas Militares pertenecientes a la Compañía "Córdoba" adscrita al Batallón Juanambú de Décima Segunda Brigada de este Departamento,ocurrida el 14 de enero de 1990 en el paraje rural "El Porvenir" de la inspección de Policía de Santiago de la Jurisdicción del Municipio de Valparaiso Caquetá.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a Pagar, los perjuicios morales sufridos por las Personas que se relacionan a continuación:

a). Para la señora CONCEPCION FERNANDEZ DE LOPEZ, madre legítima del difunto la de un mil (1.000) gramos oro equivalentes en pesos Colombianos a la fecha,de ejecutoria de la sentencia.

b) Para la niña JENNY CAROLINA LOPEZ QUINTANA la suma de quinientos (500) gramos oro equivalentes en pesos colombianos a la fecha de ejecutoria de la Sentencia.

3.- La condena a que se refiere el numeral anterior es en concreto y para su cobro basta con acreditar el valor del gramo oro que en pesos tenga a la fecha de ejecutoria de la Sentencia, la cual deberá certificar el Banco de la República.

4.- Deniéganse las demás pretensiones por las razones expresadas en la parte considerativa de esta Sentencia.

5.- Si la presente sentencia no es apelada consúltese ante la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado."

En la demanda de 16 de agosto de 1991 formulada por la señora Olga Margarita Quintana Medina y otros contra la nación (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional), se narraron, según la síntesis del tribunal, los siguientes hechos:

"1.- El 14 de enero de 1990, un pelotón de soldados integrantes de la Compañía "Córdoba" adscrita al Batallón Juanambú al mando del Teniente OSCAR FERNANDO ORTEGA ROJAS, sin orden escrita y violando el domicilio de personas residenciadas en la Inspección del Municipio de Valparaíso, allanaron y registraron varias casas de habitación. En ese operativo retuvieron a varías personas entre ellas al señor ULISES ARTURO LOPEZ FERNANDEZ llamado cariñosamente "EL Costeño", tildándolo de narcotraficante allanaron y requisaron su casa de habitación

sin que se le encontrara objeto alguno de procedencia ilícita, obligándolo a abandonar su residencia y llevándolo en calidad de retenido o capturado.

2.- Bajo estrictas medidas de, seguridad, fué trasladado en calidad de capturado hacia las afueras de la población de Santiago de la Selva de un presunto campamento o rancho donde, el decir de los militares integrantes de la compañía Córdoba se había construído para el procesamiento de alcaloide, donde se le aplico la pena capital lo mismo que a un individuo cuya identidad no se pudo establecer. Se le atribuye la autoría material del ilícito al soldado Juan Carlos Castillo Mellizo quien era integrante del referido pelotón a órdenes del teniente del Ejército OSCAR FERNANDO ORTEGA ROJAS.

3.- Después de consumado el crimen el teniente ORTEGA ROJAS pidió la colaboración al Inspector de Policía de Santiago de la Selva, jurisdicción del Municipio de Valparaíso para que realizara el levantamiento de los cadáveres, quien realizó esa diligencia pero los cuerpos sin vida de López Fernández y N.N no se encontraban en el lugar donde se les acribilló si no en lugar diferente en ataúdes de madera y sobre sus cuerpos reposaban empuñadas armas de fuego de diferente clase y calidad.

4.- Luego de las diligencia de levantamiento del cadáver de ULISES ARTURO LOPEZ FERNANDEZ Y N.N. practicada por el Inspector de Policía de Santiago de la Selva, se repitió esta misma diligencia por el JUZGADO TREINTA Y SIETE DE INSTRUCCION PENAL MILITAR, dependiente de la décima segunda brigada, solicitándole al Inspector suscribir esta acta con el propósito de anular la primeramente levantada por este funcionario.

En esta diligencia se hizo una relación de las armas encontradas y que supuestamente empuñaban las víctimas y otras que la autoridad civil halló en otro lugar diferente al campamento donde precisamente se les asesinó.

5.- El 15 de enero de 1990 el Comandante de la Décima Segunda Brigada dio a conocer a la ciudadanía a través de emisoras locales el Comunicado Número 2, sobre el resultado de dos operativos Militares adelantados contra el Narcotráfico en Jurisdicción de la Inspección de Policía de Santiago de la Selva, informando sobre la muerte de Ulises Arturo López Fernández y N.N. expresando que fueran dados de baja".

Cumplido el procedimiento de la primera instancia, el Tribunal decidió en la forma indicada atrás. Inconforme la parte actora apeló y sustentó el recurso mediante el escrito que a folios 226 y s.s. Allí concretó su inconformidad al

reconocimiento de perjuicios morales a favor de Olga Margarita Quintana Medina, la compañera de la víctima, y de los menores Andry Yised y Savid David López Quintana, hijos de la pareja López Fernández-Quintana Medina.

Durante la segunda instancia solo intervino la parte demandada, no apelante, e insistió en los argumentos expuestos inicialmente.

En su alegato de conclusión, que obra a Folios 240 y s.s. sostiene en lo pertinente:

> "Sea esta una nueva oportunidad para ratificarme y tener como argumentos valederos en esta etapa de alegatos, las razones expuestas en el alegato de la conclusión de la primera instancia.
>
> De otro lado considero que el *a-quo* ha desconocido el hecho de que las víctimas fueron quienes iniciaron el desenlace fatal de la operación de control sobre narcotráfico.
>
> No pueden esperar los agentes del orden a que se les cercene la vida para luego reaccionar ante la arremetida criminal de aquellas personas que atentan contra sus vidas.
>
> No puede haber desproporción entre víctima y victimario, cuando el primero de los enunciados trata de ultimar al segundo con un arma de iguales proporciones de peligrosidad, como lo es una subametralladora; inclusive un revólver sí se sabe manejar y se activa, es suficiente ante un fusil u otra ametralladora.
>
> No puede tampoco reclamar perjuicios morales el actor., y su apoderado por los menores hijos del occiso: ANDREY YISED Y SAVID DAVID LOPEZ QUINTANA, por las mismas razones que el *A-quo* expuso en fallo de diciembre 5 de 1 991, de su propia inspiración y confirmado mediante sentencia de segunda instancia el 13 de junio de 1992, siendo Consejero Ponente el Doctor Julio Cesar Urbe Acosta.
>
> Tampoco se puede acudir y mucho menos tener como prueba de la relación material de hecho entre el occiso ULISES ARTURO LOPEZ FERNANDEZ y la supuesta concubina; la declaración de testigo de la señora DEISY CALDERON HERNANDEZ porque esta versión se llevó al proceso para atestiguar sobre la manera como se llegó a la casa de ULISES LOPEZ y luego fué conducido hasta el área donde se procesaba el alcaloide más no para demostrar parentesco o la vida marital o conyugal del occiso y supuesta concubina. Como bien lo anota el *A-quo* en su fallo

de primera instancia, los testimonios solicitados para demostrar aquel parentesco de concubina, no se pudieron practicar, por lo tanto respecto a ellos hay carencia de pruebas.

Finalmente solícito al H.Consejero Ponente lo siguiente:

a) Si en caso de que el H. Consejero determine la responsabilidad extracontractual del Estado, ella sea compartida o concurrente con la culpa de la víctima.

b) Además de que se admite la responsabilidad compartida, solicito respetuosamente no acceder a la petición de reparación o indemnización de perjuicios respecto a la supuesta concubina hijos menores: ANDREY YISED Y SAVID DAVID LOPEZ.

c) Por último insisto al H. Consejero ponente, en la causal de exoneración de responsabilidad extracontractual de mi representada, con base en la culpa de la víctima, toda vez que no solamente fué quien provocó el desenlace lamentable de su suerte, sino también que, hubo suficiente proporcionalidad entre agresores y (víctimas) y agredidos (victimarios)

El ministerio público guardó silencio.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La sentencia será confirmada en lo fundamental, ya que la sala comparte el análisis hecho por el Tribunal, aunque con algunos ajustes de carácter económico.

Muestran los autos:

a) Que el señor Ulises Arturo López F. fue detenido el 14 de enero de 1990, en horas de la mañana (a eso de las 9 a.m.), por una patrulla del ejército comandada por el Teniente Oscar Fernando Ortega Rojas, en Santiago de la Selva (Caquetá). Este hecho lo aceptan el mismo oficial y los testigos que obran en el expediente y nadie lo discute.

b) Que luego de la detención el señor López fué internado en la selva por la patrulla del ejército hacía una construcción rústica, en donde funcionaba, según las autoridades, un laboratorio rudimentario para el procesamiento de cocaína.

c) Que horas después el inspector del lugar, señor José William Rey Sandoval, hizo el levantamiento de dos cadáveres, uno de las cuales correspondía a la persona que en vida se llamaba Ulises Arturo López F.; cadáveres que estaban armados, uno de ellos con una ametralladora que tenía aferrada con las dos manos y el otro con un revolver.

d) Que según la versión del personal de la patrulla, tuvieran que darles de baja en legítima defensa porque sorpresivamente, cuando estaban en el laboratorio, los dos detenidos les dispararon con una ametralladora marca Comando y con un revólver que tenían encaletados con otras armas.

Los agentes del orden trataron de armar aquí otra de las tantas coartadas infantiles que presentan en asuntos similares. Y se dice que infantiles y hasta torpes, podría agregase, porque no es racional ni creíble que dos sujetos detenidos y desarmados por una patrulla de soldados comandada por oficiales, preparada profesionalmente para hacerle frente a la guerrilla y al narcotráfico, se haya dejado sorprender por éstos hasta el punto de que tuvieron que matarlos en defensa legítima de sus vidas.

Es tan ridículo el cuento que sí no hubiera mediado la muerte de dos personas detenidas causaría risa.

Pero lo que sí no causa risa sino estupor es el manejo posterior del asunto por las mismas autoridades. Primero, el oficial Comandante de la patrulla llamó al inspector de policía, señor Rey Sandoval para que hiciera el levantamiento de los cadáveres. Pero como, parece que esta diligencia no le gustó del todo, se hizo un nuevo levantamiento, en el mismo sitio, pero sin los cadáveres, por el Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar. Da cuenta de esta circunstancia la declaración ratificada del citado inspector (a folios 179 y s.s.) quien afirma que cuando fue "invitado" por el mismo oficial para que presenciara el nuevo levantamiento que debía efectuar el juzgado de instrucción penal militar, la diligencia se hizo sin los cadáveres y de oídas. A este respecto, textualmente se lee: "**volví al sitio, ya no habían cadáveres** y se hizo una recopilación del acta, verbalmente expuesta por mí, con fundamento en mi relato la juez militar levantó otra acta, la cual me hizo firmar como testigo o perito. Ante este caso, yo envíe, informe ante la Secretaría de Gobierno Departamental por la no aceptación del acta de levantamiento que yo había practicado". Esta declaración coincide con la constancia que el mismo inspector dejó en el acta inicial (la que no te gustó a la autoridad militar, según parece) y que es del siguiente tenor: "Posteriormente ya terminados todos los trámites del segundo levantamiento **la juez hizo (sic) que llenara copia de acta de levantamiento en blanco como inspector testigo**" (a folio 6).

SECCION TERCERA

Este proceso produce desasosiego y angustia. Quizás por eso la misma pobre defensa de la entidad pueda calificarse como indiciara de su responsabilidad. Exagerando un poco, con esa sola defensa se habría podido condenar a la nación con apoyo en la tesis de la responsabilidad presunta, por muerte con arma oficial y sin motivo exculpativo alguno.

Dice el señor apoderado que a Ulises López y a su compañero se les respetó la vida tan pronto fueron detenidos pero que luego, cuando trataron de acabar con la vida de los militares tuvieron que matarlos. Dónde está esa prueba?. La versión de los autores de la muerte, confesos, será suficiente, cuando, como es obvio, es interesada y sospechosa por si misma?. Además, los indicios muestran lo contrario. Fueron detenidos en el pueblo y llevados a la selva. No es creíble que ni siquiera los requisaran al detenerlos. Ni tampoco es creíble que cuando estaban rodeados de soldados mostrando el laboratorio (que tampoco se comprobó que pertenecía a López F. o a su compañero o que trabajaban en él) sorpresivamente se armaron y empezaron a disparar con un revolver y una sub-ametralladora. A quién hirieron? A nadie. Recuérdese que estaban a unos pocos metros del teniente que comandaba la patrulla. Entonces?

El cuadro de los cadáveres con las armas en la mano, aferradas, es digno de la televisión y exceso de imaginación, porque, según las heridas, Ulises tenía destruida buena parte del cráneo y los brazos. Y se agrega para colmo: al requisar los cadáveres les encontraron revólveres 38 largo en las pretinas de sus pantalones y una bolsa al parecer de cocaína. Vaya requisa que les hicieron al detenerlos. Quiere decir, entonces, y esto es como para Ripley, que no sólo se armaron en presencia de los soldados sino que tuvieron tiempo de aprovisionarse de otras armas y de coca. Vaya servicio especial, no compatible en un cuerpo preparado profesionalmente para la lucha contra la delincuencia!

Que se obró en legítima defensa. Bien, en legítima defensa de qué, ante dos sujetos inermes, rodeados de soldados?

Que no hubo violación de domicilio, porque Ulises fue detenido por las buenas y decentemente. Esto puede ser cierto, pero no hace desaparecer la responsabilidad por la muerte posterior. Habría sido el colmo que allí en la casa, delante de los niños y los vecinos lo hubieran ajusticiado.

Que los miembros del ejército no arrestaron a Ulises, sino que le pidieron el favor que les mostrara un laboratorio en las afueras.

Si era un voluntario, por qué trató de asaltar a los soldados que tan cortésmente le habían invitado a colaborar?.

Este caso hace repetir por centésima vez, quizás que la persona detenida, inerme, tiene que ser respetada en su vida e integridad personal. Que si así no sucede, la administración tendrá que responder indefectiblemente, sea delincuente o no la víctima, del proceder inconstitucional de la autoridad.

Y aquí se repitió la historia y ni siquiera los muertos tenían antecedentes penales o de policía.

LOS PERJUICIOS

Solicita la parte actora sólo perjuicios morales para las personas damnificadas y el *a-quo* únicamente accedió a reconocerlos en favor de la señora Concepción Fernández L., madre legítima de Ulises Arturo y de la hija menor de éste.

Pues bien. En esto el *a-quo* se quedó corto. No existe razón alguna para dejar por fuera de la condena a los hijos menores de la víctima, Andry Yesid y Savid David López, dada su corta edad. Esta no ha sido la orientación de la Sala la cual ha reconocido tales perjuicios incluso para los hijos póstumos.

En este sentido se condenará al pago de lo pedido, o sea el equivalente a 500 gramos oro para cada uno. Según se lee en la demanda a folios 24 del expediente, para cada uno de los hijos se solicitó tal suma y no podrá accederse a más porque el proceso se conoce también en grado de consulta.

Asimismo se condenará al pago de perjuicios morales en favor de la compañera permanente del señor López F., señora Olga Margarita Quintana M. ya que se acreditó la relación concubinal de hecho existente entre los dos por muchos años; circunstancia esta que la muestra como persona damnificada por la muerte de aquél.

La prueba testimonial que obra dentro del proceso, en especial la declaración de la señora Deysi Calderón H. (primero extrajuicio y luego ratificada, a folios 184, y s,s), unida a las actas de nacimiento de quienes figuran como hijos de Ulises Arturo, en las que el mismo denunciante hace el reconocimiento de éstos y la señala como madre de los mismos, no deja margen a dudas sobre el carácter de damnificada que tiene la señora Olga Margarita.

En estas condiciones la condena para ella, siguiendo la línea jurisprudencial será equivalente a 900 gramos oro.

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 febrero 21 de 1993, dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá, en sus numerales 1, 2, 3 y 5.

Adiciónase el numeral 2, así:

Condénase también a la citada entidad a pagar a Olga Margarita Quintana Medina el equivalente a 900 gramos oro; y a Savid David y Andry Yised López Quintana de 500 gramos oro para cada uno.

Revócase el numeral 4.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada, por la Sala en su sesión del día 19 de noviembre de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EXPLOTACION DE MINAS / CONTRATO DE APORTES / RESERVA AURIFERA.

El procedimiento administrativo surtido, únicamente podía concluir concediendo o negando el aporte a ECOMINAS de los yacimientos auríferos reservados por el Decreto 185 de 1985. Sentado el anterior postulado básico, resulta improcedente autorizar la exploración y explotación de minerales en firma genérica o global e indescriminada, pues cada aporte, concesión, licencia o permiso además de y fines específicos, solo puede referirse a un yacimiento individualmente considerado, de conformidad con los artículos 64 y 143 del Decreto 2477 de 1986. El acto administrativo acusado en realidad viola flagrantemente las normas superiores que el *libelo* inicial reputa conculcadas y en las que dice fundarse al haber entregado en aporte además del ORO, el resto de los minerales existentes en el área. Esta decisión, transgrede en forma ostensible los principios orientadores de las actuaciones administrativas y en particular, el principio del debido Proceso, ya que se negó a los terceros eventualmente interesados en su exploración y explotación toda posibilidad de oponerse, de pedir prueba, de exponer sus puntos de vista e incluso de ejercer los recursos de vía gubernativa. DECLARA LA NULIDAD de la expresión y "DEMAS MINERALES" contenida en el artículo 2º de la Resolución No. 001462 de 6 de octubre de 1986, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

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

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

SECCION TERCERA

Referencia: Expediente No. 5082. Actor: BENJAMIN FIGUEROA PARRA Demandado: LA NACION MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA.

Cumplido el trámite procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, resuelve la Sala el proceso de la referencia iniciado en virtud de demanda presentada el 10 de abril de 1987.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. **La demanda.** El señor BENJAMIN FIGUEROA PARRA, actuando por medio de apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó a la NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA pretendiendo que previos los trámites propios del procedimiento ordinario se declaro la nulidad de la expresión " Y DE MAS MINERALES" contenida en el artículo 2° de la Resolución No. 001462 de 6 de Octubre de 1986 originaria del citado Ministerio.

Los hechos que constituyen la *causa petendi* fueron reseñados así por el demandante:

> "1) El Gobierno Nacional representado por el Presidente de la República y el Ministerio de Minas y Energía de la época dictó el 17-I-85 el Decreto No. 185 por el cual se declaran de reserva especial unos yacimientos de oro, los ubicados en las comisarías del Guainía, Vaupés y Guaviare, y por el cual establece que solo podrán aportarse o concederse a Empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.
>
> "2) El 9-IV-85 la EMPRESA COLOMBIANA DE MINAS - ECOMINAS por medio de apoderado formuló ante el Ministerio de Minas y Energía solicitudes de APORTE, para la exploración y explotación de yacimientos de ORO, haciendo uso del derecho consagrado en el Decreto No. 185 de 1985, que declaró de reserva especial los yacimientos auríferos de un área dentro de la Comisaría del Guainía. Las solicitudes de APORTES llevan los nombres de NAQUEN la número 1194 y de CARANACOA la número 1195.
>
> "3) El 28-IV-86 la EMPRESA ECOMINAS a través de su apoderado ratifica las solicitudes de APORTE.
>
> " 4) El l-VIII-86 el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA mediante la Resolución No. 001120 no accedió a lo solicitado por ECOMINAS.

"5) El 2-IX-86 el apoderado de ECOMINAS mediante solicitud adicional al recurso de, reposición pone en consideración del Ministerio de Minas y Energía las recomendaciones de la comisión conformada por funcionarios de ECOMINAS y el Ministerio para considerar la viabilidad del otorgamiento de los aportes Nos. 1194 y 1195.

"7) El 6-X-86 el Ministro de Minas y Energía dictó la Resolución Ministerial No. 001462 por medio de la cual revoca la Resolución No. 001120 de I-VIII-86, otorga los aportes Nrs. 1194 y 1195 a ECOMINAS, ordena la publicación de esta providencia, ordena la inmediata inclusión al área de los aportes, de las solicitudes y los derechos mineros que versen sobre oro y otros minerales y que se terminaren y ordena que se de cumplimiento al Artículo 30 del Decreto 2477 de 1986.

"8) El 7-IV-87 el señor BENJAMIN FIGUEROA PARRA me otorgó poder con el fin de instaurar demanda de nulidad contra el concepto "y demás minerales" contenido en el artículo 2°. de la Resolución No. 001462 de 6-X-86, en procura del imperio del orden y la legalidad y busca de la guarda de la integridad del ordenamiento jurídico, en especial el decreto 185 de 1985 y el decreto 2477 de 1986." (fl. 23-24, C.I).

Lo concerniente a las normas violadas y el concepto de su violación se indico así:

"Considero que el Artículo segundo en especial el concepto "y demás minerales" contenido en la Resolución No. 001462 es VIOLATORIO de las siguientes normas del Decreto No. 185 de 17-I-85:

"l) Del artículo 1°. El cual establece:

"Decláranse de reserva especial los Nacimientos de oro ubicados en las comisarías del Guainía, vaupés y Guaviare, en el área circunscrita por los siguientes vértices:

"....."

"2) Del artículo 2° el cual establece:

"Los yacimientos de que trata el artículo primero de este decreto, solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de, la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan, una participación oficial mínima del cincuenta y uno (51) por ciento del respectivo capital".

SECCION TERCERA

"También es VIOLATORIO de las siguientes normas del Decreto No. 2477 de 31-VII-86.

"1) Del artículo 12 el cual establece:

"El objeto principal de los derechos que a cualquier titulo hay otorgado y otorgue la Nación sobre los yacimientos mineros es el de lograr, en beneficio de la economía del país, la explotación técnica de las áreas respectivas, el aprovechamiento total de los minerales comercialmente. explotables que en ellas encuentren y, en general, la realización de las finalidades que se enumeran en el artículo 2°. del presente estatuto se entienden excluídos los minerales que el Estado haya reservado especialmente o que atendiendo la política nacional de que trata el artículo 3° de la ley la de 1984, llegaré a reservar.

"En el texto de las resoluciones o de los actos administrativos sobre licencias, aportes, concesiones o permisos se dejará constancia expresa de lo previsto en el inciso anterior. En caso de no hacer tal estipulación, ella se entenderá incorporada al correspondiente acto, y siempre servirá de base, junto con lo dispuesto en el articulo 2°. de este decreto, para la interpretación y aplicación de todas y cada una de las cláusulas contenidas en las respectivas resoluciones o convenios".

"2) Del articulo 14 el cual establece:

"Quedarán sometidas al régimen de aporte:

a) Las minas de piedras preciosas o semipreciosas y en especial las de esmeraldas y demás variedades del berilo y de los compuestos de glucino;

"b) Las descubiertas por entidades públicas y que tengan importancia básica para el desarrollo de la economía nacional, a juicio del ministerio del ramo;

"c) Las que sean objeto de propuestas y solicitudes en trámite, que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para el desarrollo económico nacional y cuyos titulares opten por este régimen;

"d) Las que hayan sido objeto de concesiones, permisos o adjudicaciones, que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para la economía nacional y cuyos interesados acuerden con el Ministerio someterse a este régimen;

"e) Las minas de metales preciosos de la reserva especial".

"3) Del artículo 15 el cual establece:

"Los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a favor de empresas comerciales e industriales del Estado o a sociedades de economía mixta que tengan participación oficial mínima del 51% del respectivo capital".

"CONCEPTO DE LA VIOLACION

"El Ministro.

"Al expedir el acto acusado, la Resolución No. 001462 de 1986, incurrió en las siguientes causales, que hacen procedente su nulidad: violación de la ley, incompetencia de su autor por razón de la materia, falta de motivos o error en los motivos y desvió o desviación de poder.

"I. VIOLACION DE LA LEY.

"Al expedir el acto acusado el MINISTRO DE MINAS Y ENERGIA viola las normas que se dejaron transcritas.

"Si bien es cierto que todas las **causales de anulación** engendran **violación de la ley** se entiende por tal la transgresión de toda norma de derecho cuyo respecto se impone al autor del acto; también el arremetimiento contra los principios generales del derecho (igualdad ante la ley, no retroactividad de los actos administrativos y paralelismo de las fórmulas), el aplazamiento sin motivo del cumplimiento de una norma (falta de aplicación), a falsa interpretación de ella (indebida aplicación) y la **violación flagrante o sea cuando un acto la contradice o excede de manera evidente.**

"Una norma jurídica puede ser violada por otra de inferior jerarquía por varios conceptos.

"El articulo 2°. de la Resolución 1462 habla de yacimientos de oro **y demás minerales** y al hacerlo fija otro tipo de yacimientos fuera de los de oro, con lo cual excede en forma clara la reserva especial consagrada en el articulo 1° del decreto 185 de 1985, que se refiere exclusivamente a los de oro.

"Al haber incluído otro tipo de yacimientos incurrió en un exceso en el ejercicio de la potestad otorgada por el decreto que estableció la reserva y por lo tanto violó esta norma.

"El otro tipo de yacimientos no estaba previsto en la norma o decreto de autorizaciones, por lo tanto hubo exceso de parte del autor de la Resolución 1462.

"Al haber consagrado esta hipótesis de "y demás minerales" el artículo 2°. de la resolución viola normas de superior jerarquía.

Existe **violación flagrante** de los artículos 1°. y 2°. del Decreto 185 de 1985 ya que el Ministro de Minas y Energía otorga aportes a ECONOMIAS sobre yacimientos de oro y demás minerales, cuando no tenía facultad para otorgarlos sino sobre los primeros.

"Existe **indebida aplicación** de los artículos 12, 14 y 15 del Decreto No. 2477 de 1986 por las siguientes razones:

"El artículo 12 al establecer el objeto principal de los derechos que haya otorgado u otorgue la Nación sobre yacimientos mineros, excluye los minerales que el Estado haya reservado **específicamente**. Al haber agregado el concepto **y demás minerales** a los aportes de oro (mineral reservado) El Ministro está pretendiendo aplicar un mismo régimen de derechos mineros a yacimientos qué en principio se rigen por régimen distintos.

"El artículo 14 establece qué tipo de minas y yacimientos quedan sometidas al régimen de aporte. En el numeral e) habla de las minas de metales preciosos de la reserva especial. Al haber estipulado en el artículo 2°. de la resolución aportes de yacimientos de oro y demás minerales ciertamente somete al régimen de aporte minas de metal precioso de la reserva especial, pero al agregar "y demás minerales" en forma genérica sin especificar que otro tipo de minerales o de minas no establece la categoría exacta a la que pertenecen, y ese hecho es índice de indebida aplicación del artículo 14.

"El articulo 15 establece que los yacimientos de la reserva especial solo podrán aportarse a empresas estatales, al haber otorgado aportes a ECOMINAS sobre yacimientos de oro y demás minerales, en el artículo 2°. de la resolución acusada, el Ministro aplicó indebidamente el artículo 15 al haber aportado otro minerales sin tener facultad para ello.

"II. **INCOMPETENCIA DE SU AUTOR POR RAZON DE LA MATERIA.**

"Por la distribución de facultades hecha por la ley cada funcionario debe resolver sobre determinados asuntos.

Al haber otorgado aportes sobre yacimientos de oro y demás minerales el artículo 2°. de la resolución 1462 el ministro incurrió en la causal ya que esa función administrativa no le correspondía y no tenía facultad para hacerlo u ordenarlo.

" El ministro no tenía facultad sino para otorgar aporte sobre mineral precioso sometido a reserva especial mediante el decreto 185 de 1985 y no sobre otro minerales, y **mucho menos sobre los demás** minerales asociados al oro. Es decir se excedió en sus facultades.

"III. **FALTA DE MOTIVOS O ERROR EN LOS MOTIVOS.**

Los motivos son las circunstancias de hecho que proceden o provocan la decisión administrativa. Si los hechos no justifican la medida ésta es ilegal.

"La **falta de motivos** se presentan cuando los motivos no existen y por lo tanto la disposición es nula.

"El **error en los motivos** (error concebido como la representación falsa o equivocada sobre algo) se presenta cuando el funcionario ha incurrido en **error de hecho** (no se tienen en cuenta un hecho o se comete error manifiesto en la apreciación del contenido de determinado documento o prueba) o en **error de derecho** (se hace una interpretación errónea de la ley y se le da un alcance y sentido distinto que no le corresponde o se viola negativamente la ley se viola negativamente la ley por no aplicarla y conduce a falta de aplicación o indebida aplicación de la ley lo cual implica violación indirecta de aquella.

"Es decir que existe **falta motivación** (sic) cuando el acto administrativo está fundado en hechos o actos que no son verdaderos o que son distintos a los previstos por la ley.

"Las solicitudes de aportes números 1194 y 1195, NAQUEN Y CARANACOA respectivamente, fueron formuladas ante el Ministerio Público de Minas y Energía para la exploración explotación de yacimientos de ORO, haciendo uso del derecho consagrado en el Decreto

185 de 1985, en el cual declaró de reserva especial los yacimientos auríferos de un área dentro de la comisaría del Guainía.

"Al haber solicitado oro y haber sido concedido aporte para oro y demás minerales el Ministro mediante el artículo 2°. de la resolución 1462 concedió lo no pedido. Para él está prohibido fallar *ultra* o *extra petita*, ni mas allá no fuera de lo pedido. Al hacerlo la decisión administrativa se torna ilegal ya que cometió **error de hecho** manifiesto en la apreciación del contenido de las solicitudes fechadas el 9-IV-85.

"El mismo error comete el Ministro al apreciar el documento contentivo del recurso de reposición del apoderado de ECOMINAS de 20-VIII-86 ya que el mismo apoderado de la empresa dice que "las solicitudes de aporte fueron presentadas por ECOMINAS haciendo uso del derecho consagrado en el decreto No. 185 de 1985, que declaró de reserva especial los yacimientos auríferos de un área dentro de las comisarías del Guainía, Guaviare y Vaupés.....".

"En los considerandos para resolver el mismo Ministro incluye este concepto

"Ahora bien, en cuanto a las solicitudes que se formulen para **otros minerales distintos del oro** y cuyas explotaciones a juicio del Ministerio no interfieran con los proyectos y programas que la Empresa realice en la zona, podrán continuar su trámite normal."

"Este hecho no es tenido en cuenta por el autor de la resolución quien sin embargo y a pesar de la expresa advertencia contenida en el párrafo precedente resuelve conceder aporte para otros minerales no solicitados. Por lo tanto incurre en **error de hechos** por tercera Vez.

"Finalmente se comete error de hecho por indebida apreciación del carácter de un documento cuando al recibir los anexos de las solicitudes se confunde el decreto con una resolución. El apoderado de ECOMINAS Dr. HERIBERTO CARDOSO P. anexó copia del decreto 185 de 1985 y no resolución. De forma que cometió error de hecho por cuarta vez el autor de la resolución.

"IV. **DESVIO O DESVIACION DE PODER.**

"Esta causal alude al **móvil** o propósito íntimo eminentemente subjetivo que inspiró al autor de la resolución, **al fin** que quería lograr al producir el acto administrativo.

"Existe desviación de poder, cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un **fin distinto** del que la ley quería al otorgarla, cuando se produce un acto para **beneficiar** a un tercero, cuando se emplea una competencia con fin ilícito aunque **distinto del especial** que llevó al legislador a concederla y cuando se **cambia el procedimiento** que debía seguirse.

"La facultad y potestad concedida al Ministro de Minas y Energía por el decreto 185 de 1985 y para aportar a empresas del Estado yacimientos de ORO fue empleada por aquel con un fin distinto cual es la aportación a ECOMINAS de yacimientos correspondientes a otros minerales.

"De otra parte la competencia empleada con un fin distinto del especial que tuvo el legislador al concederla hace incurrir de nuevo al Ministro en desviación de poder, ya que el fin especial,era aportar minas de yacimientos de la reserva especial y no otros minerales (fl. 24-28, c.l).

Como se solicitó en la demanda y en atención a que se observara con claridad meridiana la violación de normas superiores por los actos impugnados, mediante proveído del 21 de enero de 1988 y con fundamento en el art. 152 del C.C.A., la Sala decretó la suspensión provisional del concepto "Y DEMAS MINERALES" que aparecen en el texto del art. 2° de la Resolución No. 001462 de Octubre 6 de 1986, originaria del Ministro de Minas y Energía (fl. 50 a 62).

En el término de los alegatos de conclusión, el actor guardó silencio; la parte demandada hizo llegar el escrito visible a los fl. 79 a 83, solicitando denegar las súplicas de la demanda por estimar que los actos impugnados se ajustan a derecho. Subraya el apoderado de la entidad pública, que la ley solo obliga a la administración a otorgar por el sistema de aportes a favor de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta con un capital oficial igual o superior al 51%, los yacimientos de piedras preciosas o semipreciosas, lo mismo que las minas de metales preciosos cobijados por reserva especial; lo anterior no es óbice, puntualiza, para que por ese mismo medio a las citadas entidades gubernamentales se les otorgue como ocurrió en el caso presente el aprovechamiento de otros minerales.

Se repite, dice para finalizar, que las normas referentes a la competencia del Ministerio para otorgar la explotación de minerales por el sistema de aportes no restringen su capacidad genérica con el fin de utilizar cualquiera de los sistemas aplicables a la generalidad de los minerales, pues ellas se limitan a determinar que solo los de la reserva especial pueden entregarse para su explotación mediante aportes, lo que ratifica para el caso específico del ORO

DEL GUAINIA, en el artículo 2°, ya transcrito, pero en parte alguna se expresa que no se pueden hacer diferentes aportes a los de la reserva especial.

La doctora EDNE COHEN DAZA, Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, dice no compartir los términos de la providencia que ordenó la suspensión provisional de la frase acusada y en consecuencia, pide se revoque para declarar en su lugar que la resolución se ciñe a las disposiciones legales que regulan la materia y por tanto, denegar las súplicas del libelo inicial; su concepto se apoya en los siguientes planteamientos esenciales:

"El punto que ofrece confusión aparente es el referente a los otros minerales que están en la zona o dentro de la delimitación geográfica donde se hizo la Reserva Especial de los yacimientos de oro. Estas minas diferentes al oro, no constituyen reserva especial y como son de propiedad de la Nación, pueden ser objeto de cualquiera de los tres sistemas de aprovechamiento. Así pues que el Ministerio podía dar los demás minerales en Aporte o Concesión u otorgar permisos para que fueran explorados y explotados.

"El acto administrativo acusado, Resolución 1462/86 se ajustó a las normas de derecho existentes, pues por una parte se hizo de los yacimientos de oro, utilizando el sistema de **Aporte** que exige la ley, por otra parte, se hizo ese aporte a la Empresa Colombiana de Minas - Ecominas - empresa esta que llena los requisitos que exige la ley 20/69 y el Decreto 185/85.

"En relación con los otros minerales no incluidos en la excepción o sea diferentes del oro, la administración podía por no existir ninguna prohibición -aprovecharlos, utilizando para ello cualquiera de los sistemas existentes.

"Tenemos pues que estando facultado por el art. 8°. ley 20/69, la administración aportó también en el mismo acto administrativo los demás minerales existentes en la zona.

"En relación a los yacimientos de oro, la resolución se ajustó a la ley utilizó el aporte; y respecto a las otras minas, el acto administrativo también se ajustó a la ley pues al otorgarlos mediante el aporte sólo se limitó a utilizar uno de los tres sistemas autorizados en el art. 8° de la ley 20/69.

"El aporte de otros minerales lo podía hacer el Ministerio, hubiera o no hubiera Reserva Especial, pues la ley 20/69 estableció como principio

general, que "todas las minas que pertenezcan a la Nación, inclusive las de piedras y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radioactivas, quedan sujetas al sistema de concesión, del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno."

"Para este Despacho la competencia del Ministerio para dar aporte los mineralés en la forma en que lo hizo en la Resolución 1462 de octubre 6 de 1986, está consagrada en la ley 20/69 pues el Decreto 185 de enero 17 de 1985 que estableció la reserva especial de los yacimientos de oro en la zona en él señalada no creó ninguna competencia nueva en materia de minerales sino que repitió el contenido del art. 8° de la ley 20/69 cuando dijo que los yacimientos comerciales e industriales de la Nación o a Sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo Capital. (fl. 89-90, c.I).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, el análisis del proceso a través de los medios de prueba regular y oportunamente allegados a los autos, lo mismo que el examen de las normas jurídicas aplicables al *sub-lite* y los argumentos esgrimidos por las partes y el Ministerios Público, permiten concluir que la pretensión formulada en la demanda está llamada a prosperar En efecto:

Desde el punto de vista jurídico, el punto de partida se sitúa en el artículo 4° de la ley 60 de 1967, en el cual se establece que el Gobierno Nacional está facultado para declarar como reserva nacional, no adjudicable, las áreas de yacimientos que requiera a investigaciones especiales del Ministerio de Minas y Petróleos.

Esta disposición, se complementa en el art. 8° de la ley 20 de 1969 en cuanto establecía que la explotación por terceros de los depósitos mineros de propiedad de la Nación con la salvedad de los derechos preconstituídos en favor de particulares, debe someterse a cualquiera de los sistemas establecidos y regulados en nuestra legislación como son el aporte, la concesión, la licencia o el permiso; precisa la norma en cuestión que los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado que se entiende entre otros a piedras y metales preciosos, cobre, uranio lo mismo que a las demás sustancias radiactivas, áreas petroleras, solo pueden entregarse para su exploración y explotación por el régimen de aporte, en cuyo caso el contratista únicamente puede ser las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o Sociedades de Economía Mixta en las que los aportes de capital oficial no sean inferiores al 51%.

SECCION TERCERA

De conformidad con el art. 30 del Decreto 1275 de 1970, (reglamentario de las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969) están sometidas al régimen de aporte:

"a) Las minas de piedras preciosas o semipreciosas y en especial las de esmeraldas y demás variedades del berilo y de los compuestos de glucino;

"b) Las descubiertas por las entidades oficiales y que tengan importancia básica para el desarrollo de la economía mixta nacional, a juicio de Ministerio del ramo;

"c) Las minas cuyos titulares opten por este régimen de acuerdo con el artículo 14 de la ley 20 de 1969.

"d) Las que sean objeto de propuestas y solicitudes en trámite, que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para el desarrollo económica nacional y cuyos titulares opten por este régimen.

"e) Las que hayan sido objeto de conseciones, permisos o adjudicaciones, que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para la economía nacional y cuyos interesados acuerden con el Ministerio someterse a este régimen.

"f) Las que el Gobierno determine en resolución de carácter general o especial."

Para mas claridad se observa que el Decreto 2477 de 1986 (reglamentario de las leyes 60 de 1967, 20 de 1969, y 61 de 1979), artículos 14 y 15, conservó en esencia el sistema que venía rigiendo en lo concerniente a los depósitos mineros sujetos a contratos de aporte y a la enunciación taxativa de sus eventuales beneficios, con la única salvedad de que se suprimió el texto original "c" y que el contenido del "e" se subrogó por la frase "Minas de Metales preciosos de la reserva especial".

Además, del antecitado texto reglamentario, art. 64, establece que cada depósito minero debe ser sujeto de contrato (concesión o aporte) o resolución individual (licencia o permiso) y que si en la zona hubiere otros minerales no asociados comercialmente explotables, el primer beneficiario tiene derecho preferencial para obtener la autorización de su exploración o explotación, previo el procedimiento administrativo permanente. Así dice la norma:

"La explotación de cada yacimiento será objeto de contrato separado, el cual podrá suscribirse en la forma prevista en el artículo 55 de este decreto.

El concesionario deberá explotar el mineral solicitado y los minerales asociados.

"Si dentro de la zona otorgada para la explotación se determinaren varios yacimientos de interés económico, el beneficiario tendrá la preferencia para obtener el derecho a explotar tales yacimientos con sujeción al sistema legal correspondiente". (subraya fuera del texto).

Por medio del decreto 185 del 17 de enero de 1985, el Gobierno Nacional en uso de sus facultades legales y en especial, de las conferidas por las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, lo mismo que en el Decreto 1275 de 1970, con fundamento en que el ORO tiene especial importancia para el desarrollo de la economía nacional, declaró RESERVA ESPECIAL LOS YACIMIENTOS DE ORO ubicados, además de otras regiones, en la Comisaría del Guanía (hoy Departamento), comprendidos en los linderos y colindancias que esos depósitos de metales preciosos solo podrán ser entregados para su explotación económica a las personas que se enlistan en el art. 31 del Decreto 1275 de 1970 (fl. 20).

En el plenario, se probaron adecuadamente las siguientes circunstancias fácticas:

1- Que mediante sendos escritos recibidos el 9 de abril de 1985, ratificados y reiterados el 28 de abril del año siguiente, la Empresa Colombiana de Minas ECOMINAS (hoy minerales de Colombia S.A.) solicitó al Ministerio de Minas y Energía la entrega, previo contrato de APORTE, de los yacimientos de ORO descritos y delimitados en el Decreto 185 de 1985, concretamente, de los denominados: NAQUEN, con una cabida aproximada de 253.000 hectáreas, radicado bajo el No. 1194 y CARANACOA, con una extensión superficiaria de 1.152.000 hectáreas, petición anotada con el No. 1195; el memorial petitorio, se acompañó de copia del antecitado decreto que crea la reserva especial de oro y al mismo tiempo otorga derecho exclusivo de explotación de ese metal y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o de las de Economía Mixta, en las que no sea inferior al 51% el aporte del capital oficial con relación al total del interés social.

2. La documentación recibida pasó a estudio de la Sección de Ingeniería, dependencia que dictaminó que las áreas pedidas se encuentran incluidas en la gama IV del decreto No. 625 de 1976, para radioactivos y, que se superponen a otras solicitudes en curso; además, hizo algunas observaciones de orden técnico que fueron cabal y oportunamente subsanadas por la empresa estatal.

3. En este estado de la actuación, la administración profirió la Resolución No. 001120 con fecha del 1° de agosto de 1986 en la que se dispone otorgar a

ECOMINAS un término de un año contado a partir de su ejecutoria a fin de que presente los correspondientes estudios de prefactibilidad del proyecto de explotación aurífero.

4. Contra esa decisión, ECOMINAS recurrió en reposición solicitando revocarla y en su lugar, declarar que en ese caso no hay lugar a adelantar un estudio de esa naturaleza por no estar contemplado en las normas que regulan la materia, por altísimos costos que implicaría su elaboración cubriendo 1.400.000 hectáreas y particularmente, en razón a que "Las solicitudes de aporte fueron presentadas por ECOMINAS haciendo uso del derecho consagrado en el decreto 185 de 1985, que declaró de reserva especial los yacimientos auríferos de un área dentro de las Comisarias de Guanía, Guaviare y Vaupes, norma que establece que esos yacimientos solo podrían aportarse a empresas industriales y comerciales del estado o sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital". (subraya la Sala).

5. Mediante la Resolución No. 001462 del 6 de octubre de 1986, objeto de la impugnación, la administración concluyó que era del caso acceder a lo pedido por el reposicionista y por tanto, dispuso la revocatoria y ordenó el otorgamiento de los aportes. Los considerandos se ajustaron a las normas legales y a lo probado en la actuación, por lo que no hay observación que hacer, pero se optó por hacer concesiones por fuera de lo solicitado. En cuanto al caso *sub-lite* la providencia en cuestión expresó:

> "Teniendo en cuenta lo manifestado por el señor apoderado en su escrito de reposición, lo cual se ajusta a los principios y objetivos señalados en el artículo 2° de la ley 20 de 11969, como en los literales b y c del artículo 2° del Decreto 2477 de 1986 y habida consideración de la importancia que tiene para el desarrollo económico del país y específicamente para las regiones de las Comisarías del Vaupés, Guainía y Guaviare el proyecto minero a adelantar por parte de ECOMINAS, es el caso de proceder a revocar la providencia impugnada y otorgar los aportes solicitados.
>
> "Cabe señalar igualmente que la Empresa deberá respetar los derechos de los particulares y para ello se entiende excluídos del área de los aportes No. 1194 y 1195 las zonas de las solicitudes vigentes pero, es claro que si por alguna razón son archivadas se entenderá que automáticamente quedarán incluídas en los aportes sin necesidad de providencia que así lo declare.
>
> "Ahora bien, a las solicitudes que se formulen para otros minerales distintos del oro y cuyas explotaciones a juicio del Ministro no interfieran

con los proyectos y programas que la Empresa realice en la zona, podrán continuar su trámite normal.

"En atención a lo anterior expuesto, el Ministerio de Minas y Energía,

"RESUELVE:

"ARTICULO SEGUNDO. Otorgar los APORTES No. 1194 y 1195 a la EMPRESA COLOMBIANA DE MINAS - ECOMINAS - para adelantar trabajos de exploración y explotación de los yacimientos de ORO y demás minerales existentes en áreas de 235.000 y 1.152.000 hectáreas respectivamente, localizadas en jurisdicción de la COMISARIA DEL GUAINIA y comprendidas dentro de los siguientes linderos: (fl. 3 a 4, c.1).

En lógica jurídica, por razones de congruencia y además, por disponerlo así el art. 35 del C.C.A., la administración estaba obligada a resolver todas las cuestiones planteadas en el curso del proceso correspondiente, tanto inicialmente como durante el trámite; correlativamente, le estaba vedado obrar de oficio y por esa vía conceder mas de lo pedido.

Dentro del marco jurídico reseñado, síguese entonces, que el procedimiento administrativo surtido, únicamente podía concluir concediendo o negando el aporte a ECOMINAS de los yacimientos auríferos reservados por el Decreto 185 de 1985. Sentado el anterior postulado básico, resulta improcedente autorizar la exploración y explotación de minerales en forma genérica o global e indiscriminada, pues cada aporte, concesión, licencia o permiso además de tener presupuestos y fines específicos, solo puede referirse a un yacimiento individualmente considerado, de conformidad con los artículos 64 y 143 del Decreto 2477 de 1986.

Adviértase, además, que haciendo tantas solicitudes como fuera necesario y sujetándose al trámite correspondiente para cada caso, ECOMINAS hubiera podido obtener tantos aportes como yacimientos sujetos a ese régimen existieran en la zona; igualmente, con el lleno previo de los procedimientos legales, la misma empresa, sus similares o particulares estaban habilitados para obtener sendas concesiones, licencias o permisos por cada depósito de minerales de los excluídos del régimen de aportes.

Así, pues, las pruebas llevan a la convicción de que el acto administrativo acusado en realidad viola flagrantemente las normas superiores que el *libelo* inicial reputa conculcadas y en las que dice fundarse al haber entregado en aporte además del ORO, el resto de los minerales existentes en el área. Esta

decisión, transgrede en forma ostensible los principios orientadores de las actuaciones administrativas y en particular, el principio del debido proceso, ya que se negó a los terceros eventualmente interesados en su exploración y explotación toda posibilidad de oponerse, de pedir prueba, de exponer sus puntos de vista e incluso, de ejercer los recursos de vía gubernativa.

Como nada indica que deba variarse, la Sala reitera los planteamientos que se hicieron en el auto de 21 de enero de 1988, en el que se dispuso la suspensión provisional de la frase atacada y en particular, en cuanto expresa:

> "D) Examinada la Resolución impugnada, esto es, la 001462, de 6 de Octubre de 1986, originaria del Ministerio de Minas y Energía, a la luz de la normatividad anterior, la Sala encuentra que ella, al disponer en su artículo segundo: "Otorgar los APORTES No. 1194 y 1195 a la EMPRESA COLOMBIANA DE MINAS - ECOMINAS - para adelantar trabajos de exploración y explotación de los yacimientos de ORO y **demás minerales**..." viola flagrantemente el artículo 1 del Decreto 0185 de 17 de enero de 1985, que en toda su literatura jurídica hace referencia exclusivamente al "ORO". Por tanto, cuando el Ministerio de Minas y Energía otorga los aportes Nos. 1194 y 1195 para adelantar trabajos de exploración y explotación de **otros minerales existentes en las áreas indicadas en el acto impugnado**, está obrando fuera de sus facultades legales, esto es, haciendo algo para lo cual la ley no le ha dado competencia. Esta, por lo demás, no es aplicable por analogía. En esta materia no puede perderse de vista que las autoridades no pueden hacer sino aquello que expresamente les está permitido. Esta filosofía es uno de los pilares fundamentales de la concepción personalista del Estado de Derecho que impide la arbitrariedad y proporciona seguridad jurídica". (f. 60-61 cl).

Demostrado como se encuentra que la expresión materia de la impugnación comporta una ostensible transgresión de la normatividad que regula la materia, es procedente y así se dispondrá declarar la nulidad deprecíada en la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARASE la nulidad de la expresión y "DEMAS MINERALES" contenida en el artículo 2° de la Resolución No. 001462 de octubre 6 de 1986, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

SEGUNDO: EXPIDANSE copias a las partes y a Minerales de Colombia S.A. "MINERALCO S.A." para su cumplimiento (art. 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,* (Ausente con Excusa).

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Inexistencia

No está acreditado que en la etención al paciente hubiesen faltado LOS MEDIOS de que RAZONABLEMENTE se debía disponer, para llevar a cabo la operación que dió lugar al presente conflicto de intereses. Si al demandante, se le operaba de un CARCINOMA FOLICULAR DE TIROIDES, que es un tumor maligno, INVASIVO, siendo posible que el nervio se encontrara "...DENTRO DE LA MASA TUMORAL...", cómo exigirle al médico que en el momento mismo de la operación suspendiera su curso para entrar en consultas con el paciente o con familiares? Si el cáncer hace metástasis, y como consecuencia de ello no es previsible ni evitable eliminar las complicaciones, cómo deducir responsabilidad en casos con el universo fáctico que tiene el presente?

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. 8230- APELACION. Actor: GUSTAVO GARCIA SANDOVAL DEMANDADO: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.-

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 del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia calendada el dia cuatro (4) de diciembre

de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutiva, **D I S P U S O:**

"PRIMERO: Declarar administrativamente responsable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS", por los daños y perjuicios ocasionados al demandante por haberle dejado disminuída su voz después que fuera intervenido quirúrgicamnte el 7 de diciembre de 1987 en la Clínica de la ciudad de Palmira de dicho Instituto.

"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena al Instituto de Seguros Sociales "ISS" a reconocer y pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES a quien represente los intereses de GUSTAVO GARCIA SANDOVAL, lo equivalente en moneda nacional a UN MIL TRESCIENTOS (1.300) gramos oro al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"TERCERO: Se niegan las demás peticiones de la demanda.

"CUARTO: Las cantidades líquidas reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo y moratorios después de éste término, de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y de acuerdo con el artículo 176, *ibídem.*

"QUINTO: De no ser apelada, CONSULTESE". (fl. 296 Cdno No.1).

Para la mejor conprensión jurídica de todas las circustancias 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:

"Ante la Corporación y obrando en ejercicio de la acción de Reparación Directa, el señor GUSTAVO GARCIA SANDOVAL presentó demanda por medio de apoderado contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "I.S.S." para efectos de que se le declare civilmente responsable por los perjuicios que le fueran causados al dejarlo "sin voz" luego de ser intervenido quirúrgicamente por medicos al servicio de esa Institución, al lesionarse las cuerdas bucales cuando se le extraía un tumor (bocio) ubicado en la región del lóbulo derecho tiroideo, quedando en esa forma imposibilitado pra continuar desempeñandose como Visitador Médico, labor que desarrollaba dentro y fuera del Departamento del Valle del Cauca como empleado de la Empresa UPJOHN S.A. de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, con el grave perjuicio de que ninguna persona o

entidad lo ocupa en labor alguna, según se narra en los hechos de la demanda.

"POSISION PARTE DEMANDADA:

"Contestada la demanda oportunamente por la parte impugnadora, se solicita por su representante judicial denegar las peticiones del actor por considerar que la intervención practicada a éste "no fué una simple operación de bocio, era un cáncer de tiroides, el cual le comprometió el nervio laríngeo recurrente y es bueno aclarar, que la extracción del tumor no podía hacerse, sin tocar dicho nervio, pues de lo contrario se arriesgaría el dejar restos del tumor que al final afectarían notablemente al paciente", no siendo en consecuencia responsable el Instituto de Seguros Sociales de que el demandante quedara sin voz, pues médicamente se agotaron todos los procedimientos médicos más indicados, dentro de los parámetros de la debida atención cuyas caracteristicas son: "Oportuna, continua, suficiente y con racionalidad técnico científica y siempre prestado por un equipo médico calificado para ello", conforme se consigna en el escrito correspondiente.

"No obstante el traslado dentro de la oportunidad legal al señor Agente del Ministerio Público, éste no se pronunció, por lo tanto se desconoce su posición al respecto.

"Una vez inprimido al proceso el trámite legal pertinente y no encontrándose causal de nulidad alguna que lo invalide, se procede por la Corporación a decidir previas las siguientes,

"CONSIDERACIONES:

"El señor Gustavo García Sandoval, debidamente representado y en ejercicio de la acción de Reparación Directa, acude a ésta jurisdicción en demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, para que se le declare civilmente responsable de los perjuicios a él causados por haberle dejado "sin voz" para poder continuar desempeñado las funciones o labores de visitador médico ni ninguna otra labor, como consecuencia de una operación quirúrgica practicada por la demandada del coto o bocio que padecía, en la cual se le extirparon, destruyeron o lesionaron las cuerdas bucales.

"Igualmente, solicita que se ordene en consecuencia a pagarle los perjuicios civiles y materiales (lucro cesante y daño emergente), así como los perjuicios morales, los cuales ascienden a mas de diez millones de pesos, teniendo en consideración la profesión a la que se dedicaba como visitador

médico por el Departamento del Valle y fuera de él con gran utilidad económica.

"Del mismo modo que, como el actor quedó inválido de por vida se declare que la demandada está en la obligación de reconocerle una pensión de invalidez, la cual considera procedente.

"Cuenta la demanda que el demandante en su calidad de afiliado al ISS, acudió a dicho Centro para que fuera tratado dada la aparición de un bocio y dos ganglíos al lado derecho del cuello. Pero a poco, el hipertiroidísmo hace su avance presentándose varias perturbaciones funcionales, pérdida de memoria, temblores, dolores, etc, que lo llevan a varios reconocimientos médicos y la práctica de una gamagrafía que arrojó como resultado el aparecimiento de nódulos fríos que ocupaban la región del lóbulo derecho tiroideo. Posteriormente, fué sometido a varias intervenciones quirúrgicas, produciéndose en la primera una lesión del nervio recurrente, provoca el impedimento del habla y la parálisis de la cuerda bucal del mismo lado. Por la pérdida de la voz se produce el 30 de junio de 1989 su retiro de la Empresa UPJOHN S.A. a la cual prestaba sus servicios.

"La entidad demandada al hacerse parte dentro del proceso, en su escrito contestatorio manifiesta que "debido a la extensión del tumor canceroso, el cual había compromtido el nervio recurrente del lado derecho, hubo necesidad de extraerlo junto con el espécimen quirúrgico, y esto con el único fin de preservar la salud del paciente además de evitar que el tumor se siguiera diseminando. Como consecuencia de esto, se produce una parálisis de la cuerda bucal derecha, provocando una disfonía pasajera, siendo en nuchos casos pasajera puesto que es suceptible (sic) de correción mediante terapia de lenguaje". Asímismo asegura que no es responsable el Instituto de que el paciente hubiera quedado sin voz, pues médiante se agotaron todos los procedimientos médicos más indicados.

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Nacional vigente "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables,causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

"Veamos si de acuerdo al acopio probatorio recaudado se puede imputar responsabilidad al ente público demandado.

" A folio 3 del cuaderno principal aparece documento suscrito por el médico Hernando Gallo, en el cual asegura, entre Otros aspectos que, "A. En

diciembre 7 del 87 fué operado en Palmira y el resultado patológico fué el de un Ca. Folicular y un Ca. Ana- plasico" e igualmnte que, "G. En la primera operación hubo lesión del recurrente para lo cual se le ha dado terapia". Dicho documento fué debidamente reconocido por su suscribiente ante esta jurisdicción (folio 149 cuaderno citado).

"Dada la especialidad del asunto propuesta y en razón a que, aparte de la prueba mencionada a la cual no se le puede dar el alcance probatorio de plena prueba ya que por su naturaleza se le debe ubicar como un mero concepto profesional, sólo aparece en el expediente la historia clínica del actor, y como quiera que no fué solicitada en la demanda la práctica de alguna prueba especializada que condujera a establecer la existencia misma de la lesión y sus efectos y, ante la imposibilidad de ser practicado un reconocimiento médico legal por haberse producido el deceso del demandante el 26 de abril de 1990, la Corporación procedió a decretar como prueba oficiosa la rendición de un dictámen pericial al Instituto Nacional de Medicina Legal sobre los aspectos enunciados en el auto obrante a folios 200 y 201 del cuaderno principal.

"De acuerdo con el dictámen pericial emitido, el cual no fue objetado por las partes durante el término que tenían para ello, se presentó lesión iatrogénico del nervio recurrente laríngeo derecho a consecuencia de la tiroidectomía derecha practicada el 10 de diciembre de 1987, viéndose interrumpido el nervio faríngeo recurrente derecho que es el que le da la movilidad a la cuerda Ipsolateral y por ende su funcionalidad, de ahí que se hubiera presentado disminución en el tono de la voz.

"En respuesta a la pregunta formulada sobre si la lesión de las cuerdas bucales se había producido como consecuencia obligada e inevitable de la extracción del tumor que interesaba la tiroides del paciente o como resultado imprevisto de la misma intervención quirúrgica, la perito forense contestó: "Este tipo de lesión es una complicación frecuente en las cirugías del cuello y especialmente en las de tiroídes, pues esta glándula se encuentra adherida al cartílago Ericoides inmediatamente por encima de los nervios laríngeos, y en el caso particular de este paciente con un carci noma folicular de tiroides que es un tumor maligno, invasivo, bien podría este nervio encontrarse dertro de la masa tumoral. De cualquier manera este tipo de complicación no es obligada en la estracción de cualquier tumor, pero tampoco es imprevisible ni evitable en los casos que un tumor esté invadiendo los tejidos circundantes".

"Del mismo modo según el dictamen médico legal la lesión era irreversible.

"De todo lo anterior, la Corporación puede establecer que en verdad el demandante padecía de una enfermedad que revestía suma gravedad hasta el punto de que probablemente fué la causa de su deceso. Según los conceptos médicos, también se sabe que su tratamiento era delicado y riesgoso. Todos estos aspectos al parecer no escapaban al conocimiento del actor pues la historia clínica que entregó para que hiciera parte del expediente daba cuenta de ello en forma clara y precisa.

"De los documentos obrantes en dicha historia clínica también puede advertirse que el concepto médico sobre los efectos de la lesión producida en el nervio recurrente era de que la disfonía desaparecería con la terapia de lenguaje ordenada, a la que el paciente se sometió sumisamente con la esperanza de recuperar la proporción pérdida de su voz. La demanda fundamenta sus pretensiones es sobre este hecho concreto y no sobre la gravedad de la enfermedad misma o respecto de la conducencia o no del tratamiento que para el efecto le dictaminó la entidad demandada.

"El actor luego de practicada la prirmra intervención quirúrgica síenpre consultó en los controles médicos practicados por la demandada acerca de su disfonía y se le advertía que ella era temporal. Sólo vino a ser conciente (sic) de la irreversibilidad de su problema en junio de 1989 cuando ya oficialmente la entidad demandada solicita a la compañía a la cual el paciente prestaba sus servicios que debía ser reubicado por tiempo indefinido ya que "debido al problema de su voz no puede laborar como visitador médico. Se le debe asignar un oficio que no requiera hablar frecuentemente" (folio 109 cuaderno principal).

"La entidad pública de seguridad social causó un perjuicio irremediable al demandante, el cual si bien no pudiera ser técnicamente evitable si era previsible científicamente pudiéndose de ello advertirse al paciente y él pudiera decidir si asumía el riesgo por las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica. De otro lado, siempre se le aseguró por parte del personal médico que la disminución en su voz era recuperable mediante terapia de lenguaje y si ello no se logró no era propiamente por la gravedad de la enfermedad, sino porque la lesión del nervio recurrente le había ocasionado. El trabajador que se somete a un tramiento médico por parte de la entidad de seguridad a la que se encuentra afiliado confía plenamente en la procedibilidad del mismo desde el punto de vista científico, con la esperanza firme de que es el apropiado de acuerdo con su cuadro clínico. Así mismo la entidad mencionada asegura que dicho tratamiento es el que los principios médicos dictaminaron como aplicable al caso consultado. Por ende, si al paciente se le ocasiona perjuicio luego de que se comprueba que el tratamiento o el diagnóstico médico fue desacertado, la entidad de

previsión o seguridad social debe responder por ello, de la forma como aquí se declarará la responsabilidad del ente público demandado por la disminución de la voz del actor luego de que fuera intervenido quirúrgicamente en diciembre de 1987.

"**PERJUICIOS MORALES**:

"Es presumible el inmenso dolor que debió sufrir el actor por la considerable pérdida de su voz, motivo por el cual serán reconoci dos a favor de quien represente sus intereses, pese a que ya hubiese fallecido, sobre la base de entender que los mismos por ser personalísimos son transmisibles directamente a sus sucesores sin necesidad de pronunciamiento judicial algmo que declare ese derecho. Tales perjuicios serán reconocidos por la demandada en el valor equivalente en moneda Colombiana de un mil trescientos (1.300) gramos oro según el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

"**PERJUICIOS MATERIALES**:

"Por éste concepto no se ordenará el reconocimiento de suma alguna. Ello, por cuanto en primer lugar, no fueron de ninguna suerte probados durante esta instancia, pues aunque se determinó que la compañía UPJOHN S.A. efectivamente si desvinculó al actor por las serias dificultades que le determinaba la pérdida de la voz para desempeñar sus funciones, al igual que se estableció el monto de su remuneración por la fecha de su retiro (folío 1 cuaderno número dos), no se allegó ningún medio probatorio que permitiera deducir que el demandante no pudo acceder a otro empleo, o que su situación económica se vió gravemente alterada hasta el punto que debiera acudir para su subsistencia de la ayuda de familiares y amigos. La demanda pedía la indemnización por el hecho de haber perdido el empleo y la consecuente imposibilidad de encontrar otro por las condiciones físicas en que quedó el actor luego de la operación, lo que según el libelo le significó pedir ayuda económica para subsistir. Sobre tales aspectos no da fé ninguno de los médicos probatorios allegados al plenario. Sinembargo, aún en el evento que tales perjuicios si se hubieran probado como eran pedidos exclusivamente a favor del actor, no podrían decretarse ya que por ser derechos que no son personalísimos sino que hacían parte de su haber patrimonial, los cuales una vez producido su deceso antes de finalizar la instancia, no son transmisibles por vía directa a sus herederos sin un pronunciamiento judicial previo.

"**OTRAS PRETENSIONES**:

"Solicita el libelo de otra parte que se ordene el reconocimiento de una pensión de invalidez al demandante. La Pensión de invalidez es por naturaleza una prestación social a la cual se accede previo el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en la ley, pero de ninguuna suerte tiene el carácter de prestación indemnizatoria. Por ende, no sería suceptible (sic) de ser ordenada como reconocimiento consecuencial en una acción como la incoada. Si el demandante consideraba que podría tener derecho a ella, ha debido solicitar su reconocimiento a la entidad de previsión demandada y si su petición fuera atendida desfavorablemente y aquél persistiera en ella, otra hubiera sido la acción contenciosa para someter el asunto el estudio de esta jurisdicción.".(fls.289-295 Cdno No.1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 298 y siguientes del cuaderno Nro 1, obra el escrito en que el apoderado del demandado hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva jurídica desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro de la siguiente optica:

" La razón de mi discrepancia con el proveído que impugno, estriba en que según él, la disminución de la voz que padeció el demandante era "previsible científicamente". Vale decir, que de la intervención quirúrgica a la que fue sometido el señor GARCIA SANDOVAL, necesariamente debía resultar en un perjuicio para su aparato fónico. Discrepo de esa apreciación de la Honorable Corporación, porque justamente es todo lo contrario lo que emerge del conjunto de las pruebas. Veamos:

" Dice la sentencia: "La entidad pública de seguridad social causó un perjuicio irremediable al demandante, el cual, si bien no pudiera ser técnicamente evitable, sí era previsible científicamente, procediendo de ello advertirse al paciente y él pudiera decidir si asumía el riesgo por las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica".

" El concepto de la previsibilidad que aquí el fallador de primera instancia le enrostra, a la entidad demandada, está desvirtuado por el informe perial (sic) que obra a folio 287 del plenario, en el que se lee: "Este tipo de complicación no es obligada en la extracción de cualquier tumor, pero tampoco es previsible ni evitable". (Subrayas mías).

"De tal manera, que no es cierto que la reducción de la voz del señor GARCIA sea una lesión que resulta necesariamente de una operación como la que le fue practicada.

"Afirma la sentencia Igualmente que "...siempre se le aseguró por parte del personal médico que la disminución de su voz era recuperable mediante terapia del lenguaje".

"Es preciso advertir que no hay prueba de ciertas afirmaciones que el actor pone en boca de los médicos al servicio del ISS.Una de ellas, que la operación que le sería practicada era para extirparle un supuesto bocio. Lo que se ve en las copias pertenecientes a la historia clínica que se conocieron, hablan de la presencia de un carcinoma . Es en la demanda donde se habla del bocio .

"Otra afirmación sin fundamento es esta que acabo de citar,según la cual, los médicos prometieron al paciente que a base de terapia del lenguaje, recuperaría la voz. Lo que sí ocurrió es que, fieles a la ética médica, que recomienda y obliga al galeno a utilizar todos los medios posibles para favorecer la salud de su paciente, los médicos del ISS ordenaron la terapia del lenguaje como un esfuerzo para ayudar al paciente, pero nunca con base en la promesa de que regresaría plenamente a la normalidad. Eso nadie lo puede prometer.

"Los médicos del Instituto agotaron todos los procedimientos posibles para recuperar la salud de su paciente. Nadie ha discutido que la cirugía era el tratamiento adecuado y por ello mal podría predicarse de que la administración haya prestado un servicio defectuoso o inoportuno.

"De lo que aquí se trata es de definir si hubo falla en el servicio. Pero en ninguna forma se ha probado que esa falla haya tenido ocurrencia. Si la operacion hubiese sido para extirpar un bocio, sería comprensible la reclamación del afiliado. Pero no fue así. Si el perjuicio hubiese sido evitable o previsible, igual se justificaría reclamar indemnización. Pero no era ni lo uno ni lo otro.

El mismo *a-quo* dice: "Por ende, si al paciente se le ocasiona perjuicio luego de que se comprueba que el tratamiento o el diagnóstico médico fue desacertado, la entidad de previsión social debe responder por ello." Pero en este caso no hubo ni diaganóstico ni tratamiento equivocado. Otra cosa es que el actor, por obvias razones, diga que la operación sería por una causa de inferior entidad.

" En conclusión, Honorables Magistrados, por cuanto no hubo falla en el servicio en el caso bajo exámen y la sentencia se equivocó en la interpretación de las pruebas allegadas al expediente, pido que ella vaya ante el Superior Jerárquico para que sea revocada y en su lugar se nieguen todas las pretensiones de la demanda."

- III -

CONCEPTO DE LA PROCURADORA SEGUNDA DELEGADA

A folios 322 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el concepto rendido por la Procuradora Segunda Delegada, Dr. EDNE COHEN DAZA, en el cual **O B S E R V A :**

" Las pruebas enunciadas permiten afirmar que el ISS le prestó una eficiente y oportuna atención médica al señor GUSTAVO GARCIA SANDOVAL. La historia clínica así lo demuestra y en el *libelibe* de la demanda al narrar la secuencia y evolución de la enfermedad del actor, como los tratamientos e intervenciones quirúrgicas a que fué sometido, contribuyen aún más a consolidar la certeza al respecto.

" Del dictámen de Medicina legal se evidencia la gravedad de la enfermedad que afectó al señor GARCIA SANDOVAL quien no padecía un simple "bocio" como se anota en la demanda, sino un tumor canceroso maligno que le invadió parte de la laringe, que dada su naturaleza obligatoriamente tenía que ser extraído y que tal intervención era de por sí riesgosa pues "....bien podría este nervio encontrarse dentro de la masa tumoral .... tipo de complicación que no es obliada (sic) en la extracción de cualquier tumor,pero tampoco es previsible ni evitable en los casos que un tumor esté invadiendo los tejidos circundantes.", como lo afirma el dictamen médico.

" Lo anotado desvirtúa la posible falla o falta del servicio a cargo de la entidad demandada. Así pues, no es viable sostener que dicha Institución prestó un deficiente servicio o que dejó de prestarlo, todo lo contrario se desprende del material probatorio que conforma el expediente. El actor GUSTAVO GARCIA SANDOVAL fue atendido eficiente y oportunamente por el cuerpo médico dela Institución y si desafortunadamente sufrió, a consecuencia de la primera intervención quirúrgica una disminución parcial de la voz, no fué precisamente por negligencia y descuido de los médicos que lo intervinieron quirúrgicamente, sino debido a lo riesgoso de la operación en sí y las circunstancias imprevisibles que pudieron surgir en el momento mismo de su práctica,

que, por la extensión del tumor, según el dictámen médico referenciado, hicieron que se ".... interrumpiera el nervio faríngeorecurrente derecho, que es el que le da movilidad a la cuerda tpsolateral y por ende su funcionalidad, de ahí su disminución en el tono de la voz".

" Cabe destacar que la lesión que afectó al actor en el tono de su voz ciertamente, como los mismos galenos se lo manifestaron podía ser recuperable mediante tratamiento de terapia del lenguaje, prueba de ello lo constituyen las anotaciones consignadas en la historia clínica donde consta el comienzo de recuperación de la voz y la regresión en lo avanzado, en razón de la metástasis del cáncer que lo aquejaba. Esta enfermedad, según lo hace notar el señor apoderado del Instituto de los Seguros Sociales, fué la causa del fallecimiento del señor GUSTAVO GARCIA SANDOVAL el 26 de abril de 1990. El dictámen médico coincide en afirmar, que el deceso del señor GARCIA fué originado por "hípoxemia cerebral", grave insuficiencia en la oxigenación del cerebro que es producida por una obstrucción a la altura de la garganta, indicativo de que el cáncer finalmente la invadió toda la región inicialmente afectada.

" Lo expuesto permite concluir que no hubo falla o falta del servicio que pueda ser atribuída al Instituto de Seguros Sociales, pues bien puede aseverarse con base en las pruebas analizadas, que el deterioro de la cuerda bucal no fue consecuencia de una defectuosa intervención quirúrgica, sino de la enfermedad en si, que le invadió en su totalidad la zona afectada, impidiéndole la recuperación de su voz, razón por la que este despacho se permite solicitar a la Sala se revoque la sentencia apelada y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

" Antes de concluir, se estima pertinente aludir a dos aspectos del fallo apelado, relativos al contenido del numeral segundo del mismo mediante el cual se ".... condena al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES "ISS" a reconocer y pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES a quien represente los intereses de GUSTAVO GARCIA SANDOVAL, lo equivalente en moneda nacional a UN MIL TRESCIENTOS (1.300) gramos oro.....", contenido del cual se desprenden dos aspectos que vale la pena se tengan en cuenta, bien sea porque no se acceda a la petición de revocación de la sentencia en comentario, o para futuras eventualidades. Uno de ellos es lo relativo al reconocimiento y pago de la condena a favor de quien represente los intereses del actor GARCIA SANDOVAL dentro del proceso, que es en principio su apoderado, pués no sabemos en concreto quién o quienes serán sus beneficiarios ya que en el expediente no se menciona siquiera quiénes eran los miembros cercanos de su familia. El actor, mediante su apoderado y en nombre propio instauró la presente

acción y en la actualidad, según consta en el proceso, ya falleció, circunstancia que debe tenerse en cuenta. De otra parte, no se entiende con base en qué norma o jurisprudencia se varió el monto de la condena por perjuicios morales tasándola en 1.300 gramos oro, cuando el máximo por dicho concepto es el equivalente a 1.000 grams oro.

" Por lo anteriormente expuesto, esta Agencia del Ministerio Público reitera a la Sala la solicitud de revocación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 4 de diciembre de 1992.". (fls. 325 - 328 Cdno No.l).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El sentenciador de instancia llevó a la conclusión de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es responsable, con apoyo en el documento suscrito por el Médico HERNANDO GALLO, y en el dictámen emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, de cuyos universos resulta imposible, para el *ad-quen,* concluír que el centro de imputación jurídica demandado haya incurrido en una conducta antijurídica.

El temperamento que tiene el citado acervo probatorio es el siguiente:

En el documento suscrito por el Dr Hernando Gallo Z. (C 1, fol.3), se lee:

"Paciente: Gustavo Garcia.

"Datos tomados de la historia clínica del ISS.

"A. En diciembre 7 del 87 fué operado en Palmira y el resultado patológico fue el de un Ca. Folicular y un Ca. Anaplasico.

"B. En febrero 18-88 se le practicó una gamagrafia que muestra tiroides izquierdo.

"C. En marzo 23-88 Se practica tiroidectomia total izquierda.El estudio histológico no mostró carcinoma. Tuvo un rastreo y se encontró un remanente posiblemente a nivel de pirámide. Se le dieron 80 milicuries de

SECCION TERCERA

I 131. Parece que hizo un hipoparatiroidismo moderado y transitorio.

"D. En agosto 6 del 88 se encontro un pequeño nodulo a nivel de piel de tercio inferior de cuello lado derecho que por citología dio un posible ca de Hurthle.

"E. En XI-1-88 se practicó vaciamiento radical derecho con extirpación del cartílago tiroides derecho invadido por tumor.

"F. En diciembre 19-88 se le practicó un rastreo que fué negativo.

"G. En la primera operación hubo lesión del recurrente para lo cual se le ha dado terapia.".

El dictamen suscrito por la Dra. DIANA M. TRUJILLO, Médico Forense al servicio del Instituto de Médicina Legal de Cali, tiene el siguiente alcance:

" Doy curso a su solicitud expresa en el oficio de la referencia, basándome en los datos de 1a historia clínica que para tal efecto usted me envía.

"1. Teniendo en cuenta los diagnósticos clínicos que aparecen en el folio 73 de la historia clínica:

"a. Lesión iatrogénico del nervio recurrente laríngeo derecho.

"b. Carcinoma folícular del tiroídes; hechos en salud ocupacional el 13 de junio de 1989, después de descartar otras posibilidades, podemos decir que a consecuencia de la tiroidectomía derecha praticada el 10 de diciembre de 1987, al paciente Gustavo García Sandoval se interrunpió el nervio faríngeo-recurrente derecho que es el que le dá la movilidad a la cuerda ipsolateral y por ende su funcionalidad, de ahí la disminución en el tono de la voz.

"2. Este tipo de lesión es una complicación frecuente en las cirugías de cuello y especialmente en las de tiroídes, pues esta glándula se encuentra adherida al cartílago cricoides inmediatamente por encima de los nervios laríngeos y en caso particular de este paciente con un carcinoma folicular de tíroides que es un tumor maligno, invasivo, bien podría este nervio encontrarse dentro de la masa tumoral. De cualquier manera este tipo de complicación no es obligada en la estracción de cualquier tumor, pero tampoco es previsible ni evitable en los casos que un tumor este invadiendo los tejidos circundantes.

"3. Por el tiempo transcurrido entre la fecha de ocurrida la complicación y la fecha del diagnóstico definitivo en salud ocupacional (2 Años), y a pesar de los múltiples tratamientos y controles podemos decir que esta lesión era irreversible.". (fl. 287 C 1).

Dentro del marco probatorio anterior resulta bien probado que al demandante se le practicó, el 10 de diciembre de 1987, una TIROIDECTCMIA DERECHA, que le interrumpió "....el nervio faringeo-recurrente derecho que es el que da la movilidad a la cuerda ipsolateral y por ende su funcionalidad, de ahí la disminución del tono de la voz", como se lee en el citado dictámen. Pero lo que no resulta demostrado, con fuerza de convicción, es que ese resultado sea el fruto de la negligencia o la inadecuada asistencia médica. Tampoco está acreditado que en la atención al paciente hubiesen faltado **LOS MEDIOS** de que RAZONABLEMENTE se debía disponer, para llevar a cabo la operación, que dio lugar al presente conflicto de intereses. Si al señor GUSTAVO GARCIA SANDOVAL, se le operaba de un CARCINOMA FOLICULAR DE TIROIDES, que es un tumor maligno,INVASIVO, siendo posible que el nervio se encontrara "....DENTRO DE LA MASA TUMORAL....". cómo exigirle al médico que en el momento mismo de la operación suspendiera su curso para entrar en consultas con el paciente o con sus familiares? Si el cáncer hace metástasis, y como consecuencia de ello no es previsible ni evitable eliminar las complicaciones, como deducir responsabilidad en casos con el universo fáctico que tiene el presente?.

A todo lo anterior se agrega que, a la luz de lo probado, el sentenciador vivencia que al demandante le prestó el ISTITUTO DE LOS SEGUOS SOCIALES una asistencia médica RAZONABLE. Ello explica que se le hubiesen practicado varios exámenes, entre los cuales se relacionan los siguientes:GAMAGRAFIA DE TIROIDES, CITOLOGIA DE NODULOS DE ISTIMO Y LOBULO TIROIDEO DERECHO, Glicemia, Estudio de Perfil Lipidico, electrocargiografías, radiografías, etc. Gracias a ellos se pudo hacer en noviembre de 1988, el diagnóstico que se recoge en el documento que obra al folío 97 del cuaderno No. 1, en el cual se lee:

" DIAGNOSTICO.

" 1) Tejidos blandos. Región de cartílago, Lesión, Excisión: CARCINOMA FOLICULAR DE CELULAS DE HURTHLE SECUNDARIO.

"2. Tejido su Región cervícal derecha. Lesión. Excisión. CARCINOMA FOLICULAR DE HURTHLE SECUNDRIO.

"3. Músculo esternocleidomastoideo derecho. Excisión. CARCINOMA FOLICULAR.

"4) Gánglio linfático. Región cervical derecho. HIPERPLASIA FOLICULAR.".

El apoderado de la parte actora confiesa, en la demanda que a su poderdante se le hicieron varías intervenciones quirúrgicas. Que cumplidas todas ellas, y antes de llevar a cabo la que tuvo lugar en noviembre de 1988, se ordenó, por el Instituto de los Seguros Sociales, que al paciente se le hiciera "TERAPIA DEL LENGUAJE" Así las cosas, se impone concluir que tanto el demandado como los médicos a su servicio actuaron con la "....eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circustancias propias al caso concreto....." todo lo cual ha permitido al *ad-quem* " .... un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.....", exigencias que se recogen en la pauta jurisprudencias que esta Corporación fijó en sentencia de 30 de julio de 1992, Expediente Nro 6897, Actor Gustavo Eduardo Ramírez, Consejero Ponente, Dr Daniel Suárez Hernández, y que permiten concluír, se repite, que en el,caso en comento no se dió la falla del servicio.

B) Finalmente, no obra dentro del informativo prueba alguna que demuestre que contra el profesional que intervino en la operación se hubiese adelantado proceso disciplinario alguno ante el Tribunal Nacional de Etíca Médica, y que este hubiese proferido en contra de él sanción alguna, dentro del marco consagrado en el artículo 83 de la Ley 23 de 1981. Del estudio de la HISTORIA CLINICA tampoco se vivencia negligencia alguna del ente demandado ni del personal a su servicio. Pero es más. Tampoco se llamó a declarar al profesional que hizo la primera intervención, ni se consultó profesional particular de la médicina que cuestionara, con razones científicas, el actuar de su colega.

Por todo lo que se deja expuesto, resulta imposible para la Sala concluir que el centro de imputación jurídica demandado sea responsable de la conducta antijurídica que se le imputa en la dermanda.

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: REVOCARSE la sentencia calendada el día cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administratívo del Valle del Cauca, y, en su lugar RESUELVE :

DENIEGASE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriado éste 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 Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO / CONTRATO ADICIONAL - Incumplimiento.

Resulta incuestionable que por causas imputables al contratista el fondo Nacional de Caminos Vecinales se vió en la necesidad de liquidar unilateralmente el contrato de obra pública a que se refiere este proceso. Fué, sin duda alguna, el negligente comportamiento del actor, advertido desde el comienzo por la entidad contratante, el que dió lugar a que se vencieran no solo el plazo contractual inicial, sino también el adicional, sin lograr la ejecución del contrato. Fue tan evidente el descuido del ingeniero en el cumplimiento de sus obligaciones que resultaron infructuosos los múltiples requerimientos y la multa que el Fondo le impuso, hasta el punto de que vencido el plazo adicional para la entrega de la obra, esta apenas se había adelantado parcialmente en una mínima proporción. Procedía entonces liquidar el contrato y para tal efecto la entidad demandada citó en varias ocasiones al contratista, quien hizo caso omiso de las mismas impidiendo así la posibilidad de convenir entre las partes los términos de la liquidación. La suspensión temporal del contrato a petición del actor, la prórroga del plazo mediante contrato adicional, los múltiples requerimientos escritos para que ejecutara las obligaciones contractuales y la misma multa que se le impuso, dejan ver a una administración cumpliendo sus obligaciones y empeñada, en conseguir la ejecución de la obra convenida, frente a un contratista que con su negligente actividad laboral y a pesar de las oportunidades recibidas por parte del ente contratante, fué incapaz de satisfacer a cabalidad y oportuna los compromisos acordados.

EXP. -8497

LIQUIDACION DEL CONTRATO / FUERZA MAYOR -Inexistencia / CASO FORTUITO - Inexistencia.

La época invernal, como la presencia de subversivos en la región, eran de público y notorio conocimiento y por lo mismo resultaban fácilmente previsibles. El factor climático y su repercusión en la obra no podía ser ignorada en razón a que por la época regularmente se presentan las temporadas de lluvia. El factor de alteración del orden público tampoco podía resultar novedoso, o extraño al actor, porque lo cierto es que con anterioridad al contrato la presencia de subversivos en la zona no era desconocida. Pero además de las circunstancias anteriores, ciertamente previsibles, estima la Sala que el contratista conocía, previamente a la firma del contrato, la topografía y condiciones del terreno donde debía cumplir la ejecución de la obra. Así las cosas, resulta inadmisible aceptar la fuerza mayor o el caso fortuito frente a situaciones cuya previsibilidad era sin duda alguna ostensible.

ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO / ACCION CONTRACTUAL / CADUCIDAD.

No obstante el carácter de actos administrativos que aquellas ostentan, es tal su vinculación y dependencia frente al contrato, que su existencia no puede concebirse sino con el contrato mismo. Esta circunstancia impide contar el término dé caducidad de cuatro meses, para aplicar en,cambio, la caducidad de dos años, correspondiente a la acción,contractual de acuerdo con el artículo 136, último inciso del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8497. Actor: GUILLERMO ALFONSO BELTRAN BELTRAN Demandado: Fondo Nacional de Caminos Vecinales. .

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación, que la parte actora interpuso contra la sentencia de 31 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

SECCION TERCERA

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones

El señor Guillermo Alfonso Beltrán Beltrán, en escrito presentado el 13 de junio de 1991 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, por conducto de apoderado formuló demanda contra el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1.- Que es nula el ACTA DE LIQUIDACION FINAL del contrato número 818-0-87 y su adicional número 818-1-88 suscritos entre el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES y el Ingeniero GUILLERMO ALFONSO BELTRAN BELTRAN, diligencia contenida en acta de 13 de enero de 1989 suscrita por el Director Regional del Tolima, en representación del FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES encargado por el Director General, mediante resolución No. 1302 de fecha abril 30 de 1984 para este fin, y el señor Delegado de la Contraloría General de la República; el contrato principal es de fecha diciembre 21 de 1987.

"2.- Que son igualmente nulas las Resoluciones Nos. 001539 de fecha 22 de mayo de 1989 proferida por el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y por la cual se declaró en firme el acto de liquidación final del contrato No. 818-0-87 y su adicional No. 818-1-88, acta cuya nulidad se solicita en el numeral anterior, y 02067 de junio 23 que modificó parcialmente la resolución anterior.

"3.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare el incumplimiento tanto del contrato principal como de su adicional por parte del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y se condene a la misma entidad a pagar a mi apoderante las sumas debidas por razón del referido contrato.

"4.- Que se condena al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, a pagar a mi poderdante los perjuicios materiales y morales que resulten probados dentro del proceso o el incidente que se abra para el efecto, como consecuencia de lo resuelto y ordenado en el acto demandado.

"5.- Que se condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales a pagar a mi poderdante intereses por concepto tanto de cuentas parciales debidamente formalizadas como de cuentas en tramitación y contenidas

en la liquidación final del contrato demandado y su resolución probatoria de acuerdo con lo previsto en el artículo 191 del C.P.C.

"6.- Que al momento da hacer las condenas a que se refieren los numerales anteriores de este *petitum*, el Honorable Tribunal actualice el valor del daño emergente a la fecha da la sentencia.

"7.- Que se condene al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, al pago de intereses comerciales y moratorios sobre las cantidades liquidas y conocidas a favor de mi mandante, en los términos del inciso último del art.177 del C.C.A.".

2o. Fundamentos de hecho

De los referidos en la demanda, hace, la Sala el siguiente resumen:

1. Entre el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y el Ingeniero Guillermo Alfonso Beltrán Beltrán se celebró el contrato de obras, públicas No. 818-0-87, para el mejoramiento del camino Chaparral-San José de las Hermosas, el cual fue suscrito al 21 de diciembre de 1987. El valor inicial del contrato fue de $48.437.291.60, por cuyo anticipo (29%), el ingeniero presentó cuenta de cobro por la suma de $9.687.458.32.

2. La ejecución del contrato presuponía que la vía de acceso hasta el sector de la Virginia estaría en normal funcionamiento y que las obras de exploración permitirían realizar sobre las mismas los drenajes y afirmado convenidos en el contrato, lo cual no ocurrió, que llevó al contratista a solicitar el 28 de mayo de 1988 la ampliación del término contractual por un período adicional de cuatro meses, en razón a que las obras en un 41% solo quedaron definidas el 2 de febrero da 1988; se presentó una escasez de cemento durante febrero y marzo da dicho año; el estado deficiente de la vía agravado por el invierno que afecta la zona; motivos que determinaron la celebración de un contrato adicional, (No. 73-08181-88) de fecha 23 de junio da 1988 mediante el cual se amplió el plazo de ejecución en tres meses más, con vencimiento el 12 de octubre de 1988.

3. Con fecha 14 de julio de 1988, el contratista motivado por el intenso invierno que impedía el suministro de materiales para la obra, complementado con la situación de orden público alterada por los enfrentamientos de los militares con la guerrilla, solicitó una suspensión temporal del contrato, la cual fué aceptada a partir del 9 de agosto de 1988 y hasta el 8 de septiembre de dicho año, fecha para la cual sí bien el invierno había aminorado, la situación de orden público, en

cambio, continuaba muy tensa, como se lo comunicó el contratista a la interventora en escrito de fecha 17 de agosto de 1988.

4. El Director de Interventoría le manifestó al contratista, el 30 de septiembre de 1988, el preocupante atraso de la obra y le concede 10 días de plazo para que se modifique la situación, so pena de imponerle las multas contractualmente pactadas. El ingeniero Beltrán solicitó un anticipo por $5.000.000, le fueron reconocidos $ 2..000.000 que no le fueron pagados por los anuncios de que iba a ser multado.

5. El 20 de octubre de 1988 el contratista comunica al Director de Interventoría la reiniciación de las obras que habían sido suspendidas, atribuyéndole al Comité de Cafeteros el incumplimiento para entregar la explanación definitiva de 15 kilómetros de la vía, de los cuales apenas había entregado sólo dos kilómetros, con los consecuentes perjuicios para el demandante, por lo que solicitó la ampliación del plazo en 6 meses. El director de Interventoría estimó, en principio, conveniente concederle cuatro meses adicionales para así 1 presionar al contratista.

6. Entre tanto el Fondo Nacional de Caminos Vecinales adelantaba las gestiones para expedir la Resolución No. 03655 de 8 de noviembre de 1988 mediante la cual se impuso una multa al contratista por la suma de $ 500.000, la cual fue recurrida por el sancionado el 25 de noviembre de ese año ante la Secretaria General de la entidad pública. De igual manera el afectado se quejó ante la Procuraduría General de la Nación. El recurso de reposición interpuesto se despachó negativamente mediante la resolución No. 0050 de 13 de enero de 1.989 que confirmó el acto recurrido.

7. El 13 de enero de 1989, el Fondo nacional de Caminos Vecinales procedió a la liquidación final del contrato 818-0-87 y su adicional 818-1-88, de lo cual no fué previamente informado el contratista y se llevó a cabo entre un funcionario de la entidad demandada y el Interventor, con aprobación de la Contraloría General de la República. Por tal razón el contratista solo vino a enterarse, cuando la compañía aseguradora le hizo saber que el 22 de mayo de 1989 se había proferido la Resolución No. 001539, por la que se declaraba en firme el acto de liquidación final del contrato, acto que fué notificado personalmente al representante de la Compañía Agrícola de Seguros S.A., y mediante edicto al contratista, fijado e 13 de junio de 1989 y desfijado el 27 del mismo mes y año.

8. De los hechos relacionados concluye el actor que tanto el acta de liquidación final del contrato, como la resolución 01539 de 22 de mayo de 1989 fueron expedidas en forma irregular, con quebranto del artículo 287 del Decreto

222 de 1983, generándole perjuicios que pretende reclamar con la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A. (artículo 17 del Decreto 2304/89).

Al exponer los fundamentos de derecho, sostiene el actor que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales infringió el artículo 4o. de,,- la Ley 36 de 1966, el artículo 1609 del Código Civil, artículo 1o de la Ley 95 de 1890, articulo 287 del Decreto 222 de 1983.

3o. Actuación procesal

Inicialmente el Tribunal negó la admisión de la demanda por considerar que "no nos encontramos frente a pretensiones que deban ser sujetas a controversia contractual sino a Nulidad y Restablecimiento del Derecho porque lo demandado en sí es un acto administrativo que tiene relación con un contrato de obra de la administración...", razón por la cual consideró el *a-quo* que la acción había caducado por, no haberse instaurado dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la resolución.

La decisión del Tribunal fue apelada y mediante proveído del 12 de diciembre de 1991, la Sala revocó el auto impugnado, por considerar "que la acción procedente es la contractual contenida en el artículo 87 del C.C.A., que de acuerdo con el artículo 136, último inciso, *ibídem*, caduca en dos años".

Notificado el auto admisorio de la demanda al representante legal del ente oficial, éste, por conducto de apoderado dió respuesta a aquella, y tras referirse a los hechos del libelo, aduce que el demandante incumplió con las obligaciones contractuales, en tal forma que la interventoría y a la entidad contratante debieron requerirlo en varias ocasiones para el cumplimiento de aquellas, hasta llegar a imponerle una multa por $ 500.000. Así mismo, recuerda que tanto la interventoría, como él ente demandado estuvieron atentos a solucionarle al contratista los imprevistos que se la presentaron, con la ampliación y suspensión del termino contractual, a más de que el actor por haber visitado la zona del proyecto sabía las condiciones para desarrollar y ejecutar el contrato.

Propuso además las excepciones de "culpa del actor", por la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; "presunción de legalidad del acta da liquidación y las resoluciones impugnadas; "caducidad", por cuanto entre la fecha de los hechos y la presentación de la demanda han transcurrido más de dos años.

Fracasado el intento conciliatorio, se dió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara de fondo. El apoderado del actor en breve memorial reiteró los planteamientos de la demanda. El

apoderado del ente público guardó silencio. El Procurador Judicial ante el Tribunal consideró que el actor había incumplido sus obligaciones por el bajo rendimiento de las labores desarrolladas y en tales condiciones sus pretensiones no podían prosperar.

4o. La sentencia apelada

Para denegar las pretensiones, consideró al Tribunal que el contratista, no obstante las oportunidades que adicionalmente le brindó al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, "fué negligente e incumplido", hasta el punto de imponerle una multa mediante actos administrativos no demandados en esta proceso. Igualmente no halló justificada la ausencia del actor a la liquidación del contrato, por lo cual la administración la efectuó unilateralmente. Descartó el *a-quo* que al demandante se le hubiera violado o desconocido su derecho de defensa con relación a las resoluciones demandadas. Por último, sostiene el Tribunal, que la liquidación del contrato se realizó de acuerdo con el artículo 289 del Decreto 222 de 1983, sin, que resulte, aceptable en los actuales momentos alegar fuerza mayor, caso fortuito a incumplimiento del ente demandado.

5o. La apelación

Aduce el apelante que la actuación del contratista se originó en un caso fortuito y fuerza mayor conocidos por el Fondo, debido a las condiciones de orden público de la región y al incumplimiento de la entidad contratante por no haber entregado la vía debidamente explanada. De otra parte considera que fué irregular la liquidación de los contratos y que su nó comparecencia a tal liquidación no fué sin justa causa. En su alegato de conclusión la parte recurrente insistió en los planteamientos anteriores.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo apelado debe confirmarse, por cuanto las motivaciones en él contenidas, acompasan con una acertada interpretación da las normas legales aplicables y una atinada valoración del material probatorio aportado al proceso, del cual para los efectos de esta providencia, conviene destacar:

1. El contrato de obra número 818-0-87 celebrado entre el actor Guillermo Alfonso Beltrán Beltrán y el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, suscrito el 21 de diciembre de 1987 (fls. 27 a 39), y el contrato adicional 73-0818-1-88, firmado el 23 de junio de 1988 (fls. 40- 41).

2. Comunicación TLa-52, del 12 de febrero de 1988 dirigida por el Interventor al contratista donde le manifiesta que en visita del 9 de febrero de

1988, "encontró que nó se han iniciado las obras, ni había ningún representante de su firma contratista...". (fl. 78).

3. Comunicación fechada el 30 de mayo de 1.988 dirigida por el demandante al Director de la Interventoría, para solicitar la ampliación del plazo contractual por un período de cuatro meses. (fls. 80-81).

4. Comunicación fechada el 14 de julio de 1988, del contratista a la Interventoría, para solicitar una suspensión temporal del plazo "hasta tanto se mejoren las, condiciones de trabajo...". (fl. 84).

5. Oficio 11962 de 15 de julio de 1.988, mediante el cual la Directora General de la entidad contratante solicita del contratista "su estricto cumplimiento en las obligaciones contractuales con el fin de alcanzar los objetivos previstos en el contrato". (fl. 85).

6. Comunicación dirigida por el contratista al Director de Interventoría, de fecha 26 de julio de 1988, para solicitar otra suspensión temporal del plazo contractual. (fl. 86).

7. Oficio 14576 fechado el 27 de julio de 1988 del Sub-Director de Ingeniería del ente demandado, para el contratista, donde le solicita "intensificar la ejecución de la obra" por cuanto "se ha ejecutado tan solo el 20% del valor programado al mes de junio del presente año...".(fl. 87).

8. Acta de suspensión temporal de plazo del contrato No. 818-0-87, a partir del 9 de agosto de 1988 hasta el 8 de septiembre de 1988 (fls. 88-89).

9. Comunicación de fecha 17 de agosto de 1988 del contratista al Director de Interventoría donde manifiesta que por la situación de orden Público "difícilmente se podrá cumplir con las metas propuestas". (fl. 92).

10. Oficio 17283 de 30 de agosto de 1988, del Sub-Director de Ingeniería del ente demandado al contratista, con la advertencia de que por el atraso en la ejecución del contrato, "se verá en la necesidad de aplicar las sanciones de que trata el contrato". (fl. 93).

11. Oficio CH-100-339-674 de 30 de septiembre de 1988, del Director de Interventoría para el contratista, refiriéndose al retraso de la obra, solicitandole mayor atención al contrato, so pena de pedir la aplicación de las multas convenidas. (fl. 95).

12. Oficio 20563 de 12 de octubre de 1988, del Sub-Director de Ingeniería de la entidad contratante, para el contratista donde le manifiesta que debido "a que no se han tomado medidas efectivas que mejoren la situación ... se verá en la necesidad de aplicar las sanciones...". (fl. 97).

13. Resolución 03665 de 8 de noviembre de 1988, expedida por la Directora General del Fondo da Caminos Vecinales, mediante la cual se impone al ingeniero contratista Beltrán Beltrán, una multa de $500.000, por su incumplimiento a las obligaciones contractuales (fls. 115-116).

14. Recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, por el contratista sancionado. (fls. 99-106).

15. Oficio 26125 de 27 de diciembre de 1988 de la Directora General del Fondo al contratista, comunicándole la imposibilidad de ampliar el plazo del contrato vencido el 12 de noviembre de 1988 (fl. 130).

16. Resolución 0050 de 1989 mediante la cual la Dirección General de la entidad demandada, confirmó la Resolución No. 03665 del 8 de noviembre de 1988 por la cuál se había impuesto una multa (fls. 131-135), la cual fué notificada personalmente al representante de la firma Compañía Agrícola de Seguros S. A. (fl. 137) y por edicto al demandante (fl. 138).

17. Acta de liquidación unilateral del contrato de fecha 13 de enero de 1989 la cual no fue suscrita por el contratista, quien no se presentó a los citatorios de fecha 6 de enero, 30 de enero y 7 de marzo de 1989, hechos por la interventoría. (fls. 184 a 189).

18. Acta de recibo final de obra, de fecha 11 de noviembre de 1988.

19. Resolución 001539 del 22 de mayo de 1989, mediante la cual la Dirección General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales declaró en firme el acta de liquidación del contrato No. 818-0-87- y su adicional No. 818-1-88. (fls. 2 a 14).

20. Resolución 02067 de 23 de junio de 1989, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Aseguradora, en la que se dispuso descontar el valor de la multa, del saldo en contra del demandante teniendo en cuenta que el valor de la multa fue cancelado oportunamente por la Aseguradora. (fls. 15 a 23).

De las comprobaciones anteriormente relacionadas concluye la Sala que las pretensiones del actor no tienen prosperidad alguna y, por consiguiente, se

impone la confirmación de lo decidido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima.

En efecto, resulta incuestionable que por causas imputables al contratista Beltrán el Fondo Nacional de Camino Vecinales se vió en la necesidad de liquidar unilateralmente el contrato de obra pública a que se refiere este proceso. Fué, sin duda alguna, el negligente comportamiento del actor, advertido desde el comienzo por la entidad contratante, el que dió lugar a que se vencieran no sólo el plazo contractual inicial, sino también el adicional, sin lograr la ejecución del contrato.

Fué tan evidente el descuido del ingeniero Beltrán Beltrán en el cumplimiento de sus obligaciones que resultaron infructuosos los múltiples requerimientos y la multa que el Fondo le impuso, hasta el punto de que vencido el plazo adicional para la entrega de la obra, esta apenas se había adelantado parcialmente en una mínima proporción. Procedía entonces liquidar el contrato y para tal efecto la entidad demandada citó en varias ocasiones al contratista, quien hizo caso omiso de las mismas, impidiendo así la posibilidad de convenir entre las partes los términos de la liquidación.

Ante la ausencia voluntaria del contratista, la liquidación unilateral final que efectuó el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, quedó en firme y así lo decidió mediante la Resolución 001539 del 22 de mayo de 1989, la que fue modificada por la Resolución No. 02067 de 23 de junio del mismo año, ambas de la Dirección General de la entidad contratante. Conviene precisar, sin embargo, que el contratista no recurrió el primero de los actos administrativos citados y que el segundo se produjo como consecuencia del recurso de reposición que la Compañía Aseguradora interpuso. En las anteriores condiciones encuentra la Sala que la entidad demandada al liquidar unilateralmente el contrato, procedió ajustándose a lo previsto en el artículo 289 del Decreto 222 de 1983 sobre el particular, dado que terminado el contrato, en este caso por vencimiento del término, y sin haberlo ejecutado en su totalidad, legalmente procedía unilateralmente hacer su liquidación, acudiendo a la amplia y casi exorbitante facultad del ente contratante, contenida en el tercer inciso de la norma mencionada.

De otra parte, estima la Sala que no puede acusar el demandante al ente público demandado por incumplimiento del contrato principal y del adicional, cuando el proceso con toda claridad enseña una conducta de absoluta colaboración en favor del contratista Beltrán Beltrán, brindándole las oportunidades necesarias para que ejecutara satisfactoriamente la obra convenida. La suspensión temporal del contrato a petición del actor, la prórroga del plazo mediante contrato adicional, los múltiples requerimientos escritos para

que ejecutara las obligaciones contractuales y la misma multa que se le impuso, dejan ver a una administración cumpliendo sus obligaciones y empeñada, en conseguir la ejecución de la obra convenida, frente a un contratista que con su negligente actividad laboral y a pesar de las oportunidades recibidas por parte del ente contratante, fue incapaz de satisfacer a cabalidad y oportunamente los compromisos acordados.

Con referencia al planteamiento del demandante según el cual su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito, la Sala desestima tal argumentación, por cuanto la época invernal, como la presencia de subversivos en la región, eran de público y notorio conocimiento y por lo mismo resultaban fácilmente previsibles. El factor climático y su repercusión en la obra no podía ser ignorada en razón a que por la época regularmente se presentan las temporadas de lluvia. El factor de aclaración del orden público tampoco podía resultar novedoso o extraño al actor, porque lo cierto es que con anterioridad al contrato la presencia de subversivos en la zona no era desconocida. Pero además de las circunstancias anteriores, ciertamente previsibles, estima la que el contratista conocía, previamente a la firma del contrato, la topografía y condiciones del terreno donde debía cumplir la ejecución de la obra. Así las cosas, resulta inadmisible aceptar la fuerza mayor o el caso fortuito frente a situaciones cuya previsibilidad era sin duda alguna ostensible.

Ahora bien, con respecto a la nulidad impetrada del acta de liquidación final del 13 de enero de 1989 y de las Resoluciones Nos. 001539 de 22 de mayo de 1989 y 02067 de 23 de junio del mismo año, emanadas de la Dirección General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, reitera la Sala que no obstante el carácter de actos administrativos que aquellas ostentan, es tal su vinculación y dependencia frente al contrato, que su existencia no puede concebirse sino con el contrato mismo. Esta circunstancia impide contar el término de caducidad de cuatro meses, para aplicar en cambio, la caducidad de dos años, correspondiente a la acción contractual de acuerdo con el artículo 136, último inciso del C.C.A.

Por último, no encuentra la Sala fundamento legal alguno para acceder a lo pedido en la demanda, dado que tanto el acta de liquidación final, como las dos resoluciones acusadas fueron la culminación, en cada caso, de un trámite administrativo ceñido a la ley, en el cual al demandante se le brindaron las garantías indispensables para ejercer su derecho de defensa y contradicción. Otra cosa es que no lo hubiera ejercido o lo hiciera en forma deficiente. De lo probado en este proceso la Sala concluye que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales acató las normas contractuales y legales que eran aplicables, para arribar así a la liquidación unilateral de los Contratos celebrados con el ingeniero Beltrán Beltrán, cuyas pretensiones, según se advirtió, no tienen prosperidad.

Así lo deduce la Sala tanto de lo pactado en las cláusulas décima séptima, parágrafo tercero, y vigésima octava del contrato inicial, como de los artículos 287, 288 y 289 del Decreto 222 de 1983.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la de 31 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCIONES CONTRACTUALES / CADUCIDAD - Término.

En materia contractual las acciones de cumplimiento tienen una caducidad ordinaria de dos años, contados a partir del vencimiento del contrato. Es en esa oportunidad en la cual las partes pueden saber a ciencia cierta si se dió el incumplimiento total o parcial de alguna o de algunas de las obligaciones emanadas del mismo. Pensar que cada incumplimiento tiene un plazo de caducidad diferente para su reclamo introduciría un caos en las controversias contractuales y traería más de una sorpresa a las partes; las que, comunmente, aspiran a que el cumplimiento se logre mientras esté vigente el Contrato. En otras palabras, es el vencimiento de éste el que permite definir con mayor seguridad cual o cuales obligaciones se incumplieron; y por esa razón será la fecha de dicho vencimiento la que permitirá comenzar a contar el término que las partes tiene para formular sus reclamos ante el juez del contrato

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento / ANTICIPO / PAGO - Inexistencia / CULPA DE LA VICTIMA - Inexistencia

El pago no se hizo a quien estaba en posesión del crédito, sino a terceros falsalarios, y porque la sociedad acreedora no ratificó en forma alguna el pago hecho al pretenso diputado para el cobro. En suma, el poseedor del crédito era INDUMETAL S.A. quien era su titular. El papel o documento esgrimido por los que cometieron el ilícito no les daba esa calidad. Justificar lo ocurrido con la culpa de la víctima, porque esta se demoró casi seis meses para formular la cuenta, carece de seriedad; como sucede también con la aseveración que con su demora la acreedora "puso las circunstancias para que terceros cobraran el cheque. Eso es culpa de la víctima".

ANATOCISMO - Improcedencia / REGULACION DE PERJUICIOS / INTERESES

La jurisprudencia de la sala no ha sido reiterada sino uniforme, con la siguiente orientación: se reajusta el valor histórico de la indemnización con, base en los índices de precios siguiendo la formula vp= vh ind.f /1 ind.i ; de donde vp es el valor presente que se busca, vh el valor histórico o a la suma que se va a reajustar, ind. f. o índice final a la fecha del fallo; e ind. i. o índice inicial el vigente a la fecha en que debió cumplirse la obligación,. Se anota que la actualización de la condena fué expresamente solicitada en la demanda. Como lucro cesante de la suma debida, se liquidará un interés puro o técnico del 6% anual sobre el valor histórico de la obligación; tasa que se estima desprovista de toda finalidad correctivo y que sólo es el precio mínimo que debe cobrarase por el uso del capital.

LLAMAMIENTO DE GARANTIA - Finalidad / FUERO DE ATRACCION / CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

La persona llamada en garantía podrá ser privada, en principio no justificable ante esta jurisdicción, porque cuando se le cita a esta clase de proceso (bien de reparación directa o contractual) el llamamiento se hace porque existe título legal o contractual que así le permite y no porque el llamado sea parte de la relación principal que se discute entre el demandante y la demandada. Si no pudiera llamarse sino a las personas públicas el llamamiento no tendría razón dentro del proceso administrativo y se contrariaría la voluntad de la ley, la que al autorizarlo no lo restringe a esa clase de personas. No puede olvidarse que el llamamiento en el fondo hace posible la efectividad de una relación de garantía. Y además, en el evento como el aquí analizado, se produce un fuero de atracción que permite que todas las partes principales o intervinientes sean enjuiciables por un mismo juez. Así las cosas, el llamamiento efectuado en este proceso tuvo su justificación formal en el contrato de una cuente corriente celebrada entre el FAN y el Banco Cafetero. Pero en el caso concreto no se comprobaran los supuestos para comprometer la responsabilidad de dicho banco, ya que no se acreditó que por su culpa o negligencia se produjo la defraudación que afecto el patrimonio de la demanda. El Banco no tenía porque estar al tanto de los pormenores del asunto; el cheque girado no tenía especiales restricciones y en apariencia los documentos que acreditaban el carácter de los

beneficiarios eran correctos. Recuérdese que sólo con posterioridad la justicia penal vino a descubrir el fraude. Por lo tanto, el banco llamado será absuelto.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 7677. CONTRATOS. Actor: INDUMETAL S.A. Demandada: FONDO AERONAUTICA NACIONAL (FAN).

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de junio 5 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia (Sección Segunda), mediante la cual se dispuso:

"1. NO PROSPERAN LAS EXCEPCIONES DE CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL Y CUMPLIMIENTO 0 PAGO DE LA OBLIGACION.

2. NO SE DECLARA LA FALSEDAD DE LOS DOCUMENTOS TACHADOS NI SE IMPONEN LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL ARTICULO 292 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL POR LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA.

3. DECLARAR, QUE EL FONDO AERONAUTICO NACIONAL -FAN- INCUMPLIO EL CONTRATO NUMERO 3881 DE SEPTIEMBRE 27 DE 1982, SUSCRITO CON LA SOCIEDAD INDUSTRIAL METALMECANICA DEL QUINDIO -INDUMETAL S.A.-.

4. CONDENASE AL FONDO AERONATICO NACIONAL -FAN- A PAGAR A LA SOCIEDAD INDUSTRIAL METALMECANICAS DEL QUINDIO -INDUMETAL S.A. -LOS SIGUIENTES CONCEPTOS:

4.1. LA SEGUNDA CUOTA DEL ANTICIPO CONTRACTUAL PACTADO, ESTO ES, LA SUMA DE VEINTIUN MILLONES-VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($21.028.338.20).

SUMA QUE DEBERA ACTUALIZARSE CONFORME A LO SEÑALADO EN LA PARTE MOTIVA.

4.2. INTERESES MORATORIOS POR INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA CUOTA DEL ANTICIPO, LA SUMA DE SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL CIENTO DIECISEIS PESOS MIL ($66.870.116.00).

4.3. POR INTERESES QUE SE CAUSARON SOBRE LOS INTERESES M.ORATORIOS, LA SUMA DE TREINTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MIL (34.762.368.00).

5. NIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

6. ABSTENGASE DE DECIDIR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA.

7. SIN COSTAS

8. A ESTA SENTENCIA SE LE DARA CUMPLIMIENTO DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 174 Y SUBSIGUIENTES DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO".

En la demanda presentada por Indumetal S.A. contra el Fondo Aeronáutico Nacional en agosto 16 de 1985, se pidió:

"PRIMERA: Declarar que el Fondo Aeronáutico Nacional incumplió el contrato número 3881-IX-27-82, celebrado el 27 de septiembre de 1982, con la Sociedad INDUSTRIAS METALMECANICAS DEL QUINDIO -INDUMETAL S.A.-, cuyo objeto es el "SUMINISTRO, MONTAJE Y PUESTA EN SERVICIO de un sistema de manejo de equipajes para el Aeropuerto José María Córdoba-Medellín.

SEGUNDA: Asímismo declarar que el Fondo Aeronáutico Nacional es administrativamente responsable del incumplimiento contractual a que se refiere la pretensión inmediatamente anterior. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, ese Honorable Tribunal se servirá hacer las siguientes:

SECCION TERCERA

B. CONDENAS:

PRIMERA: Condenar al FONDO AERONAUTICO NACIONAL a cumplir el contrato 3881-IX-27-82, y en consecuencia a pagar a la sociedad INDUSTRIAS METALMECANICAS DEL QUINDIO -INDUMETAL S. A. las siguientes cantidades Correspondientes a la obligación contraída por el demandado en el Ordinal 2) de la CLAUSULA SEGUNDA del mismo contrato:

1. La suma de VEINTIUN MILLONES VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($21.028.338.20) MONEDA CORRIENTE)

2. Los intereses moratorios corrientes de la misma suma anterior desde que se hizo exigible hasta que se realice el pago.

3. Los intereses que se causen sobre los intereses devengados por la referida suma de $21.028.338.20 desde la fecha de la presentación de esta demanda, los cuales constituyen intereses debidos con un año de anticipación con arreglo al Artículo 886 del Código de Comercio.

SEGUNDA: Condenar al FONDO AERONAUTICO NACIONAL a indemnizar a la sociedad INDUSTRIAS METALMECANICAS DEL QUINDIO -INDUMETAL S.A-" los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato 3881-IX-27-82 y en consecuencia a reconocerle y pagarle la suma de SIETE MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE ($7-126-381-oo), o la suma que se pruebe dentro del proceso.

TERCERA: Condenar al FONDO AERONAUTICO NACIONAL al pago de las agencias en derecho y de las costas del proceso.

CUARTA: Para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda colombiana, se ordenará actualizar el valor de las anteriores condenas o el ajuste del mismo al momento de la sentencia o de su pago, todo con arreglo al artículo 178 del C.C.A.

A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A."

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

1. Que entre el Fondo e Indumetal S.A. se celebró el contrato No. 3881 de 27 de septiembre de 1982 para la fabricación, suministro y montaje del sistema de manejo de los equipajes en el aeropuerto "José María Córdobaz" de Rionegro.

2. Que dicho contrato fué objeto de algunas modificaciones, entre las.que se puede destacar la No.4443 de 12 de enero de 1984, por la cual se varió la forma de pago (cláusula segunda).

3. Que el contrato, en términos generales, se cumplió sin obstáculos, salvo en lo relacionado con el pago de la segunda cuota del anticipo (el 30% del valor del contrato) por $21.028.338.20, pagadera cuatro meses después de la firma del mismo, previa la presentación de la cuenta de cobro.

4. Que al formular la cuenta (No.1682 de 17 de agosto de 1983) de acuerdo con el contrato y con la resolución 3280 de 1981 del Fan, éste organismo negó su pago aduciendo que ya había sido pagada.

5. Que el hecho produjo otras acciones y procesos, uno de los cuales le permitió a la justicia penal establecer la comisión del delito de estafa; delito que facultó a terceros, distintos del contratista, gestionar ante el Fan el cobro y el pago de la susodicha cuenta.

6. Que a pesar de que las obras fueron entregadas a plena satisfacción el 22 de marzo de 1985 (a folios 44 del cuaderno No.I), la administración no ha liquidado el contrato ni pagado el saldo de la deuda.

La entidad demandada al oponerse a las pretensiones propuso las excepciones de caducidad de la acción y de pago o cumplimiento y llamó en garantía a varías entidades bancarias, quedando reducido dicho llamamiento al que se le hizo al Banco Cafetero (a folios 133 cuaderno No. 3).

El *a-quo*, luego de cumplir el trámite correspondiente, decidió en la forma indicada atrás. Inconformes las partes, interpusieron apelación, así: el Fan mediante escrito de julio 1 de 1992 (a folio 501) y la parte actora en escrito del día 3 siguiente (a folio 502).

Durante la segunda instancia sustentaron el recurso, la parte demandada en memorial que obra a folios 507 y s.s. y la demandante en escrito que figura a folios 521 y s.s.

El ministerio público, por conducto de su procurador décimo delegado, solicitó, en su vista de 2 de abril de 1993, la confirmación del fallo en cuestión, con las siguientes modificaciones:

"1).- Aclarar el numeral 3 de la parte resolutiva en el sentido de declarar que el Fondo Aeronáutico Nacional -FAN- incumplió el contrato número 3881 de septiembre 27 de 1982, suscrito con la sociedad INDUSTRIAS (no INDUSTRIAL, como dice el fallo) METALMECANICAS DEL QUINDIO -INDUMETAL S.A.

2).- Reformar el numeral. 4.2 de la parte resolutiva, para condenar al FAN al pago de intereses corrientes por el incumplimiento, desde que la segunda cuota del anticipo se hizo exigible.

3).- Revocar el numeral 4.3 de la parte resolutiva, por cuánto la jurisprudencia del Consejo ha sido reiterada en prohibir el anatocismo o sea liquidación de intereses sobre intereses."

Asimismo alegaron de conclusión tanto el Banco Cafetero (a folios 535 y s.s.) como las partes principales involucradas en el litigio. La parte actora en su escrito que obra a folios 538 y s.s. la demandada en memorial que aparece a folios 603 y s.s.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El análisis de las excepciones y el estudio de fondo sobre el incumplimiento contractual hechos por el tribunal merecen acogida en lo fundamental, aunque no así las conclusiones de ese incumplimiento en cuanto a los perjuicios, porque estos deberán concretarse de manera diferente, como se explicará mas adelante. En este orden de ideas, se anota:

Para la Sala, sea con el enfoque del *a-quo* o con lo alegado por la actora, la demanda fué presentada oportunamente. Para aquél porque el plazo de caducidad terminaba el 17 de agosto de 1985 y el libelo fue presentado el día anterior. Para la actora porque el plazo debía contarse a partir de la determinación del contrato, o sea desde el 22 de marzo de 1985.

Aunque, como se dijo, la oportunidad así aparece indiscutible, en vista de que la parte demandada señala la fecha de la admisión de la demanda como. la indicada para calificar esa oportunidad, ya que el término empezó a correr el 17 de agosto de 1983 (día en el se formuló la cuenta de cobro y se puso en evidencia el no pago de la cuenta), la sala hace las siguientes observaciones.

En materia contractual las acciones de cumplimiento o tienen una caducidad ordinaria de dos años, contados a partir del vencimiento del contrato. Es en esta oportunidad en la cual las partes pueden saber a ciencia cierta si se dio el incumplimiento total o parcial de alguna o de algunas de las obligaciones

emanadas del mismo. Pensar que cada incumplimiento tiene un plazo de caducidad diferente para su reclamo introduciría un caos en las controversias contractuales y traería mas de una sorpresa a las partes; las que, comúnmente, aspiran que el cumplimiento se logre mientras esté vigente el contrato. En otras palabras, es el vencimiento de éste el que permite definir con mayor seguridad cuál o cuáles obligaciones se incumplieron; y por esa razón será la fecha de dicho vencimiento la que permitirá empezar a contar el término que las partes tienen para formular sus reclamos ante el juez del contrato.

En éste sentido estima la Sala que la caducidad empezó a contarse cuando el contrato terminó. Esta definición da certeza y seguridad a las partes y se ajusta al pensamiento jurisprudencial.

La que sí es francamente inadmisible es la posición de la entidad demandada, la que da a entender que la caducidad se produjo porque el auto admisorio se expidió después de los dos años de la ocurrencia del hecho del incumplimiento.

Y se dice que es francamente inadmisible porque la jurisprudencia, respaldada por texto legal expreso (artículo 143 del c,c.a.), acepta que el término de caducidad se interrumpirá con la presentación de la demanda que reúna las exigencias legales y no con la admisión de la misma. Si así fuera la caducidad quedaría al capricho o al arbitrio del juzgador, a quien le bastaría demorar la decisión inicial del proceso para dar al traste con las aspiraciones del demandante.

En suma, si la demanda se presentó el 16 de agosto de 1985, su oportunidad es indiscutible.

Fuera de lo dicho y en vista del tránsito de legislación que se produjo con la expedición del código administrativo, adoptado por el decreto 01 de 1984, cabe recordar que las controversias contractuales nacidas con anterioridad al código no estaban regidas por la caducidad sino por la prescripción extintiva; razón por la cual, la presente demanda, que se formuló ya en vigencia del nuevo estatuto, bien pudo presentarse hasta el 12 de marzo de 1986.

La demanda, pues, fué presentada oportunamente y el proceso podrá resolverse de fondo, tal como lo hizo el *a-quo*.

El asunto, a grandes rasgos, toca con el incumplimiento que se endilga a la entidad demandada por el no pago de la segunda cuota del anticipo convenido (el 30% del valor del contrato) o sea la suma de $21.028.338.20; incumplimiento que sirve de fundamento a la actora para reclamar no sólo su pago, sino el reconocimiento de interés es moratorias desde que se hizo exigible la obligación,

más los intereses previstos en el artículo 886 del c. de co. y los perjuicios causados por el mismo incumplimiento estimados en la suma de $7.126.381.

El *a-quo*, luego de rechazar la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada, estimó que efectivamente la entidad había incumplido lo de su cargo porque "el pago no fue hecho al acreedor o a representante legítimo del mismo" y porque "ni siquiera la buena fé podría invocarse como hecho exceptivo de la pretensión, porque no puede olvidarse que se trata de un contrato conmutativo, donde hay prestaciones recíprocas que deben ser satisfechas por ambas partes y que se trata además de un contrato administrativo donde el principio del equilibrio económico financiero del contrato, entre otros, también rige la relación jurídica".

La defraudación, cree la Sala, ocurrió en el patrimonio de la entidad demandada, no en el del acreedor".

La Sala comparte, luego del reestudio del acervo probatorio, tal conclusión, la que también resultó avalada en toda su extensión por el procurador décimo delegado ante esta corporación, como se verá luego.

Del fallo del tribunal se destacan los siguientes apartes, que la sala prohija:

"Como puede colegirse de la demanda, la pretensión del demandante se funda en la mora en el pago de la segunda cuota del anticipo contractual. La parte demandada aduce que pagó.

Prueba de tal pago, son los documentos aportados en la diligencia de Inspección Judicial que obra a folios 62 y siguientes del cuaderno número 7, y que son tachados de falsos por la parte actora:

- La orden de pago del Fondo Aeronáutico Nacional 0537 de julio 8 de 1983 ... en la cual son totalmente falsos: el sello atribuído a Indumetal S.A., así como la firma y la cédula de ciudadanía atribuídos a su presunto autorizado o representante, sello y firma que aparece en estampados debajo de la leyenda (sic) (...) recibí en el extremoi (sic) inferior derecho del documento tachado.

- El cheque No.625564 girado sobre (sic) el banco Cafetero sucursal cra. lOa. de Bogotá de fecha 8 de julio de 1983 por $21.007.309.80 por el Fondo Aeronáutico Nacional a favor de (...) "INDUMETAL (sic) S-A.", en donde son totalmente falsas las firmas atribuidas a Hermes Ariza B., así como el sello que dice INDUMETAL S.A. y debajo de la firma

falsificada la palabra Gerente, firma y sello que aparecen e verso del documento tachado.

-La cuenta de cobro No.1601, en donde es totalmente fals firma de Hermes Aríza Bauzan, la firma y el visto bueno (sic) de acio (sic) Serrio R., así como el membrete o sello de Indumetal S.A- y(...) sello de "INMA, interventores Asociados" puesto encima de la firm alsificada de Ignacio Berrío.

- "La autorización de 5 de julio de 1983 que consta en el papel umentario minerva No.AA-3588594 en donde son falsos: Las tres '3' fas que se atribuyen a Hermes Ariza B., el sello que dice Indumetal S.A la palabra Gerente debajo de la segunda firma falsificada. La céd (sic) de ciudadanía No.3.967.736 de Barranquilla (sic) atribuída a Hnes Ariza en la primera de las firmas falsificadas, la c.c. No.5.103.8 de Neiva atribuída a Luis Alberto Sánchez Rodríguez y la huella digit tribuída a Hermes Ariza B. que aparece estampada al dorso del docum to al lado de la tercera firma falsa de Ariza Bauzan. Igualmente also este documento (sic) en cuanto se atribuye a la sociedad actora, obstante haber sido dicha autorización por una sociedad totalmente rente a la denominada "INDUSTRIAS METALICAS DEL QUINDI S.A".

Indica que "la tacha de falsedad de los documentos enuncia obedece a que las cuentas de cobro invocadas y aportadas por el Fondo ronáutico Nacional no fueron por el representante legal de Indus as Metal Mecánicas del Quindío S.A., (...) ni firmas que en ellos apa e son del señor Hermes Ariza B., ni el interventor autorizó dichas cue s, siendo falsa su firma. Tampoco el señor Ariza Bauzan concurrió a ogotá el 8 de julio de 1983 puesto que se hallaba en Armenia Quíndio esa fecha a recibir el cheque del Banco Cafetero 625564, ni firmó éste rumento: por tanto, la firma y el sello que obran al respaldo del mencio lo cheque atribuidos a Indumetal y a su representante legal son falsos, ismo que la firma y el sello que aparecen en la orden de pago 053 chado de falso" - Folios 67 y 68 del cuaderno número 7-.

Las pruebas solicitadas fueron practicadas en su inte dad y de conformidad con el artículo 290 del Codigo de Procedimie Civil, la Sección debe decidir la tacha formulada.

De los medios de convicción aportados al proceso, se co uye, SIN DUDA ALGUNA, que los documentos tachados de falso, ef ivamente ostentan tales vicios: los dictámenes grafológicos practi os así lo corroboran".

"2.2. Del Incumplimiento:

2.2.1 El pago de la segunda cuota del anticipo contractual, una vez leída la cláusula segunda, numeral dos, del contrato - folio 9, cuaderno principal-, es a juicio de la Sala una obligación sujeta a plazo: 4 meses después de la firma del contrato.

Transcurrido el plazo de los 4 meses, el 17 de agosto de 1983, se formuló por el contratista la cuenta de cobro. Todo porque la obligación ya era exigible a tal fecha.

2.2.2. La administración alega que efectuó el pago de la obligación dineraria, pero las pruebas aportadas al proceso llevan a una conclusión contraria por las siguientes razones:

2.2.2.1. El art.1634 del Código Civil consagra un principio general aplicable al contrato administrativo en materia del pago como modo de extinción de las obligaciones.

Dice tal artículo:

"Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el.crédito aun a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o la persona diputada por el acreedor para el cobro.

El pago hecho de buena fé a la persona que estaba posesión del crédito, es válido, aunque entonces en si después aparezca que el crédito no le pertenecía"

2.2.2.2. Tal disposición consagra uno de los elementos esenciales o específicos del pago como lo es la "existencia de un *accipiens*" ésto es, de una persona legitimada para recibir el pago bien por ser el acreedor de la obligación o por estar facultado, por ley o por acto del, acreedor, para recibir el pago.

El "pago" hecho a personas diferentes de las facultades no constituye pago o medio extintivo de la obligación.

El pago hecho a persona distinta de las relacionadas en el art. 1634, como el que se les hace a los padres del acreedor emancipado, al cónyuge del acreedor, etc., no extingue la obligación: el acreedor conserva su derecho y, por ende, el deudor que ha pagado mal continúa obligado a satisfacerlo.

"Esto, desde luego, sin perjuicio el derecho de repetición que tiene dicho deudor contra el accipiens no legitimado para recibir, quien no puede enriquecerse injustamente" - Osna Fernández. Guillermo- "Régimen General de las Obligaciones". Tais, Bogotá, 1987 - Páginas 350 y 351 - 2.2.3. De las constancias procesal, se concluye que el pago no se efectuó ni al acreedor, ni a persona diputda por éste para el efecto.

La falsedad de los documentoque utilizaron los delincuentes para defraudar a la entidad demandac así lo demuestran, amen de los otros medios de convicción aportadoseáse declaraciones de Ignacio Berrio, Jorge Iván Restrepo, Sonia Valena Cossio, folios 183, 184, 280 y 313 del cuaderno principal-.

2.2.4. La conclusión surge al rone: la excepción de pago, por lo mismo de cumplimiento del contrato, no fe demostrada por la entidad demandada.

El pago no fué hecho al acreedor a representante legítimo del mismo y, agrega la Sala, ni siquiera la "bna fe", podría invocarse como hecho exceptivo de la pretensión, porq no puede olvidarse que se trata de un contrato conmutativo, donde haprestaciones recíprocas que deben ser satisfechas por ambas partes que se trata además de un contrato administrativo donde el principioel equilibrio económico financiero del contrato, entre otros, también rigla relación jurídica.

La defraudación, cree la Sala, urrió en el patrimonio de la entidad demandada, no en el del acreedc'.

Y se refuerza lo sostenido por tribunal con lo resuelto por la justicia Penal, la cual fué enfática en afirmar yefinir que los documentos tachados de falsedad por la parte actora y que fuon aportados durante la diligencia de inspección judicial que obra a folios 62 s.s. del cuaderno No.7, efectivamente resultaron falsos o apócrifos y dieron traste con la posición defensiva de la parte demandada, la cual a lo largo deste proceso ha venido sosteniendo no sólo que pagó su obligación sino que lhizo de buena fé.

De ese proceso penal se coligentonces, la falsedad de los siguientes documentos, claves para la solución eeste asunto.

a) La orden de pago No.0537 julio 8 de 1983; de la cual resultaron falsos el sello atribuido a Indumetal; lairma y la cédula atribuídas a la persona autorizada: el cheque No.625564 de ju 8 de 1983 por $21.007.309.80 girado por el Fan a nombre de una persona jurída distinta, pero de nombre que facilitaba el equívoco "Indumental S.A." y con sello del Banco Cafetero en tal forma

puesto que hacía desaparecer prácticamente la n de la sílaba "men"; la cuenta de cobro No. 1601, con todas sus firmas falsificadas, la autorización de 5 de julio de 1983, en la cual se falsificaron las firmas, los sellos y se hicieron figurar numeros de cédulas diferentes.

Se observa que obran dentro del Expediente las copias del proceso penal, en lo pertinente, en especial de las providencias calificatorias del sumario de primera y segunda instancias, dictadas por el Juzgado 22 Superior de Bogotá (21 de julio de 1986) y por el Tribunal Superior de esta misma ciudad el 9 de diciembre del mismo año, en las cuales se detallan todos y cada uno de los pasos recorridos para arribar a la falsedad alegada. Asimismo obran las copias de las sentencias condenatorias de primero y segundo grado, en las que se constató definitivamente la falsedad propuesta.

En dichas providencias se hace hincapié en el estudio grafológico de Medicina Legal; organismo que tuvo oportunidad de analizar los documentos tachados de falsos, o sea los utilizados inicialmente por el Daac, la corporación Colpatria y los demás terceros, demostrativos de la cancelación del título de depósito y del recibo de los cheques.

Lo precedente muestra que se estableció penalmente el delito de falsedad documental; falsedad en la que no intervino la parte actora y que permite concluir que el Fan pagó mal y tendrá que volver a hacerlo; ya que la veracidad y la autenticidad de los documentos que le sirven de apoyo a su excepción resultaron desvirtuadas.

Las conclusiones del tribunal tienen su apoyo en el artículo 1634 del c.c.; y la interpretación y los alcances de esta norma fueron correctamente expuestos, tal como se lee a folios 486 y S.S del fallo de instancia. Y así como lo dice el *a-quo* ni siquiera puede hablarse en apoyo de la demandada de la buena fé, ya que la defraudación , y así lo da a entender el proceso penal, encontró camino fácil en la conducta omisiva, por decir lo menos, de algunos funcionarios del Fondo.

Asímismo acepta ésta Sala que del acervo probatorio se infiere que esa falsedad afectó el patrimonio de la entidad pública y no el de la acreedora.

La Sala también apoya su posición con lo expuesto por el señor procurador décimo delegado, quien en su vista de fondo de 2 de abril del presente año, observa sobre el fondo del asunto:

"C). En el caso que se debate, se demostró que como consecuencia de una falsedad documental, el Fondo Aeronáutico Nacional pagó a quien no

debía la segunda cuota del anticipo pactada en el contrato de obra, celebrado con la sociedad INDUSTRIAS METALMECANICAS DEL QUINDIO -INDUMETAL S.A. Y aunque la entidad pública demandada insiste en que solucionó el pago de buena fé, la verdad es que dicho pago no tiene la virtualidad de liberarla de la obligación, en la medida en que el pago efectuado a persona distinta de la acreedora, no extingue el crédito.

El ente demandado alega que al emitir el cheque con endoso restrictivo y entregarlo a quien supuestamente representaba al acreedor, cumplió su compromiso contractual. Sin embargo, considera este despacho que no bastaba con la simple restricción del cruce para que el cheque se pagara al oficiarlo, sino que en que se primer beneficiario, si no que en tratándose de una suma tan apreciable, era apenas natural que los funcionarios del F. A. N. hubiera verificado con, el contratista la veracidad de la autorización que Se le daba a su presunto representante, en orden a agotar todos los medios de identificación. El proceder del Fondo acusa, entonces, una conducta negligente y descuidada frente a la entrega del instrumento negociable, sin confirmar que el sello y la firma del interventor en la cuenta de cobro No.1601 y que el sello de INDUMENTAL, la firma y cédula de ciudadanía del autorizado en la orden de pago No.0537, no fueran apócrifos. Y sin reparar en que la autorización la otorgaba una sociedad distinta a la poseedora del crédito, de acuerdo con el membrete de la inexistente sociedad.

La ley de la circulación del cheque no puede servir para convalidar conductas fraudulentas. Ni el pago de la obligación a persona distinta del acreedor, por descuido o imprudencia del deudor, soluciona el crédito.

Si bien es verdad que conforme al artículo 1.634 del C.C., el pago hecho de buena fé a la persona que estaba en posesión del crédito, es válido, no lo es menos que el caso *sub-lite*, la persona que recibió el cheque no estaba para entonces en posesión del crédito. Y que, como. lo preceptúa el. artículo 1635 *Ibídem,* el acreedor, ésto es INDUMETAL S.A- no ratificó, de modo expreso o tácito, el pago hecho al pretenso diputado para el cobro.

En ese orden de ideas, la entidad pública demandada. al hacer el pago de la segunda cuota del anticipo a persona, diversa del contratista, pagó mal y, en consecuencia, continuó obligada a satisfacer el pago, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato.

Esta delegada comparte en su integridad los planteamientos del *a-quo* vertidos en el fallo impugnado y, en especial cuando predica:

"2.2.4 La conclusión surge al rompe: la excepción de pago, por lo mismo de cumplimiento del contrato, no fué demostrada por la entidad demandada.

El pago no fué hecho al acreedor o a representante legítimo del mismo y, agrega la sala, ni siquiera la "buena fé", podría invocarse como hecho exceptivo de la pretensión, porque no puede olvidarse que se trata de un contrato conmutativo, donde hay prestaciones recíprocas que deben ser satisfechas por ambas partes y que se trata además de un contrato administrativo donde el principio del equilibrio económico - Financiero- del contrato, entre otros, también rige la relación jurídica.

La defraudación, cree la Sala, ocurrió en el patrimonio de la entidad demandada, no en el del acreedor..."

Conviene advertir que, en el evento de que no prosperaran las súplicas del demandante, se presentaría un emprobecimiento en el patrimonio del contratista, lo cual se traduciría en el rompimiento del equilibrio económico, financiero que debe presidir las relaciones contractuales.

En este caso, le queda al F.A.N. la acción de repetición contra sus defraudadores, a fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios que se le causaron".

Lo precedente responde la argumentación de la entidad apelante; a la cual no le asiste la razón porque se probó adecuadamente que el pago se hizo a quien no era su acreedor, ya que el cheque con el cual se quiso solucionar la obligación ni siquiera se giró a "Indumetal s.a." sino a **Indumental** s.a. Esto se observa a simple vista (ver fotocopia del cheque No.625564 del Banco Cafetero, a folios 194), pese a que con el sello del mismo Banco de su sucursal de la carrera 10a- se hace un tanto ilegible la segunda "n" de "Indumental".

Sobre la buena fé del Fan quedan, también, serias dudas, hasta el punto que, como lo sostiene el ministerio público y lo da a entender el proceso penal, sólo por la participación de algunos funcionarios suyos pudo lograrse la defraudación. Sólo así se entiende por qué el cheque se giró a Indumental S.A. y fué entregado a alguien que se hacía llamar Luis Alberto Sánchez, cuando éste aparecía autorizado para recibir no por la propia contratista "Industrias Metalmecánicas del Quindío Indumetal S.A.", sino por Industrias Metálicas del Quindío, Indumetal, empresa diferente.

Además, el alegado inciso final del artículo 1634 del c.c. no es aplicable al caso,- porque el pago no se hizo a quien estaba en posesión del crédito, sino

a terceros falsarios; y porque la sociedad acreedora no ratificó en forma alguna el pago hecho al pretenso diputado para el cobro.

En suma, el poseedor del crédito era Indumetal S.A. quien era su titular. El papel o documento esgrimido por los que cometieron el ilícito no les daba esa calidad.

Justificar lo ocurrido con la culpa de la víctima, porque ésta se demoró casi seis meses para formular la cuenta, carece de seriedad; como sucede también con la aseveración que con su demora la acreedora "puso las circunstancias para que terceros cobraran el cheque. Eso es culpa de la víctima".

Aquí se pregunta la Sala: Quién, fuera de la contratista, tenía conocimiento de la deuda y de que ésta era exigible? La respuesta es obvia. Los funcionarios del Fan. Entonces, no serían ellos los que abrieron las puertas a los terceros, así fuera por descuido o negligencia? En otras palabras, para la sala no es descabellado sostener que la administración al contribuir con su incuria en la producción del ilícito, dejó sin piso su alegada buena fé.

Pero aún aceptando que la acreedora incurrió en culpa por la demora en formular su cuenta, ésta no tendría ningún alcance exculpativo por no haber sido ni exclusiva ni determinante y ni siquiera, estima la sala, efecto reductor por su carácter absolutamente irrelevante.

Que la culpa, si existió, dice el Fan, fué de los Bancos que hicieron un mal pago. Pues.bien sí esto fué así tampoco varía el enfoque de la decisión del *a-quo* que aquí se confirmará. La culpa del tercero, mejor su hecho, sólo exculpa cuando sea exclusivo y determinante. Porque si sólo es concausa no cabrá hablar de exoneración de responsabilidad sino de pluralidad de sujetos responsables. De allí que aún en el evento del hecho de tercero, cuando no es exclusivo, no quepa hablar de exoneración o exculpación.

Por todo lo expuesto, se confirmará en este extremo el fallo del *a-quo*.

LOS PERJUICIOS:

En lo que no tiene razón el fallador de primera instancia es en la liquidación de los perjuicios, ya que en este extremo la Sala acoge algunas de las razones expuestas por los demandados.

En este orden de ideas, se anota:

SECCION TERCERA

El tribunal accedió al pago de la obligación insoluta inicial ($21.028.338.20) debidamente actualizada. Condenó además al pago de intereses por el incumplimiento del pago de la indicada suma desde el 17 de agosto de 1983 a junio 5 de 1992 por $101.632.484 con la siguiente discriminación: a) intereses moratorios causados y pendientes a la fecha de la presentación de la demanda $15.140.404. de agosto 17 de 1983 a agosto 16 de 1985; b) Intereses corrientes sobre la suma precedente (capitalizada) de agosto 16 de 1985 a junio 5 de 1992 $34.762-368; c) Intereses moratorios de agosto 16 de 1985 a junio 5 de 1992 sobre $21.028.338.20, $51.729.712.

Lo esquemáticamente presentado no tiene apoyo ni en la ley ni en la jurisprudencia y podría implicar un caso de anatocismo, porque el *a-quo* no se limita a reconocer la deuda con sus intereses hasta su pago, sino que, olvidando que también reconocerá la actualización de dicha deuda, primero capitaliza los moratorios sobre el saldo insoluto hasta la fecha de la presentación de la demanda ($15.140.404); en segundo término, sobre esa capitalización líquida intereses corrientes comerciales desde la presentación de la demanda hasta el fallo de primera instancia; y en tercer lugar, liquida interés moratorios sobre $21.028.338.20 desde el 16 de agosto de 1985 hasta la sentencia.

Así, a primer golpe de vista, a los intereses moratorios devengados desde el 17 de agosto de 1983 hasta el 5 de junio de 1992, le suma $34.762.368, que no son otra cosa que intereses comerciales corrientes del primer período de intereses moratorias capitalizados (desde el 17 de agosto de 1983 al 16 de agosto de 1985, fecha de la presentación de la demanda).

Y si esto es grave, de por si, es más grave si se tiene en cuenta que el saldo insoluto debido a Indumetal S.A. deberá pagarse actualizado. En otras, palabras, la danza de los millones, porque si ya en los intereses comerciales corrientes está comprendido no solo el lucro por el uso del dinero sino un plus por el riesgo de la inflación, qué no podrá decirse de los moratorios?

En estos extremos, la jurisprudencia de la sala no sólo ha sido reiterada sino uniforme, con la siguiente orientación: se reajusta el valor histórico de la indemnización con base en los índices de precios siguiendo la fórmula

$$vp = vh \frac{ind.f}{ind.i}$$

; de donde vp es el valor presente que se busca: vh el valor histórico o la suma que se va a reajustar; ind. f. o índice final a la fecha del fallo; e ind.i o indice inicial el vigente a la fecha en que -debió cumplirse la obligación. Se anota que la actualización de la condena fué expresamente solicitada en la demanda.

Como lucro cesante de la suma debida, se liquidará un interés puro o técnico del 6% anual sobre el valor histórico de la obligación; tasa que se estima desprovista de toda finalidad correctivo y que sólo es el precio mínimo que debe cobrarse por el uso del capital.

No existe razón para cambiar la jurisprudencia. La saber reitera y ratifica así los puntos de vista expuestos en providencia de marzo 20 de 1980 (proceso 1379. Soc. Rascovsky y Roldán Ltda, Carlos Betancur Jaramillo) y que son del siguiente tenor:

> "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 solo el rendimiento que dejó de percibir, traducido ordinariamente 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 debe mostrar ésta o similar actuación: indemnización debida igual a deuda era 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 sufrido 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 ésta clase de intereses.
>
> Estima la sala que el extremo de la devaluación deberá reconocerse, porque el concepto "indemnización", que busca o pretender volver las cosas al estado anterior, ordinariamente por equivalencia, lo implica. No es justo que las obligaciones dinerarias sigan sometidas hoy 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 solo 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 1959- 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 sí al crédito reajustado en función dé 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, "sí se realizan reajuste 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 de sus fondos excluyendo el plus del interés que tiene, como se dijo, otra función".

En éste 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 exista 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 inflacionario y corresponde a una época de estabilidad monetaria"

En éstas condiciones la condena quedará así:

Obligación insoluta $21,028-338.20, o valor histórico. Lapso debido- 17 de agosto de 1983 a noviembre 25 de 1993. Indice inicial de agosto de 1983= 34,81, índice final octubre de 1993=317.10. Así:

$$vp = 21.028.338.20 \ \frac{317.10}{34.81}$$

Vp $191.556.622.90
Lucro cesante.
Intereses al 6% anual de agosto 17 de 1983 a noviembre 25 de 1993
$12.960.465.75

Total condena: $ 204.517.089

El llamamiento en garantía:

Finalmente, la Sala no comparte la decisión inhibitoria tomada por el *a-quo* en relación con la persona llamada en garantía; y menos porque la relación existente entre el Fan y el Banco Cafetero tenga como causa "un acto jurídico de derecho privado, ya un contrato mercantil de cuenta corriente, ya en las obligaciones derivadas de un título valor como es el cheque o en otra cuestión diferente, pero en todo caso ajena a las controversias del conocimiento de la jurisdicción administrativa, razón esta que expone el Consejo de Estado a folio 140 y subsiguientes del cuaderno número tres".

Y no lo comparte. porque ya la Sala desde hace bastante tiempo viene aceptando que la persona llamada en garantía podrá ser privada, en principio no justiciable ante esta jurisdicción, porque cuando se le cita a ésta clase de proceso (bien de reparación directa o contractual) el llamamiento se hace porque existe título legal o contractual que así lo permite y no porque el llamado sea parte de la relación principal que se discute entre la demandante: y la demandada. Si no pudiera llamarse sino a las personas, públicas, al llamamiento no tendría razón dentro del proceso administrativo y se contrariaría la voluntad de la ley, la que al autorizarlo no lo restringe a esa clase de personas. No puede olvidarse que el llamamiento en el fondo hace posible la efectividad de una relación de garantía. Además, y en evento como el aquí analizado, se produce.un fuero de atracción que permite que todas las partes principales o intervinientes sean enjuiciables por un mismo juez.

Así las cosas, el llamamiento efectuado en este proceso tuvo su justificación formal en el contrato de cuenta corriente celebrado entre el Fan y el banco Cafetero. Pero en el caso concreto no se comprobaron los supuestos para comprometer la responsabilidad de dicho Banco, ya que no se acreditó que por su culpa o negligencia se produjo la defraudación que afectó el patrimonio de la demandada. El Banco no tenía porque estar al tanto de los pormenores del asunto; el cheque girado. no tenía especiales restricciones y en apariencia

los documentos que acreditaban el carácter de los beneficiarios eran correctos, Recuérdese que solo con posterioridad la justicia penal vino a descubrir el fraude. Por lo tanto, el Banco llamado será absuelto.

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

F A L L A:

1) Confírmase la sentencia de junio 5 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia (Sección Segunda) en sus numerales 1, 2, 3, 5, 7 y 8.

2) Revócase el numeral 4 el que quedará así:

Condénase al Fondo Aeronáutico Nacional-Fan a pagar a la sociedad Industrias Metalmecánicas del Quindio Indumetal S.A. la suma de $204.517.088.60, discriminada así:

a) 191.556.622.90, valor ya actualizado a la fecha, del saldo insoluto de la obligación incumplida por la entidad demandada; y b) $12.960.465.77, valor de los intereses técnicos sobre el valor histórico de la deuda.

3) Revócase el numeral 16 y en su lugar se absuelve al Banco Cafetero llamado en garantía.

4) Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en su sesión de fecha dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Carlos Betancur Jaramillo, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Daniel Manrique Guzmán, Conjuez;

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Nota de Relatoría: Reiteración jurisprudencial en providencia de 20 de marzo de 1980 proceso 1379 Soc. Rascovsky y Roldán Ltda. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

RESPONSABILIDAD PRESUNTA - Sumersión / DAÑO ANTIJURIDICO / RIESGO ESPECIAL.

Aunque la culpa de Giraldo Antonio fue bastante grave ella concurrió con la de la administración, en igualdad de condiciones. Vale decir, la tragedia tuvo dos sujetos responsables así: La administración, por bien su descuido y negligencia graves, (el canal no estaba tapado porque su cobertura resultaba muy costosa según lo afirma la misma entidad demanda y ni siquiera tenía, señales de peligro); o bien por ser la dueña de la obra peligrosa (la conducción de una vía de agua de especiales características) o bien por presumirse su responsabilidad; y b) el joven Giraldo Antonio Jiménez Cardona, quien no sólo no utilizó el camino aledaño, sino que trató de seguir la vía del canal, sobre uno de sus muros externos, de unos 20 cms de espesor, con le niño Jorge Alveiro al hombro. El asunto, que revela una clara falla del servicio, puede manejarse desde la perspectiva de la responsabilidad presunta, (con apoyo no solo en el riesgo especial creado, sino en el art. 90 de la constitución que obliga al pago de los daños antijurídicos imputables a la administración) en la cual la exoneración sólo es posible por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o por el hecho del tercero, también exclusivo y determinante. Los supuestos de hecho resultaron bien probados (la muerte por sumersión de los menores, en las circunstancias alegadas); y el hecho del tercero alegado como exculpación de la responsabilidad no alcanzó a tener tal universo; o sea no fue exclusivo y determinante de la tragedia. En tales condiciones, deberá condenarse a la entidad demandada el pago de los perjuicios sufridos por los damnificados, con las presunciones que se le indicarán a continuación.

SECCION TERCERA

LLAMAMIENTO EN GARANTIA / COMPAÑIA ASEGURADORA / POLIZA DE GARANTIA.

Al establecerse la responsabilidad el ente público y la relación de garantía existente entre este y la Cía. aseguradora, ésta deberá pagar a las empresas tanto pronto estas paguen la obligación que aquí se señalará, dentro de lo límites, condiciones y cobertura de la correspondiente, poliza de garantía. Muestra el expediente, para respaldar lo dicho, que entre las empresas públicas y la Nacional Cía. de Seguros Generales de Colombia S.A., se celebró el contrato de seguros contenido en la póliza de responsabilidad civil No.1001526 con vigencia desde el 30 de abril de 1988 hasta el 30 de abril de 1989 por $ 100.000.000.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera- Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7713. INDEMNIZACION. Actora: MARIA DULFARY BETANCOURT Y OTROS. Demandada: EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de julio 13 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Risaralda, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron formuladas en el *libelo* que contra las Empresas Públicas de Pereira presentaron, por un lado, María Dulfary Betancourt Díaz y otros; y por el otro, Luz Dary Cardona Díaz y otros, de la siguiente manera:

> "Declárase al ente autónomo del ente municipal EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, administrativamente responsable de la muerte de los menores JORGE ALBEIRO QUINTERO BETANCOURT y RIGOBERTO OSPINA CARDONA, y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios ocasionados a MARIA DULFARY BETANCOURT DIAZ (madre) y JHON EDISON LOPEZ BETANCOURT (hermano) ; LUZ DARY CARDONA DIAZ (madre), GILDARDO ANTONIO JIMENEZ CARDONA, LUZ YASMIN OSPINA CARDONA, DUVERNEY CARDONA DIAZ, JHON FREDY GIRALDO CARDONA y DIEGO ALEXANDER RAMIREZ CARDONA (hermanos).

Los hechos en los cuales perdieron la vida los menores JORGE ALBEIRO QUINTERO BETANCOURT y RIGOBERTO OSPINA CARDONA, sucedieron como ya se dijo el 3 de abril de 1990 por ahogamiento al caer al canal conductor del agua del sector "LA BADEA" de Dosquebradas, (Risaralda).

Como consecuencia de la anterior declaración, hágase las siguientes o similares condenas:

1o. **POR PERJUICIOS MORALES**. Se pagará a cada uno de los actores, ya claramente determinados en este capítulo "DECLARACION Y CONDENAS" o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios MORALES ocasionados por la muerte de los dos menores, acontecidas en las circunstancias de modo, tiempo y lugar ya determinados en la parte inicial de este escrito.

De conformidad con lo anterior se reclaman el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de los demandantes, al precio que se encuentre el metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia, atendiendo la certificación que acerca del precio internacional del gramo oro expida el Banco de la República (Art. 106 del Código Penal).

2o. **POR INTERESES**. Se pagará a cada uno de los actores, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los INTERESES causados desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

Con fundamento en lo dispuesto en el Art. 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a intereses.

Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia, y transcurridos seis (6) meses los de mora.

3o. **CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA**. El ente público del orden municipal EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, darán cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la ejecutoria, atendiendo lo dispuesto, en los artículos 176, 177 y 178 del C.C..A"

En esa misma demanda se hizo la siguiente narración:

"Los hechos en los cuales perdieron la vida los menores JORGE ALBEIRO QUINTERO BETANCOURT y RIGOBERTO OSPINA CARDONA, acontecieron el 3 de abril de 1990 cuando GILDARDO ANTONIO

JIMENEZ CARDONA y JORGE ALBEIRO QUINTERO BETANCOURT cayeron al canal conductor del agua del sector "LA BADEA", de Dosquebradas (R.) pretendiendo ser auxiliado el segundo de los nombrados, por RIGOBERTO OSPINA CARDONA, pereciendo ambos por ahogamiento."

Muestra el *libelo* las pretensiones acumuladas de dos grupos familiares damnificados. Por un lado, el grupo conformado por la señora María Dulfary Betancourt Díaz y su hijo Jhon Edison López B., en su orden, madre y hermano del menor fallecido Jorge Albeiro Quintero Betancourt; y por el otro, el grupo de la señora Luz Dary Cardona Díaz, madre de Rigoberto Ospina Cardona, fallecido, y de Gildardo Antonio Jiménez Cardona, Luz Yasmin Ospina Cardona, Duverney Cardona Díaz, John Fredy Giraldo Cardona y Diego Alexander Ramírez Cardona.

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia y de llamar en garantía a la Nacional Cía. de Seguros Generales de Colombia S.A., decidió en la forma indicada atrás. Inconformes con lo así resuelto apelaron la parte demandante, la cual sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 225 y s.s., y el agente del ministerio público (a folios 242 y s.s.). Allí insistió aquél en sus puntos de vista y criticó la posición asumida por el *a quo,* no sólo en cuanto al análisis del acervo probatorio, sino también en lo que toca con las causales de exculpación, culpa de la víctima y el hecho del tercero. En igual sentido se pronunció el procurador del tribunal, para quien la entidad creó un riesgo excepcional que causó daños a terceras personas.

Durante el trámite de la segunda instancia intervino la parte llamada en garantía para insistir que como el fallo de primera instancia no se adicionó la entidad demandada apeló, esta corporación carece de competencia para referirse a dicho llamamiento, "independientemente de cual sea la suerte corrida por Empresas Públicas de Pereira". Fuera de lo dicho, la misma parte analiza los distintos supuestos de la responsabilidad para concluir que la imputada al ente demandado no se dio en la realidad.

La parte demandada y el ministerio público guardaron silencio en esta etapa procesal.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la sala la sentencia será revocada, ya que no comparte la decisión tomada por el *a quo*, el cual aceptó el hecho del tercero como causal exculpativa. Así, razonó:

"La Administración se exonera mediante la prueba de fuerza mayor, culpa de la víctima, dolo o culpa grave de un agente o que el daño es imputable a un tercero.

Ya vimos las declaraciones correspondientes que no dejan duda que el joven de 15 años, Gildardo Antonio Jiménez Cardona, con su conducta imprudente y actuando como un profesional del "equilibrio" subió al cuello a su sobrino de 5 años, Jorge Albeiro Quintero Betancourt, y empezó a caminar por el borde de cemento del canal, el cual es de pocos centímetros de ancho, como se pudo apreciar en la diligencia de Inspección Judicial y en las fotografías, y al ir a "echar por el camino" le dijo "que se bajara", "él se me ladió y **yo perdí mi equilibrio, eso fue la causa que nos hizo ir a la acequia**" (fol. 99 fte. y vto.).

El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la Administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio y que su actuación no vincula de manera alguna a éste último, se rompe entonces la relación de causalidad; la causa del daño en el caso estudiado fue la conducta irresponsable asumida por el joven Giraldo Antonio Jiménez.

Es de advertir que no se pudo establecer el sitio exacto donde cayeron los menores.

Existe un camino para el tránsito de las personas, el cual no se utilizó; en algunas partes está a 1.23 de altura, que va aumentando a medida que avanza paralelo al muro lateral del canal de agua.

Referente al joven de 14 años, Rigoberto Ospina, que se lanzó al canal a tratar de salvar al menor, desde luego que es una conducta digna de alabanza en una época en que la solidaridad ha desaparecido casi por completo en nuestra sociedad, pero su conducta, la del "socorrista", fue motivada única y exclusivamente por la conducta culposa del tercero (Gildardo Antonio Jiménez). Si se suprime la conducta imprudente del que llevaba el niño en el cuello, no hay lugar a imaginar, como hipótesis, siquiera que Rigoberto Ospina Cardona se lanzara al canal."

Y se dice que no se comparte la apreciación del *a quo,* no sólo porque la entidad demandada al mantener semidestapado y sin ninguna señal de peligro o prevención el canal que conduce las aguas rápidas y profundas hacia la represa de "Dosquebradas", creó un riesgo de excepcionales condiciones para los vecinos del sector, sino también porque la conducta del joven Gildardo Antonio Jiménez Cardona, quien llevaba sobre sus hombros al niño Jorge Albeiro Quintero B. ,

no alcanza a tener el carácter de exclusiva y determinante para ser estimada como exculpativa como hecho de tercero.

Y aunque la culpa de Gildardo Antonio fue bastante grave ella concurrió con la de la administración, en igualdad de condiciones. Vale decir, la tragedia tuvo dos sujetos responsables así: a) La administración, bien por su descuido y negligencia graves (el canal no estaba tapado porque su cobertura resultaba muy costosa, según lo afirma la misma entidad demandada y ni siquiera tenía señales de peligro); o bien por ser la dueña de la obra peligrosa (la conducción de una vía de agua de especiales características) y o bien por presumirse su responsabilidad; y b) el joven Gildardo Antonio Jiménez Cardona, quien no sólo no utilizó el camino aledaño, sino que trató de seguir la vía del canal, sobre uno de sus muros externos de unos 20 cms de espesor con el niño Jorge Albeiro al hombro.

En otras palabras el asunto, que revela una clara falla del servicio, puede manejarse desde la perspectiva de la responsabilidad presunta, (con apoyo no sólo en el riesgo especial creado, sino en el artículo 90 de la constitución que obliga al pago de los daños antijurídicos imputables a la administración) en la cual la exoneración solo es posible por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o por el hecho del tercero, también exclusivo y determinante.

Pues bien. No se dió ni alegó la fuerza mayor. No hubo culpa de las víctimas de Jorge Albeiro Quintero B. porque cuando falleció era apenas un niño, ya que contaba con 5 años, y los infantes, por mandato del artículo 2346 del c.c., no pueden cometer delito o culpa. Ni tampoco puede calificarse el acto heroico que le costó la vida al menor Rigoberto Ospina Cardona, cuando trató de rescatar al niño que se ahogaba,como un hecho culposo. Calificarlo como culpa para exonerar a la administración afectaría el principio de solidaridad que debió, ante la insolidaridad de las gentes, consagrarse en la carta constitucional como un postulado rector (artículo 1°). Tampoco el hecho culposo de Gildardo Antonio Jiménez Cardona, como se dijo atrás, puede calificarse como exclusivo y determinante de la tragedia. No; ese hecho fue con causa y de tanta gravedad como la de la administración, la cual explotaba el canal de conducción de aguas rápidas para su beneficio y utilización en una hidroeléctrica, en condiciones de alarmante irresponsabilidad (destapado en la mayoría del recorrido, sin vallas ni señales de peligro en las zonas descubiertas, y con un solo vigilante o recorredor para una extensión de mas de cinco kilómetros).

Los supuestos de hecho resultaron bien probados (la muerte por sumersión de los menores, en las circunstancias alegadas); y el hecho del tercero alegado como exculpación de la, responsabilidad no alcanzó a tener tal universo; o sea no fue exclusivo y determinante de la tragedia. En tales condiciones, deberá

condenarse a la entidad demandada al pago de los perjuicios sufridos por los damnificados, con las precisiones que se indicarán a continuación.

En cuanto a la persona llamada en garantía, la sala estima que sí tiene competencia para pronunciarse en relación con ella. No es acertado sostener, como lo hace la Cía. de Seguros, que esta Sala carece de competencia para definir su situación porque la sentencia del *a quo* que denegó las súplicas de la demanda no fue adicionada ni apelada por la entidad demandada. Y no es acertada la afirmación porque al denegarse las súplicas de la demanda, o sea al quedar absuelta la entidad demandada en primera instancia, ésta no sólo no podía pedir adición alguna del fallo, sino que no podía apelarlo por carecer de interés para hacerlo. Además, al absolverse a la parte principal se absolvió también a la llamada en garantía.

Pero, en esta instancia, al establecerse la responsabilidad del ente público y la relación de garantía existente entre éste y la Cía. Aseguradora, ésta deberá pagar a las Empresas tan pronto éstas paguen la obligación que aquí se señalará, todo dentro de los límites, condiciones y cobertura de la correspondiente, póliza de garantía. Muestra el expediente, para respaldar lo dicho, que entre las Empresas Públicas y la Nacional Cía. de Seguros Generales de Colombia S.A., se celebró el contrato de seguros contenido en la póliza de responsabilidad civil No. 1001526 con vigencia desde el 30 de abril de 1988 hasta el 30 de abril de 1989 por $100.000.000.

LOS PERJUICIOS

Se solicitan en la demanda los de carácter moral sufridos por María Dulfary Betancourt Díaz y su hijo Jhon Edison López B., con motivo de la muerte de su hijo y hermano Jorge Albeiro Quintero B. Asimismo, se pide el reconocimiento de tales perjuicios a favor de Luz Dary Cardona Díaz y de Gildardo Antonio Jiménez Cardona, Luz Yasmin Ospina Cardona, Duverney Cardona Díaz, John Fredy Giraldo Cardona y Diego Alexander Ramírez Cardona, madre y hermanos de Rigoberto Ospina Cardona el otro menor fallecido.

Frente al primer grupo familiar, aunque no se probó el parentesco existente entre los demandantes y el niño fallecido como lo manda la ley, el acervo probatorio permite tener no sólo a la sedicente madre como damnificada, sino también a Jhon Edison como hermano de Jorge Albeiro.

Para el efecto la sala estima que los mismos registros de nacimiento y la prueba testimonial que obra a folios 6 y s.s., 47 y s.s. y 78 y s.s. del cuaderno No.2 respaldan el carácter de damnificadas que tienen las personas demandantes de este primer grupo familiar. Testimonios que no dejan margen para dudar que

SECCION TERCERA

María Dulfary era tenida por todos como la madre de Jorge Albeiro y de Jhon Edison.

La Sala deja constancia que el reconocimiento posterior a la muerte de Jorge Albeiro, hecho por su padre mediante escritura pública (a folios 6 y s.s.) carece de significación en este proceso, como también carece de relevancia la aceptación por escritura pública de ese reconocimiento que hace la señora María Dulfary (a folios 13 y s.s.); pero estos extremos pueden tomarse como indicios de la relación existente.

Estas prácticas viciosas, para buscar un lucro, le quitan validez a tales reconocimientos, máxime cuando su finalidad es sólo económica. Por qué no se hizo ese reconocimiento en vida?.

Así, en este grupo, dadas las pruebas aportadas, se señalará como indemnización la suma equivalente en pesos a 650 gramos oro para María Dulfary Betancourt D. y 250 para Jhon Edison López B.

En el segundo grupo, la prueba del estado civil demostrativa del parentesco existente entre los damnificados y el menor fallecido Rigoberto Ospina C., tampoco se ajusta a las exigencias legales. Aquí también habrá que considerar a las personas que conforman dicho grupo como terceros damnificados.

Para el efecto, ese carácter se acepta con base no solo en las actas y certificados del estado civil que se estiman incompletos, sino también en los testimonios que obran en el cuaderno No.2, especialmente los que figuran a folios 47 y s.s. y 78 y s.s. Testimonios que hablan de la señora Luz Dary Cardona D. como la madre del menor fallecido, Rigoberto Ospina C. y de Gildardo Antonio Jiménez C., Luz Yasmin Ospina Cardona, Duverney Cardona Díaz, Jhon Fredy Giraldo Cardona y Diego Alexander Ramírez Cardona. Como se observa, a excepción del fallecido y de Luz Yasmin Ospina Cardona, los demás figuran como hijos de Luz Dary con distintos padres, o sea que tienen el carácter de hermanos uterinos.

En este orden de ideas y aplicando el arbitrio judicial en forma similar al grupo anterior, a la señora Luz Dary Cardona Díaz se le reconocerá una indemnización equivalente a los 650 gramos oro; y a cada uno de sus hijos, Luz Yasmin Ospina Cardona, Duverney Cardona Díaz, Jhon Fredy Giraldo Cardona y Diego Alexander Ramírez Cardona, de a 250 gramos oro para cada uno.

No se hará condena alguna a favor de Gildardo Antonio Jiménez Cardona, porque éste, con su conducta gravemente culposa concurrió con la administración para la producción de la tragedia.

Recuérdese que este menor, con el niño Jorge Albeiro Quintero B. en sus hombros, trató de pasar, haciendo equilibrio, por el borde del canal, con tan mala suerte que cayó al fondo del mismo, salvándose de milagro.

No sería equitativo ni justo ordenar indemnización a su favor cuando fué él uno de los responsables principales del suceso trágico.

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:

REVOCASE la sentencia de julio 13 de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda. En su lugar:

Declárase responsable a las Empresas Públicas Municipales de Pereira de la muerte de los menores Jorge Albeiro Quintero Betancourt y Rigoberto Ospina Cardona, acaecida el día 3 de abril de 1990 en el sector "La Badea" del municipio de Dosquebradas (Risaralda).

En consecuencia, se le condena a pagar, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos de las siguientes sumas: a María Dulfary Betancourt Díaz y a Luz Dary Cardona Díaz de a 650 gramos oro para cada una; a Jhon Edison López B., Luz Yasmin Ospina Cardona, Duverney Cardona Díaz, Jhon Fredy Giraldo Cardona y Diego Alexander Ramírez Cardona de a 250 gramos oro para cada uno.

Deniéganse las demás súplicas.

El valor del gramo oro, precio interno, lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo; el cual deberá cumplirse dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 177 del c.c.a.

La condena devengará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorias luego.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

La entidad demandada, una vez cumpla con la obligación aquí impuesta, podrá repetir, por el valor total contra la Nacional Cía. de Seguros Generales de Colombia S.A. : todo centro de la cobertura y límites convenidos en el contrato de seguros contenido en la póliza de responsabilidad civil No.1001526 de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en su sesión celebrada el día dos (2) de diciembre 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.

PROCESO PENAL / PROCESO DE RESPONSABILIDAD - Independencia / PREJUDICIALIDAD - Improcedencia

Podrá absolverse plenamente al funcionario y resultar comprometida la responsabilidad de la administración por falla del servicio o viceversa, por que tales eventos ordinariamente se da un doble juzgamiento, sujeto a cada uno sobre normatividades aplicables diferentes, así: la de un lado, el enjuiciamiento de la conducta dolosa o culposa del servidor oficial como en sujeción al ordenamiento penal, y de otro, el enjuiciamiento de esa conducta desde la perspectiva de las normas que regulen al funcionamiento del servicio público. La aplicación pues, de normatividades distintas, (la penal para la persona humana, el funcionario sindicado de violación de la ley penal y de la administrativa o de responsabilidad administrativa para la persona que actúa o para el Estado) no deja margen a la existencia de situaciones contradictorias y despeja las inquietudes del tribunal. De aceptarse la tesis de este que solo puede condenarse en el proceso de responsabilidad por falla del servicio del funcionario cuando penalmente estuvieran demostrados los supuestos de la imputabilidad penal contra este, habría que concluir que todos los asuntos de responsabilidad administrativa, tendrían que manejarse con la regla de prejudicialidad, o sea que todos deberían suspenderse hasta tanto la justicia penal decidiera lo suyo. Con este no solo se produciría un serio retroceso en la responsabilidad estatal, sino que contraría el mandato de la carta contenido en el art 90, el que califica dicha responsabilidad no por la conducta irregular de la autoridad sino desde la perspectiva del daño antijurídico que le sea imputable. En tal sentido, hoy, la actuación de la administración puede ser lícita o legal y sin embargo puede

dar lugar a la responsabilidad, si el daño causado o una persona le es imputable y le es antijurídico.

FALLA DEL SERVICIO EN LA VIGILANCIA / ABOGADO LITIGANTE / CULPA PERSONAL - Inexistencia

La falla del servicio es predominantemente anónima y que no requieren en todos los casos la plena prueba de la identificación del agente autor material de los hechos. Porque si bien puede dudarse penalmente de la autoría radicada en cabeza de los agentes Roldán y Sabino Duarte (miembros de la Sijín), lo que está fuera de toda duda es el hecho de que el servicio de vigilancia funcionó mal y que por esas fallas una persona seriamente amenazada por su ejercicio profesional de penalista (defensa de algunos sindicados de extorsión y secuestro) fue dado de baja, sin que la autoridad hiciera nada para impedirlo y antes, por lo contrario, con su participación. Las amenazas de muerte recibidas por el Dr. Mora eran conocidas de las autoridades, las que en cierta medida no veían con buenos ojos que defendieran sujetos sindicados de secuestradores y extorsionistas. Desligar o intelectualmente del servicio a los agentes porque actuaron como sicarios causa estupor. Olvida el *a-quo* que ese solo hecho muestra ya un funcionamiento anormal del servicio. Ningún servicio público decente puede funcionar contando dentro de su personal operativo con sujetos que puedan, prevalidos de su autoridad y con armas y vehículos de dotación oficial, cumplir el papel de sicarios. Porque, si tal cosa sucede, el gérmen mismo de esa falla funcional estará precisamente enmarcado tanto en la culpa *in vigilando* como en la *in eligendo*. Elegir mal a los servidores públicos, o dejarlos actuar incorrectamente, es una falla del servicio. Como ya es una falla mantener en servicio a ciertos agentes que muestran, como sucedió aquí, unas hojas de vida muy limpias. Cuando se habla de estas culpas, que su bien originalmente se predicaban del derecho privado, se reclama para el derecho público su real operancia, porque no se concibe un servicio público eficiente, acorde con el orden público, el interés general, manejado por personas deshonestas o fuera de la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C. tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7905. Indemnizaciones. Actor: SONIA DEL CARMEN MORA VERBEL.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 17 de septiembre de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Sucre, mediante la cual se denegaron las súplicas propuestas por la señora Sonia del Carmen Mora Verbel y otros contra la nación (Ministerio de Defensa Policía Nacional) en la demanda de 5 de julio de 1990 y que fueron formuladas así:

"PRIMERA: Declárase responsable a la Nación Colombiana de la totalidad de los perjuicios morales subjetivos y daños materiales que han venido padeciendo y padecerán nuestros mandantes en este proceso, a consecuencia de las muertes violentas del Dr. Luis Alberto Mora González (q.e.p.d.) y la señora Lía del Rosario González Suárez (q.e.p.d), ocurridas a consecuencia de las heridas con arma de fuego que le hicieron los agentes de la Policía Nacional Roberto Roldán y Sabino Duarte, el 6 de julio de 1988 en la antigua vía que de Sincelejo conduce al puerto de Tolú, frente a la finca "La Estancia" (Departamento de Sucre).

"SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior, condenase a la Nación a pagarle a los demandantes por concepto de daños morales subjetivos, lo siguiente:

"a) A los padres del occiso Dr. Luis Alberto Mora González, señor Carmelo Mora González y señora Aura González de Mora, el valor que se pruebe en el proceso de mil gramos oro (1.000 gms) oro puro, para cada uno de ellos por separado y en su totalidad.

"b) A la esposa legítima señora Fanny María Verbel de Mora, el valor que se pruebe en el proceso de un mil gramos oro puro (1.000 grs).

"c) A todos y cada uno de los hijos del occiso Dr. Luis Alberto Mora González, Saraura Mora Verbel, Sonia Mora Verbel, Luis Alberto Mora Verbel y Viviana Mora Verbel, por separado y en su totalidad, el valor que se pruebe en el proceso de un mil gramos oro puro (1.000 grs.)

"d) A la señora Teotilda Suárez Ortega madre de la occisa Lía del Rosario González Suárez, el valor que se prueba en el proceso de un mil gramos oro puro (1.000 grs).

"e) A la menor Lía Isabel Mora González, representada por su abuela materna Teotilda Suárez Ortega y como hija de los occisos legalmente reconocida, el valor que se pruebe en el proceso de un mil gramos oro puro (1.000 grs).

"TERCERA: Declárase responsable a la Nación de la totalidad de los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso, padecidos y que padecerán la esposa legítima señora Fanny María Verbel de Mora y cada uno de sus hijos legítimos Saraura María Mora Verbel, Sonia Mora Verbel, Viviana Mora Verbel y Luis Alberto Mora Verbel, por la pérdida de la renta mensual que para su sostenimiento les entregaba la víctima hasta la fecha de su muerte. La renta perdida será el 75% de lo que se pruebe como ingresos mensuales del fallecido, cuyo valor se actualizará en la fecha del fallo según el índice de depreciación monetaria o de la devaluación de la moneda colombiana que se demuestre en el proceso. La liquidación respectiva se hará según la utilización de la matemática financiera y comprendiendo sin solución de continuidad todo el tiempo que va desde la fecha en que fué causado el daño, hasta el término de la vida probable de su esposa legítima y de sus hijos antes menciona dos.

"CUARTA: Condénase a la Nación a pagarle a los demandantes intereses corrientes en porcentaje no inferior al 24% anual, sobre las sumas que resulten a favor de cada uno de ellos en la sentencia, desde la fecha en que deba hacerse el pago y hasta el día en que efectivamente se realice."

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

1) Que el día 6 de julio de 1988 fueron interceptados el Dr. Luis A. Mora González y la señora Lía del Rosario González Suárez,en la vía vieja que de Sincelejo conduce a Tolú, por los agentes de la policía nacional Sabino Duarte y Roberto Roldán, quienes les dieron muerte con sus armas de dotación.

2) Que los agentes actuaron sin que mediara orden de autoridad competente y sin razón justificativa alguna.

3) Que la comisión del Das integrada para el efecto, señaló como responsables a los agentes mencionados y actualmente la investigación se adelanta en el juzgado sexto de Instrucción Criminal de Sincelejo.

4) Que el Dr. Mora González mantenía relaciones extramatrimoniales con la señora Lía González S. y de esa unión nació la niña Lía Isabel Mora G., quien fué reconocida por sus padres.

5) Que el Dr. Mora González estaba casado con la señora Fanny María Verbel de Mora, unión de la cual nacieron Saraura, Sonia, Luis Alberto y Viviana Mora Verbel.

6) Que el mismo profesional venía cumpliendo una exitosa carrera y habla sido condecorado por la misma policía.

7) Que la señora Teotilda Suárez O., abuela materna de la menor Lía Isabel, obra en representación de la misma al quedar huérfana ésta.

8) Que los hechos trágicos produjeron serios perjuicios morales y materiales a los damnificados.

El Tribunal, luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás. Inconforme la parte actora, apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 103 y siguientes.

Durante el trámite de la segunda instancia alegó la misma demandante e insistió en sus puntos de vista, favorables a la prosperidad de las pretensiones. Asimismo intervino la parte demandada la cual insistió que los hechos aparecen desvinculados del servicio, porque:

"1. No aparece por parte alguna que los Agentes sindicados del homicidio se encontraran en misión del servicio.

"2. No existen pruebas que indiquen que estuviesen uniformados.

"3. De la misma manera "no se ha podido comprobar que la muerte del Dr. MORA GONZALEZ y su compañera hayan sido perpetradas con munición y arma de dotación oficial (calibre 38 largo que no ha sido encontrado en el curso de la investigación)"

4. Por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos, los Agentes están siendo investigados por la Justicia Ordinaria y no por la Penal Militar, precisamente porque éstos no se encontraban de servicio.

"Las situaciones descritas de carácter privado, han sido consideradas acertadamente por el Honorable Consejo de Estado como constitutivas de una falta personal de un Agente de la Administración. Es así como esa Honorable Corporación en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante sentencia del 15 de febrero de 1991, Consejero Ponente

Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO,expediente No.6017, Actor: MIRYAM SALAZAR OROZCO, páginas 4 y 5 se dijo:

"Como dice Laferriere en sus conclusiones sobre el fallo Laumonnier Carriol, " la Falla personal, separable de la función y que no compromete la responsabilidad Estatal, revela al hombre con sus debilidades, pasiones y sus imprudencias. "y para darse, según esa Doctrina que la Sala prohija se requiere: a) que el acto perjudicial que se le imputa al funcionario haya sido realizado por este por fuera del ejercicio de sus funciones, exclusivamente en su vida privada, o por lo menos al márgen del ejercicio propiamente dicho de sus funciones. b) que el móvil del mismo, aún cuando se actúe en ejercicio de estas, haya sido dañado (deseo de venganza o tirria); c) que el acto, también ejercido dentro de la órbita del servicio, muestre una irregularidad burda, flagrante, como seria una vía de hecho o un ilícito penal. Se advierte sí, que esta nota no es absoluta, porque estos factores pueden, en ciertas circunstancias, constituir también fallas del servicio.

""Muestra el acervo probatorio que todo se debió a un lance privado, pasional, entre el Agente y su concubina; por fuera del horario de trabajo de aquel y sin ninguna vinculación con el servicio público que cumplía. El mismo Agente habla de un ataque de celos de su compañera ocurrido cuando ya habla abandonado sus labores; lo que se corrobora con la denuncia de la ofendida. Tan cierto fué, que se trató de un problema de pareja que esta lo perdonó luego, hasta el punto que desistió de la querella que habla formulado contra él y cuando este, según lo afirma, se comprometió a velar por ella y sus hijas.

"No se vé como, en tales condiciones, pueda resultar comprometida la responsabilidad del Estado y menos cuando, como se expresó, ese drama familiar resultó totalmente desvinculado del servicio, hasta el punto que ni siquiera se comprobó que las heridas fueron causadas con el arma de dotación oficial."

"Entonces no es que se esté reconociendo implícitamente la responsabilidad de la NACION, como erróneamente afirma el apoderado de los actores, lo que se hizo fué analizar las posibilidades que se presentaban para endilgar responsabilidad a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL, concluyéndose que la decisión del *a-quo* fué acertada totalmente".

El ministerio público guardó silencio.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La legitimación en la causa de la parte actora presenta algunas objeciones, como pasa a explicarse.

La señora Teotilda Suárez Ortega, quien dice ser la abuela de la niña Lía Isabel Mora G, no probó dicho carácter en la forma exigida por la ley ni demostró ser la tutora de su sedicente nieta, tutoría que requiere el lleno de ciertos requisitos y que no opera de pleno derecho por el solo hecho de la muerte de sus padres. Además, no se acredita que Lía Isabel hubiera sido reconocida por sus padres señores Luis Alberto Mora González y Lía González S, circunstancia que impide, de por sí, hablar de unos abuelos determinados.

Frente a los demás damnificados no existe duda alguna, ya que se demostró que Luis Alberto Mora G., el fallecido, era hijo legítimo de Carmelo Mora y Aura González (a folio 26); cónyuge de la señora Fanny María Verbel (a folio 18); y padre legítimo de Saraura, Sonia del Carmen, Viviana Mercedes y Luis Alberto Mora Verbel.

En lo que toca con el fondo del asunto, se observa:

Para el tribunal no se probó la falla del servicio, si no solo la culpa personal de los agentes que intervinieron en el operativo que culminó con la muerte del Dr. Mora González y de su compañera Lía del Rosario González Suárez. De ese fallo se destacan los siguientes apartes:

> "El actor funda su planteamiento indemnizatorio en el hecho de que considera que quienes dieron muerte a las mencionadas personas fueron los agentes de policía SABINO DUARTE Y ROBERTO ROLDAN, los cuales habrían sido con tratados como SICARIOS, por un ganadero de la región, en venganza por la muerte de su hijo secuestrado.
>
> "Este es, en síntesis, el panorama sobre el cual se fundamenta la presente demanda.
>
> "El actor para demostrar la participación activa de los agentes de policía en el asesinato allegó al proceso contencioso administrativo el voluminoso expediente que contiene las diligencias de carácter penal a cargo del entonces JUZGADO SEXTO DE INSTRUCCION CRIMINAL DE SINCELEJO -hoy Fiscalía- y otros documentos extraídos del mismo proceso (informe comisión del D.A.S. de Noviembre 4 de 1988), en los

cuales se sindica al señor ENRIQUE MONTES TIRADO, SABINO DUARTE SIERRA y a ROBERTO ROLDAN de ser los autores intelectuales y materia les del homicidio del Dr. Luis A. Mora González y la Sra. Lía González Suárez. En dicho proceso, si bien en un principio se había dictado Resolución Acusatoria contra los sindicados por parte del juzgado del cono cimiento, posteriormente el Tribunal Superior del Distrito Judicial REVOCO dicha providencia por considerar que no existían las pruebas suficientes para deducir responsabilidad penal a los incriminados Y ordenó reabrir la investigación (ver Cuaderno de Pruebas del folio 47 al 67 la providencia de abril 12 de 1991 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior).

"En la actualidad las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden trasladarse a otro en copia auténtica, sin ningún otro tipo de formalidad (Art. 185 del C.P.C), con la única condición de que estas pruebas se hubiesen practicado con audiencia de la parte contra quién se aduce. Por consiguiente, para esta corporación es claro que la NACION hace parte de todos los procesos penales y su representación en ellos está en cabeza del Ministerio Público, el cual defiende no solo los intereses generales de la sociedad, sino los de la NACION

"La primera pregunta que surge en este proceso según lo que hemos visto es la siguiente: ¿está plenamente demostrado en el proceso que la muerte del Dr. Mora González fué producto de la conducta criminal de miembros de la policía nacional?

"No toda responsabilidad administrativa tiene necesariamente que concluir con responsabilidad penal para los agentes administrativos que la provocan y viceversa, o sea, no todo delito imputado a agentes del estado genera indemnizaciones a cargo del tesoro público. Hoy en día existen regímenes de Responsabilidad objetiva donde lo primordial es la víctima del hecho dañoso y así no aparezca demostrada la plena autoría de un delito, la administración debe responder. Igualmente, en otros casos, la responsabilidad penal del agente no compromete la del ente público, por no existir el llamado NEXO CON EL SERVICIO, ni el estado haber facilitado la ejecución del hecho criminoso.

"En el *sublite*, si bien existen pruebas que comprometen seriamente la participación de los agentes de policía en el hecho criminal (basta examinar el informe del D.A.S. que obra del folio 171 a 200 del expediente de las copias del proceso penal), muchas de las cuales fueron ratificadas en el curso del proceso contencioso administrativo (ver folios 136 y 165 del Cuaderno de Pruebas), no se ha podido demostrar en su PLENITUD tal

autoría y por ello el juez del conocimiento tiene la labor de reabrir la investigación con ese objetivo. De tal manera que la "falla del servicio" circunscrita a la ejecución del homicidio por parte de los agentes de la policía SABINO DUARTE y ROBERTO ROLDAN, predicado en la demanda, no puede ser demostrado con base en el proceso penal allegado, pues en éste se ha considerado que no hay pruebas suficientes para incriminarlos.

"El proceso penal no ha concluído y a esta jurisdicción no le está atribuída la función de revisar y establecer si los agentes de policía mencionados fueron o no los asesinos del Dr. Mora González y de la Sra. Lía del Rosario González; no sería de recibo que esta corporación entrara a definir lo que no ha podido hacerse en el proceso penal y vincular a los agentes de policía al asesinato, dado que hablar de FALLA DEL SERVICIO con base en el proceder criminal del agente administrativo (así se plantea la demanda) seria acusarlos directamente, lo cual estaría fuera de la órbita de competencia de este tribunal y se correría el riesgo de que se produjeran sentencias contradictorias sobre este asunto. Desde este punto de vista para el tribunal las pretensiones de la demanda no estarían llamadas a prosperar.

"Pero bien, aceptado en gracia de discusión, que las pruebas recepcionadas testimonios, copias del proceso penal, ratificaciones, etc.) son suficientes para vincular al asesinato del Dr. MORA a los miembros de la policía nacional, surge otra pregunta: ¿ la acción de los agentes de la policía nacional contratados como "sicarios" por particulares constituye falla del servicio o falta personal del agente ?"

.....

En el presente caso, no se ha podido comprobar que la muerte del DR. MORA GONZALEZ y su compañera hayan sido perpetradas con munición y arma de dotación oficial (Calibre 38 largo que no ha sido encontrado en el curso de la investigación). Igualmente, tampoco está probado que los agentes el día del insuceso se encontraran por ese lugar en funciones o labores oficiales, tal como se desprende de la constancia que obra al folio 40 del cuaderno principal. De tal manera que para esta corporación si no hubo uso inadecuado, excesivo e irresponsable de las armas oficiales, ni los agentes sindicados del crimen se encontraban en misión propia de sus atribuciones, la falta o la culpa en el crimen es PERSONAL de los agentes y no del SERVICIO y son ellos, individualmente considerados los que deben responder ante la sociedad y los perjudicados con el crimen deben pedir, como se está haciendo dentro del proceso penal, la indemnización

pecuniaria correspondiente a través de apoderado judicial (ver actuaciones del Dr. Fausto Ledesma Copete como PARTE CIVIL en el mencionado proceso penal).

"Ahora bien. Si los antecedentes y móviles del homicidio del Dr. MORA son los que se relatan en la resolución acusatoria revocada y en el informe del D.A.S., que es la prueba fundamental en dicha investigación, no queda duda que el hecho está desprovisto de todo nexo con el servicio. Veamos: en estos documentos se afirma que el ganadero RAFAEL ENRIQUE MONTES TIRADO, de quien se dice fué el autor intelectual del crimen, pronosticó la muerte del DR.MORA GONZALEZ, su compadre, el día en que enterraron a su hijo ARGEMIRO MONTES, en la población de Sampués, al sentenciar: "mijo, el te bautizó y él te mató, pero no volverá a matar a otro" (según testimonio de Fanny María Verbel) y cuentan los autos que, posteriormente, procedió a contratar los servicios de los a gentes de la SIJIN procesados por los dolorosos hechos para cumplir con la amenaza lanzada. Y si ello es así, tales hechos están desprovistos de todo vínculo con el servicio, pues este nada tiene que ver con las acciones criminales de sus funcionarios que buscan retribuciones económicas malhabidas, como parece que sucedió en el *sub-lite*. En efecto, si agentes de la policía por la tentación del dinero y deshonorando las carísimas funciones que la sociedad les ha entregado se convierten en " asesinos a sueldo " (sicarios) tal conducta no tiene relación alguna con las actividades de protección de la honra, vida y bienes de los ciudadanos que la Nación le ha deferido a la institución policiaca.

"En resumen, para esta sala no existe en el caso sometido a nuestro estudio la denominada "culpa anónima" del servicio, sino la personal del agente administrativo que ejecutó el daño, la que deberá ser calificada penalmente; aquí la culpa personal puede ser separada de la del estado. La responsabilidad criminal de los Agentes de la SIJIN es una situación,diferente a lo que constituye la responsabilidad extracontractual del estado por falla del servicio, dado que esta implica que este FUNCIONO MAL, NO FUNCIONO O FUNCIONO TARDIAMENTE, eventos estos que no hacen parte de la situación jurídica y fáctica que dió origen a este proceso. O sea que, partiendo del supuesto de que los agentes de policía fueron los AUTORES MATERIALES del crimen, tampoco en este caso prosperaran las súplicas de la demanda."

Pese a la seriedad de la argumentación que se deja transcrita en lo fundamental, la sala se separa de la misma porque estima que el acervo probatorio establece mas que la simple culpa personal de los agentes desligada del servicio público.

Y se hace tal afirmación con apoyo en las siguientes razones que encuentran su respaldo en el expediente:

Tal como lo acepta el mismo tribunal, existen pruebas que comprometen seriamente la participación de los agentes de la policía en el hecho criminal que culminó con la muerte del Dr. Luis Alberto Mora González y su acompañante Lía del Rosario González S. Pruebas, de las cuales cabe destacar no sólo el informe rendido por la comisión del Das designada para investigar el caso (a folios 171 y siguientes copias proceso penal), sino también las practicadas dentro de dicho proceso y que fueron ratificadas en su mayoría dentro del que ahora se decide (a folios 165 y siguientes del cuaderno principal), que permiten establecer dicha autoría en cabeza de los agentes citados atrás y que no evidencian ninguna razón justificativa de su conducta.

En este punto se separa la sala de la apreciación del *a-quo*, ya que éste de aceptar que las pruebas incriminan seriamente a los agentes, concluye que no se da la plenitud probatoria requerida para condenar porque si en el proceso penal, con base en las mismas pruebas, no pudo demostrarse esa autoría, en el presente no puede afirmarse lo contrario, sin correr el peligro de la producción de sentencias contradictorias.

Y no se acepta porque, tal como el mismo tribunal lo da a entender en otros apartes de su fallo, en asuntos como el aquí estudiado no existe la posibilidad de sentencias encontradas ya que, como lo ha venido reiterando la jurisprudencia desde hace varios lustros podrá absolverse penalmente al funcionario y resultar comprometida la responsabilidad de la administración por falla del servicio o viceversa, porque en tales eventos ordinariamente se da un doble juzgamiento, sujeto cada uno a normatividades aplicables diferentes, así: de un lado, el enjuiciamiento de la conducta dolosa o culposa del servidor oficial con sujeción al ordenamiento penal; y de otro, el enjuiciamiento de esa conducta desde la perspectiva de las normas que regulan el funcionamiento del servicio público.

La aplicación, pues, de normatividades distintas (la penal para la persona humana, el funcionario sindicado de violación de la ley penal,y la administrativa o de responsabilidad administrativa para la persona que actúa por o para el Estado) no deja margen a la existencia de decisiones contradictorias y despeja las inquietudes del tribunal. De aceptarse la tesis de éste de que solo podría condenarse en el proceso de responsabilidad por falla del servicio del funcionario cuando penalmente estuvieran demostrados los supuestos de la imputabilidad penal contra este,habría que concluir que todos los asuntos de responsabilidad administrativa,tendrían que manejarse con la regla de la prejudicialidad, o sea que todos deberían suspenderse hasta tanto la justicia penal decidiera lo suyo.

Con esto no sólo se produciría un serio retroceso en la responsabilidad estatal, sino que se contrariaría el mandato de la carta contenido en su artículo 90, el que califica dicha responsabilidad no por la conducta irregular de la autoridad sino desde la perspectiva del daño antijurídico que le sea imputable. En tal sentido, hoy, la actuación de la administración puede ser lícita o legal y sin embargo puede dar lugar a su responsabilidad si el daño causado a una persona le es imputable y es antijurídico.

En el caso concreto, y en esto quizás radique el error del tribunal, la prueba de la autoría de los agentes en el doble homicidio no depende de lo que se defina dentro del proceso penal, sino de la apreciación valorativa de conjunto de los distintos medios probatorios que obran dentro de este proceso, dentro del que aquí se decida y dentro de la investigación hecha por la comisión del Das. Y ganan en esta definición fuerza demostrativa una serie de indicios que conducen a poner en evidencia que un tercero, a quien le hablan secuestrado y matado un hijo, contrató para vengarse a unos sicarios que resultaron ser dos agentes de la policía,para que dieran muerte al Dr. Mora González, quien les venía prestando a algunos sujetos sindicados de extorsión y secuestro sus servicios profesionales.

En este punto la sala pone de relieve que quizás el *a-quo* al hacer depender lo aquí resuelto de lo probado en el proceso penal olvidó que la falla del servicio es predominantemente anónima y que no requiere en todos los casos la plena a identificación del agente autor material de los hechos. Porque si bien puede dudarse penalmente de esa autoría radicada en cabeza de los agentes Roldán y Sabino Duarte miembros de la Sijín lo que está por fuera de toda duda es el hecho de que el servicio de vigilancia funcionó mal y que por esas fallas una persona seriamente amenazada por su ejercicio profesional de penalista (defensa de algunos sindicados de extorsión y secuestro) fué dado de baja, sin que la autoridad hiciera nada para impedirlo y antes, por el contrario, con su participación. Las amenazas de muerte recibidas por el Dr. Mora eran conocidas de las autoridades, las que en cierta medida no veían con buenos ojos que defendiera sujetos sindicados de secuestradores y extorsionistas. Por eso guardan, relación los comentarios anteriores hechos por el mismo Dr. Mora "que estos mierdas creen que yo soy delincuente en razón de mi trabajo y si es por las defensas que hago nos van a tener que matar a todos los abogados".

Obsérvese que el expediente muestra un hecho bastante diciente. Los investigadores del Das, que no dejan bien clara la participación de compañeros suyos en el hecho, concluyen al final imputando el hecho a los agentes del F2 Sabino Duarte y Roldán y al cabo López; y los miembros de la Sijín arrojan las dudas sobre la participación de aquéllos que fueron José Sarta y Fabio Gutiérrez en especial porque el día de los hechos trágicos los vieron, apostados, en una

camioneta del Das esperando al Dr. Mora, cerca de las dependencias del Das. En parte alguna del voluminoso expediente estudiado se habla de otros autores materiales particulares. Así entonces la duda no radica en el carácter oficial de los homicidas sino en la identificación del organismo al cual estaban adscritos. Por eso importa poco si se trata del Das o del F2, porque en definitiva son órganos que forman parte del ente Nación, unidos por un propósito común que para el caso resulta irónico: la salvaguarda de la vida.

Resulta duro reconocerlo pero todo parece indicar que el ejercicio del derecho penal en Colombia está pisando terreno vedado. Con evidente miopía y desenfoque la opinión pública ha venido cada vez con mayor insistencia confundiendo a los delincuentes con sus defensores. Confusión que ha venido dando frutos de monstruosa distorsión. El país está persiguiendo más a los abogados defensores que a los mismos delincuentes y ya éstos no consiguen quien los defienda.

El expediente causa angustia y desasosiego. Por un lado muestra inoperancia, inacción de las autoridades y por otro, amenazas a los testigos y justicia privada.

La escolta de la señora del Dr. Mora fué suprimida días antes y hasta se dice que los malquerientes hicieron fiesta. El agente Pablo Arturo González B., ha venido insistiendo que corre peligro en su vida por haberse atrevido a declarar sobre los hechos que son del dominio público. Amenazas de sus compañeros de la Sijín, "por sapo".

De su declaración que obra a folios 316 y siguientes del expediente penal se destaca un aparte que es revelador de las, situaciones vividas. Allí, se lee:

> "Qué mas tiene que agregar, suprimir, aclarar o enmendar. CONTESTO: Que quiero solicitar una copia de esta declaración para mandársela a la ciudad de Bogotá a mi hermano, para si me llega a pasar algo él sepa que me pasa por el proceso que se está llevando a cabo. Y a que con esta declaración creo que estoy adquiriendo una enemistad con los señores que están sindicados aquí. Yo creo sentirme amenazado por dichos señores, ya que constantemente con él me ha tocado trabajar y muchas veces se ha llegado a referir estando yo parado por ahí en cualesquier parte de que a "ESTOS SAPOS TRIPLE HIJUEPUTAS TOCA MATARLOS" Me refiero concretamente a DUARTE SIERRA SABINO. Ha dicho esto sin señalarme, pero creo va contra mi porque siempre lo dice cuando yo estoy solo por ahí."

La declarante Nerlys Díaz Guevara coincide en esa sindicación y la sala estima su testimonio como digno de crédito. La participación de los agentes Sabino Duarte y Roberto Roldán en el crimen se deduce también de la resolución de acusación dictada contra los mismos por el juzgado sexto de instrucción criminal,el día 2 de agosto de 1990 (a folios 553 y siguientes). Allí, en análisis serio y razonado,se destacan las pruebas que los incriminan y se rechazan las razones expuestas por los mismos en sus defensas. Aunque ese proveído fué revocado por el Tribunal Superior en providencia de mayo 9 de 1991, dicho organismo no encontró mérito para cesar el procedimiento contra los agentes sindicados, sino que estimó que debía continuarse la investigación, "pues la conducta de los inculpados no aparece totalmente clarificada aún y por ello la Sala es del mismo criterio de la Fiscalía de primera instancia que apeló la indicada providencia y de la segunda", en el sentido de que lo viable por el momento es reabrir la investigación en relación a los procesados SABINO DUARTE SIERRA Y ROBERTO ROLDAN, razón por la cual se revocará la resolución acusatorio impugnada y en su lugar se decidirá como se ha dicho en favor de los mismos, es decir reabriendo la investigación por el término de seis (6) meses y se confirmará la reapertura de investigación del otro sumariado, pero por igual término. Dentro del indicado lapso se practicarán las siguientes pruebas: a) Por estimar que son conducentes al esclarecimiento de los hechos materia de investigación, para aclarar también la conducta de los procesados SABINO DUARTE SIERRA Y ROBERTO ROLDAN, diligenciar las pruebas que al *a-quo* ordenó para practicarlas en la reapertura con relación al sumariado RAFAEL ENRIQUE MONTES TIRADO, las cuales aparecen relacionadas a folios 580 y 581 del informativo b) Oír los testimonios del Agente PABLO ARTURO GONZALEZ BUITRAGO y NERLYS DIAZ GUEVARA para que se les interrogue más ampliamente sobre los referidos hechos, especialmente los motivos que tuvieron para cambiar la versión que aparece en el acta de grabación con respecto a la imputación que se hacía inicialmente contra el cabo LOPEZ, para luego cargar toda la responsabilidad contra DUARTE SIERRA Y ROBERTO ROLDAN, al señalarlos como las personas que presuntamente ocupaban la moto que interceptó el carro de las víctimas; c) Ampliar las injuradas de los procesados SABINO DUARTE SIERRA Y ROBERTO ROLDAN para que aclaren las contradicciones que a juicio del *a-quo* comprometían la responsabilidad de ellos, debiendo explicar lo relacionado con las actividades a que se dedicaron el día 6 de julio de 1988; d) Oficiar al Comando del Departamento de Policía Sucre para que informe si esa institución le habla asignado a alguno de los, mencionados uniformados alguna moto para prestar servicio para la época de los hechos; e) Ampliar los testimonios de las hermanas LUDYS CECILIA Y NORMA MONTES LAMBRAÑO para aclarar el por qué la deponente NERLYS DIAZ las menciona como testigos presenciales de los hechos desde la ventana de su casa, explicando en qué lugar se hallaban y a qué se dedicaban el día trágico; f) Recibir declaración jurada al Agente

BEJARANO referente al vehículo Toyota de placas PJ-02 03 al parecer con alguna vinculación en este asunto, y que según el declarante GONZALEZ BUITRAGO era el mencionado uniformado quien lo conducía para aquella época. Se oirá el testimonio del presunto propietario AUGUSTO CARDENAS ARMELL; g) Recibir nueva versión a la señora FANNY DE MORA para tratar de conseguir que aporte los nombres de las personas que le informaron de la presunta autoría intelectual del procesado MONTES TIRADO; así mismo en lo posible la identificación del campesino a quien recogió en su carro en un lugar cerca del crimen y quién le dió toda la información de la conversación que sostuvieron en el lugar del doble crimen víctimas y victimarios."

Las coartadas expuestas por Sabino y Roldán son débiles y poco convincentes; aquél dizque permaneció todo el día en el cuartel como disponible porque tenía que viajar a Bogotá; y éste, porque ese día (laborable y no de vacancia) se quedó en su casa en obras de albañilería, con permiso, según él, que no apareció por parte alguna.

Para la sala, la falla del servicio estuvo bien probada. El Dr. Mora estaba amenazado de muerte en razón del ejercicio de su profesión. Las autoridades lo sabían y nada hicieron para evitarlo.

Arguye el tribunal que la actuación de los agentes habría que mirarla como culpa personal, eximente de responsabilidad es total. Pues bien; este enfoque tampoco es aceptable. Desligar intelectualmente del servicio a los agentes porque actuaron como sicarios causa estupor. Olvida el *a-quo* que ese solo hecho muestra ya un funcionamiento anormal del servicio. Ningún servicio público decente puede funcionar contando dentro de su personal operativo con sujetos que puedan, prevalidos de su autoridad y con armas y vehículos de dotación oficial, cumplir el papel de sicarios. Porque, si tal cosa sucede, el germen mismo de esa falla funcional estará precisamente enmarcado tanto en la culpa *in vigilando* como en la *in eligendo*.

Se dirá que esto es puro derecho privado y que la responsabilidad del Estado no es indirecta en ningún caso.

Pues no. No es derecho privado. El Estado es quien en mayor grado tiene la obligación primordial de escoger a los mejores para el desempeño de sus cometidos. Esta obligación, dados los intereses en juego, es de mayor exigencia que en el campo particular. Y no solo se debe elegir con especial cuidado a los servidores sino que se les debe vigilar para que no se desvíen en sus funciones. En otras palabras, elegir mal a los servidores públicos, o dejarlos actuar incorrectamente es ya una falla del servicio. Como es ya una falla

mantener en servicio a ciertos agentes que muestran, como sucedió aquí, unas hojas de vida no muy limpias.

Cuando se habla de estas culpas, que si bien originalmente se predicaban del derecho privado, se reclama para el derecho público su real operancia, porque no se concibe un servicio público eficiente, acorde con el orden público, el interés general, manejado por personas deshonestas o fuera de la ley.

Por eso aceptar, como la da a entender el *a-quo*, que como los agentes fueron contratados como sicarios no puede hablarse de falla del servicio, sino de culpa personal, no es otra cosa que una apreciación desfasado que no resiste mayor análisis.

Visto lo anterior, estima la Sala que la sentencia del *a-quo* deberá revocarse para, en su lugar, declarar la responsabilidad de la Nación en los hechos estudiados.

Los perjuicios

Reclaman los damnificados perjuicios morales y materiales.

Por los primeros, la Sala accederá a su reconocimiento teniendo en cuenta las pruebas de la legitimación por activa. Así, los padres de Luis Alberto, Carmelo Mora González y Aura González de Mora, su cónyuge legítima, señora Fanny María Verbel de Mora y sus hijos legítimos Saraura María, Sonia, Viviana y Luis Alberto, tendrán derecho a una indemnización equivalente a los 1.000 gramos oro para cada uno. Igual suma se le reconocerás la señora Teotilda Suárez O. madre de la occisa Lía del Rosario González Suárez.Frente a la menor Lía Isabel Mora González, nada podrá reconocerse por lo dicho atrás (pag. 7 de ese proveído).

En cuanto a los perjuicios materiales se hará condena sólo a favor de la cónyuge sobreviviente, ya que los hijos del Dr.Luis Alberto Mora ya son todos mayores de edad. Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta el salario mínimo vigente a la fecha de la tragedia, porque no se probó un ingreso mayor, ya que los testimonios que obran a folios 20 y siguientes del cuaderno de pruebas no son suficientes a ese respecto, porque no dan la razón del dicho. Además, dadas el ingreso que se indica en la demanda y la existencia de otros bienes en cabeza del Dr. Mora se presume que debía presentar declaración de renta; denuncia fiscal que, en principio, debe operar en estos casos indemnizatorios, tal como lo prevé el articulo 10 de la ley 58 de 1982, y que no obra dentro del expediente.

En estas condiciones, de ese salario mínimo se descontará el 25% para propia subsistencia y del resto, o sea el 75% se tomará el 50% para la cónyuge, hasta el término de su vida probable. El ingreso se actualizará de acuerdo con lo pedido.

Aplicadas las fórmulas la liquidación quedará así:

Indices: julio/88 = 93.34 ; oct./93 = 317.10

Salario Mínimo 1.988 $25.637.40 (Dec. 2545/87)

Ingresos: $25.637.40 25% = $19.228.05

$$Ra = 19.228.05 \times \frac{317.10}{93.34} = \$\ 65.322.63$$

1. Indemnización Debida para Fanny María Verbel de Mora:

n= Jul.6/88 a Nov.11/93 = 5 años 4 meses 5 días 64.17

Ra= 50% de $65.322.63 = $32.661.32

i = 0.004867

$$S = \frac{32.661.3\ (1.00486)64.17 - 1}{0.004867}$$

$$S = 32.661.32 \times \frac{0.3655507}{0.0049867} = \$2'453.126.85$$

2. Indemnización Futura:

Luis A. Mora González nació: Enero 8 de 1.939

A la muerte tenía: 49 años 5 meses 28 días

Vida probable: 26.03 años = 312.36 meses

n= 312.36 - 64.17 = 248.19

Ra= $32.661.32; i = 0.004867

$$S = \frac{32.661.32 \times (1.004867) \text{ a la } 248.19 - 1}{0.004867 \times (1.004867) \text{ a la } 248.19}$$

$$S = 32.661.32 \times \frac{2.3367948}{0.01624018} = \$4'699.627.88$$

Total Perjuicios Materiales para Fanny María Verbel de Mora

$2'453.126.85 + 4'699.627.88 = $ 7'152.754.73

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 17 de septiembre de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Sucre. En su lugar:

Declárase responsable a la nación Ministerio de Defensa Policía Nacional de la muerte del Doctor Luis Alberto Mora González y de la señora Lía del Rosario González Suárez.

En consecuencia, se le condena al pago de perjuicios morales así: a Carmelo Mora González, Aura González de Mora, Fanny María Verbel de Mora, Saraura María, Sonia del Carmen, Luis Alberto y Viviana Mora Verbel el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada uno. El valor del gramo oro, precio interno, lo certificará el Banco de la República a la ejecutoria de este fallo.

Condénase igualmente a pagar a la señora Fanny María Verbel de Mora la suma de SIETE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($7'152.755.oo) por concepto de perjuicios materiales.

Deniéganse las demás súplicas

Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión de fecha 2 de diciembre de 1993.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA / PRINCIPIO DE IGUALDAD / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / NORMA POSTERIOR / DESISTIMIENTO - Inexistencia / FONDO ROTATORIO DE ADUANAS

Las acciones judiciales ejercidas por los particulares con el objeto de tutelar sus derechos frente al Fondo Rotatorio de Aduanas, ajustándose para ello a las prescripciones legales pertinentes, normalmente las del C.C.A., como es el caso, no pueden terminarse de modo anormal a través de exigencias y mecanismos posteriores, sorpresivos y casi ocultos detrás de unas disposiciones que ninguna relación guardan con dicha tutela judicial, prescribiendo una curiosa medida equivalente a una caducidad de la acción y de terminación anticipada del proceso. Al principio de la buena fe, ni a su finalidad, el de que un particular que ha iniciado una acción contenciosa, ajustado, en principio, a las reglas procesales existentes al momento de ejercerla, repentinamente se vea abocado al abrupto fracaso de su pretensión porque, en el camino aparecieron reglas exigiendo presupuestos hasta entonces inexistentes, para la continuación normal del proceso. Quien ejerce la acción, derecho subjetivo público cuya titularidad la tiene toda persona sin distingos, adquiere el derecho a obtener una sentencia como culminación normal del proceso, y a desistir voluntariamente de la misma, salvo circunstancias excepcionales previamente establecidas. Pero si presentada la demanda e iniciado el proceso, una norma posterior, a hurtadillas, le introduce variaciones a las reglas de juego, con exigencias que se han de cumplir en términos angustiosos y fatales, so pena de entender su conducta como la voluntad de desistir de la acción, no hay duda de que se lesiona indebidamente su derecho. Transgrede también el mandato

constitucional del debido proceso (artículo 29), el principio de igualdad (artículo 13), la obligación que tienen las autoridades de proteger los bienes y derechos de las personas (artículo 2o.), y la finalidad de justicia que debe nutrir la totalidad del ordenamiento (preámbulo constitucional). Por todo lo dicho, es menester, con fundamento en el artículo 4o. de la Constitución Política, inaplicar, en el caso concreto, el parágrafo del artículo 107 de la ley 6a. de 1992.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8662. Actor: JORGE HELI VANEGAS G. Demandado: FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto de mayo 13 de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el cual se decidió, "Declarar terminado el proceso por desistimiento."

ANTECEDENTES

El señor JORGE HELI VANEGAS GIRALDO en ejercicio de acción de reparación directa presentó demanda contra el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS para obtener, de conformidad con las providencias de abril 9 y julio 30 de 1985 proferidas por el Juez 3o. Superior y el Tribunal Superior de Aduanas, respectivamente, ".... la entrega del vehículo o el pago de su valor, junto con los perjuicios causados por la no entrega oportuna del vehículo."

Durante el término de traslado para alegar el demandado solicita, que con fundamento en los artículos 135-139 del C.C.A., se de aplicación al art. 107 de la ley 6a. de 1992.

El Tribunal para tomar decisión, que examinó la solicitud antedicha, y que es objeto del recurso de apelación, estimó:

> "Por auto de fecha marzo veintinueve (29) de mil novecientos noventa y tres (1993), se ordenó a la parte actora aportar al proceso copia de la reclamación por él presentada ante la entidad demandada en la forma como lo dispone el parágrafo del art. 107 de la ley 6a. de 1992.

"El apoderado del actor presenta copia al carbón de la reclamación hecha ante la Administración de Aduanas del Distrito con fecha de radicación 19 de abril de 1993 (fl.265 cuad. 1)

"....."

"No se puede tener en cuenta la reclamación hecha por la parte actora ante la oficina de Aduanas de ésta ciudad, porque la reclamación a que se refiere el parágrafo dentro de los tres meses siguientes a la vigencia. de dicha ley, es decir en los meses de julio, agosto y septiembre de 1992, como se puede observar en el escrito que se trae al proceso éste fue presentado tan sólo el 19 de abril del cursante año, o sea siete meses después." (fl. 127 Cdno. 1).

"....."

"Como quiera que el actor no probó el haber hecho la reclamación a que se refiere la ley, esto es, presentado el memorial dentro de los tres meses siguientes a partir de la vigencia de la ley; deberá aplicarse el parágrafo del artículo 107 de la ley 6a. de 1992...."

La inconformidad del actor se fundamentó:

"Si bien es cierto, el Gobierno Nacional promulgó la Ley 6a. de 1992, junio 30 y en la que en su artículo 107 ordenó que dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente Ley..."

"...."

"Por otra parte el artículo 58 de nuestra Constitución Nacional consagra el derecho a la propiedad privada, es decir que el particular no puede ser privado de su propiedad por parte del Estado, ni de los particulares...."

"....."

"La providencia proferida por el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, constituye una violación al art. 58 de la Constitución Nacional, la cual debe observarse en orden extricto...."(sic).

El apoderado de la entidad demandada se opuso al recurso reafirmando los argumentos planteados al solicitar la aplicación de la ley 6a. de 1992.

Para resolver, SE CONSIDERA:

El parágrago del artículo 107 de la ley 6a. de 1992, que sirvió de fundamento para que el *a-quo* decidiese "declarar terminado el proceso por desistimiento", consagra:

> "Parágrafo. Dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las personas o entidades que tengan cualquier tipo de pretensión, derecho, reclamo, acción o participación frente al Fondo Rotatorio de Aduanas, derivados de acciones de aprehensión, decomiso, almacenamiento, enajenación de mercancías, así como de las demás acciones derivadas del ejercicio de las funciones de su competencia, deberán presentar personalmente ante el jefe de la Oficina Regional de Aduanas respectiva, memorial escrito en el que conste el valor de la pretensión, derecho, reclamación o participación así como la cuantía de las indemnizaciones y demás valores a que tengan derecho, indicando los fundamentos de hecho y de derecho de las mismas.
>
> "Durante el lapso señalado en el inciso anterior, se entienden suspendidos los procesos y acciones de cualquier naturaleza que se hayan instaurado contra el Fondo Rotatorio de Aduanas, y no se podrán instaurar nuevos procesos.
>
> "Las pretensiones derechos, reclamos, acciones o participaciones que no se presentar en la forma prevista en este artículo, se entenderán caducados, desistidos o prescritos, según el caso, y sobre los mismos no se podrá proseguir o iniciar proceso alguno".

A juicio de la Sala, el texto legal que se acaba de transcribir contraría obstensiblemente algunos preceptos de la Constitución Política, circunstancia que la determina a actuar en consecuencia, como se verá más adelante.

En efecto:

a) La ley 06 de junio 30 de 1992 esencialmente contiene normas en materia tributaria; así lo dijo en su epígrafe: "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones"; así se deduce de su contenido: "Título I.- IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES; el cual está dividido en cinco capítulos: impuestos sobre la renta y complementarios; contribuciones especiales e inversión forzosa; impuesto sobre las ventas; impuesto de timbre; otros impuestos, contribuciones

y derechos. TITULO II.- ESTATUTO ANTIEVASION Y PROCEDIMIENTO DE COBRO; dividido en seis capítulos: sanciones e investigación; sanciones y presunciones; determinación y discusión de impuestos; otras normas de control; procedimiento administrativo de cobro; modificaciones en la administración aduanera (en este capítulo está inserta la norma comentada); TITULO III.- OTRAS DISPOSICIONES; este título -carece de división en capítulos, pero sus 30 artículos se refieren, casi en su totalidad, a materias tributarias; así lo indica, en fin la circunstancia de que sus disposiciones, en altísima proporción modifiquen, adicionen o deroguen el estatuto tributario. (Decreto 624 de 1989).

Esta simple relación muestra a las claras que el contenido del parágrafo del artículo 107, que señala exigencias especiales para evitar la caducidad, el desistimiento o la prescripción de las pretensiones o de los derechos cuya tutela judicial ha sido solicitada, nada tiene que ver con la materia propia de la ley, por más extensiva que fuese la interpretación que a ella se diese. Nada tiene que ver lo uno con lo otro; ni por el aspecto tributario, ni por el tema atinente a la eliminación del Fondo Rotatorio de Aduanas (primera parte del artículo 107), ni por la asunción de sus funciones por la Dirección de Aduanas Nacionales (inciso 2° del mismo artículo).

Atenta, pues, la inclusión de esta norma contra el imperativo constitucional del artículo 158, según el cual:

> "Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas."

A propósito de este tema, se ha establecido por la Corte Constitucional:

> "La exigencia constitucional se inspira en el propósito de racionalizar y tecnificar el proceso normativo tanto en su fase de discusión como de elaboración de su producto final. El principio de **unidad de materia** que se instaura, contribuye a darle un eje central a los diferentes debates que la iniciativa suscita en el órgano legislativo. Luego de su expedición, el cumplimiento de la norma, diseñada bajo este elemental dictado de coherencia interna, facilita su cumplimiento, la identificación de su destinatarios potenciales y la precisión de los comportamientos prescritos. El estado social de derecho es portador de una radical pretensión de cumplimiento de las normas dictadas como quiera que sólo en su efectiva

actualización se realiza la seguridad jurídica, entendida sustancialmente, reclama, pues la vigencia del anotado principio y la inclusión de distintas cautelas y métodos de depuración desde la etapa gestativa de los proyectos que luego se convertirán en leyes de la República.

"La ausencia de control interno por parte de la respectiva célula legislativa, para evitar que un proyecto vulnere el principio de unidad de materia, no tiene como consecuencia la subsanación del defecto derivado de su incumplimiento, el cual por recaer sobre la materia, tiene carácter sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexequibilidad de la ley.

"La interpretación del principio de **unidad de materia** no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el **principio democrático**, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proporciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistemática con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley." (sentencia C-025 de febrero 4 de 1993, M. P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

b).- De otra partes el artículo 84 constitucional impone:

"Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos licencias o requisitos adicionales para su ejercicio."

De modo que las acciones judiciales ejercidas por los particulares con el objeto de tutelar sus derechos frente al Fondo Rotatorio de Aduanas, ajustándose para ello a las prescripciones legales pertinentes, normalmente las del C.C.A., como es el caso, no pueden terminarse de modo anormal a través de exigencias y mecanismos posteriores, sorpresivos y casi ocultos detrás de unas disposiciones que ninguna relación guardan con dicha tutela judicial, prescribiendo una curiosa medida equivalente a una caducidad de la acción y de terminación anticipada del proceso.

Si de actualizar la información sobre las obligaciones posibles o reales de la entidad extinguida se trataba, lo obvio, lo aconsejable, lo legal y lo justo era consultar sus archivos, compararlos con los libros radicadores de los Tribunales

Administrativos y del Consejo de Estado....etc., sin someter a sujeciones indebidas a los administrados y, menos, hacerlos soportar consecuencias notoriamente gravosas causadas única y exclusivamente por la negligencia de la administración.

c).- De la mano de los imperativos constitucionales transcritos, transita el principio de la buena fe (artículo 83), postulado universal que, en cuanto atañe al derecho público, pretende constituirse en elemento legitimador de las instituciones del Estado.

Ningún favor hace a este principio, ni a su finalidad, el hecho de que un particular que ha iniciado una acción contenciosa, ajustado, en principio, a las reglas procesales existentes al momento de ejercerla, repentinamente se vea abocado al abrupto fracaso de su pretensión porque en el camino, aparecieron reglas exigiendo presupuestos hasta entonces inexistentes, para la continuación normal del proceso.

d).- Tampoco hay compatibilidad de la exótica disposición legal con el artículo 229 Constitucional, o sea el derecho a la tutela judicial que es un derecho fundamental de las personas no incluido en el capítulo correspondiente (capítulo 1° del título 2°) por la positivización casuística de la Constitución; no hay duda, sin embargo, de su reconocimiento como tal en los pactos internacionales, por cuya virtud todas las personas, tienen garantizado el derecho de acceso a la administración de justicia, derecho subjetivo que no se puede desconocer, arbitrariamente, por ningún acto del Estado, incluída la ley.

Así, pues, quién ejerce la acción, derecho subjetivo público cuya titularidad la tiene toda persona sin distingos, adquiere el derecho a obtener una sentencia como culminación normal del proceso, y a **desistir voluntariamente de la misma**, salvo circunstancias excepcionales **previamente establecidas.**

Pero si presentada la demanda e iniciado el proceso una norma posterior, a hurtadillas, le introduce variaciones a las reglas de juego, con exigencias que se han de cumplir en términos angustiosos y fatales, so pena de entender su conducta como la voluntad de desistir de la acción, no hay duda de que se lesiona indebidamente su derecho.

e).- Transgrede también el mandato constitucional del debido proceso (artículo 29), el principio de igualdad (artículo 13), la obligación que tienen las autoridades de proteger los bienes y derechos de las personas (artículo 2o.), y la finalidad de justicia que debe nutrir la totalidad del ordenamiento (preámbulo constitucional).

Por todo lo dicho, es menester, con fundamento en el artículo 4o. de la

Constitución Política, inaplicar, en el caso concreto, el parágrafo del artículo 107 de la ley 6a. de 1992 para, de consiguiente, revocar la providencia apelada la cual queda despojada del fundamento jurídico.

En mérito, de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Inaplicar en este caso el parágrafo del artículo 107 de la Ley 6a. de 1992 por ser contrario a la Constitución Política.

SEGUNDO: REVOCAR el auto apelado.

TERCERO: ORDENAR la continuación del proceso.

CUARTO: Reconócese a la Doctora SANDRA C. RODRIGUEZ ALMANZA como apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el proceso de la referencia y en los términos del memorial poder visible al folio 283 del expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha dos (2) de diciembre 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.

BALDIOS - Desecamiento / DESLINDE DE BIENES BALDIOS / INCORA - Funciones / BIEN DE USO PUBLICO

El demandante no logró desvirtuar la presunción de baldíos de los terrenos de conformidad con lo previsto en los artículos 3°. y 4°. de la ley 200 de 1936; "según la jurisprudencia cuando la causa del desecamiento es la actividad humana (canal, dique, etc.) es aplicable el decreto 40 de 1905, según el cual los terrenos que dejan son de propiedad del Estado y devienen en baldíos (el desecamiento de la Coneca fue provocado por los ribereños). Igualmente es incorrecto la premisa según la cual el Incora no está facultado para deslindar los baldíos disecados artificialmente, reservarlos y de ser el caso, reglamentar su adjudicación, fijar la cabida máxima de la Unidad Agrícola Familiar, hacer las adjudicaciones que se estimen procedentes conforme a esas orientaciones y entrar a ordenar la restitución de las extensiones indebidamente ocupadas, como en el caso concreto, por exceder el límite máximo adjudicable.

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

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

Referencia: Expediente No. 7198. Actor: JESUS ANTONIO SALAZAR CH. Demandado: INCORA.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso

Administrativo del Huila, el 31 de octubre de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"PRIMERO: Niéganse las excepciones propuestas por la parte demandada.-

"SEGUNDO: Es nula la Resolución No. 2941 del 18 de julio de 1987, expedida por la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora", en cuanto declara que se encuentra indebidamente ocupado, y en consecuencia procede la recuperación de los baldíos reservados dentro de la Ciénaga de la Coneca y sus Playones, el Lote de terreno poseído por Jesús Antonio Salazar Charo de 14.4130 hectáreas, comprendido dentro de los siguientes linderos.-

"NORTE: Partiendo del punto 1L con dirección noreste hasta el punto No. 231 colindando con zona ocupada por Antonio Peña.-

"ORIENTE: Partiendo del punto No. 231 con dirección sureste hasta el punto No.250 colindando con zona ocupada por Jorge Tobar, callejón al medio.-

"SUR: Partiendo del punto No.250 con dirección noroeste pasando por los puntos. 249, 247, 245 y 14L colindando con zona ocupada por el grupo de 36 ocupantes, José Fidencio Gómez y Héctor Polanía Sánchez, respectivamente, Canal al medio.-

"OCCIDENTE: Partiendo del punto No. 14L con dirección noreste y noroeste pasando por los puntos Nos. 15L y 1L colindando con zonas ocupadas por Marcos Jurado y Aldemar Pasaje".-

"TERCERO: A título de restablecimiento del derecho ordenase la cancelación de la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pitalito que pudiera haberse hecho con base en el acto administrativo aquí anulado y que afecte el bien descrito en el numeral precedente.-

"CUARTO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda." (fls. 190 a 191).

La demanda de que trata el *sub lite* se formuló en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el art. 85 del C.C.A. y fué presentada, en oportunidad legal, el 9 de marzo de 1988, con el propósito de obtener la nulidad de la Resolución No. 002941 del 18 de junio de 1987,

expedida por la Gerencia General del Incora y, a título de restablecimiento del derecho, la cancelación de la inscripción del mencionado acto en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pitalito. El *petitum* encuentra fundamento en los siguientes hechos:

"1.) El señor JESUS ANTONIO SALAZAR CHARO, es propietario y poseedor inscrito y material del inmueble rural denominado "LA PARADA" ubicado en la fracción del mismo nombre; hoy Cálamo municipio de Pitalito H; predio que se encuentra destinado a la explotación agrícola y ganadera en forma eficiente y que tiene una extensión superficiaria aproximada de 20 Has, con mejoras de pasto, matas de plátano, frijol, maíz, yuca, café; dentro del mismo inmueble hay construida una casa de habitación de bahareque y techos de zinc, pisos en tabla, servicios de agua y luz, con cerramientos de alambre de púas y el que se encuentra debidamente dentro de los siguientes linderos especiales: "Por el Norte colinda con predios de BRUNO DUSSAN y HECTOR POLANIA: por el sur colinda con predios de JORGE TOVAR TOLEDO; por Oriente con predios de RAMON PARRA y por el Occidente con predios del mismo JORGE TOVAR TOLEDO".

"2.) Mi poderdante adquirió el lote anteriormente descrito mediante contrato - de DACION EN PAGO que le hiciera MODESTO ROJAS ABELLA por concepto de cancelación de las cesantías, sueldos, vacaciones y demás prestaciones sociales a que tenía derecho como trabajador del DADOR.

"3.) El lote ya descrito hace parte del fundo en mayor extensión denominado igualmente "LA PARADA" el que tiene aproximadamente 70 Has. y que a su vez fue adquirido por el DADOR MODESTO ROJAS ABELLA por compra que le hiciera el señor RICARDO RICCI SANCHEZ según Escritura Pública Nro. 958 del 8 de Noviembre de 1976.

"4.) Según resolución Nro. 10830, de abril 23 de 1985, la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", ordenó iniciar el procedimiento administrativo tendiente a establecer la existencia o no de baldíos indebidamente ocupados en los terrenos que conforman la CIENAGA DE LA CONECA Y SUS PLAYONES, ubicados en la jurisdicción de Pitalito H.

"5.) El referido procedimiento concluyó con la expedición de la resolución No. 002941, de junio 18 de 1987, originaria de la Gerencia General del "INCORA" por medio de la cual se resolvió declarar que se encuentra indebidamente ocupados y en consecuencia proceder a la recuperación de los baldíos reservados dentro de la CIENAGA de la CONECA y sus

PLAYONES, ubicados en jurisdicción del municipio de Pitalito H"; lote de terreno poseído por JESUS ANTONIO SALAZAR CHARO con una extensión de 14-4130 Has; con cultivos de café, plátano, yuca, maíz y pastos con vacunos (19) casa de habitación construida con ladrillo y pisos de cemento embarcado dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte partiendo del punto Nro. 1L, con dirección Noroeste hasta el punto Nro.231 colindando con zona ocupada por ANTONIO PEÑA; por el Oriente partiendo del punto Nro. 231 con dirección Sureste hasta el punto Nro. 250 colindando con zona ocupada por JORGE TOVAR, callejón al medio; por el sur partiendo del punto Nro. 250 con dirección Noroeste pasando por los puntos 249-247-245 y 14L colindando con zona ocupada por el grupo de 36 ocupantes, JOSE FIDENCIO GOMEZ y HECTOR POLANIA SANCHEZ respectivamente canal al medio y por el Occidente partiendo del punto Nro. l4L con dirección Noreste y Noroeste pasando por los puntos Nros. 15L y 1L colindando con zonas ocupadas por MARCOS JURADO Y ALDEMAR PASAJE".

"6.) Dentro del área delimitada como baldío por el Instituto Nacional de la Reforma Agraria "INCORA", en el art. 1°. de la parte resolutiva de la citada resolución atacada, se indujeron terrenos pertenecientes al predio "LA PARADA" de exclusiva propiedad de mi representado JESUS ANTONIO SALAZAR CHARO, en una extensión aproximada de 4-4130 Has, que aparecen en los planos del "INCORA" enmarcados dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte partiendo del punto 1L con dirección Noreste hasta el punto Nro. 231 colindando con zona ocupada por ANTONIO PEÑA; por el oriente partiendo del punto Nro. 231 con dirección sureste hasta el punto Nro.250 colindando con zona ocupada por JORGE TOVAR, callejón al medio; por el Sur partiendo del punto Nro. 250 con dirección Noroeste pasando por los puntos 249-247-245 y l4L colindando con zona ocupada por el grupo de 36 ocupantes, JOSE FIDENCIO GOMEZ y HECTOR POLANIA SANCHEZ, respectivamente; canal al medio y por el occidente partiendo del punto Nro. 14L con dirección Noreste y Noroeste pasando por los puntos Nros. l5L y 1L colindando con zonas ocupadas por MARCOS JURADO y ALDEMAR PASAJE". Que según la resolución Nro. 001, de enero 18 de 1983 emanada de la Junta Directiva del Instituto Nacional de la reforma Agraria "INCORA", dicha extensión de 4-4130 Has, hace parte o se encuentran dentro de los linderos generales de la CIENAGA DE LA CONECA y sus PLAYONES de la comprensión municipal de Pitalíto H.

"7.) La motivación contenida en los actos acusados de la resolución atacada es falsa, porque:

"a) No es cierto, que la providencia que ordenó adelantar el procedimiento tendiente a declarar, sí existía o nó, indebida ocupación de los lotes de terreno que posee mi cliente y que hace relación a otras personas, terrenos que presuntamente forman la CIENAGA de la CONECA y sus PLAYONES, se hubiera notificado a mí procurado y/o, de más colindantes.

"b) No es cierto, que el auto que decretó la inspección y/o judicial, hubiera sido notificado a todos y cada uno de los colindantes. Además en la inspección ocular y/o judicial, en forma equivocada incluyeron predios de propiedad privada dentro de los linderos especiales dentro de la CIENAGA DE LA CONECA y sus PLAYONES tal como ocurrió en la finca "LA PARADA" de exclusiva propiedad de mi poderdante.

"c) No es cierto, que si hubieran cumplido las diferentes etapas procedimentales, con arreglo de normas que rigen esta clase de actuaciones.

"d) Además, no se delimitó correcta y exactamente los terrenos que se dicen pertenecen a la Nación, esto es, los que conforman la CIENAGA DE LA CONECA y sus PLAYONES; por cuanto se incluyeron terrenos de propiedad privada de varias personas, entre las cuales está mi asistido JESUS ANTONIO SALAZAR CHARO, de quien en forma equivocada se incluyeron unas Has de terrenos (4-4130) que son de su propiedad exclusivamente y que pertenecen al fundo denominado "LA PARADA", tal como se demostrará en el transcurso de este proceso." (fls. 28 a 30).

Las normas violadas y el concepto de la violación, se presentó, en lo fundamental, de la manera siguiente:

"NORMAS VIOLADAS

"**ARTICULOS**: 16;17;20;26;30;32;37;76; de la Constitución Nacional.
"LEY 200 de 1936 Arts: 1°;2°;3;5°;6°;17;19;20;22.
"Ley 58 de 1982.
"Decreto 59 de 1938 Arts: 1°;5°;6°;8°;13;14;17;55.
"Decreto 1.368 de 1974 Arts. 1°;4°; 5°.
"Decreto 1576 de 1974 Arts: 4°;6°;11;13.
"Decreto 1577 de 1974 Arts: 1°;5°;8°;9°;11;12.
"Decreto 14 de 1975 Arts: 1°; 2°.
"Decreto 1264 de 1977 Arts: 1°;2°;3°;4°;6°;7°;8°;9°; a 12;13 a 18.
"Decreto 1449 de 1977 Arts. 1°;7°.
"Decreto 2882 de 1977 Arts: 1°;3°;5°.
"**ARTICULOS**: 740;744;746;756;759;762;763;764;765;768;769; del C.C.
"**ARTICULOS**: 84 del C.C.A." (fls. 30 a 31).

"CONCEPTO DE LA VIOLACION

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" es un establecimiento público descentralizado, consiguientemente un organismo integrante de la rama ejecutiva del poder público en ejercicio de las funciones administrativas que le son propias a consecuencia, está sometido al ordenamiento jurídico, por lo que debe adecuar sus decisiones en el marco de la legalidad.

"El Instituto como preámbulo a la decisión contenida en la resolución atacada ordenó unas inspecciones oculares para delimitar o deslindar los terrenos que, conforman la CIENAGA DE LA CONECA, entendiéndose desde luego que no era de su resorte administrativo tal atribución; de igual manera no se notificó el auto que ordenó la inspección ocular y/o judicial ni tampoco se le dio traslado del experticio a las personas o vecinos presuntamente afectados por lo que se les desconoció el principio del debido proceso prescrito por el Art. 26 de la carta magna. Al haber incluído dentro de los linderos de la CIENAGA DE LA CONECA, terrenos pertenecientes a la propiedad privada como es el caso que nos ocupa; se violó igualmente el principio de la protección a la propiedad privada que establecen los Arts. 16 y 30 de la Constitución Nacional. Así mismo al Instituto haber hecho caso omiso de las manifestaciones por parte de mi cliente en la medida que éste envió la documentación (Escritura Pública, Certificado de Tradición y una Nota), hace unos dos o tres años atrás informando lo que estaba sucediendo con sus propiedades por parte de unos funcionarios del "INCORA" las oficinas de Pitalito H; violó además del estrecho de propiedad, posesión consagrada en la ley civil sustantiva específicamente en los arts: 669;673;740;756;762;765 y concordantes del C.C. como si fuera poco al considerar que unas hectáreas de terreno que son exclusivamente de propiedad de mi asistido y que según la resolución atacada el Instituto las considera como indebidamente ocupadas procediendo en consecuencia a recuperarlas calificándolas de baldíos, sin serlo se está violando lo preceptuado por la ley 200 de 1936 en sus Arts, 1°; 2°; y 3° Decreto 59 de 1938; Art. 4°; 5°o; 6°; 8°; en cuanto está plenamente demostrado que se trata de terrenos económica y debidamente explotados tal como se probará en el transcurso del proceso.

"Es de conocimiento que los actos administrativos son anulables cuando han sido expedidos con violación a la ley, en forma irregular y con abuso y desviación de poder; así no lo enseña el art. 84 del C.C.A. cuando dice: "TODA PERSONA PODRA SOLICITAR POR SI, O POR MEDIO DE REPRESENTANTE, LA NULIDAD DE LOS ACTOS

ADMINISTRATIVOS, ESTA ACCION SE DENOMINA DE NULIDAD Y PROCEDERA NO SOLO CUANDO DICHOS ACTOS INFRINJAN LAS NORMAS A LAS QUE DEBIAN ESTAR SUJETOS, SINO TAMBIEN CUANDO HAYAN SIDO EXPEDIDOS POR FUNCIONARIOS U ORGANISMOS INCOMPETENTES, O EN FORMA IRREGULAR, O FALSAMENTE MOTIVADOS, O CON DESVIACION DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DEL FUNCIONARIO O CORPORACION QUE LOS PROFIERA".

"A la luz del contenido de la norma citada es flagrante la violación de la ley por la resolución atacada, porque además, los motivos de la misma son falsos en la medida en que la resolución fué dictada con base casi esencialmente en lo arrojado por la inspección ocular y/o judicial y por cuanto el "INCORA" no tiene competencia para ser deslindes administrativos situación que concierne a la rama jurisdiccional. Bien sabemos al tenor de los Arts. 12 a 16 y 23 , 466 del C.P.C. que son los jueces civiles quienes deben ventilar los procesos de deslinde y amojonamiento.

"Entendemos también que debió haberse tenido en cuenta los principios de imparcialidad de la actuación administrativa, la audiencia de las partes y enumeración de los medios de prueba que pueden ser utilizados en el procedimiento y en lo relativo al objeto de la misma, que persigue la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley tal como lo indican los Arts. 2; 3; y 5 de la ley 58 de 1982" (fls. 31 a 32).

La entidad pública negó algunos de los hechos y aceptó otros; propuso las excepciones de falta de competencia e ineptitud sustantivo de la demanda, y pidió denegar las súplicas formuladas por el actor. (fls. 62 a 68 del C.).

Surtido el trámite de la instancia, el *a-quo* produjo el fallo recurrido, en el cual, además de declarar no probadas las excepciones planteadas por la administración, despacha favorablemente las pretensiones de la demanda.

Reconoce su competencia para conocer de la acción con fundamento en el art. 9 del Decreto 2288 de 1989, y de la interpretación contextual de la demanda, deduce que reúne los requisitos legales sin que se configure una indebida acumulación de pretensiones; precisa también que el acto administrativo no es susceptible de recurso alguno, motivo por el cual no se puede hablar de falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Señala que la controversia gira en torno de cuatro (4) hectáreas, debidamente explotadas con cultivos y ganados, que hacen parte del globo de mayor extensión denominado LA PARADA, el cual a su vez, hace parte de la CIENAGA DE LA CONECA, jurisdicción del municipio de Pitalito, en el departamento del Huila, cuyas mejoras y posesión adquirió el actor mediante documento privado; dichos terrenos que el INCORA, en el acto administrativo materia de la impugnación, declara baldíos reservados, ocupados en exceso en relación con la cabida de la unidad agrícola familiar señalada para el sector; "así se desprende de las Resoluciones 04756 del 20 de octubre de 1981, por la cual se ordenó iniciar el procedimiento administrativo orientado a deslindar los terrenos "baldíos" que conforman la Ciénaga; de la 001 del 18 de enero de 1983 que deslinda dichos terrenos; de la 05336 del 31 de octubre de 1984 donde se reglamenta la adjudicación de estos baldíos, y de la 248 del 17 de marzo de 1987, por la cual se determina la cabida de la Unidad Agrícola Familiar dentro del predio (sic) La Coneca".

Con apoyo en la sentencia del Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 31 de julio de 1985, en la que se alude al régimen legal de los baldíos, el *a-quo* concluye que debe anularse el acto administrativo demandado en razón a que desconoce que la explotación con cultivos y ganados constituyen modo de adquirir terrenos de esa naturaleza.

> "Aplicando lo pertinente al caso concreto hay que tener en cuenta que la posesión y la explotación del predio disputado la viene ejerciendo Jesús Antonio Salazar Charo, desde mucho antes de que el Incora ordenara iniciar el procedimiento administrativo orientado a deslindar los terrenos baldíos que conforma La Ciénaga de la Coneca, lo cual se hizo mediante la Resolución 04756 del 20 de octubre de 1981, y con mayor anterioridad a que deslindara dichos terrenos por medio de la resolución No. 001 del 18 de enero de 1983; a que reglamentara la adjudicación a través de la Resolución 05336 del 31 de octubre de 1984, y a que le diera a ellos la destinación especial (Colonización) en virtud de los dispuesto en la Resolución No. 098 del 22 de diciembre de 1983, aprobada por la 163 del 3 de septiembre de 1984, expedida por el Presidente de la República; lo mismo que con mucha anterioridad a la Resolución No. 248 del 17 de marzo de 1987 donde de fijó la cabida promedio de la Unidad Agrícola Familiar para cada una de las personas naturales ubicadas en terrenos de la Ciénaga de la Coneca." (fl. 185).

"En otras palabras, el derecho que sobre el terreno venían adquiriendo los sucesivos poseedores, ocupantes, cultivadores, desde tiempo atrás, no podía ser desconocido por el Incora **con los actos administrativos con los cuales**

no solamente hizo el deslinde de los terrenos sino que también los reservó para un programa de colonización especial." (fls. 158 a 191).

La parte demandada recurrió en apelación el fallo anterior con el objeto de que se revoque y en su lugar se declare que el acto administrativo reclamado se encuentra ceñido a la ley. En apoyo de su petición, destaca en primer término la falta de competencia del Tribunal para conocer la acción incoada, sostiene que la competencia está atribuida al Consejo de Estado y, eventualmente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por cuanto el acto impugnado fue expedido por una entidad del orden nacional, en esta ciudad Distrito Capital.

Aduce el recurrente, que Incora está facultado para deslindar de los predios de propiedad privada los terrenos baldíos que hacen parte de la Ciénaga, reglamentar su destinación y en caso de resolverse por la adjudicación, determinar la cabida máxima a que tendría derecho cada una de las familias interesadas; estos argumentos los desarrolla de la manera siguiente:

> "El Decreto Legislativo No. 40 de 1905, Artículo 1°. dispone que: "El Gobierno procederá a hacer deslindar los lagos, lagunas, ciénagas y pantanos de propiedad nacional de los predios ribereños, pertenecientes a particulares". Su parágrafo único dispone que: "Para los efectos del deslinde de que trata el presente Artículo, se declaran de propiedad de la Nación, los terrenos que hayan estado inundados u ocupados por las aguas en los últimos diez años". Esta definición manifiesta claramente que es el Gobierno quien debe deslindar los lagos, lagunas, ciénagas y pantanos que son propiedad de la Nación, de los predios ribereños de propiedad de los particulares. Con fundamento en este Decreto, en las Normas del Código Civil, la ley 200 de 1936, el Código fiscal de 1912, el trámite Administrativo del Decreto 2095 de 1961 y la Ley 135 de 1961, la Junta Directiva del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, dictó la Resolución No. 001 de enero 18 de 1983, mediante la cual deslinda los terrenos baldíos que, conforman la Ciénaga de la CONECA, ubicada en el municipio de Pitalito, departamento del Huila, con una extensión total de 400 Has. 1.250 metros cuadrados, cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran plasmados en dicha resolución.
>
> "Mediante resolución número 073 de 1983, emanada de la Junta Directiva del INCORA, se resolvieron los recursos interpuestos contra la primera (Resolución No. 001 de enero 18 de 1983) poniendo término al trámite administrativo de deslinde de los terrenos baldíos que conforman la Ciénaga de la CONECA. Estos actos administrativos fueron demandados únicamente por el señor HECTOR POLANIA ante el Tribunal Contencioso

Administrativo del Huila, cuya sentencia fué apelada ante el Honorable Consejo de Estado, quedando en firme y vigente la resolución 001 y 073 de 1983, por cuanto se demostró que los terrenos deslindados de la Ciénaga LA CONECA, plenamente identificados mediante el plano R-60-809 levantados por el INCORA, son baldíos y en consecuencia la titularidad del dominio, radica en cabeza de la Nación. Era en ese entonces, dentro del trámite Administrativo de deslinde, que el demandante debió alegar y hacer valer sus pretensiones y no ahora cuando es indiscutible su condición de baldíos los terrenos deslindados de la Ciénaga LA CONECA, la que conlleva su consecuente recuperación.

"En la demanda del ameritado acto administrativo a que se contrae la resolución número 002941 de junio 18 de 1987, hay que distinguir dos aspectos: 1). La demanda de la Resolución en referencia y 2). La petición dentro de la misma, para que se ordene la cancelación de la inscripción de los Actos Administrativos que se hicieron en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pitalito, con el objeto de anular la resolución aludida. Pues aceptar esta petición del demandante, es dejar sin efecto el deslinde decretado mediante las resoluciones No. 01 y 073 de 1983, emanadas de la Junta Directiva del INCORA, las que se encuentran debidamente ejecutoriadas e inscritas en la Oficina de instrumentos Públicos, cuyo término de impugnación por vía contenciosa caducó hace muchos años." (fls. 196 a 197)

"EL INCORA por medio de la Junta Directiva y con la aprobación del Gobierno Nacional, reservó los terrenos desecados que conforman la Ciénaga de la Coneca, dejando el carácter de bienes de uso público, para ser adjudicados mediante condiciones especiales señaladas en reglamentaciones también especiales, diferente de la adjudicación de los baldíos ordinarios, cuyo trámites rige por el artículo 29 de la ley 135 de 1961 y los Decretos 389 de 1974 y 2703 de 1981, razón por la cual la resolución demandada número 002941 de 1987 se encuentra ligada con las resoluciones Nos. 098 de diciembre 22 de 1983, 163 de 1984, 5336 de octubre 31 de 1984 y 248 de marzo 17 de 1987." (fls. 195 a 198).

En la oportunidad de los alegatos de conclusión, la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio; la parte actora allegó el escrito visible a los fls. 205 y 206 del C.I, en el cual, luego de referirse a los antecedentes fácticos, solicita confirmar en todas y cada una de sus partes la providencia recurrida.

SECCION TERCERA

LA SALA CONSIDERA

La sentencia dictada por el *a-quo* será revocada y en su lugar se denegarán las súplicas de la demanda, demostrando como se encuentra que el acto administrativo demandado se ciñe a las disposiciones legales que le sirven de base. El lote en disputa, con una extensión de cuatro (4) hectáreas, está integrado por terrenos que hacen parte de la Ciénaga de La Coneca disecados artificialmente; es decir que por esa circunstancia pasaron de ser bienes de uso público a baldíos que el INCORA, con base en facultades legales, destinó a labores de colonización especial: el lote representa el área que el actor ocupa en exceso de la unidad agrícola familiar fijada para la zona y por tanto, estaba sujeto al procedimiento de recuperación de baldíos indebidamente ocupados.

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del art. 9°. del Decreto 2288 de 1989, el *a-quo* es competente para conocer en primera instancia de la acción propuesta en razón de la ubicación del inmueble, de la cuantía de las pretensiones y porque la resolución acusada decide definitivamente sobre uno de los procedimientos de clarificación de la propiedad privada regulados en el Decreto 1265 de 1977.

El art. 3°. , ordinal a), de la ley 135 de 1961, preceptúa que es función del INCORA administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de esa ley. Igualmente, le compete a nombre del Estado ejercitar las acciones y tomar las medidas que corren conforme a la ley en los casos de indebida apropiación de tierras baldías o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas ...".

En armonía con la preceptiva anterior, el art. 38 bis del mismo Estatuto, dispone que en los eventos de ocupación indebida de tierras baldías o que no puedan ser adjudicadas, podrá el Instituto previa citación personal del ocupante o de quien se pretenda dueño, o en la forma prevista en el art. 318 del C. de P.C., ordenar la restitución de las extensiones indebidamente ocupadas. Al efecto, agrega el texto reglamentario establecerá el procedimiento que habrá de seguirse y las autoridades de policía están en la obligación de prestar su colaboración para que la restitución se haga efectiva.

A su vez, los artículos 13 y 14 del Decreto 1265 de 1977, establecen en lo esencial, que el procedimiento de recuperación de baldíos indebidamente ocupados deben observarse las siguientes directrices:

"RESOLUCION INICIAL. Establecida la condición de baldíos, el Gerente General o su delegado, ordenará iniciar los trámites administrativos para establecer si los terrenos se encuentran o no indebidamente ocupados y dispondrá si fuere el caso, iniciar las diligencias de recuperación.

La providencia se notificará personalmente al Agente del Ministerio Público, a los interesados o a sus representantes. Si no fuere posible la notificación personal, se procederá en la forma prevista por el art. 318 del Código de Procedimiento Civil".

"DECISION FINAL. Con fundamento en las pruebas aportadas, el Gerente General o su delegado decidirá, mediante resolución motivada, si el predio, en todo o en parte, ha sido indebidamente ocupado y en este evento ordenará la restitución del inmueble. Si se trata de terrenos baldíos poseídos en excesos sobre el limite legal adjudicable, la resolución determinará la ubicación de las hectáreas que se dejarán en poder del interesado. La entrega de los terrenos al Instituto deberá cumplirse dentro de los treinta (30) dias siguientes a la fecha de notificación de la respectiva providencia.

En la misma providencia se decidirá sobre el reconocimiento de mejoras conforme a las previstas de la ley civil, procediendo a su adquisición, si a ello hubiera lugar, con aplicación, en lo pertinente, de lo establecido por el art. 30 del Decreto 1576 de 1974".

De las pruebas recaudadas en los autos, resultan debidamente demostrados los siguientes hechos:

1. Que con arreglo a lo previsto en los arts 3°. ordinales a) y d) de la ley 135 de 1961, 5°., 11, 12 y 13 del decreto 2095 de 1963, el Gerente General del INCORA ordenó adelantar el trámite administrativo encaminado a deslindar los terrenos que son de propiedad privada de los que conforman la Ciénaga de la Coneca.

Hecha la notificación a los interesados y surtidas las actuaciones previstas en la ley, el procedimiento concluyó con la expedición de la resolución No. 001 del 18 de enero de 1983, confirmada por la No. 073 del mismo año, mediante las cuales la Junta Directiva del Instituto deslinda los terrenos de la Ciénaga, con una cabidad total aproximada de 400 -1.20 Has, con sus respectivos linderos y colindancias, a la vez que ordenó efectuar su amojonamiento e inscripción en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pitalito. Al interior del perímetro así delimitado y en calidad de baldío reservado quedó ubicado el predio denominado La Parada con extensión de 14-4130 Has, en el cual, está comprendido el lote objeto de controversia.

2. El actor dejó transcurrir los términos sin ejercer contra esos actos ninguna de las acciones previstas en la ley. No obstante se debe observar que otra de las afectadas por la decisión, la Sociedad Agropecuaria Polanía Compañía Limitada -"AGROCOL LTDA"-, en ejercicio de la acción consagrada en el art. 85 del C.C.A., solicitó declarar la nulidad de las últimas resoluciones citadas y a título de restablecimiento del derecho, cancelar su anotación en el registro inmobiliario todo según demanda presentada el 6 de abril de 1984.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Huila, mediante sentencia calendada a los 10 días del mes de abril de 1987, despachó favorablemente las súplicas que le plantearon. Inconforme con la decisión adoptada, el Incora interpuso recurso de apelación, solicitando declarar probadas las excepciones propuestas por la misma entidad, o bien, denegar las súplicas de la parte demandante; la Sala mediante fallo del 8 de agosto de 1988 revocó la providencia del *a-quo* y en su lugar, se abstuvo de resolver de fondo al hallar probada la excepción de caducidad de la acción. (fls. 236 a 246).

El apoderado de la parte actora interpuso recurso extraordinario de súplica contra la citada decisión, y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 21 de mayo de 1993, revocó los fallos de primera y segunda instancia y denegó las pretensiones de la demanda; en esa ocasión hizo los siguientes planteamientos que resultan medulares para resolver el presente conflicto de intereses:

"DESLINDE DE BIENES BALDIOS

"Para los efectos concretos de los temas planteados en el juicio que se desata en esta oportunidad, en realidad es necesario, como lo observa la Fiscalía, que se parta de la presunción de que los terrenos disputados tienen el carácter de baldíos y además el de no adjudicables, por ser ésta la sustancia de la motivación expuesta en los actos acusados, por parte de la entidad demandada.

"En efecto, en la resolución 01 de 1983 el INCORA expuso en forma detallada las razones por las cuales consideró "baldíos" los terrenos que anteriormente estuvieron ocupados por la Ciénaga LA CONECA y que fue sometida a desecamiento por medios artificiales: se apoyó en el artículo 677 del Código Civil según el cual, excepción hecha de las aguas que nacen y mueren en una misma heredad, se consideran bienes de uso público y en consecuencia pertenecen a la Nación (de acuerdo con éste la Ciénaga La Coneca ruán estas notas características); además, según el artículo 719 del Código Civil, el fenómeno del aluvión cuando el aumento de la ribera acontece "por el lento e imperceptible retiro de las aguas"

pero según la jurisprudencia cuando la causa del desecamiento es la actividad humana (canal, dique, etc.) es aplicable el Decreto 40 de 1905 según el cual los terrenos que dejan son de propiedad del Estado y devienen en baldíos (el desecamiento de la Coneca fue provocado por los ribereños).

"Ahora bien, como baldíos podían ser materia de deslinde por parte del INCORA, entidad facultada por Ley para ello, la cual efectivamente lo hizo en la resolución 01 de 1983 y como culminación del procedimiento administrativo iniciado con la resolución 4756 de octubre 20 de 1981.

"Para tal efecto la Sala encuentra legal el procedimiento observado de identificación de terrenos con apoyo entre otras normas en el Decreto 2095 de 1961 aplicable, según uno de sus considerandos, entre otros casos a "las tierras recuperadas por desecación artificial o natural, cuando no accede a los predios contiguos" y cuya alegada inconstitucionalidad no fue demostrada por el demandante; tuvo por objeto esta primera etapa deslindar de los terrenos de propiedad privada, los correspondientes a los dejados por la desecación artificial de la ciénaga y que vinieron a conformar los baldíos.

"Las actuaciones posteriormente realizadas principalmente con apoyo, en el literal d) del artículo 3°. de la Ley 135 de 1961 y su reglamento Decreto 1265 de 1977 que señalan los procedimientos tanto para clasificación de la propiedad como para la recuperación de los baldíos indebidamente ocupados, no aparecen violatorias de las facultades del INCORA entidad que en virtud del Decreto 3337 de 1961 puede adoptar las medidas legales pertinentes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías.

"La Sociedad demandante no desvirtuó la presunción de ser baldíos los terrenos según lo establecen los artículo 3° y 4°.de la ley 200 de 1936, pues "no logró probar el interesado en lo más mínimo, ni ante la administración ni durante el presente proceso", según anota el Fiscal.

"El estudio de las seis escrituras presentadas demuestra que en ningún momento escapan a la restricción o excepción consagrada en el inciso final del articulo 3°. de la ley 200 de 1936 "respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público".

"En otros términos, teniendo en cuenta que los terrenos cuestionados formaron parte del lecho de la Ciénaga desecada artificialmente, no dejaron de ser de uso público y por tanto del Estado. Por ello y por la función asignada por la Ley al INCORA para administrar a nombre del Estado

las tierras baldías de propiedad nacional, debe ratificarse su actuación consignada en las resoluciones impugnadas cuya legalidad no alcanzó a ser desvirtuada por la sociedad demandante." (fls. 231 a 233).

Por medio de la resolución No. 05336 del 31 de octubre de 1987, el Incora reglamentó la adjudicación de los terrenos baldíos disecados en la ciénaga (fls. 23 a 27 del C.2).

4. Mediante la resolución No. 01830 del 23 de abril de 1985, se ordenó iniciar las diligencias administrativas tendientes a establecer si existe o no indebida ocupación de los baldíos en dicha ciénaga (fl. 28 y 29 del C.2).

5. Con la resolución 248 del 17 de marzo de 1987, se determinó la cabida máxima de la Unidad Agrícola Familiar para cada una de las personas naturales asentadas en los terrenos disecados de la ciénaga, la cual quedó así: Para actividades distintas de las de ganadería, máximo de 6-200 Has; para las explotaciones pecuarias, de 10 Has.

6. El trámite iniciado conforme al ordinal 4 anterior, concluyó con la resolución acusada No. 002941 del 18 de junio de 1987, en la cual, entre otras determinaciones y con base en los actos administrativos que se han dejado relacionados, se declara que el actor ocupa indebidamente 4-4130 hectáreas baldías disecadas artificialmente en la ciénaga de La Coneca, reconociéndole, a su vez, qué tiene derecho a la adjudicación de las diez hectáreas restantes, que también explota en condición de baldíos.

7. El documento privado, visible a los fls. 22 y 23 del C.1, acredita que el demandante recibió a título de dación en pago las mejoras implantadas,en el predio rural denominado La Parada; nada indica que él ostente títulos de tradición y dominio privado sobre el citado inmueble.

De lo anterior se infiere, que el Tribuna se equivocó, pues el demandante no logró desvirtuar la presunción de baldíos de los terrenos de conformidad con lo previsto en los artículos 3°. y 4°. de la ley 200 de 1936; "según la jurisprudencia cuando la causa del desecamiento es la actividad humana (canal, dique, etc.) es aplicable el decreto 40 de 1905, según el cual los terrenos que dejan son de propiedad del Estado y devienen en baldíos (el desecamiento de La Coneca fue provocado por los ribereños).

Igualmente es incorrecto la premisa según la cual el Incora no está facultado para deslindar los baldíos disecados artificialmente, reservarlos y de ser el caso, reglamentar su adjudicación, fijar la cabida máxima de la Unidad Agrícola Familiar, hacer las adjudicaciones que se estimen procedentes conforme

a esas orientaciones y entrar a ordenarla restitución de las extensiones indebidamente ocupadas, como en el caso concreto, por exceder el límite máximo adjudicable.

Como no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado y por el contrario, se observa que se ajusta a las normas legales en que debió fundarse, como consecuencia lógica y necesaria procede revocar el fallo del *a-quo* y en su lugar se habrá de declarar que no prosperan las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCASE la sentencia apelada dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Huila, el 31 de octubre de 1991.

SEGUNDO: DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase y devuélvase al Tribunal de orígen

Se deja constancia que la anterior providencia, fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Inexistencia / FUNCIONARIO PUBLICO / CULPA GRAVABLE / DOLO / ACCION DE REPETICION

Si bien es cierto por expreso mandato legal (art. 78 del C.C.A.), se puede en este tipo de acción demandar a la entidad pública o al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del ente al cual está adscrito o a ambos (como sucedió aquí), no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública y su funcionario son una sola persona, ya que aquella actúa a través de éste; y para que exista la solidaridad debe darse, por activa, o por pasiva, la pluralidad de sujetos. No obstante lo dicho la antecitada norma permite demandar al funcionario cuando éste con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones cause perjuicios que deban resarcirse. Por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario. Los artículos 77 y 78 del C.C.A., aunque anteriores al artículo 90 de la nueva carta, continúan vigentes porque no solo no coliden con este, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios. Se estima, entonces, que para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado

al proceso, sino que, precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, esta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere. Por mandato legal se responsabiliza directamente a la administración y se le impone a esta la obligación de repetir contra el funcionario cuando resulte demostrado que la conducta dolosa o gravemente culposa de este causó, en todo o en parte, los perjuicios reclamados. En otras palabras, se cita al funcionario para que en el evento en que resulten coobligados la administración y el funcionario, pueda aquella repetir.

FALLA DEL SERVICIO - Vehículo Oficial / FALLA DEL SERVICIO - Exceso de Velocidad / ACTIVIDAD PELIGROSA

La claridad de los hechos y la contundencia de las pruebas, unidas al acertado análisis del tribunal, relevan de otras reflexiones. Se comprometió la responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa y no se probó razón exculpativa alguna. Se recuerda que en tales eventos se acepta por la jurisprudencia una presunción de responsabilidad desvirtuable por alguno de los motivos señalados atrás.

RESPONSABILIDAD ESTATAL / PRESUNCION DE PERJUICIOS - Improcedencia / CARGA DE LA PRUEBA

No se aplica aquí el artículo 106 del Código Penal porque, tal como lo ha venido reiterando la jurisprudencia, esta norma no tiene aplicación sino en los asuntos del conocimiento de la jurisdicción penal y para efectos de la indemnización de perjuicios causados con el hecho delictuoso. En materia de responsabilidad estatal no se presumen los perjuicios y su existencia deberá probarse plenamente por los medios legales adecuados. Hasta el punto que si no se acredita su ocurrencia deberá absolverse al demandado. El extremo de los perjuicios tendrá que manejarse, entonces, con apoyo en las reglas de la carga de la prueba. Si se probare su existencia pero no su cuantía deberá condenarse en abstracto para su liquidación incidental posterior (artículo 172 del C.C.A.).

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá D.C. nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION TERCERA

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No.7818. -Indemnizaciones. Actor: ORLANDO SALTARIN. Demandada: La Nación-Ministerio de Obras Públicas.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 10 de 1992 dictada por el tribunal administrativo del Magdalena, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declárase administrativa y solidariamente responsable a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte y personalmente al trabajador de la misma LUIS RAFAEL LABARCES FANDIÑO quien deberá responder por la totalidad de la indemnización, por la falla del servicio presunta relacionada, según hechos ocurridos en esta ciudad el 11 de agosto de 1985 y en cuyo desarrollo perdió la vida el menor MISAEL ALFONSO SALTARIN SALAZAR al ser arrollado por el vehículo automotor discriminado en el proceso, perteneciente a la entidad demandada y conducido por el indicado trabajador.

"2.- En consecuencia condénaseles al pago de los siguientes perjuicios, que deberán ser satisfechos por la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de -conformidad con lo dispuesto por el C.C.A. en su art.78.

"PERJUICIOS MORALES:

"a) Para los señores ORLANDO ALFONSO SALTARIN ARMENTA y BERTHA SALAZAR BAUTE, la cantidad equivalente en pesos colombianos a UN MIL (1.000) gramos oro, para cada uno, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"b) Para los menores ORLANDO NICOLAS Y MAIRA JANETH SALTARIN SALAZAR, la cantidad equivalente en pesos colombianos a TRESCIENTOS (300) gramos oro, para cada uno a la fecha de ejecutoria de este fallo.

"Estos valores se pagarán previa certificación expedida por el Banco de la República.

"PERJUICIOS MATERIALES:

"Al señor ORLANDO ALFONSO SALTARIN ARMENTA la suma de CIEN MIL PESOS ($100.000.oo) M.L. por los gastos, que efectuó para

pagar los servicios funerarios para el sepelio del menor MISAEL ALFONSO SALTARIN SALAZAR, suma que debido a la desvalorización monetaria, deberá actualizarse a la fecha de ejecutoria de la sentencia mediante el trámite incidental referido en la parte motiva de este proveído y teniendo en cuenta el índice de precios al por menor debidamente certificado.

"3.- El Ministerio de Obras Públicas y Transporte adoptará las medidas tendientes al cumplimiento de la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes contados a partir de la comunicación que de ella se haga.

"4.- Las sumas liquidadas que resulten devengarán intereses comerciales corrientes durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorias después de este término.

"5.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda."

En la demanda, presentada el día 6 de septiembre de 1986 por el señor Orlando Saltarín y otros contra la Nación (Ministerio de Obras) y el particular Luis Labarcés F., para que se declare la responsabilidad solidaria de estos por la muerte del menor Misael Alfonso Saltarín S., se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el día 11 de agosto de 1985 pereció en la ciudad de Santa Marta el menor Misael Alfonso Saltarín S. al ser atropellado por un vehículo perteneciente al Ministerio de Obras, conducido por el señor Luis Labarcés F. empleado de dicho ministerio.

2) Que todo se debió al afán del conductor oficial, el cual para sortear un "trancón" en la vía se salió sorpresivamente de ésta e invadió la berma, produciendo la tragedia del niño que venía acompañado de una empleada del servicio doméstico.

3) Que el menor fallecido tenía 6 años y pereció pese a los esfuerzos de la señorita Donelis Quiroz, la empleada.

4) Que la tragedia le produjo perjuicios morales y materiales a sus padres señores Orlando A. Saltarín y Bertha Salazar B. y a sus hermanos Orlando Nicolás y Maria Janeth.

El Tribunal luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás. Inconforme la parte actora apeló y sustentó su recurso mediante

el escrito que obra a folios 296 y siguientes. Allí concreta su inconformidad en lo que toca con los perjuicios materiales, ya que éstos deben reconocerse de acuerdo con lo pedido en la demanda.

Y en cuanto a los morales, para que se decrete su aumento con sujeción a la jurisprudencia reiterada de la sala.

Durante la segunda instancia, alegó de conclusión la parte actora (a folios 311 y siguientes) e insistió en sus puntos de vista, con énfasis en el reconocimiento de 4.000 gms oro por concepto de perjuicios materiales y con apoyo en el artículo 106 del c. penal.

La parte demandada y el ministerio público guardaron silencio.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

Para la sala la sentencia merece confirmación, con algunos ajustes en cuanto a la condena hecha por perjuicios morales.

Resultó bien acreditada la autoría material de la muerte del menor en cabeza de un servidor público, el señor Luis Labarcés F. adscrito al Ministerio de Obras, quien lo atropelló con el vehículo automotor de propiedad de la nación de placas BC 9062.

Asimismo se acreditó que al fallecer el menor Misael Alfonso contaba con 6 años de edad; y que el conductor actuó con descuido o negligencia grave, ya que sin medir las consecuencias de su acto se salió de la vía, invadió la berma y causó la tragedia.

El acervo probatorio que puso en evidencia los extremos que se dejan anotados (la responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa) fué acertadamente evaluado por el *a-quo*. Evaluación que además puso de relieve que la nación no demostró ninguna de las causales de exculpación posibles en estos eventos. Así, no probó la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante de un tercero.

Frente a la culpa exclusiva de la víctima alegada, bien analizada por el *a-quo* dadas las circunstancias probadas (exceso de velocidad y violación de las reglas del tránsito por parte del conductor oficial), cabe agregar que el motivo exonerativo se cae de su peso frente al artículo 2346 del c.c. que enseña que los menores de 10 años no son capaces de cometer delito o culpa.

La claridad de los hechos y la contundencia de las pruebas, unidas al acertado análisis del tribunal, relevan de otras reflexiones. Se comprometió la responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa y no se probó razón exculpativa alguna. Se recuerda que en tales eventos se acepta por la jurisprudencia una presunción de responsabilidad desvirtuable por alguno de los motivos señalados atrás.

No obstante lo dicho la Sala, vista la condena solidaria declarada por el tribunal, anota:

Si bien es cierto por expreso mandato legal (art.78 del c.c.a.) se puede en este tipo de acción demandar a la entidad pública o al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del ente al cual está adscrito o a ambos (como sucedió aquí), no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública y su funcionario son una sola persona, ya que aquélla actúa a través de éste y para que exista la solidaridad debe darse, por activa, o por pasiva la pluralidad de sujetos.

No obstante lo dicho la antecitada norma permite demandar al funcionario **cuando éste con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones**, cause perjuicios que deban resarcirse.

Es esa la razón que les permite a los perjudicados demandar, ante esta jurisdicción, a la entidad pública, al funcionario o ambos como pasa a explicarse:

a) Si se demanda sólo a la entidad y no se hace llamamiento en garantía, la condena será contra ésta. Si dentro del proceso se infiere que la responsabilidad del ente se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, podrá la administración demandar en acción de repetición a dicho funcionario.

b) Si se demanda sólo a la entidad, esta podrá llamar en garantía al funcionario que la comprometió con su conducta dolosa o gravemente culposa. Aquí la condena, frente al demandante se entiende, será sólo contra la entidad. Pero, si además se comprobó dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario, la sentencia deberá disponer que la entidad repita contra dicho funcionario por lo que le corresponde.

c) Si se demanda a la entidad y al funcionario y se considera que éste debe responder, en todo o en parte, se impondrá la condena contra aquélla, debiendo esta repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera, una vez efectuado el pago.

Lo precedente permite afirmar que en tales eventos por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario.

Se insiste que en los eventos de responsabilidad extracontractual o de reparación directa, la posibilidad de demandar al funcionario se da cuando a éste **pueda imputársele dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones** (art. 77 del c.c.a.)

Se hace la precisión precedente porque en los eventos en los que se demanda a la entidad y al funcionario y se demuestre no la culpa grave del agente o el dolo en el ejercicio de sus funciones, sino su culpa personal desligada en un todo del servicio público, deberá absolverse a la entidad y condenarse a éste.

Hechas las precisiones precedentes, se anota:

Los artículos 77 y 78 del c.c.a., aunque anteriores al art. 90 de la nueva carta, continúan vigentes porque no solo no coliden con éste, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios.

Se estima, entonces, que para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, sino que, precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, esta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera.

Lo precedente tiene su apoyo, como se dijo, en el artículo 78 del C.C.A., armonizado con el 77 del mismo estatuto. Normas que a la letra disponen:

"Artículo 77.- De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad.

"Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones."

"Artículo 78.- Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa.

"Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere."

Como se observa, por mandato legal se responsabiliza directamente a la administración y se le impone a ésta la obligación de repetir contra el funcionario cuando resulte demostrado que la conducta dolosa o gravemente culposa de éste causó, en todo o en parte, los perjuicios reclamados. En otras palabras, se cita al funcionario para que en el evento en que resulten coobligados la administración y el funcionario, pueda aquella repetir.

Los perjuicios

Los morales a favor de los padres de la víctima deberán mantenerse, máxime cuando el *a-quo* señaló lo que ordinariamente viene reconociendo la jurisprudencia. Frente a los menores Orlando Nicolás y Maira Janeth Saltarín S. la sala estima que deben aumentarse, dadas las edades de éstos y el impacto que entre los niños se siente cuando desaparece el compañero de juegos, de manera aún incomprensible para ellos. Así, la condena será por el equivalente de 500 gramos oro para cada uno.

Frente a los materiales la condena deberá mantenerse, pero se hará en concreto con su actualización correspondiente, con base en los índices de precios y con sujeción a la fórmula adoptada por la jurisprudencia $vp = hv \frac{ind.f.}{ind.i.}$

Aplicada la fórmula con los índices de precios de octubre de 1993 y de abril de 1986, resulta la suma de $546.441.50, dado que el ind.i es 58.03 y el final es 317.10.

No se aplica aquí el artículo 106 del código penal porque, tal como lo ha venido reiterando la jurisprudencia, esta norma no tiene aplicación sino en los asuntos del conocimiento de la jurisdicción penal y para efectos de la indemnización de perjuicios causados con el hecho delictuoso. En materia de responsabilidad estatal no se presumen los perjuicios y su existencia deberá probarse plenamente por los medios legales adecuados. Hasta el punto que si no se acredita su ocurrencia deberá absolverse al demandado. El extremo de los perjuicios tendrá que manejarse, entonces, con apoyo en las reglas de la

carga de la prueba. Si se probare su existencia pero no su cuantía deberá condenarse en abstracto para su liquidación incidental posterior (artículo 172 del C.C.A.)

En vista de que se comprobó la culpa grave del conductor oficial demandado, señor Luis Rafael Labarcés Fandiño, la entidad demandada, una vez pague la obligación aquí impuesta, deberá repetir por una suma equivalente al 20% de la obligación total. Se estima en este porcentaje la incidencia de su culpa, ya que la explotación de la actividad peligrosa por parte de la entidad se considera de mayor envergadura.

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 parcialmente la sentencia de junio 10 de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena. En consecuencia, quedará así:

1) Declárase responsable a la Nación -Ministerio de Obras Públicas y al servidor de la misma señor Luis Rafael Labarcés F. por la muerte del menor Misael Alfonso Saltarín.

2) En consecuencia, condénase a la citada entidad a pagar la totalidad de la obligación aquí impuesta, así: a) por perjuicios morales las siguientes sumas en su equivalente en pesos: A ORLANDO ALFONSO SALTARIN ARMENTA Y BERTHA SALAZAR BAUTE de a 1.000 gramos oro para cada uno; y a ORLANDO NICOLAS Y MAIRA JANETH SALTARIN SALAZAR de a 500 gramos oro para cada uno. El valor del gramo oro, precio interno, lo certificará el Banco de la República a la ejecutoria de este fallo; y b) por perjuicios materiales al señor ORLANDO ALFONSO SALTARIN ARMENTA la suma ya actualizada de QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($546.441.50).

3) Una vez efectuado el pago por la entidad, ésta deberá repetir contra el señor Rafael Labarcés F. por una suma equivalente al 20% del total de la obligación.

4) La entidad deberá pagar en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. La obligación devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

Expídanse las copias para su cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día dos (2) de diciembre 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.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL / DENUNCIA DEL PLEITO / SENTENCIA PENAL / LLAMAMIENTO EN GARANTIA / ACCION DE REPETICION

Para que la denuncia del pleito resulte procedente basta con que haya derecho a hacerlo, que se haga en la demanda o en el término de contestación de la misma, que se presente por escrito con el lleno de los requisitos enlistados en el artículo 55 del C. de P.C.; y que se agregue prueba sumaria; por parte alguna se establece que, para estos casos, sea menester el fallo condenatorio de la justicia penal. Se trata, simplemente, de asegurar, dentro del mismo proceso, la posibilidad de la administración de repetir cuanto ha pagado en razón de una actuación dolosa o gravemente culposa de un agente suyo. (artículo 90 C.N.).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8840 Actor: RAFAEL ANTONIO FONTECHA Demandado: LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.

La apoderada judicial de la parte demandada recurre en apelación el auto que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander por virtud del cual decidió:

"INADMITESE la denuncia del pleito formulada por la señora apoderada de la NACION contra JUAN CARLOS SOTO MUÑOZ". (fl. 52).

El fundamento de la decisión se expresa con estos términos:

"Si bien es cierto que al escrito de denuncia no se adjuntó prueba alguna para demostrar el derecho a formularla debido a que según los autos, el demandado estaba vinculado al Ministerio de Defensa al momento de producirse el hecho controvertido, se puede deducir que en principio le asistiría derecho a la parte demandada para incoar la acción antes descrita.

"No obstante, este Tribunal en reiteradas oportunidades ha inadmitido esta clase de denuncias, pues se ha estimado que las personas sindicadas de hechos que son materia de investigación penal, en las cuales no se ha proferido fallo condenatorio en su contra, no deben comparecer en procesos como el presente donde se busca determinar la responsabilidad de la administración y no la de las personas naturales que se vean implicadas en los hechos discutidos". (fls.51 a 52).

Por su parte, la demandada manifiesta su inconformidad con lo resuelto, con estos argumentos:

".... con respeto me permito discrepar y separarme de la valoración de la Corporación en atención a que en parte alguna de nuestro ordenamiento jurídico se hace tal exigencia y además en razón a que si bien la índole o naturaleza principal de la jurisdicción contencioso - administrativa y al tenor de lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A. va encaminado a juzgar los litigios y controversias administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones administrativas, también en el mismo estatuto regulador del campo de conocimiento de esta jurisdicción especial se establece la comparecencia de los funcionarios públicos que deban responder por los daños que causen por dolor o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (artículo 77 y 78 del C.C.A.)

"Como quiera que al igual que en la jurisdicción ordinaria se permite llamar mediante el trámite del proceso ordinario para que responda civilmente por los daños causados en la comisión de un delito en forma independiente del proceso penal, nuestro legislador previó igual oportunidad dentro de la jurisdicción contencioso-administrativo, toda vez que lo que se valora en este tipo de procesos es la responsabilidad del funcionario desde el punto de vista administrativo, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad penal o disciplinaria que su conducta pueda acarrear de conformidad con las normas legales, pudiéndose dar el caso de que el funcionario absuelto penalmente responda administrativamente por el daño que su conducta ocasiona.

"Finalmente, el que al escrito de llamamiento no se haya acompañado, las pruebas de un fallo penal condenatorio o la prueba de que el sujeto garante está siendo investigado, no constituye a mi manera de ver falta de la prueba sumaria que exige el C. de P.C., como quiera que el *libelo* demandatorio y los poderes otorgados al mandatario judicial dirigidos a la Corporación imputan la comisión del ilícito al señor JUAN CARLOS SOTO MUÑOZ y las afirmaciones que en consecuencia contiene el *libelo* constituyen la prueba sumaria de que contra la persona jurídica de Derecho Público, se ha dirigido la presente demanda con ocasión de la muerte del soldado WILLIAM EDUARDO FONTECHA provocada por la acción del señor JUAN CARLOS SOTO MUÑOZ, hecho que da lugar al nacimiento del derecho procesal a efectuar el llamamiento al tercero, y que constituirá tema de prueba en el proceso conforme a los argumentos y medios probatorios presentados por las partes". (fls.54 a 55).

Para resolver, SE CONSIDERA:

Se ha demandado a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA, para que responda patrimonialmente por los perjuicios ocasionados por la muerte del soldado WILLIAM EDUARDO FONTECHA acaecida, según los hechos de la demanda, por el disparo que hiciera el también soldado, JUAN CARLOS SOTO MUÑOZ.

Al último de los nombrados le denuncia el pleito la entidad demandada, pues, "la muerte del soldado WILLIAM EDUARDO FONTECHA se debió al comportamiento doloso, o culpa grave del soldado JUAN CARLOS SOTO MUÑOZ, quien actúo por sus pasiones íntimas y con una intensión homicida.

"Al momento de los hechos SOTO MUÑOZ era orgánico del Batallón de Artillería Antiaéreo Nueva Granada con sede en Barrancabermeja y a la fecha de la presente denuncia reside en dicha Unidad Militar en donde está siendo investigado por las autoridades judiciales competentes" y, además, porque "...siendo el dolo o la culpa grave del soldado SOTO MUÑOZ JUAN CARLOS la causa por la cual se pretende endilgar responsabilidad administrativa de la Nación-Ministerio de Defensa, la presente denuncia tiene como objeto alcanzar a dicho funcionario como litisconsorte pasivo en los efectos del fallo que en sede de instancia se profiera previo análisis de su comportamiento como generador del daño". (fl.31).

Para la Sala, son completamente aceptables los argumentos de la recurrente; en efecto, para que la denuncia del pleito resulte procedente basta con que haya derecho a hacerlo, que se haga en la demanda o en el término de contestación de la misma, que se presente por escrito con el lleno de los requisitos

enlistados en el articulo 55 del C. de P.C. y que se agregue prueba sumaria, por parte alguna se establece que, para estos casos, sea menester el fallo condenatorio de la justicia penal. Se trata, simplemente, de asegurar, dentro del mismo proceso, la posibilidad de la administración de repetir cuanto ha pagado en razón de una actuación dolosa o gravemente culposa de un agente suyo (artículo 90 C.N.).

Por otra parte, y por las dudas que pudieran surgir, es conveniente señalar la gran proximidad que guardan en materia administrativa contenciosa, las figuras de la denuncia del pleito y del llamamiento en garantía; baste citar, para comprenderlo, al profesor Carlos Betancur Jaramillo, quién sostiene:

> "Se deduce de lo hasta aquí expuesto que la denuncia del pleito en el derecho colombiano es equivalente al llamamiento en garantía; equivalencia que se pone más de presente en el proceso contencioso administrativo, en el cual difícilmente podrá darse el saneamiento por evicción, fenómeno que tradicionalmente se ha manejado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema a través de dicha denuncia, por oposición al llamamiento que tiene que ver con una relación sustancial diferente vinculada a garantías personales y no reales.
>
> "Esta similitud entre las dos instituciones la recalca nuestro procesalista Jairo Parra Quijano, para quien no difieren en nada, ya que tanto en la una como en la otra se podrá ejercer la acción revérsica "de tal manera que el artículo 57 del C. de P.C., en mi concepto, resulta innecesario y por lo mismo sobra". ("La participación procesal".- Conferencia en fotocopias pág, 21).

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCASE el auto apelado.

SEGUNDO: ADMITESE la denuncia del pleito, hecho por la demandada a JUAN CARLOS SOTO MUÑOZ, más técnicamente llamamiento en garantía.

TERCERO: CITESELE en los términos del artículo 56 del C. de P.C.

CUARTO: El proceso queda suspendido de conformidad con el inciso 2° de dicho artículo.

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 nueve (9) de diciembre 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 Palacios, Secretaria.

DEMANDA - Ineptitud / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA / FONDO VIAL NACIONAL - Naturaleza Jurídica / ESTABLECIMIENTO PUBLICO NACIONAL / FONDO VIAL NACIONAL - Personería Jurídica

La Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, que figura como demandada, no es la llamada a satisfacer la acción resarcitoria impetrada; es decir, que ésta se dirigió contra quien no está legitimado en la causa, ya que de acuerdo al material probatorio el centro de imputación jurídica eventualmente llamado a responder de los daños supuestamente irrogados por la obra pública sería el Fondo Vial Nacional. Se trata de un establecimiento público del orden nacional, y como tal, goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; suma de prerrogativas que lo habilitan para comparecer como parte en los procesos Contencioso-Administrativos, según lo dispuesto en el art. 149 del C.C.A. Así dispone el art. 1°. de la Ley 64 de 1967.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 6860 Actor: SOCIEDAD CARROCERIAS EL SOL LTDA Y OTROS. DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto par la parte actora encontra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo

de Cundinamarca, Sección Tercera, el 30 de abril de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"PRIMERO: Declárase no probada la excepción de "inepta demanda.

"SEGUNDO: Deniéganse las súplicas de la demanda.

"TERCERO: Abstiénese de condenar en costas a los actores, por cuanto éstas no se probaron". (f. 267-268, C.I).

La acción incoada en el *sub-lite* es la reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A.; la demanda fue presentada en oportunidad legal, el 13 de octubre de 1984, siendo corregida y adicionada el 18 de diciembre del mismo año; y con ella se pretende obtener que la entidad pública reverenciada sea declarada patrimonialmente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes a raíz de la inundación producida a las instalaciones de la empresa hacía el medio día del 17 de diciembre de 1982, como consecuencia de las obras públicas de ampliación de la Autopista del Sur de Santa Fe de Bogotá, Proyeto la Sultana-Chusaca- sector Bosa Soacha.

La *causa petendi*, en resumen, se concreta en los siguientes hechos:

"1°. La empresa CARROCERIAS EL SOL LTDA., de los señores Carlos Julio Vargas Mendoza, Gloria Stella Martínez de Vargas, Carlos Alberto y Diego Hernán Vargas Martínez, es propietaria inscrita de dos lotes de terreno, con una cabida superficiaria de 6.739.25 varas cuadradas y 3.440 metros cuadrados respectivamente, junto con las instalaciones en ellas levantadas y los equipos industriales allí instalados; inmuebles localizados en el municipio de Soacha, Departamento de Cundinamarca, Concentración Industrial Casucá.

"2°. Los referidos lotes fueron adquiridos por CARROCERIAS EL SOL LTDA., mediante Escritura Pública números 1725 de abril 21 de 1966 de la Notaria 6a. de Bogotá, debidamente registradas.

"3°. CARROCERIAS EL SOL LTDA., ha sido ininterrumpidamente desde su adquisición hasta la fecha, poseedora inscrita de los inmuebles referidos, como se desprende de los certificados de libertad y tradición expedidos por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá.

"4°. CARROCERIAS EL SOL LTDA., nació y creó en los mencionados lotes con el propósito de prestar un servicio a los transportadores del país,

con la producción de las mejores carrocerías e implementos del ramo, aplicando importantes invocaciones que representan un extraordinario avance tecnológico en esa especialidad como lo demuestran las numerosas patentes registradas sobre el particular, a nombre de CARLOS JULIO VARGAS MENDOZA.

"5°. Para complementar esa vigorosa iniciativa industrial, en estas mismas instalaciones se fundó "TRANSPORTES AUTOSOL LTDA". de los mismos propietarios de CARROCERIAS EL SOL LTDA., la más moderna e importante empresa dedicada al transporte especializado de automotores en Colombia.

"6°. El Ministerio de Obras Públicas y Transportes, mediante Licitación Pública contrató con una firma constructora el ensanche de la Autopista del Sur, Proyecto La Sultana-Chusacá, Sector Bosa-Soacha, para lo cual obstruyó un Canal colector de aguas lluvias del sector, que durante mas de 20 años prestó un servicio tan eficiente que nunca se presentaron inundaciones en el sector.

"El mencionado canal tenía una anchura de 2 metros por 2 metros de profundidad, lo cual a simple vísta lo hacía super eficiente para el desplazamiento de las aguas lluvias que en cualquier cantidad cayeran sobre la zona. Dicho canal nunca fue reemplazado por otro, lo que ocasionó la inundación.

"7o. Sobre el mencionado canal se construyó el carril de la autopista del Sur.

"8°. Debido a la altura dada a la nueva rasante o como vulgarmente se le conoce, separador, de la autopista, se configuró un dique que hizo que las aguas se represaran y se devolvieran, ocasionando la inundación de las instalaciones de la Empresa Carrocerías El Sol Ltda y otras del Sector.

"9°. La inundación a que hemos hecho referencia en el numeral anterior ocurrió el dia 17 de diciembre de 1982, aproximadamente a la 1pm., cuando la Empresa se encontraba en pleno funcionamiento con sus costosos equipos.

"10° La inundación alcanzó niveles superiores a 1 metro de altura, se acumularon más de 8000 metros cúbicos de agua y lodo, por lo cual fue necesario solicitar auxilio al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Soachá, a la Inspección II de la Policía de Soachá, con sede en el Barrio La Despensa; Asociación Industrial de Cazucá, sin que pudiera prestar ninguna

ayuda por carencia de equipos, por lo cual fué necesario comprar motobombas, contratar los servicios de la Empresa MOTOMART LTDA., para el suministro de otros equipos y personal especializado y contratar 42 viajes de volqueta para extraer lodo. Luego hubo que hacer un relleno de contención a base de recebo.

"11°. Lo intempestivo de la inundación no dió tiempo al personal de la Empresa para apagar la totalidad de equipos y poner a salvo el archivo, el cual se deterioró quedando completamente inservible, lo mismo que la materia prima con que se trabaja en la mencionada Empresa.

"12°. Para la época de la inundación todas las oficinas, talleres, y en general la totalidad de la Empresa funcionada en el primer piso donde se guardaban los archivos, todo el material de trabajo como maquinaria de toda clase, motores, planos de carrocerías, de remolques, troquelería, planos de parte para ensamblaje, facturas, libros de contabilidad, libros de Cámara de Comercio, etc.

"13°. El caño que actualmente hay, era para la época de la inundación de 50 centímetros de profundidad por 80 centímetros ancho. A raíz de la inundación hubo que profundizarlo para evitar otra inundación . Este fué construído por la Asociación de Industrias de Cazucá y conservado por ellos mismos.

"14°. Frente a las instalaciones de la Empresa había un puente de tubos y placa de concreto y actualmente hubo que hacer otro en madera a mayor altura y sobre el anterior, para evitar que con el represamiento de las aguas se viera cubierto por ellas.

"15°. En las instalaciones de la Empresa se practicó Diligencia de Inspección Ocular por parte del Inspector II Municipal de Soacha, señor Tiberio Reyes Virviescas.

"16°. La inundación obligó a la Empresa a dar vacaciones colectivas, a licenciar parte del personal y por consiguiente a paralizar la producción, mientras se limpiaban las instalaciones y se reparaban los equipos, con lo cual la Empresa entró en un franco período de crisis económica del que aún no se ha podido recuperar.

"17°. Los daños morales ocasionados a mis mandantes son considerables, habida cuenta de las cuantiosas pérdidas que produjo la inundación, que han puesto a la Empresa afectada al borde de la quiebra, le ha sido afectado

el *good will* por la desmejora en los servicios a causa de los daños ocurridos en la Empresa, lo que ha ocasionado una situación en extremo cuantiosa, en especial al señor CARLOS JULIO VARGAS MENDOZA y a la señora GLORIA STELLA MARTINEZ DE VARGAS.

"18°. Con fecha, diciembre 28 de 1982, la firma afectada se dirigió al Ministerio de Obras Públicas y Transporte para informar sobre la inundación de los daños y perjuicios causados y para que el Ministerio procediera a indemnizar a la Empresa en referencia.

"19°. El Ministerio designó a la Doctora Raquel Plazas, para visitar el lugar del siniestro, lo que ocurrió mucho tiempo después de hecha la solicitud del desastre, sin detenerse a evaluar los perjuicios y conceptuó negativamente en relación con la solicitud de la Empresa afectada.

"20°. En igual sentido se pronunció la Oficina Jurídica del Ministerio de Obra, mediante memorando MS-279 de marzo 10 de 1983". (fl. 85-87, C.1).

El *a-quo* dió curso a la demanda y notificó el auto admisorio a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la cual, se hizo representar por apoderado especial y la contestó, negando la mayoría de los hechos y aceptando otros; además propuso la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales consistentes en la indeterminación de la parte actora (fl. 106 a 109, C.1).

Tramitada la primera instancia, el Tribunal decidió las súplicas de la demanda como se transcribió al comienzo de este proveído; después de historiar los antecedentes del proceso, valorar los medias de prueba, los alegatos de las partes y el concepto del Ministerio Público, concluye que no puede prosperar la excepción propuesta por la administración ni las pretensiones del *libelo* inicial. Respecto del primer aspecto, razona de la siguiente manera "Para la Sala no cabe duda acerca de que la parte demandante está conformada por un *litis consorcio* facultativo, integrado por la Sociedad "CARROCERIAS EL SOL LIMITADA" y los señores CARLOS JULIO VARGAS MENDOZA, GLORIA ESTELLA MARTINEZ DE VARGAS, CARLOS ALBERTO y DIEGO HERNAN VARGAS MARTINEZ, razón por la cual al no encontrar configurada la excepción propuesta ella no puede prosperar". En cuanto a las pretensiones deprecadas relieva el Tribunal que en el proceso falla la legitimación en causa por pasiva ya que la acción debió o orientarse contra el Fondo Vial Nacional entidad ejecutara de la obra pública de la cual se hace derivar el daño; sobre éste particular, expresa:

"La actuación que se erige como configurante del daño Construcción de Obra Pública en nada concierne a la Nación.

"El contrato de obra pública en cuestión fue celebrado, no por la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte- sino por el Fondo Vial Nacional, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que como tal detenta las características propias de tales entes, cuales son: Personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. En razón de la primera de tales características, tiene vocación y capacidad para responder por sus actos, hechos, omisiones u operaciones administrativas y para comparecer en juicio por sí mismo, es decir, en forma independiente de la Nación de cuya estructura administrativa hace parte a través de un Ministerio, en este caso, el de Obras Públicas y Transporte al cual se haya adscrito. Siendo ello así, se presenta en el caso *sub-examine* carencia del presupuesto material de legitimación en la causa pasiva, es decir, hay ausencia de correspondencia o identidad entre la persona frente a la cual corresponde deducir las pretensiones y aquellas frente a la cual se deducen. No hay Entidad entre el sujeto pasivo de la pretensión procesal y el sujeto pasivo jurídicamente llamado a responder por ella.

"Lo anterior conlleva a proferir fallo adverso a las pretensiones de la demanda". (fl. 266-267, C.1)

Insatisfecha con el contenido del fallo, estando en oportunidad legal, la parte actora interpuso el recurso de apelación que sustentó, lacónicamente, en el escrito agregado al fl. 273 *ibídem*; el recurrente, pide revocar el proveído en cuestión y en su lugar acoger favorablemente las súplicas propuestas; en apoyo de su solicitud arguye que la decisión se fundamenta en una excepción no propuesta y que "En primer lugar que la única persona jurídica conocida dentro del expediente o mejor la única que se tiene certeza sobre su existencia es las demandas, vale decir, LA NACION MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, y quien contrató por medio de su representante legal, el señor Ministro del Ramo". Agrega además que quien puede lo más puede lo menos, "y en éste caso el señor Ministro estaría firmando a nombre del mismo ente que dice la sentencia no haberse demandado, pero que sí hace parte de un todo que es la Nación".

En el término que les fué otorgado para presentar alegatos de conclusión, la parte actora guardó silencio; la demandada hizo llegar el escrito visible a los fl. 306 a 311 bís). Para la Doctora EDNE COHEN DAZA, Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, el fallo de primer grado debe mantenerse establecido como se halla en el material probatorio" que la entidad demandada

por los actores fué el MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, cuando en realidad el llamado a responder en el evento de haberse comprobado responsabilidad en las hechos que se le atribuyen, sería el FONDO VIAL NACIONAL; por tanto, se configura la existencia de falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que no existe identidad entre la persona frente a la cual corresponde deducir las pretensiones formuladas y aquella frente a la cual se reclaman". (fl. 312 a 317 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala confirmará en su integridad la providencia recurrida, pues no hay duda de que, el *a-quo* adoptó la decisión correcta y que los presupuestos de la misma están completamente ajustados a derecho.

El argumento del recurrente no es recibo, púes en los procesos Contencioso- Administrativo el fallador puede y debe declarar la existencia de cualquier excepción que encuentre demostrada, según lo dispone el en el artículo 164 del C.C.A.

De otra parte, la *legitimatio ad causam*, como se acepta sin controversia alguna, es un presupuesto de la sentencia favorable bien que esté referida a la parte actora o a la demandada.

Este presupuesto, tal y como lo dedujo el Tribunal no se cumple en éste proceso pues la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que figura como demandada, no es la llamada a satisfacer la acción resarcitoría impetrada; es decir, que ésta se dirigió contra quien no está legitimado en la causa, ya que de acuerdo al material probatorio el centro de imputación jurídica eventualmente llamado a responder de los daños supuestamente irrogados por la obra pública sería el Fondo Vial Nacional. Se trata de un establecimiento público del orden nacional, y como tal, goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; suma de prerrogativas que lo habilitan para comparecer como parte en los procesos Contencioso-Administrativos, según lo dispuesto en el art. 149 del C.C.A.. Así dispone el artículo 1o. de la ley 64 de 1964 que reza: "Con el propósito de mejorar y extender la red de carreteras nacionales, conservar y mejorar la vías fluviales y realizar con mayor eficiencia la inversión de las mismas, créase el Fondo Nacional Vial Nacional con personería jurídica autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de atender los gastos que demande el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales".

Estudiado el alcance de la causa *petendi*, surge claro que en la acción resarcitoria se hace derivar los daños y perjuicios que recibió, la parte actora

por la inundación ocurrida en sus instalaciones como consecuencia de las obras de ampliación de la autopista del Sur; la ejecución de los trabajos, se afirma, generó la obstrucción del canal colector de aguas lluvias que pasa por el sector; y a ésto se suma la altura dada a la nueva rasante, todo lo cual configuró un dique, que se reboso por las aguas retenidas y produjo la inundación en la sede de la empresa.

Está probado en los autos que, previa licitación pública entre el Fondo Víal Nacional y la firma Incivial Ltda, se suscribe el contrato de obra pública que se radicó con el No. 910 de 29 de diciembre de 1979, por medio de la cual, ésta se comprometió para con el establecimiento público a ejecutar la construcción, pavimentación y obras complementarias de la segunda calzada del sector Bosa-Chusacá de la carretera Bogotá-Girardot (fl. 327-331, C.3).

También se encuentra acreditado que las labores contratadas se ejecutaron entre el 18 de marzo de 1980 y octubre de 1984; el acta de entrega y recibo definitivo de las obras, se hizo el 1o. de noviembre del año antecitado (fl. 327-331 *ibidem.*

La realidad que se ha dejado expuesto muestra a las claras y así lo observó el Tribunal, que se demando a una entidad pública que no correspondía, pues el verdadero legitimado y contra quien debió esgrimirse las pretensiones procesales de la demanda es el Fondo Víal Nacional. Al respecto y por referirse a casos que guardan gran similitud con el presente, la Sala reitera los planteamientos hechos en las sentencias: de 29 de octubre de 1990 (Expediente No, 5741) en la que actuó como ponente el Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo y; del 5 de abril de 1991 (Expediente No.6026, actor: Ofelia Adarve Gómez) de la que fue ponente el Consejero Doctor Carlos Ramírez Arcila.

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, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 30 de abril de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Nota de Relatoría: Hace mención a las providencias sobre el mismo aspecto de fechas 29 de octubre de 1990, Exp. 5741, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y 5 de abril de 1991, Exp. 6026, Ponente: Dr. CARLOS RAMIREZ ARCILA, Actor: OFELIA ADARVE GOMEZ

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Muerte

La falla del servicio se observa palmaria y protuberante y se puso de presente como consecuencia de la conducta poco profesional, descuidada y negligente del oficial al mando que colocándose en contravía de los reglamentos del servicio, de la expresa prohibición impartida por sus superiores y de lo que indicaban las reglas de experiencia para una zona plagada de insurgentes, resolvió desplazar la tropa por las vías públicas y hacerlo en el vehículo de servicio público en el que se transportaban personas y carga, en uno de los denominados bus escalera. La conducta impropia del agente oficial se ve agravada por el hecho concomitante de no haber adoptado ninguna medida de inteligencia o de observación previa del terreno a transitar previendo que pudiera presentarse un ataque de la subversión; por haber expuesto innecesariamente a los pasajeros a sufrir como en efecto ocurrió un grave atentado contra su vida e integridad psico-física y; finalmente por haber colocado a quienes dirigía en una verdadera trampa, a la contingencia de una emboscada pues repleto el bus, apiñados con los pasajeros y sin la menor posibilidad de dispersarse o atrincherarse fueron presa fácil de sus atacantes algunos de ellos abatidos sin siquiera alcanzar a hacer uso de sus armas de dotación oficial.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 7013 Actor: RAFAEL AGUDELO DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Caquetá, el 30 de agosto de 1991, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

La demandada fué presentada oportunamente, el 1o. de octubre de 1990, en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el art. 86 del C.C.A., con ella se pretende que la entidad pública sea declarada patrimonialmente responsable de la muerte, derivada de la imprudencia y negligencia de sus superiores inmediatos, del Cabo Segundo del Ejército Nacional LUIS AGUDELO GUATAQUIRA, en hechos ocurridos el 2 de octubre de 1988, en el sitio denominado EL ZANJON, en inmediaciones de la carretera que une a los Municipios de Cartagena del Chairá y el Paujil, en el departamento del Caquetá, en ataque perpetrado por un grupo guerrillero.

La causa *petendi*, en síntesis, narra los siguientes hechos:

1.-RAFAEL AGUDELO y MARIA QUITERIA GUATAQUIRA, contrajeron matrimonio por los ritos católicos, el 12 de septiembre de 1964, unión en la que procrearon a la víctima quien había nacido el 22 de noviembre de 1965.

2.-Como suboficial del Ejército Nacional, el occiso devengaba la suma de $46.000.oo mensuales, los cuales destinaba a su propio sostenimiento y con el resto daba eficaz ayuda económica a su progenitor, quien a raíz de los sucesos quedó en la más absoluta desprotección.

> "3. El día 2 de octubre de 1988 fue muerto culposamente, ya por imprudencia y/o impericia y/o negligencia por parte de su superior jerárquico, el suboficial del ejército nacional, LUIS AGUDELO GUATAQUIRA, hijo de mi asistido, señor RAFAEL AGUDELO, en el sitio denominado EL ZANJON, entre los municipios de CARTAGENA DEL CHAIRA Y EL PAUJIL, DEPARTAMENTO DEL CAQUETA.
>
> "El hecho tuvo ocurrencia cuando varios militares pertenecientes al batallón "héroes del Güepi" desarrollaban labores de patrullaje en la zona comprendida, entre los lugares mencionados, a pie, y posteriormente con disposición de quien comandaba la operación o con la anuencia de éste, subteniente DIEGO BOTERO ALVAREZ, subieron a una "Chiva" o bus

escalera, por supuesto, mezclados con civiles y sin las mas elementales posibilidades de defensa, en una zona que entonces estaba en "plena guerra" y que hoy un año después a duras penas ha vuelto a la normalidad.

"El mencionado vehículo es atacado por un grupo guerrillero apostado a los lados de la carretera, masacrándolos, habída consideración de la vulnerabilidad de éstos y la facilidad del ataque. En dicha operación perdieron la vida 10 soldados y dos suboficiales, siendo uno de ellos, LUIS AGUDELO GUATAQUIRA, hijo de mi representado; resultando heridos además, diez miembros del ejército y perdieron la vida dos civiles y nueve resultaron heridos.

"En verdad, el ofrendar la vida los militares en combate y por defender los intereses de la patria es el riesgo mas inmediato de quien ostenta tal calidad y a ello deben atenerse; pero perder la vida así, cobardemente y miserablemente, sin ton ni son, sin ningún hecho que justifique tan sublime ofrenda, sino que es el resultado de la imprudencia, o negligencia de quienes los comandaban, como en el presente caso, es algo que no se justifica, sino que además es reprochable, condenable y resarcible por quienes están llamados a responder.

"Es el propio Presidente de la República, doctor Virgilio Barco Vargas, quien así lo reconoce y solícita la investigación pertinente cuando preguntado al respecto manifestó: " .... el comboy militar no debió ser transportado en esa candente zona sin las prevenciones del caso. Es una situación que debe ser aclarada y además investigada por los demás militares, si a uno lo atacan y no toma las prevenciones del caso es porque faltan medidas, **no de los militares sino de los que comandaban el grupo.** Han debido tomar precauciones y no meterse por una carretera desconocida..... Esto no es una respuesta al plan de paz, es un error (El Espectador página 11, 5 de octubre de 1988). Seguidamente manifiesta el mismo diario informativo el criterio de altos mandos militares así: "esa apreciación sin embargo no fué compartida por los altos mandos militares quienes admitieron que el oficial que comandaba la patrulla cometió una grave equivocación al autorizar el desplazamiento del destacamento de soldados a bordo de vehículos de servicio público, a campo abierto, por una zona especialmente convulsionada donde se sabían los guerrilleros de las FARC (*Ibídem.*)". (fls. 2 a 3)

Surtido el traslado a las partes para elegar de conclusión, el *a-quo* profirió la sentencia materia de la impugnación en virtud de la cual deniega las súplicas que se le formularon al no encontrar reunidos los elementos que estructuran la

responsabilidad de la administración deprecada en el *libelo* introductor del proceso, según se dejó anotado al principio de esta providencia; para fundamentar su punto de vista, el Tribunal hace las siguientes reflexiones:

> "Se hace necesario señalar que la muerte violenta del Cabo Segundo AGUDELO GUATAQUIRA no fué obra directa atribuible a algún miembro Oficial o Suboficial que integraban el grupo que en cumplimiento de orden superior conducía el Subteniente DIEGO BOTERO ALVAREZ; como lo dijimos antes de la desobediencia a la orden impartida contribuyó en mínima parte para que el grupo subversivo le causara mayor número de víctimas.
>
> "Es cierto que era de público conocimiento que en la vía y en la zona en que ocurrió el hecho era de dominio pleno del Décimo Cuarto Frente de la FARC, como también se conocía de un posible, asalto de dicho grupo a la localidad del Paujil; no obstante existir la convicción del predominio de fuerzas extrañas al Ejército Nacional, no podía establecerse con certeza el lugar exacto donde podía ocurrir el atentado puesto que lo que sí se puede deducir es que el encuentro entre la guerrilla y las Fuerzas del Estado podía darse en la montaña, en la vía o campo despoblado.
>
> "Ante la incertidumbre, cualquier medida que se hubiera adoptado por parte de quién dirigía las operaciones militares, era indudable que en cualquier momento se atacara a las Fuerzas del Orden.
>
> "c. Relación de causalidad entre la falta y el daño.
>
> "Ya hemos establecido que efectivamente se presentó la falla del servicio puesto que al Oficial incumplir la orden para trasladarse con sus hombres a la población del Paujil contribuyó para facilitar la emboscada realizada por la guerrilla, como también, que el daño ocasionado al Cabo Segundo LUIS AGUDELO GUATAQUIRA no fue obra de ninguno de los Militares que integraban el grupo, deduciéndose de éste que la desobediencia en el desarrollo del operativo de traslado no fue la causa determinante para la ocurrencia del hecho por cuanto háyase o no presentado la desobediencia, en un alto porcentaje era probable que las fuerzas subversivas atacaran a las Fuerzas al Servicio del Estado. Se rompe así la relación de causalidad entre la falla y el daño de tal suerte que desaparece la responsabilidad que se le atribuye a la Nación Colombiana por parte del demandante." (fls. 113 a 114).

Por último cabe señalar que sí la acción hubiera sido promovida por una de las personas o pasajeros que se encontraban dentro del bus escalera que

abordaron los militares, otra habría sido la decisión la cual si comprometía seriamente la responsabilidad del Ejército Colombiano puesto que con su conducta afectó seriamente la integridad física y psicológica de personas inocentes extrañas a las dos fuerzas en conflicto". (fls. 90 a 115)

Inconforme con la solución dada a éste conflicto de intereses, estando dentro del término legal, la parte demandante apeló y sustentó el recurso en el escrito agregado a los fls. 118 a 120, en el cual, pide revocar el fallo de primer grado y en su lugar despachar favorablemente las súplicas que formuló en la demanda; en apoyo de su pedimento recaba que la imputabilidad del daño recae únicamente en cabeza de la demandada y no en la de terceros como lo sostiene el Tribunal, "en razón de que las pruebas demuestran dicha responsabilidad sin exonerantes.."

En criterio del apoderado de la parte actora "...La sentencia no es jurídica, por falta de soporte probatorio que respalde la decisión judicial tomada, en razón de que la prueba decretada y aportada demuestra que la responsabilidad administrativa recae sobre la entidad oficial (Nación) demandada por falla en el servicio imputable a un empleo público (Oficial del ejército) quien actuando en MISION OFICIAL, no como persona natural y fuera del servicio, provocó y facilitó la muerte de varios MILITARES entre ellos el hijo del actor.

La prueba reina de esta falla de la administración es el mismo proceso penal que se adelantó en contra del mismo oficial que comandaba la patrulla militar, en donde iba el occiso, en donde lo CONDENARAN los mismos militares compañeros de armas del oficial que desobedeció las órdenes superiores y con ello PROVOCO Y FACILITO el ataque guerrillero que le costó la vida a varios militares y civiles; si la justicia militar penal encontró responsable al oficial que comandaba la patrulla militar que fue emboscada por el delito de DESOBEDIENCIA, EL Tribunal hizo mal al desechar esta prueba documental y restarle la importancia que tiene frente a los hechos demandados.

"Todas las pruebas que existen dentro del mismo proceso penal seguido y fallado en contra del oficial sindicado y condenado del delito de "desobediencia" son mas que suficientes para imputarle la responsabilidad al ente oficial demandado por fallas de la administración en las modalidades reseñadas en la demanda, pues el oficial, en terreno de orden público conocido por todos y en especial los ALTOS MANDOS MILITARES, y no actuó como se le había ordenado militarmente y en cambio si facilitó y provocó la muerte de sus subordinados militares y civiles que cayeron en semejante emboscada, la cual es responsabilidad de TERCEROS, pero quien la FACILITO Y AYUDO para que surtiera los efectos que surtió fue el OFICIAL DEL EJERCITO

NACIONAL que actuaba como COMANDANTE DE LA PATRULLA ATACADA y en la cual estaba el hijo de el demandante.

"Por si fuera poco lo anterior, los altos mandos militares también incurrieron en falla de la administración al saber y tener pleno conocimiento de la presencia de subversivos, en esa región y enviar un pelotón de militares, sin respaldo militar que los protegiera, a buscar la muerte violenta como la encontraron, entre éstos el occiso Agudelo; por lo cual no cumplieron con el deber constitucional de proteger la vida de estos servidores públicos que estaban cumpliendo con su deber militar y ciudadano, para los cuales también se opera la máxima constitucional de que deberá protegerse en sus vidas". (fls. 118 a 119).

En el término de los alegatos de conclusión en esta instancia, el Ministerio Público guardó silencio; las partes, hicieron llegar los escritos visibles a los fls. 130 a 133 y 134 a 137 del C.l.

LA SALA CONSIDERA:

La Sala revocará el fallo objeto de la alzada, pues comparte las apreciaciones del recurrente en el sentido de que el Tribunal omitió analizar correctamente los hechos en que se funda la controversia y su prueba, lo mismo que los alegatos de las partes y la jurisprudencia aplicable a procesos de esta naturaleza. Valorados globalmente y conforme a las reglas de la sana crítica, los medios de convicción allegados a los autos permiten deducir una falla del servicio imputable al Ejército Nacional.

Contrariamente a lo que supone el *a-quo*, la realidad que emerge del plenario sí permite que se hallan reunidos los presupuestos fácticos y jurídicos que estructuran la responsabilidad administrativa y patrimonial de la administración al dar pie para que fuera abatido el Cabo Segundo LUIS AGUDELO GUATAQUIRA por parte de la guerrilla; los informes rendidos por la misma fuerza pública y los fallos dictados por la justicia Penal Militar, coinciden en lo esencial con la situación que describe el *libelo* inicial y a su vez, permiten reconstruir el itinerario cronológico y circunstancial de los hechos que se endilgan a la entidad pública.

En atención a que la zona se encontraba infestada de guerrilla, a la tropa se le tenía rotundamente prohibido "emplear o utilizar caminos, trochas o carreteras. Todos los desplazamientos deben ser a campo traviesa. Todo movimiento o infiltración debe ejecutarse durante la noche. Todo movimiento debe hacerse a pie, se prohíbe el uso de vehículos (fls. 97 a 110 del C.5)

SECCION TERCERA

LUIS AGUDELO GUATAQUIRA, ingresó al Ejército Nacional, el 13 de noviembre de 1984 y falleció en el servicio, en el rango de Cabo Segundo del grupo de contraguerrilla Cabal Cuatro, orgánico del Batallón de Infantería de Selva No. 35 "Héroes del Guepi" (Hoja de Vida, anexo No. 4).

Al comandante de la patrulla, subteniente DIEGO BOTERO ALVAREZ, a raíz de los hechos, se le siguió Consejo Verbal de Guerra, que culminó, en primera instancia con fallo del 26 de abril de 1989, en el que se le impuso como pena principal cinco años y tres meses de prisión por ser responsable de los delitos militares de DESOBEDIENCIA Y COBARDIA; mediante providencia del 28 de agosto de 1989, el Tribunal Superior Militar al resolver el recurso de apelación propuesto por el encartado contra aquella decisión, resolvió modificarla en el sentido de condenarlo a la pena principal de dieciséis meses de prisión como autor responsable del delito de DESOBEDIENCIA (fls. 386 a 442 y 511 a 530).

Para arribar a esa conclusión, la Justicia Penal Militar se fundamenta en los siguientes hechos que aparecen debidamente probados:

> "... Dan cuenta los autos que el dia 1°. de octubre de 1988 el señor teniente coronel LUIS ALFONSO BARONA REYES, Comandante del Batallón de Infantería de Selva No. 35 "Héroes del Guepi", aproximadamente entre las 17:30 y 18:00 hora, emitió una orden verbal del servicio por programa radial al señor Subteniente Diego Botero Alvarez, consistente en que al mando de la contraguerrilla "Cabal Uno" se desplazará desde la base militar de Cartagena del Chairá al municipio del Paujil (Caquetá), donde debería ejercer control, desplazamiento este que según la orden emitida debía hacerlo a pie, adoptando las medidas de seguridad necesarias para contrarrestar la acción de los subversivos que operan en esa área, sin utilizar carretera ni caminos, ni vehículos de ninguna índole sino a campo traviesa. El citado Oficial modificando la orden recibida, por su propia iniciativa hizo detener la marcha de dos automotores particulares cuando iba por la carretera que de Cartagena del Chairá conduce al Paujil a la altura del sitio El Rubí y procedió a ordenar que todo el personal de su contraguerrilla se embarcara en dichos vehículos para continuar el desplazamiento por este medio de trasporte. Fue así como el 2 de octubre a eso de las once y treinta horas a la altura del kilómetro 24 de dicha carretera, una cuadrilla de subversivos emboscó a la contraguerrilla "Cabal Uno", cuyo mando se le había confiado al ST. BOTERO ALVAREZ DIEGO, dando como resultado la muerte de por lo menos 11 militares y dos civiles que viajaban como pasajeros en uno de los vehículos particulares (bus mixto) y heridos de consideración 15 de los integrantes de la misma contraguerrilla incluyendo al propio ST.BOTERO ALVAREZ, 3

particulares de los mismos pasajeros y gran pérdida de material de guerra, intendencia y comunicaciones que cayeron en poder de los subversivos al obtener la desorganización de los componentes de dicha contraguerrílla ante el sorpresivo ataque". (fls. 511 a 512).

A consecuencia del sorpresivo ataque, fueron muertos dos cabos segundos y diez soldados y, heridos, el sargento, otro cabo segundo y 10 soldados. Según el informe rendido por la Fuerzas Militares, el fallecimiento de la víctima se produjo a consecuencia de los disparos de naturaleza esencialmente mortal que le fueron hechos en emboscada ejecutada por grupos subversivos al parecer del 40 Frente de las Farc. (fl. 19 del C.3 y 8 del C.I), coincide en lo fundamental con las causas del deceso anotadas en el Registro Civil de Defunción, en el Acta de Levantamiento del cadáver y el protocolo de la necropsia (fls. 19, 32 y 33 del C. 3 -Expediente Prestacional).

Visto lo anterior, pues, en el caso que se estudia la falla del servicio se observa palmaria y protuberante y se puso de presente como consecuencia de la conducta poco profesional, descuidada y negligente del oficial al mando que colocándose en contravía de los reglamentos del servicio, de la expresa prohibición impartida por sus superiores y de lo que indicaban las reglas de experiencia para una zona plagada de insurgentes, resolvió desplazar la tropa por las vías públicas y hacerlo en el vehículo de servicio público en el que se transportaban personas y carga en uno de los denominados bus escalera.

La conducta impropia del agente oficial se ve agravada por el hecho concomitante de no haber adoptado ninguna medida de inteligencia o de observación previa del terreno a transitar previendo que pudiera presentarse un ataque de la subversión; por haber expuesto innecesariamente a los pasajeros a sufrir como en efecto ocurrió un grave atentado contra su vida e integridad psico-física y; finalmente por haber colocado a quienes dirigía en una verdadera trampa, a la contingencia de una emboscada pues repleto el bus, apiñados con los pasajeros y sin la menor posibilidad de dispersarse o atrincherarse fueron presa fácil de sus atacantes algunos de ellos abatidos sin siquiera, alcanzar a hacer uso de sus armas de dotación oficial.

En las condiciones anotadas, el daño producido es imputable únicamente al Ejército Nacional al haber incumplido su obligación de su servidor; por consiguiente, el Estado deberá reparar los perjuicios infligidos al demandante (art. 16 de la Constitución Nacional anterior y 90 de la actual).

La legitimación en la causa por activa, se encuentra suficientemente establecida, ya que la parte actora logró establecer el parentesco aducido en el

libelo introductor del proceso con el registro civil de matrimonio agregado al folio 54 del expediente de prestaciones sociales.

Según lo tiene establecido la jurisprudencia que aplica el Consejo de Estado a procesos de ésta naturaleza y a la prueba de su interés allegada al plenario, el actor tiene derecho al reconocimiento de los perjuicios morales que reclama, en la suma equivalente, en pesos Colombianos, a UN MIL (1.000) gramos de oro fino; para su pago se tendrá en cuenta el precio interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia, a partir de la cual, las sumas así liquidadas devengarán los intereses comerciales y de mora previstos en el art. 177 del C.C.A.

Como en el proceso no aparecen acreditados los perjuicios materiales que reclama el demandante, padre de la víctima, ninguna condena se hará por ese concepto, máxime cuando no se probó la dependencia económica.

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 recurrida, dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá el 30 de agosto de 1991.

SEGUNDO: **DECLARASE** a la Nación-Ministerio de Defensa -Ejército Nacional, administrativamente responsable de la muerte del Cabo Segundo LUIS AGUDELO GUATAQUIRA, en hechos ocurridos el 2 de octubre de 1988, en inmediaciones de la carretera que conduce de Cartagena del Chairá a El Paujil, en el Departamento del Caquetá.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior, la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional pagará a RAFAEL AGUDELO por concepto de perjuicios morales la suma equivalente, en pesos colombianos a UN MIL (1.000) gramos de oro fino; el precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de los perjuicios morales será el interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo, a partir de la cual las sumas así concretadas devengarán los intereses que establece el art. 177 del C.C.A.

CUARTO: **DENIEGANSE** las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: **EXPIDANSE** copias a las partes para su cumplimiento (art.115 del C. de P. C.).

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de original.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha nueve(9) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

INDICIOS / FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA

Cuando dentro del informativo hay un principio de prueba de los hechos, ella puede completarse con los indicios que surjan de los testimonios no ratificados. El manejo de este medio probatorio se impone, en casos como el presente, cuando se vivencia que la autoridad hizo todo lo que estaba a su alcance para dejar impune la conducta antijurídica de los agentes responsables. Al fallador no le interesa saber si quien mató al señor GERSON OROZCO NARVAEZ fue el agente JHON JAIRO PARRA o el agente JUAN CARLOS GUERRERO DE LA CRUZ, pues la falla del servicio es anónima. En lo que sí no hay espacio para la duda, es concluír que fueron agentes de la policía los que llevaron a cabo la conducta antijurídica, que acabó con la vida del citado ciudadano.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia : Expediente No. 8120. Actor: ENELIA NARVAEZ DIAZ Y OTROS. Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Policia Nacional.-

-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 APELACION interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia calendada el día treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca 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 universo:

"Los señores ENELIA NARVAEZ DIAZ, ERMILSUN GUZMAN NARVAEZ, CARLOS ALBERTO NARVAEZ, y MARISOL NARVAEZ, obrando la primera en su propio nombre y en el de la menor NEIRLEN EUGENIA OROZCO NARVAEZ, por conducto de apoderado judicial, en libelo calendario el 30 de julio de 1990, solicitan que mediante el trámite del proceso de REPARACION DIRECTA, se declare administrativamente responsable a la Nación (Ministerio de Defensa) - Policía Nacional-, por los daños morales y materiales por la muerte de que fue objeto el señor GERSON OROZCO NARVAEZ el día 20 de junio de 1989.

"Como hechos fundamentales de su demanda expuso en síntesis:

"Que la señora ENELIA NARVAEZ DIAZ, hizo vida marital durante varios años con el señor Jorge Guzmán, tiempo dentro del cual se procrearon sus hijos: ERMILSUN GUZMAN NARVAEZ, CARLOS ALBERTO GUZMAN, MARISOL NARVAEZ.

"Que posteriormente hizo vida marital con el señor EUGENIO OROZCO, de quien se desconoce su paradero, unión de la cual nacieron GERSON OROZCO NARVAEZ y NEIRIEN EUGENIA OROZCO NARVAEZ.

"Que la familia conformada por élla y sus hijos vivían bajo un mismo techo, demostrándose pública y privadamente como unida por un afecto especial, pues se ayudaban mutuamente en todas sus necesidades y compartían los ratos de diversión y que así vivieron durante mucho tiempo. Que posteriormente el hermano mayor cambió de casa, pero las relaciones familiares continuaron lo mismo entre todos, pues demostraban un gran afecto por GERSON, quien además de trabajar se dedicaba a las actividades deportivas, logrando triunfos como luchador olímpico juvenil en el Departamento del Valle, que era la mascota querida de toda la familia.

"Que Gerson Orozco se dedicaba a laborar como ayudante de construcción, devengando un salario aproximado de $70.000. mensuales, dinero que dedicaba para su propia subsistencia y la de su señora madre ENELIA NARVAEZ.

SECCION TERCERA

"Que a eso de las 09-15 p.m, del día 20 de junio de 1989,se encontraba GERSON OROZCO en la esquina de la calle 22 con carrera 5a. Oeste, Barrio Lleras Camargo de esta ciudad, en asocio de otros amigos, cuando llegaron unas personas en número de cinco, vestidas de civil pero reconocidas algunas por testigos como agentes de la Policía Nacional, y sin identificarse, exigieron a ELBERTO DELGADO (compañero de GERSON) que se levantara la camisa, procediendo a requisarlo haciendo lo mismo con GERSON, que al no haberseles encontrado nada anormal se fueron para regresar aproximadamente a los cinco minutos, dedicándose a hacer disparos con sus armas de dotación oficial al tiempo que les decían "estos maricas no se van a ir de aquí", que los compañeros de GERSON huyeron pero éste no alcanzó por cuanto fué herido mortalmente por proyectiles disparados por los Agentes, que Gerson logró llegar hasta su casa arrastrándose y pidiendo ayuda a sus amigos, que de un momento a otro cayó boca arriba botando sangre y fué llevado al hospital pero ya estaba muerto.

"Que con fecha 10 de julio/89, algunos testigos de los hechos resolvieron presentar ante el Comandante de la Estación 5a. de Policía, Teniente Afanador, un memorial a manera de informe, en el cual dan cuenta de los hechos, queja esta que al parecer no fue tramitada por los Superiores.

"Que la investigación por la muerte de GERSON cursa en el Juzgado 6o. de Instrucción Criminal de esta ciudad, siendo involucrados en la misma, por medio de indagatoria, los Agentes de la Policía Nacional, JHON JAIRO PARRA y JUAN CARLOS GUERRERO DE LA CRUZ, que la investigación disciplinaria cursa en la Procuraduría Provincial de Cali, con el número de radicación 00045, la muerte de Gerson produjo perjuicios morales y materiales a su madre y hermano.

"Que con la muerte de GERSON OROZCO, se causaron perjuicios morales y materiales a su madre y hermanos."....

"CONSIDERACIONES:

"Está encaminada la pretensión de los actores, a obtener la responsabilidad administrativa de la Nación -Ministerio de Defensa Policía Nacional, por la totalidad de los daños y perjuicios causados con la muerte de GERSON OROZCO NARVAEZ, en hechos ocurridos en el perímetro urbano de esta ciudad, en la noche del 20 de junio de 1989, los cuales dicen fueron protagonizados por miembros de la Policía Nacional al causarle una lesión con arma de fuego y de dotación oficial, acto que conlleva a una evidente y presunta falla del servicio.

"Que como consecuencia, se condene a pagar a cada uno de los accionantes - madre y hermanos - los perjuicios morales y materiales Daño Emergente y Lucro Cesante determinados en el libelo.

"La Jurisprudencia administrativa en reiteradas ocasiones ha expresado, que para que se configure la responsabilidad de la administración por falla o falta en el servicio, deben demostrarse plenamente, los siguientes elementos:

"A). La existencia de un hecho constitutivo de la falla o falta del servicio.

"B). Un daño o perjuicio real y cierto.

"C). Relación de causalidad entre la falla y el daño.

"La administración puede exonerarse si logra demostrar en forma plena, la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, o la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

"La falla del servicio es el fundamento de la pretensión en el caso de autos, y para establecer si se acreditaron los referidos elementos, se analizará las pruebas allegadas al proceso en forma regular.

"En el cuaderno No. 2 (folio 45 y ss), se encuentra copia auténtica del proceso penal que se adelantó por el delito de homicidio contra Jhon Jairo Parra Fierro y Juán Carlos Guerrero de la Cruz, en el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de la Ciudad de Cali, por los hechos ocurridos el 20 de junio de 1989 en el Barrio Lleras Camargo de dicha ciudad, donde resultó muerto Gerson Orozco Narváez y lesionado Fabio Rojas Grajales.

"En dicha investigación, fuera de la declaración de los familiares de Gerson Orozco Narváez, se recepcionaron los testimonios de: Evelin Rojas Grisales (fol 50), Jhon Jairo Herrera (fls. 53 y 66), Virgelina Serna, Fabio Rojas Grajales (fol. 62); Juan de la Cruz Peláez (fol. 70); Luis Alfonso Mejía Gutiérrez (fol. 74); Leonardo Mosquera Guerrero (fol. 81); Wilson Azcárate Franco (fol. 89), Vismay Naranjo Suárez (fol. 90).

"Dichas declaraciones no pueden ser apreciadas como prueba, ya que no fueron ratificadas dentro del presente proceso, tal como lo consagra el artículo 229 del C. de P. Civil.

"La parte contra quien se aduce prueba, debe tener la oportunidad de poderla controvertir para que esta pueda ser apreciada dentro del respectivo proceso.

"Sobre la ocurrencia de los hechos declaró en el caso de autos, el joven CARLOS ALBERTO HERNANDEZ (fl. 42 del cuaderno 2o.), quien al respecto expresó:

"Eran mas o menos las 9 de la noche del día 20 de junio de 1989, cuando subieron varios agentes de la Policía vestido de civil hasta la calle 5a. Oeste con carrera 22 sur del Barrio Lleras Caramargo, lugar en el cual estábamos ahí leyendo un libro, Gerson Orozco, mi persona y William Helber, estábamos los tres, ellos se nos acercaron o sea los policías, a mi me hicieron levantar la camisa a ver si tenía algún arma, lo mismo hicieron con Gerson y con Helber, después al ver que no me encontraron nada, los agentes se alejaron y regresaron mas o menos a los cinco minutos, y ahí fue cuando uno de los agentes apareció a una distancia de unos cinco metros diciéndonos hijos de puta y haciéndonos disparos a quemarropa, y de esto fué el agente Jhon Jairo Parra y este iba acompañado de otros agentes los cuales o a los cuales solo le distingo el nombre a uno, que es Juan Carlos Guerrero de la Cruz, nosotros los distinguimos porque ellos siempre andaban patrullando por esos lados. De los disparos que hizo el Agente Jhon Jairo Parra uno alcanzó el cuerpo de Gerson Orozco proyectil el cual entró por el femoral izquierdo de Gerson Orozco, de ahí nosotros arrancamos a correr y Gerson como no pudo correr fue alcanzado por la bala, por lo cual él llegó arrastrándose y pidiendo ayuda hasta donde estábamos nosotros y ahí fue cuando lo recogimos pero ya estaba muerto..... Ellos hicieron tres disparos uno de los cuales fué el que hirió, a Gerson Orozco y los otros pegaron a la pared donde yo estaba sentado recostado.... el único agente que disparó fue John Jairo Parra.....

" Adujo el declarante que en la Procuraduría de aquí de Cali él identificó a Jhon Jairo Parra como el Agente que les había disparado. Cabe destacar, que en razón al dicho de este testigo, se solicitó de oficio (ver folio 128 cuad. 1o.), a la Procuraduría Regional, para que allegaran copias de la posible investigación que se hubiera iniciado en dicha dependencia y a la fecha no se ha recibido siquiera respuesta al respecto.

"En la investigación penal, el testigo rindió declaración, tal como aparece a folios 93 y 132 del cuaderno dos, y al comparar lo dicho por él en ese entonces, con lo declarado en el caso en estudio, observamos que no es conteste su relato en cuanto al número de disparos, el momento y la distancia en que estos se efectuaron, y las personas que fueron objeto de requisa.

"En dicha oportunidad expresó: "Gerson Orozco y yo estábamos sentados en una grada y Helbert Delgado, estaba parado frente a nosotros uno de los agentes se nos arrimó y le dijo a Gerson Orozco que se alzara el buzo a ver si tenía algún arma, no le encontró ninguna, al cabo de cinco minutos ellos se fueron y por ahí a unas tres cuadras hicieron tres disparos al aire, nosotros no nos asustamos sino que seguimos leyendo un libro, cuando al cabo de dos minutos un Agente de civil por ahí a unos 30 metros nos dijo "es que no se van ir o qué maricas" y empezó a disparar a quemarropa, nosotros al ver eso salímos corriendo, pero uno de los tiros le dio a Gerson Orozco.....Pues yo vi que era un arma de corto alcance, pequeña, un, agente hizo los disparos, el agente Parra....yo escuché por todos cinco tiros y también los hizo Parra." Cuando le preguntó el juez "Diga al despacho a que distancia del sitio donde hizo los dos primeros disparos se encontraba Usted? Contestó. Nos encontrábamos a una distancia aproximada de una cuadra". Se observa que en la misma audiencia (folio 93) el testigo se contradice, cuando primero habla de tres disparos al aire a una distancia de tres cuadras y después adujo que dos disparos a una distancia de una cuadra. Que en total fueron cinco tiros, dice y sinembargo expresó que fueron tres al aire y después tres a quemarropa, uno de los cuales alcanzó al occiso. En esta declaración adujo, que el requizado había sido Gerson y ante este Tribunal dijo que los tres (Gerson, Helbert y él) habían sido objeto de requisa. En la primera declaración que rindió en el proceso penal, expresó que el Agente Parra iba vestido esa noche "con una camisa grande y un bluyin" y en su ampliación rendida en el mismo proceso (folio 132) adujo no recordar que ropas vestía y entra en contradicción al respecto.

"En estas condiciones, para la Sala el testimonio rendido por Carlos Alberto Hernández no da la convicción de la forma como sucedieron los hechos.

"Con los documentos vistos a folíos 204 y siguientes del cuaderno No. 2, se demuestra que Jhon Jaíro Parra Fierro y Juan Carlos Guerrero de la Cruz, son miembros de la Policía Nacional y que para la fecha de los hechos, el primero estaba adscrito a la Quinta Estación de Policía de Siloé y el Segundo al Escuadrón de Carabineros.

"El Comandante de Escuadron Carabineros de la Policía Metropolitana de Cali, en el documento visto a folio 224 cuaderno 2, rinde el siguiente informe: "que los agentes mencionados en el oficio, (Juan Carlos Guerrero de la Cruz y Jhon Jairo Parra Fierro), se encontraban activos prestando servicios, pero no se tienen exactamente anotaciones sobre la actividad o servicio que estaban prestando. Es de anotar que el Agente Jhon Jairo Parra Fierro, no ha pertenecido al Escuadrón de Carabineros y si a la

Quinta Estación de Siloé. Anexo al presente fotocopia de la Minuta de Guardia de esta Unidad del día 20-0689, en el cual lo único que se observa es la salida de nueve unidades de agentes a las 19:30 horas, quienes realizarán turno en la Quinta Estación y aparece una anotación a las 24:30 horas del 20-06-89 (confusa), de salida de nueve unidades a prestar primer turno en la Quinta Estación, o sea en la madrugada del 21-06-89".

"En el informe del comandante de la Quinta Estación de Siloé de la Policía Metropolitana de Cali, visto a folio 227 cuaderno 2o. da cuenta, que revisados los libros de entrega de armamento que se lleva en esa Unidad en los folios Nros. 152 y 153 del 20 de junio al 21 de junio de 1989, no figura que el agente Parra Fierro Jhon Jairo haya reclamado armamento para la fecha del 20.06.91 (sic).

"No se estableció en el caso de autos, el calibre y la clase de arma con que se ocasionaron las heridas al occiso Gerson Orozco y menos que esta fuera de dotación oficial. Por simple indicio de que Jhon Jairo Parra Fierro fuera miembro de la Policía Nacional, adscrito para la fecha de los hechos a la Quinta Estación de Policía de Siloé, no se puede indagar responsabilidades del Estado en los hechos que dieron lugar al presente proceso.". (fls.140-151 C.#1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 154 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en el cual 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 dentro del siguiente temperamento:

"Mi inconformidad con la providencia recurrida, además de su resultado negativo, se debe a la forma incongruente en que se analizó la prueba, en especial la testimonial, pues convencido estoy que sí el análisis se hubiera realizado adecuadamente el resultado del proceso sería totalmente diferente.

"Dentro del caso *sub-lite*, con respecto a la autoría de la muerte del joven GERSON OROZCO NARVAEZ y las circunstancias que la rodearon, sólo existe el testimonio de CARLOS ALBERTO HERNANDEZ, visible al folio 42 del cuaderno 2. El testigo afirma, sin ninguna duda, que quien efectuó los disparos, uno de los cuales ocasionó la muerte de GERSON, fue el agente de la Policía Nacional JHON JAIRO PARRA, a quien

conocía desde antes por cuanto mantenía patrullando por esos lados. Narra en forma detallada la forma (sic) en que ocurrieron los hechos y su declaración no presenta contradicciones que pudieran debilitar su valor probatorio.

"Veámos cómo se manejó esta prueba por el funcionario *a-quo*:

"En la providencia recurrida se dice: "La falla del servicio es el fundamento de la pretensión en el caso de autos, y para establecer si se acreditaron los referidos elementos, se analizarán las pruebas allegadas al proceso en forma regular."

"A continuación se hace referencia a la existencia de copia auténtica del proceso penal mediante el cual se investigó el homicidio de GERSON, para luego continuar:

"En dicha investigación, fuera de la declaración de los familiares de Gerson Orozco Narváez, se recepcionaron los testimonios de: Evelín Rojas Grisales (fol 50); Jhon Jairo Herrera (fls. 53 y 66), Virgelina Grajales Serna, Fabio Rojas Grajales (fol. 62), Juan de la Cruz Peláez (fol. 70); Luis Alfonso Mejía Gutiérrez (fol.74); Leonardo Mosquera Guerrero (fol 81); Wilson Azcárate Franco (fol.89) Vismay Naranjo Suárez (fol. 90)".

"Dichas declaraciones no pueden ser apreciadas como prueba, ya que no fueron ratificadas dentro del presente Proceso, tal como lo consagra el artículo 229 del C. de P. Civil".

"La parte contra quien se aduce una prueba debe tener la oportunidad de poderla controvertir para que esta pueda ser apreciada dentro del respectivo proceso.

"Sobre la ocurrencia de los hechos declaró en el caso de autos, el joven CARLOS ALBERTO HERNANDEZ (fol. 42 del cuaderno 2o.) quien al respecto expresó:..... " (Lo subrayado es mío).

"Posteriormente se agrega:

"En la investigación penal, el testigo rindió declaración, tal como aparece a folios 93 y 132 del cuaderno dos, y al comparar lo dicho por él en ese entonces, con lo declarado en el caso en estudio observamos que no es conteste su relato en cuanto al número de disparos, el momento y la distancia en que estos se efectuaron, y las personas que fueron objeto de requiza. (sic)." (Subrayado es mío) .

SECCION TERCERA

"Me he permitido transcribir los anteriores apartes, porque el funcionario de primera instancia, luego de transcribir apartes de la declaración del testigo rendida en el proceso penal y anotar la existencia de algunas contradicciones, nos dice:

"En estas condiciones, para la sala el testimonio rendido por Carlos Alberto Hernández no da la convicción de la forma como sucedieron los hechos."

"Como bien se puede apreciar, honorables señores Consejeros, el funcionario de instancia consideró inicialmente que los testimonios recibidos dentro del proceso penal no podían ser apreciados como prueba, en el proceso administrativo, por cuanto no habían sido ratificados conforme a las exigencias del artículo 229 del C. de P.C.

"Sin embargo, demostrándose cierta incongruencía con la tesis planteada, al referirse al testimonio del testigo clave, joven CARLOS ALBERTO HERNANDEZ, si se le atribuye valor probatorio al tomado en el proceso penal, pues se le enfrenta analíticamente al existente en el proceso administrativo para luego llegar a la conclusión de que "el testimonio rendido por CARLOS ALBERTO HERNANDEZ no da la convicción, de la forma como sucedieron los hechos."

"En mi criterio, el mecanismo utilizado adolece de fallas que riñen con las normas que regulan la materia, pues en realidad de verdad el testimonio no ha sido ratificado en el caso *sub-lite*; simplemente se tomó como prueba independiente y directa, nunca para formalizar el valor probatorio que pudiera tener el rendido dentro del proceso penal, pues, entre otras cosas, nadie solicitado ni ordenado la ratificación. En estas condiciones, el testigo debió analizarse y fijársele su verdadero valor probatorio sin recurrir a otras piezas -fuera del proceso.-

"Pero supongamos -*gratia arguendi*- que la versión rendida en el proceso penal y no ratificada en el administrativo tiene influencia para fijar el valor probatorio dentro de este último. Aún así, y aceptando igualmente la existencia de contradicciones sobre algunas circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hechos, tales como en "número de disparos", el momento y distancia en que estos se efectuaron, "y las personas que fueron objeto de requisa", es incuestionable el hecho cierto, claro y específico de que los disparos homicidas fueron hechos por el agente Parra. Esta evidencia procesal no puede opacarse ni mucho menos desaparecer del panorama probatorio por el simple hecho de advertirsen algunas contradicciones, según el funcionario de instancia, sobre detalles insignificantes que bien pueden tener su origen en el tiempo transcurrido

entre una declaración y la otra o en la forma en que se interrogó con el funcionario receptor del testimonio.

"Observémos qué tratamiento analítico se le dio a las declaraciones rendidas dentro del proceso penal por el testigo Hernández. Se nos dice:

"En dicha oportunidad expresó: Gerson Orozco y yo estábamos sentados en una grada y Helbert Delgado, estaba parado frente a nosotros uno de los agentes se nos arrimó y le dijo a Gerson Orozco que se alzara el buzo para ver sí tenía algún arma, no le encontró ninguna, al cabo de cinco minutos ellos se fueron y por ahí a unas tres cuadras hicieron tres disparos al aire, nosotros nos asustamos sino que seguimos leyendo un libro, cuando al cabo de dos minutos un Agente de civil por ahí a unos **30 metros** nos dijo "es que no se van a ir o que maricas" y empezó a disparar a quemarropa nosotros al ver eso salimos corriendo, pero uno de los tiros le dió a Gerson Orozco.....Pues yo vi que era un arma de corto alcance, pequeña, un agente hizo los disparos, el agente Parra....yo escuché por todos cinco tiros y también los hizo Parra". Cuando le preguntó el Juez "Diga al Despacho a que distancia del sitio donde se hizo los dos primeros disparos se encontraba usted? Contesto: Nos encontrábamos a una distancia aproximada de una cuadra". Se observa que en la misma diligencia (folio 93) el testigo se contradice, cuando primero habla de tres disparos al aire a una distancia de tres cuadras y después adujo que dos disparos a una distancia de una cuadra. Que en total fueron cinco tiros, dice y sinembargo expresó que fueron tres al aire y después tres a quemarropa, uno de los cuales alcanzó al occiso en esta declaración adujo, que el requisado había sido Gerson y ante este Tribunal dijo que los tres (Gerson, Alberto y él) habían sido objeto de requisa (sic). En la primera declaración que rindió en el proceso penal, que el Agente Parra iba vestido esa noche con una camisa grande y un bluyin" y en su ampliación rendida en el mismo proceso (folios 132) adujo no recordar que ropa vestía y entra en contradicción al respecto."

"En estas condiciones, para la Sala el testimonio rendido por Carlos Alberto Hernández no da la convicción de la forma como sucedieron los hechos..."

"Salta a la vista, honorables señores consejeros, que el funcionario *a-quo*, resolvió dedicarse -en forma *sui generis*-al análisis de la declaración rendida ante el funcionario penal, deduciendo de ella y su ampliación, algunas contradicciones que luego trasladó al proceso administrativo para restarles, o mejor quitarle totalmente, el mérito probatorio al testimonio rendido en el caso *sub-judice*. Se olvido sí el juicioso y adecuado análisis

que debió realizarse del mismo, en el administrativo, para sacar la correspondiente conclusión.

" Pero, sea lo que fuere, por lo menos en la sentencia no se dice claramente que no fuera el agente Parra el autor del homicidio, lo cual deja en pie nuestra afirmación reiterada y corroborada por el testigo en comento, de que fue el agente JHON JAIRO PARRA FIERRO quien en la noche de autos hizo varios disparos, sin justificación ni necesidad alguna, uno de los cuales hizo blanco en GERSON OROZCO NARVAEZ ocasionándole la muerte.

" Estructúrase así la falla probada del servicio, así no se trate de una falla presunta por lo no se logró demostrar que el arma utilizada era de dotación oficial, pues obra la prueba documental con la cual se demuestra la calidad policial del agente infractor y que en la noche de los hechos se encontraba en servicio.

" En mi alegato de conclusión al cual me permito remitir para no volverme demasiado extenso, hice referencia a varios indicios que sirven de verdaderos puntales para fortalecer la única prueba testimonial.

" No le asiste ní razón a la sala cuando se afirma que "por simple indicio de que Jhon Jairo Parra Fierro fuera miembro de la Policía Nacional, adscrito para la fecha de los hechos a la Quinta Estación de Policía de Siloé, no se puede indilgar (sic) responsabilidades del Estado en los hechos que dieran lugar al presente proceso."

" No se trata de un simple indicio: está demostrado documentalmente con copia de la resolución de nombramiento, acta de posesión y extracto de la Hoja de vida; así como con las certificaciones respectivas provenientes del ente policivo, que el señor Parra era para aquel entonces agente activo de la Policía Nacional. Además está demostrado probatoriamente, con la prueba testimonial y la indiciaria, que el autor de la muerte dentro de las circunstancias conocidas, fue el citado parra, todo lo cual conduce a que se le deduzca responsabilidad administrativa al Estado.".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el Tribunal, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho. Por lo demás, no es una decisión justa.

En el caso *sub-examine* quedó bien demostrada la falla del servicio. Para llenar a esta verdad jurídica el sentenciador le da pleno mérito probatorio a lo expuesto por el declarante señor CARLOS ALBERTO HERNANDEZ, estudiante del Colegio José María Córdoba, con segundo año de bachillerato, sin parentesco con las partes y testigo presencial de los hechos, quien ilustra al sentenciador dentro del siguiente marco:

> "... Eran más o menos las 9 de la noche del día 20 de junio de 1989, cuando subieron varios agentes de la policía vestidos de civil hasta la calle 5a, Oeste con cra 22 sur del Barrio Lleras Camargo, lugar en el cual estábamos leyendo un libro, GERSON OROZCO, mi persona y WILLIAN HELBERT, estábamos los tres, ellos se nos acercaron o sean los policías, a mi me hicieron levantar la camisa a ver si tenía algún arma, lo mismo hicieron con Gerson y con Helber, después al ver que no me encontraron nada, los agentes se alejaron y regresaron más o menos a los cinco minutos, y ahi fue cuando uno de los agentes apareció a una distancia de unos cinco metros diciéndonos hijos de puta y haciéndonos disparos a quemarropa, de esto fue el agente Jhon Jairo Parra y este iba acompañado de otros agentes los cuales o a los cuales solo le distingo el nombre a uno, que es Juan Carlos Guerrero de la Cruz, nosotros los distinguimos porque ellos siempre andaban patrullando por esos lados. De los disparos que hizo el agente Jhon Jairo Parra uno alcanzó el cuerpo de Gerson Orozco proyectil el cual entró por el femoral izquierdo de Gerson Orozco, de ahí nosotros arrancamos a correr y Gerson como no pudo correr fue alcanzado por la bala, por lo cual él llegó arrastrándose y pidiendo ayuda hasta donde estábamos nosotros y ahí fue cuando lo recogimos pero ya estaba muerto, o sea que él alcanzo a llegar donde nosotros y cuando lo fuimos a ver ya había fallecido. Los agentes se fueron apenas hicieron los disparos, se fueron por el mismo lugar por donde hablan aparecido. Ellos hicieron tres disparos un de los cuales fue que hirió a Gerson Orozco y los otros pegaron a la pared donde yo estaba sentado recostado. Cuando ellos hicieron los disparos nos dijeron estos hijos de puta es que no se van a ir de aquí o qué, y fué cuando comenzaron a disparar. Nosotros los conocíamos a los citados agentes, porque ellos patrullaban esa zona y los veíamos siempre que llegaban al billar hacer batidas, nosotros nunca habíamos llegado a tener problemas con éllos de ninguna clase. No tengo mas para agregar. Agrega el testigo. Los agentes que inicialmente se acercaron a revisarnos a ver si portabamos arma alguna, fueron Jhon Jairo Parra y Juan Carlos Guerrero de la Cruz, y después fue cuando éllos se fueran y regresaron más o menos a los cinco minutos de haberse ido y ahí fue cuando se nos aparecieron mas o menos a cinco metros de distancia diciendo las palabras que ya mencioné, y habriendo (sic) fuego a quemarropa, el único agente

que disparó fue Jhon Jairo Parra, en la Procuraduría de aquí de Cali, yo identifiqué a Jhon Jairo Parra como el Agente que nos había disparado, a él lo tenían sentado en una silla y cuando yo entré él me voltió a mirar y doña Gloria la mamá del finado Gerson, que venía conmigo me preguntó si yo reconocía a esa persona que estaba en la Procuraduría y yo le dije que sí, que ese era el agente que nos había disparado, yo todo esto que he dicho aquí, lo dije allá en la Procuraduría. Ese día en la Procuraduría no hubo ninguna clase de comunicación mía con el agente Jhon Jairo Parra que estaba ahí. Quiero aclarar, o anotar, que cuando nos hicieron los disparos todos alcanzamos a correr, hasta Gerson Orozco que corrió con nosotros, pero cuando ya íbamos dando la vuelta a la esquina, él se desplomó o sea Gerson Orozco, y ya los dos policías se habían devuelto y nosotros lo recogimos y llamamos al hermano de él de nombre Alberto y a la mamá de nombre Gloria que es como todos le decimos, y éllos lo llevaron al Hospital. Cuando nosotros lo recogimos estaba en un estado grave inconsciente ya él había perdido el conocimiento, pues la bala le dió o le atravesó el femoral izquierdo. A la mamá de Gerson, todo el mundo en el Barrio la llama Gloria. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: íirvase decirle al despacho, desde qué tiempo y por qué razón conocía a Gerson Orozco. CONTESTO: Pues nosotros nos conocíamos desde muy niños, porque hemos vivido juntos en el barrio toda la vida desde muy pequeños, pues vivimos como a la cuadra, y siempre nos reuníamos a dialogar y eramos muy amigos. Es todo...". (fls. 4244 Cdno . 2).

La Sala aprecia el universo probatorio que tiene la anterior deposición porque es clara, ilustrativa, imparcial y tiene fuerza de convicción. Por lo demás, lo expuesto por el testigo tiene respaldo indiciario dentro del proceso. Así, el señor JHON JAIRO HERRERA, al rendir declaración ante el Juez Sexto de Instrucción Criminal, dijo:

".... Si fuí testigo. PREGUNTADO. Sírvase decirnos o mejor hacernos un relato claro y detallado sobre los hechos?. CONTESTO: Aclaro que únicamente fui testigo de las heridas que le hicieron a FABIO, nosotros EVELIN ROJAS, la novia de FABIO, de nombre BISMANI NARANJO SUAREZ, Y WILSON ASCARATE, y FABIO, aclaro nos encontrábamos en la sala de la casa de FABIO, y en ese instante FABIO salió hacia la tienda que queda en la misma casa, con la novia, pero la tienda estaba cerrada, la puerta de la tienda es de rejas, entonces se ve hacia adentro, ahí sonaron tres o cuatro tiros a tres cuadras de la casa, yo salí a la tienda y la novia o sea BISMANI venía para la sala, y yo salí a la ventana de la casa, y FABIO estaba de espaldas, de donde yo estaba, de salieron cinco tipos del barrio Puerto Nuevo de una oscuridad, entre los

cuales iba un policía llamado Parra, de allí salieron tres disparando al frente de la casa de FABIO, y FABIO en ese instante se entró hacia la sala, y en ese instante que dió la vuelta le dieron por la espalda, rato después FABIO me llamó diciéndome que estaba herido y me entré para la sala donde estaba FABIO, luego paso todo, y trasladamos a FABIO a el hospital y a JERSSON OZORCO también lo llevaron en el mismo taxi PREGUNTADO: Dígamos por qué motivo fue lesionado FABIO y quién lo hizo? CONTESTO: No se por qué motivo fue lesionado, tampoco se quien lo lesionó. PREGUNTADO: Díganos cómo era la visibilidad en el lugar de los hechos?. CONTESTO: Tres salieron al frente donde había la luz y dos se quedaron en la oscuridad, de los que salieron a la luz estaba el Policía, y fueron los que salieron disparando. PREGUNTADO: Díganos sí FABIO fué herido intencionalmente o con una bala perdida? CONTESTO: Intencionalmente, porque estaban disparando al frente de la casa de él. PREGUNTADO: Sírvase decirnos qué le pasó a JERSSON?. CONTESTO: A él le pegaron un tiro, y lo llevaron al hospital a la madrugada murió. PREGUNTADO: Quién mató a JERSSON y por qué motivo? CONTESTO: Tampoco sé, ni sé el motivo. PREGUNTADO: A qué hora y en qué fecha ocurrieron los hechos. CONTESTO: a las nueve y media dela noche, el día 20 de junio del año en curso. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si FABIO fué herido dentro de la tienda.? CONTESTO: Sí. PREGUNTADO: Qué problemas ha tenido con la justicia FABIO.? CONTESTO: Ninguno. PREGUNTADO: Dígamos si tanto JERSSON como Fabio eran viciosos?. CONTESTO: FABIO no es vicioso, JERSSON, tampoco era vicioso. PREGUNTADO: Sirvase decirnos sí sabe Ud. quiénes son los otros individuos que andaban con el agente PARRA?. CONTESTO:. Era un mono y un indio bajito pero no se quienes son. PREGUNTADO: Digamos si el agente Parra aún pertenece a la Quinta Estación?. CONTESTO: Sí.."..... "PREGUNTADO: Sírvase decirnos si el agente Parra andaba uniformado?. CONTESTO: No, todos andaban de civil. PREGUNTADO: Díganos si es costumbre del agente Parra, andar disparando en compañía de otros individuos?. CONTESTO: No, primera vez que lo veo. PREGUNTADO: Por qué conoce Ud, al agente PARRA? CONTESTO: Porque él ha participado en las recogidas que han hecho en el barrio y a mí me han recogido. PREGUNTADO: Cómo es físicamente el agente PARRA y con que ropas andaba el dia de los hechos? CONTESTO: Es alto, indio se peina para atrás, no es ni gordo ni delgado, vestía camiseta azul color cielo y un jeans. PREGUNTADO: Dígamos a qué distancia vió Ud, al agente PARRA?

CONTESTO: A trece metros. PREGUNTADO: A esa distancia cómo es la visibilidad?. CONTESTO: Se ve bien, porque yo estaba en la ventana". (fls. 53 a 54 Cdno No. 2).

Es verdad que la anterior declaración no fue ratificada dentro del presente proceso, pero la Sala ha predicado, hasta la saciedad, que cuando dentro del informativo hay un principio de prueba de los hechos ella puede completarse con los indicios que surjan de los testimonios no ratificados. El manejo de este medio probatorio se impone, en casos como el presente, cuando se vivencia que la autoridad hizo todo lo que estaba a su alcance para dejar impune la conducta antijurídica de los agentes responsables. Al fallador no le interesa saber si quien mató al señor GERSSON OROZCO NARVAEZ fue el agente JHON JAIRO PARRA o el agente JUAN CARLOS GUERRERO DE LA CRUZ, pues la falla del servicio es anónima. En lo que sí no hay espacio para la duda, es en concluír que fueron agentes de la policía los que llevaron a cabo la conducta antijurídica, que acabó con la vida del citado ciudadano.

Prosiguiendo con el manejo de los indicios, el sentenciador se pregunta:

Por qué causa, motivo o razón en el Departamento de Policía del Valle no aparece ningún registro de los hechos sucedidos el día 20 de junio de 1989 en el Barrio Lleras Camargo, como se informa en el oficio que obra al folio 31 del cuaderno No. 2?.

Por qué causa, motivo o razón no se adelantó investigación disciplinaria contra los agentes JHON JAIRO PARRA Y JUAN CARLOS DE LA CRUZ, cuando la Institución Policiva tenía conocimiento de que se adelantaba la investigación penal? (C 2, fol 39).

Como explicar el alcance que tiene el informe rendido por los miembros del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial (C 2, fol 49), en el cual precisan que no fue posible establecer los nombres de los posibles responsables de los hechos delictuosos?. Acaso de la investigación penal no fluye que testimonios había mil?. Por qué no interrogaron a la señorita EVELIN ROJAS GRISALES, quien en su declaración ante el Juez de Instrucción Criminal afirma que: "ME DI CUENTA QUE ERAN POLICIAS DE LA QUINTA ESTACION..." Por que no tomaron información de JHON JAIRO PARRA, quien ante el mismo funcionario instructor manifiesta que los integrantes de la fuerza policiva no iban uniformados pero sí de civil? Por que no se interrogó al joven FABIO ROJAS GRAJALES que en forma tan ilustrativa expuso ante el juez investigador?.

Informes como el presentado por el citado Cuerpo Técnico de la Policía son una vergüenza por su pobreza y simulación informativa. En este momento del discurso judicial el sentenciador se pregunta:

Que llevó al personero Delegado 11 a dirigirse al Juez Sexto de Instrucción Criminal, el día 22 de agosto de 1989, esto es, dos meses después de ocurrida la tragedia, para expresarle?:

> " No es la primera vez que miembros de la policía acantonada en la Quinta Estación de Policía (Siloé) se ven involucrados en este tipo de crímenes. Se impone una severa investigación para que este crimen no vaya a quedar en la impunidad por el bien de la misma Institución. (C 2, fol. 100) (Subrayas de la sala).

En esta oportunidad la Sala desea reivindicar la importancia que tiene la PRUEBA INDICIARIA que los tribunales en muchos casos no valoran. Sobre la materia resulta de interés traer a colación la presentación que el Dr. Antonio Rocha hace del indicio policíaco que descubrió a RUSSI como criminal, el cual se describe dentro del siguiente marco:

> "El descubrimiento de la 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 cinco de sus miembros. Sucedió que Manuel Ferro, herrero de profesión y auxiliar de la cuadrilla, fue mortalmente herido de 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 y 1/2 y no las 8.p.m.).
>
> Y cuenta CORDOVES MOURE que entonces:
>
> "... llegó la misma botica una mujer, jadeante, en solicitud de auxilios médicos para el niño Manuelito Ferro, a quien, decía habían herido.
>
> " Y quien 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 ella.

"Luego habló? díjo Russi inconscientemente. Fatales palabras se fijaron Roel y Ortiz (Roel médico farmaceuta de su propia botica; Ortiz comprador ocasional).

" (De la prueba en derecho, Editorial Lerner, pág. 609 y ss.ss.).

B) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, la Sala tendrá a la sedicente madre del occiso, señora ENELIA NARVAEZ DIAZ como un TERCERO AFECTADO con la tragedia, pues en puridad de verdad no logró demostrar la calidad invocada. Sinembargo, en el ACTA DE REGISTRO DE NACIMIENTO DE GERSON OROZCO NARVAEZ, sentado en junio de 1971, su padre natural dejó constancia de que ella era la madre. Esta circunstancia, relacionada con el trato, encuentra respaldo probatorio en los testimonios rendidos dentro del proceso por LUIS EDUARDO GARCIA y LUIS HERNAN ASCARATE, que a la sala valora positivamente en este particular.

En la materia que se estudia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijo es sentencia de 13 de junio de 1991; Expediente No. 6300, Actor ALBERTO RINCON SUAREZ, Consejero Ponente, Dr. Daniél Suárez Hernández, en la cual y en lo pertinente, se razona dentro de la siguiente óptica:

"Para demostrar la titularidad del derecho pretendido, se allegó al expediente sendos certificados de registro civil de nacimiento de LUIS EDUARDO Y ALBERTO RINCON (fls. 10 y 12). En ambos certificados aparece como madre la señora ROSA MARIA RINCON.

" Para el actor, dichos certificados son prueba suficiente de que los mencionados LUIS EDUARDO Y ALBERTO, son descendientes extramatrimoniales de la señora ROSA MARIA RINCON, sinembargo, frente a las disposiciones legales vigentes, ello no es así, y le asiste razón al *a-quo* cuando expresa:

".... De otra parte el artículo 1o. de la Ley 75 de 1968 que modificó el artículo 2o. de la Ley 45 de 1936 dise el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en caso de que éste se efectúe en el acta de nacimiento requiere de la firma de quien hace tal reconocimiento.

"En el evento de autos no aparece documento alguno con el que se acredite que la señora Rosa María Rincón haya declarado o reconocido su carácter de madre de Luis Eduardo y Alberto Rincón, como tampoco se aportó

prueba alguna del hecho de ser aquella soltera o viuda al momento del parto y del hecho mismo del parto de Luis Eduardo y Alberto.

" En otras palabras, no se halla demostrado dentro del plenario la relación o vínculo de consaguinidad (sic) existente entre el actor y la víctima de los hechos que se aducen como base de la demanda y que constituyen el fundamento del interés para deducir responsabilidad a la Nación Colombiana y consecuencialmente condena al pago de los perjuicios que se afirma se irrogaron al actor"(fols. 77 y 78).

" Y para abundar en la necesidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial, que no se probó en el *sublite*, la Sala se permite transcribir la parte pertinente del auto proferido por esta Sala al desatar un recurso de súplica: ".....a. Conforme a los artículos originales del C.C., 318 y ss., tanto el padre como la madre naturales, debían "reconocer" por instrumento público al hijo y en caso de "maternidad disputada, disponía el derogado artículo 324, en su inciso final: "la partida de nacimiento no servirá de prueba para establecer la maternidad ".

" En este régimen, pues, no había sino el reconocimiento voluntario del padre o madre, mediante documento público.

"b El mismo régimen se mantuvo con las modificaciones de la ley 153 de 1887.

"c. Ley 45 de 1936, cambió la situación del hijo natural frente a la madre. Dispuso en su artículo 1o.:

" El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento" .

" Pero aún tiene que probar dos hechos importantes el hijo que afirma tener por madre a determinada mujer:

"1. "Que era soltera o viuda al momento del parto; y

"2."El hecho mismo del nacimiento o parto.

"d. Conforme al artículo 1o. de la Ley 75 de 1968, la maternidad se prueba por la firma de la madre en el "acta de nacimiento", y en su ausencia, por la investigación debe adelantarse conforme al inciso final de dicho artículo, común a padre y madre y la comparecencia de los mismos.

" O, con aplicación del artículo 1o. de la ley 45 de 1936, citada por el recurrente, probando, ante la ausencia de la firma de la madre en el registro civil de nacimiento, el hecho del parto y la calidad de soltera o viuda, o si era casada la prueba, con sentencia debidamente ejecutariada, de que fue impugnada la paternidad legítima y ésta fue acogida.

"e. De ahí que conforme al artículo 75 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 335 del C.C.A., la impugnación de la maternidad implica la prueba de la falsedad del parto o la suplantación del hijo nacido por otro.". (Auto del 22 de septiembre de 1.983. Expediente No.3880. Actor: Larys María Narváez).

" Con base en lo anterior, se concluye claramente que no se demostró el estado civil requerido para legitimar las pretensiones de Alberto Rincón, como supuesto hermano extramatrimonial del occiso Luis Eduardo Rincón, pues, no se acreditó fechacientemente (sic) el hecho básico de haber tenido una misma progenitora.

"El apelante, allegó con su recurso copia autenticada de los registros civiles que obran a folios 86 a 88, los que no aportan nada nuevo para la decisión, puesto que en ellos no aparece la firma de la madre en aceptación del reconocimiento de que se trata. Vale la pena precisar con relación al documento que ocupa el folio 87, que sí bien es cierto allí se hace mención a la comparecencia de Rosa María Rincón, esta no lo suscribe, además de que ello no subsana la deficiencia que se ha recalcado, puesto que el reconocimiento echado de menos debió acreditarse con respecto al hoy demandante y al occiso, lo cual no ocurrió.

"Además, cabe aclarar al recurrente que cosa es la inscripción del nacimiento en el registro de estado civil, que es la certificación que normalmente expiden los notarios, y otra bien distinta el reconocimiento que en calidad de padre o madre extramatrimoniales están obligados a hacer quienes dicen ostentar dichas calidades.

"De manera que, ante la falta de legitimación por parte del actor, se impone la denegatorio de las pretensiones de la demanda, confirmando así la sentencia apelada en su integridad.". (Subrayas, de la sala).

Definido que la señora ENELIA NARVAEZ DIAZ está legitimada como un tercero afectado con la tragedia, no pueden despacharse favorablemente las pretensiones de quienes demandan invocando la calidad de sedicentes hermanos de la víctima, pues no tienen esta calidad. No se hace condena por PERJUICIOS MATERIALES en favor de la señora ENELIA NARVAEZ DIAZ, porque de las declaraciones rendidas por LUIS HERNAN AZCARATE y VIRGINIA GRAJALES SERNA, no se vivencia que el occiso ayudara en forma permanente a la demandante. Las ayudas ocasionales, transitorias, intermitentes, le quitan al DAÑO su característica de certeza, y por lo mismo, no dan pie para darlo por probado. Por todo lo que se deja expuesto, se condenará a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL, al pago de los PERJUICIOS MORALES, causados a la señora ENELIA NARVAEZ DIAZ, los cuales se fijan en ochocientos (800) gramos de oro fino, que se deberán cubrir con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

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 treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar **RESUELVE** :

A) DECLARESE que LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-, es administrativamente responsable de la muerte del señor GERSON OROZCO NARVAEZ, ocurrida el día veinte (20) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del marco de circunstancias que se dejaron relatadas en los considerandos de este fallo;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior CONDENaSE a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, a pagar a la señora ENELIA NARVAEZ DIAZ, por PERJUICIOS MORALES, la cantidad de ochocientos (800) gramos de oro fino, que se deberan cubrir con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación expedida por el Banco de la República.

C) DENIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

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

SEGUNDO: Ejecutoriado este 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 Relatoría: Reiteración jurisprudencial sobre la prueba del hijo natural o extramatrimonial en sentencia de 13 de junio de 1991, Exp. 6300, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, Actor: ALBERTO RINCON SUAREZ

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Hurto / FLAGRANCIA / CULPA DE LA VICTIMA / CONDENA - Reducción.

Para la Sala resulta bien probado que el occiso había hurtado la motocicleta, y que para asegurar el producto de su conducta antijurídica huyó sin atender los requerimientos de la autoridad. No obstante esta realidad, para la corporación resulta censurable o inaceptable, desde todo punto de vista, que se aplique la ley de fuga contra el delincuente. La pena de muerte no existe constitucionalmente en Colombia, y, por lo mismo, la magistratura tiene el deber jurídico y moral de ser estricta en la valoración de la conducta de la administración, cuando a través de sus agentes incurre en atentados contra la dignidad de la persona humana. La fuerza se supone especialmente preparada para hacerle frente a situaciones de policía, como la que dio origen a la tragedia que ahora se lamenta. Si ella estuviera autorizada para disparar, en todos los eventos en que el delincuente huye, no cumplirá una misión de orden sino de desorden. Es verdad que la inseguridad y violencia que vive el país lleva a muchos sectores de la sociedad a familiarizarse con el ejercicio de la fuerza bruta, y hasta a demandarla, en caso en que el delincuente escogido *in fraganti*. Pero aceptar esta forma de justicia particular, se arrasa con los derechos fundamentales de la persona sería retroceder a las pocas más primitivas de la sociedad. El sentenciador debe hacer esfuerzos para no dejarse determinar por perjuicios subliminales que entorpecen la recta administración de justicia. Como resulta cierto que el occiso tuvo culpa, aunque no exclusiva, se reducirá el monto de la condena en un cincuenta por ciento (50).

SECCION TERCERA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Referencia: Expediente No. 8486. Actor: NIDIA PATRICIA CORREA TABARES. Demandado: La Nacion Ministerio De Defensa Policia Nacional

-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 APELACION** interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia calendada el dia catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993). preferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda 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:

"En demanda presentada ante este Tribunal, por intermedio de apoderado, la señora Nidia Patricia Correa Tabares, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Declárase a la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL), Administrativamente responsable de la muerte de REINELIO GIL VARGAS, y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios (morales y materiales) ocasionados a NIDIA PATRICIA CORREA TABARES (esposa) y JOAN ANDRES GIL CORREA (hijo).

"Propias a la declaratoria de responsabilidad administrativa peticionada, se harán las siguientes o similares condenas:

"1°. POR PERJUICIOS MATERIALES

"Condénase a la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL) a pagar a NIDIA PATRICIA CORREA TABARES (esposa) y a JOAN ANDRES GIL CORREA (hijo), los perjuicios

materiales derivados de la frustración de la ayuda económica que venían recibiendo de su esposo y padre, REINELIO GIL VARGAS (lucro cesante) mas los intereses compensatorios desde la fecha de su causación, hasta cuando se produzca la indemnización teniendo en cuenta la variación porcentual del índice Nacional de Precios al Consumidor, entre las fechas de causación del daño y con éste, los perjuicios, y la ejecutoria de la sentencia.

"Subsidiariamente:

"A falta de bases suficientes para la fijación o liquidación matemático-ático-actuarial de los Perjuicios que se debe a los actores, el Tribunal se servirá fijarlos, por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria del fallo, de cuatro mil (4.000) gramos oro fino, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 4o. y 8o. de la ley 153 de 1887, lo mismo que el artículo 107 del Código Penal.

"2o. POR PERJUICIOS MORALES

"Condénase a la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL) a pagar a NIDIA PATRICIA CORREA TABARES y a JOAN ANDRES GIL CORREA (esposa e hijo respectivamente), o a quienes sus derechos representen al momento de la sentencia, los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte de REINELIO GIL VARGAS en las condiciones ya informadas.

"Estos perjuicios proceden atendiendo la angustia, el dolor que produce la muerte de un ser próximo, las mal formaciones del carácter en tratándose de un hijo que crecerá sin la asistencia moral y física permanente del padre. Reclaman los demandantes, atendiendo la calidad con que actúan y las voces del artículo 106 del Código penal, el equivalente en pesos a lo que cuesten un mil (1.000) gramos oro fino para la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno de ellos, o de quien o quienes sus derechos representaren en su momento, atendiendo la cotización del precio del metal entregada por el Banco de la República.

"3o. POR INTERESES

" Condénase a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL) a pagar a los actores, o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, los intereses aumentados con la variación

porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento.

"LA NACION COLOMBIANA dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su ejecutoria, conforme lo mandan los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo".

"Los hechos aparecen en el libelo así:

"Para el día 1o. de marzo de 1990, se desempeñaba como agente conductor de la Policía Nacional, adscrita a la Estación de Santa Rosa de Cabal (R), JOSE WILLIAM TABARES BUITRAGO; igualmente, prestaban allí sus servicios como policiales, los señores GUILLERMO DE JESUS RESTREPO VANEGAS Y ELMER CARDONA DEBOYA...

"Con ocasión del servicio en referencia, el Comandante de la Estación Policiva de Santa Rosa de Cabal (R), dispuso la conformación de una patrulla por estos tres (3) hombres, a efectos de instalar un retén en la vía principal que de esa localidad conduce a Pereira (R). Para tal servicio, contaban con el vehículo panel No. 22-013 piloteado por TABARES y los demás como tripulantes, así como con revólveres de dotación oficial.

"Se pretendía con la instalación del retén truncar la consumación del hurto de una motocicleta iniciado en el municipio de Dosquebradas (R), y dar captura a su autor o autores...

"A pesar de haberse recuperado la moto, objeto de la acción policiva, en virtud de la dejación de la misma, el agente conductor TABARES BUITRAGO se bajó del automotor oficial en persecución del piloto del velocípedo, disparando en su contra varias veces, no obstante la oscuridad reinante en el lugar, con su arma de dotación oficial, produciéndose de contera la muerte del fugitivo.

"Por ello, al momento de practicarse la diligencia de levantamiento del cadáver de REINELIO GIL VARGAS, el funcionario encargado pudo apreciar y dejar constancia que aquél se encontraba en cuanto a su pie izquierdo en semiflexión sobre el alambrado de púa; lo que se opone a una posible defensa de la demanda roturable como legítima defensa de su agente, acentuando, *contrario sensu*, un ajusticiamento impiadoso vulnerativo de las normas constitucionales protectoras de la vida de los asociados colombianos..."(fl.90 - 95,C.1).....

"En el proceso aparecen probados los siguientes hechos:

"1o. Diligencia de levantamiento del cadáver del señor Reinelio Gil Vargas el día primero de marzo de 1990, en la cual se lee:"al lado izquierdo de su cuerpo fué encontrada un arma de fuego hechiza, sin marca, niquelada, la cual contenía un cartucho de tiro 38 largo especial, al lado derecho del cadáver se encontró un tiro 38 largo" (fl. 3 vto, C No. 3).

"2o. Constancia del Comandante del Cuarto Distrito de Policía Sta. Rosa de Cabal, en la cual se dice que el Agente Tabares Buitrago Jose William se encontraba prestando turno de 24 horas entre las 08:00 del día 010390 hasta las 08:00 horas del día 020390 como conductor del vehículo panel 22-013.

"3o. Declaración ante el Juzgado 71 de Instrucción penal Militar del señor Fabián Castaño Guarín, propietario de la motocicleta que había sido hurtada, refiriéndose al levantamiento del cadáver de Reinelio Gil Vargas: "yo vi que a él le sacaron los papeles en el levantamiento y tenía la cédula y también había una pistola de un solo tiro, no tenía tambor era de chacas (sic) de madera y era niquelada, ... encontraron también una coca de 38 largo quemada ahí atracito de él.... (fl. 17 vto, C. No. 3).

"4o. Antecedentes de Reinelio Gil Vargas: varias sindicaciones por hurto (fl. 33, C.3).

"5o. Necropsia. Conclusiones: "Conceptúo que la muerte de Reinaldo Gil Vargas fue consecuencia natural y directa de anemia aguda por herida de pulmón y grandes vasos por proyectil de arma de fuego de naturaleza simplemente mortal" (fl. 37, C. No. 3).

"6. Fotocopia registro de defunción de Reinelio Gil Vargas (fl. 4, C. No. 1).

"7o. Informe del sr. Comandante del Cuarto Distrito de Policía Risaralda, dirigido al Juez 71 Penal Militar, dejando a su disposición el revólver No. 18D4432/41664, marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, de propiedad de la Policía Nacional, el cual tenía como dotación para el servicio el agente Tabares Buitrago José William el día primero de marzo de 1990. (fl. 38, C. No. 3).

"8. Constancia informando que el agente José William Tabares Buitrago para el primero de marzo de 1990 pertenecía al Dto de Policía Risaralda laboraba en el Cuarto Distrito de Sta Rosa de Cabal.

"9o. Acta de posesión del Agente José William Tabares Buitrago (fl. 55, C. No. 3).

"10o. Dictamen de balística correspondiente a la pistola que fue encontrada junto con el cadáver de Reinelio Gil Vargas: Pistola hechiza, vainilla ... Con esta arma se hicieron en este Laboratorio dos disparos de prueba, cuyas vainillas fueron confrontadas con la vainilla incriminada remitida para estudio mediante nuestro microscopio especial para Balística, de esta comparación se tiene la imprésión de que la vainilla incriminada fue percutida en mas de una ocasión, por lo cual no es posible dictaminar con absoluta certeza si dicha vainilla fue percutida por la pistola hechiza enviada para estudio o por otra arma diferente.

"Lo anterior no descarta a esta pistola hechiza como sospechosa de haber percutido esta vainilla, ya que hay coincidencia en cuanto a su calibre..." (fl. 73, C No. 3).

"Prueba testimonial. Perjuicios morales.

"María Rubiela Bedoya de Flórez, Martha Cecilia Velásquez y María Sedoya refieren las buenas relaciones existentes entre el fallecido y su familia, el cumplimiento de sus obligaciones y además la tristeza que causó la muerte de Reinelio. (fl. 83 y ss, C. No. 2).

"Declaración del agente Guillermo de Jesús Restrepo Vanegas ante el Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar: " y nosotros detrás de ellos corriendo diciéndoles alto, alto, porque yo quería era capturarlos, pero entonces ellos no atendieron el llamado de alto y siguieron en la moto, en ese momento fue cuando el conductor de la panel emprendió la persecución detrás de ellos, pero nosotros no pudimos montarnos a la panel porque el conductor viendo de que salían en rumbo a Pereira podían huír fácilmente y arrancó... y vimos la moto tirada al lado derecho de la calzada en el suelo, la panel estaba atravesada hacia adentro de la calzada cerquita de la moto y le pregunté al compañero Tabares y me contestó que él tuvo que salirse inmediatamente de la panel y hacerle el alto porque se estaba aventando por un alambrado y fue cuando uno de ellos le disparó a él y Tabares también tuvo que dispararle" (fl. 48 vto, C. No.3).

"Agente Helmer Cardona Bedoya: "...nosotros les gritamos alto y corrimos un poco, a lo cual hicieron caso omiso emprendido la huída...por radio nos informaron las placas, el tipo de moto y el color, ...él lo que nos comentó fue que había tenido enfrentamiento con los dos indibiduos de la moto los cuales le dispararon a él, que a él le había tocado resguardarse detrás de

unos fogones del estadero y el había hecho frente con su arma de dotación" (fl. 50 y ss, C. No. 3).

"Francisco José Morales Buitrago: "...no recuerdo si fué un agente, alguien si me mostró la pistolita niqueladita bonita pequeñita y eso fué en el levantamiento..." fl. 67 vto C. No. 3).

"Mayor de la Policía Nacional Manuel Enrique Riaño Camargo: "...y en fracción de unos minutos escuché una comunicación del móvil 013 donde comunicaban que se le apoyara que la foto había hecho la. U y se devolvió hacia Pereira y que él íba en persecución y luego otro minuto o dos mas, nuevamente se volvió a reportar el conductor manifestando que los individuos le habían hecho frente y que necesitaban apoyo que uno de los individuos se encontraba herido y que el otro le estaba disparando. Yo inmediatamente pedí apoyo a Dosquebradas..., porque incluso el arma se le encontró en la parte posterior del cadáver o sea en la espalda, porque el cadáver se encontraba medio colgado del alambrado y pedazos de las ropas estaban en los alambres, ..., por lo que el agente TABARES manifestaba en el momento que efectuaba la persecución, si indicaba que era objeto de hostigamiento y de disparos por parte de los delincuentes, tanto que pedían apoyo y muy confundida la voz .."(fl. 77, C. No. 3).

"Indagatoria del agente José William Tabares Buitrago:

"... tiraron la moto al suelo al ver que yo les atravesé la panel también fuera de la calzada y emprendieron carrera a tirarsen a un cafetal en el cual hay un alambrado bastante cerrado, ellos me hicieron varios disparos, yo me tiré en vuelta canela y me atrincheré en un morrito donde está el horno donde asan las arepas de chóclo en el mismo sitio la mazamorra o la vuelta de la arepa de chócolo que la llaman también y al sentir los disparos y al verme yo atrincherado, yo disparé en defensa personal y a ver si era posible la captura de dichos individuos; uno de ellos alcanzó a pasar el alambrado y el segundo fue el muerto ... Pues distancia era mas o menos entre los diez y los quince, metros, pues que los oí si, por algo me tuve que dar la vuelta canela tratando de protegerme, escuché varios disparos no le puedo decir cuántos porque en un caso de estos de nerviosismo, pero si uno ... yo a uno los individuos le alcancé a ver el arma, no le puedo precisar cuál de los dos; en qué dirección, pues me imagino que era contra mi persona, que gracias a Dios no dieron blanco posiblemente la vuelta de canela que me tocó hacer a mi, ese pudo haber sido uno de los mejores o de la mejor acción que yo hubiera hecho, y en la forma de como ellos iban en carrera, no pudieron tener buena puntería o precisión... Al ser yo agredido, la única respuesta que les podría dar a

ellos era también dispararles. Yo disparé en tres oportunidades, lo hice hacia el alambrado por donde huían dichos individuos, ...Preguntado: Quienes fueron testigos de estos hechos Contesto: Nadie porque por ahí no había nadie, al rato ya cuando estaban en el levantamiento, bajó un señor residente en esa casa ..." (fl. 85 vto, 86 fte, C. No. 3).

"Diligencia de Inspección Judicial con reconstrucción de los hechos.

"Agente Guillermo de Jesús Restrepo Vanegas: "...Esa noche estaba cayendo un aguacero acá, ... nos vió uniformados y esos señores se regresaron inmediatamente haciendo la U y ahí fué donde nosotros **les dijimos alto y ellos siguieron** hacia como para irsen otra vez para pereira. Estaba mas o menos oscuro y con ese aguacero que estaba cayendo la visibilidad era poca".

"Agente José William Tabares Buitrago: "... los individuos corrían hacia el alambrado, yo me bajo de la panel oigo unos disparos, me tiro una vuelta canela hacia este horro donde yo hago uso de mi arma, un individuo alcanzó a pasar el alambrado, el segundo quedó enredado su compañero quedó o trató de darle una ayuda lo cogió como de la mano **y pues se escucharon otros disparos**".

Francisco José Morales Buitrago: "...quiero agregar que en una guadua que sostiene el techo de la ramada y ubicada al pie del horno, la cual ya fué quitada y —encontré dos plomos incrustados en la cuadra, cuando yo fuí a abril la guadua para meterla al horno fue que encontré los plomos y los plomos los boté o sea que eso provenia del sitio donde estaban los dos individuos hacia el horno.

"Del análisis de las pruebas tomadas en su conjunto se llega a la conclución que el occiso Reinelio Gil Vargas tenía varias sindicaciones por hurto, que la misma noche que falleció había hurtado la motocicleta marca Honda, 185, color rojo, placas SUX-12 propiedad del señor Fabían Castaño García, quien se hizo presente en el levantamiento del cadáver de Reinelio y reconoció la motocicleta como la suya; además, es cierto que los autores de robo se enfrentaron al agente Tabares Buitrago con arma de fuego, y referente a las versiones de los agentes ellas son uniformes sobre la forma como sucedieron los hechos. "No existe ninguna prueba que contradiga sus afirmaciones, por lo tanto merecen plena credibilidad. Fuera de la pistola que se encontró junto al cadáver de Reinelio Gil también se hallaron "los plomos incrustados en la guadua, en la ramada que está junto al horno, sitio que sirvió de refugio al agente Tabares, lo cual demuestra que de

parte de los autores del hurto existió enfrentamiento a bala con el agente citado.

"El Juzgado de Primera Instancia declaró que no existió mérito legal para efectuar la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal contra el agente José William Tabares Buitrago y por tanto ordenó la cesación de todo procedimiento. Precisamente en algunos párrafos de su providencia se pronunció así: "...La conducta ejecutada por el Ag. JOSE WILLIAM TABARES BUITRAGO se encuentra tipificada dentro de las causales de justificación del artículo 26, numerales 1 y 4 del Código de Justicia Penal Militar, consistente en Encontrarse en cumplimiento de un deber legal y por La necesidad de defender su vida e integridad personal".

"No hubo, pues, violación de las normas constitucionales y legales que cita la demanda, por cuanto se empleó el arma oficial debido a que los fugitivos usaron sus armas para facilitar la fuga, y era deber de los agentes tratar de capturarlos porque habían cometido un delito, así ya hubieran dejado a un lado la motocicleta hurtada minutos antes; hizo uso del arma el agente Tabares cuando fue atacado por los delincuentes a bala, existiendo proporcionalidad entre los medios usados por los agresores y el empleado para repeler el ataque. Es fácil concluir que el agente José William Tabares Buitrago se encontraba en inminete peligro y su reacción es la normal, solamente él puede predicar qué sintió en esos momentos y de ahí porque su conducta fué la de reaccionar repeliendo el ataque que injustamente recibió. En este momento se hace necesario hacer alusión a las críticas que en el memorial de conclusión se le hacen al agente tantas veces mencionado, porque fue "imprudente actuar al pretender él solo darles alcance y captura"; que fue indebidamente utilizado el revólver, que se disparó en condiciones de inferioridad, que la agresión ya había pasado. Estas afirmaciones no tienen respaldo probatorio, son suposiciones del señor apoderado. Si el agente no los persigue y detiene el Radio-patrulla a esperar los compañeros, qué había sucedido? Que los delincuentes habían escapado. El arma no se utilizó en forma imprudente, sino para repeler el ataque.

"La Sala se hace estas reflexiones:

"La conducta que se analiza en esta providencia corresponde a la entidad pública demandada y no a la del agente de la policía Tabares Buitrago José William.

"En el presente proceso ni se dió la falla presunta por haberse empleado arma oficial, la cual ocasionó la muerte al sr. Reinelio Gil Vargas por las

razones ya expuestas, ni la falla del servicio objetivo por que la misma no se dió por culpa exclusivamente de la víctima. El resultado en este caso, el daño, no tiene ninguna relación con la conducta de la administración. No existió por parte del agente Tabares un procedimiento policivo imprudente o innecesario, y la muerte del señor Reinelio Gil se produjo por la conducta de los autores del ilícito en contra del agente, desencadenando los sucesos que terminaron con el deceso de uno de ellos, por lo tanto el servicio no funcionó mal; no existió relación de causalidad entre el daño y el hecho de la Administración. Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tienen derecho a defenderse legítimamente cuando las circunstancias sean claras, como en el presente caso, y siempre que se proceda de acuerdo a la ley o los Reglamentos correspondientes de la Policía". (fl. 101-110, C.1).

SUSTENTACION DEL RECURSO:

A folios 112 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de los degradantes 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 temperamento:

"Es un hecho cierto que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tienen derecho a defenderse. Pero como lo complementa la sentencia, esa defensa debe ser legítima y "cuando las circunstancias sean claras".

"No se cuestiona la loable actividad en el sub-lite del miembro de la Policía Nacional, al pretender no solo recuperar el mueble objeto de latrocinio, sino, aprehender a sus responsables. Lo que— se reprocha son los metodos utilizados para lograr tales propósitos. porque se efectuaron en franca oposición con los cánones que orientan y regulan el buen servicio. De allí que se predique la existencia de la falla en el servicio desde el momento mismo en que el agente conductor decidió perseguir él sólo a los dos hombres presumidos como delincuentes.

"No puede determinarse acerca de lo sucedido si Tabares Buitrago recoge a sus dos (2) compañeros, pues sería entrar en el campo de las premonisiones vedadas tanto al juzgador como a los sujetos procesales como medio probatorio. El resultado de la acción individual del policial en cita no es plausible, pues, contrario sensu al pensar del fallo, debe partirse del supuesto que hubiese actuado conforme a derecho y a partir de allí establecer los posibles resultados de su conducta. Es que de aceptarse lo afirmado por la sentencia en el sentido que si el agente conductor detiene

la patrulla y espera a sus compañeros, los delincuentes hubiesen escapado, debe aceptarse también otra hipótesis o posibilidades: si se hubiese detenido y recogido a sus compañeros, y además comunicado por radio a las autoridades de Dosquebradas (R), que hacía allí iban los presuntos ladrones, tal vez los alcanzara mas adelante, o los retuvieran en esta última localidad. Queda entendido en consecuencia, que no puede en el *sub-judice* erigirse como fiel conclusión aquella por la que opta el Colegio de instancia, que entre otros comentarios, surge como resultado de una acción impensada, individual y ligera que permitió el desenlace de los hechos conocidos. Esta sí es inferencia lógica. A partir de ese actuar unitario de uno de los miembros del grupo oficial se dió inicio a la falla administrativa. Por ello recordamos: si los tres hubiesen perseguido a los de la motocicleta, el desenlace pudo ser bien diferente al finalmente presentado.

"Tampoco nos parece acertado el que se pretenda igualar en condiciones a los representantes del orden con aquellos a quienes deban hacer frente los agentes de policía reciben instrucción completa no sólo para saber tratar a la ciudadanía, sino, para afrontar los casos que en ejercicio de sus funciones se presenten, así como para entender cuándo y cómo deben usarse las armas asignadas. Esta última situación debe armonizarse con los preceptos que regulan su empleo -de las armas- para verificar, si su uso fué o no legal. En nuestro caso concreto pensamos que no. La legalidad de la utilización del artefacto oficial se daba en el momento mismo en que según Tabares escuchó los disparos, pero desaparece cuando cesan los mismos, cuando el supuesto agredido se encuentra a salvo y cubierto en un horno, donde él está consciente no corre peligro, luego, en tales condiciones, no puede hablarse de peligro inminente del que defenderse. A partir de tal circunstancia la defensa de Tabares Buitrago para a ser agresión, y la demostración procesal de ello la ofrece el proceso penal en el acta de levantamiento del cadáver cuando se describe la posición en que fue hallado. Afirmamos pues, las probanzas enseñan una verdad procesal diversa a la que arriba la Corporación en este aspecto, sin que pueda justificarse el comporte del policial en atención a que solo él puede predicar qué sintió en ese momento, pues se desnaturalizaría la función cumplida pasando a ser un hombre del común, papel éste que dejó de cumplir desde el momeento mismo en que se hizo policial" (fl. 113-115, C.1).

-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 ente demandado, considera que la decisión del *a-quo* fué la más acertada y justa, toda vez que se decidió conforme con lo que fué probado dentro del proceso, lo cual necesariamente llevaba a que se tomara tal decisión.

"Lo anterior encuentra su respaldo probatorio si tenemos en cuenta que se demostró en primer término que efectivamente se trataban de delincuentes que habían hurtado una motocicleta; de propiedad del señor FABIAN CASTAÑO GARCIA quien se hizo presente en el levantamiento del cadáver y reconoció como suya la motocicleta; que efectivamente hubo un enfrentamiento por parte de los autores del ilícito quienes dispararon sus armas contra el agente TABARES a efectos de lograr huir, lo cual se demostró no solamente al practicarse la diligencia de levantamiento del cadáver de la víctima en donde se encontró una pistola, sino además por el hecho de que en el lugar donde se resguardó el agente conductor se encontraron planos incertados en la guadua".

"La culpa de la víctima es causa exclusiva del daño, cuando este proviene únicamente de ella, bien porque no hubo falta o falla del servicio, o bien porque si la hubo; no existe relación de causalidad entre dicha falla y el perjuicio. En cualquiera de tales eventos, la administración se libera totalmente de responsabilidad, exonerándose de ella.

"En el caso que nos ocupa, el origen exclusivo del daño, fué la culpa de la víctima, quien provocó precisamente el hecho, es decir existió un vínculo directo y necesario de causa a efecto, entre el hecho ilícito de la víctima y el perjuicio que sufrió.

"Lo anterior se corrobora cuanto al fallador de primera instancia "el daño no tiene relación con la conducta de la administración. No existió por parte del agente TABARES un procedimiento policivo e imprudente o innecesario y la muerte del señor REINELIO GIL se produjo por la conducta de los autores del ilícito en contra del agente, desencadenando los sucesos que terminaron con el deceso de uno de ellos, por lo tanto el servicio no funcionó mal; no existió relación de causalidad entre el daño y el hecho de la administración.

"Ahora bien en cuanto al empleo del arma de dotación oficial por parte del agente TABARES quedó plenamente demostrado que lo hizo movido por el hecho de que los fugitivos usaron sus armas para facilitar la fuga, es decir, atracaron al agente, de lo cual se deriva que existió proporcionalidad entre los medios usados por los agresores y el Empleado para repeler el ataque; además se encuentra mas que justificado cuando

el agente lo que pretendió con su conducta fué reaccionar el ataque que injustificadamente recibió lo cual lo colocaba en inminente peligro y su reacción que la normal, que cumpla un miembro de la Institución en similares circunstancias y lógicamente adecuándose con las reglamentaciones legales existentes al respecto.

"Por lo anterior, solicito respetuosamente al señor Honorable Consejero no atender las súplicas que en su recurso de apelación detenta el apoderado del actor" (fl. 139-141-, C.1)

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

En el caso *sub-examine* no hay espacio para la duda que impida concluír que el señor REINELIO GIL VARGAS fue muerto por el agente de la Policía señor JOSE WILLIAM TABARES BUITRAGO, con arma de dotación oficial, cuando el primero huía con una motocicleta que había hurtado minutos antes.

Es verdad que el Juzgado de Primera Instancia, a cargo del Comandante del Departamento de Policía Risaralda, en providencia calendada el día veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa (1990), definió que no había mérito legal "...para efectuar la convocatoria de un consejo de Guerra Verbal en contra del sindicado..." y ordenó la cesación de todo procedimiento, por considerar que en el caso *sub-examine* se dió la legítima defensa. Esta perspectiva jurídica, sinembargo, no la patrocina la Corporación al analizar la falla del servicio. Y se predica lo anterior, porque del acervo probatorio surgen una serie de indicios que dejan en el sentenciador la convicción firme de que la policia no atendió el caso, con el profesionalismo que su tarea demanda, y que la tesis de la legítima defensa no puede manejarse con la ligereza probatoria y jurídica que se vivencia en la citada providencia penal.

Para el *ad-quem* no resulta bien probado que el occiso disparara la pistola hechiza, tipo 38 largo, arma de fabricación casera. Del estudio que hizo el Instituto Seccional de Medicina Legal e Investigaciones Forenses, (C 3, fol 72), se desprende la misma conclusión. Allí se lee:

2o. Con esta arma se hicieron en este Laboratorio dos disparos de prueba, cuyas vainillas fueron confrontadas con la vainilla incriminada remitida para

estudio mediante nuestro microscopio especial para balistica, de esta comparación se tiene la impresión de que la vainilla incriminada, fue percutida en mas de una ocasión, Por lo cual no es posible dictaminar con absoluta certeza si dicha vainilla fue percutida por la pistola hechiza enviada para estudio o por otra arma diferente.

"Lo anterior no descarta a esta pistola hechiza como sospechosa de haber percutido esta vainilla, ya que hay coincidencia en cuanto a su calibre". (fl. 73, C.2).

El porte de la citada arma por el señor REINELIO GIL VARGAS también deja muchos espacios para la duda. Así, por ejemplo, en la diligencia del levantamiento del cadáver el funcionario de policía registra la siguiente constancia:

> "... al lado izquierdo de su cuerpo fué encontrada un arma de fuego pistola hechiza, sin marca, niquelada, la cual contenía un cartucho de tiro 38 largo especial, al lado derecho del cadáver se encontró un tiro 38 largo..." (C. No. 3, fol 3 vto).

En contra de la anterior realidad, el sindicado, señor JOSE WILLIAM TABARES BUITRAGO, al declarar dentro del proceso administrativo, dijo:

"Debajo del cuerpo del occiso se le encontró dicha arma que nombré anteriormente...".

Así las cosas, cabe preguntar: Puede tenerse como cierta la versión del agresor? Para el sentenciador no, pues ella va en contra de la realidad fáctica, esto es, de lo vivenciado por el funcionario que hizo el levantamiento del cadáver.

Pero es mas: Si como lo reconoce el mismo deponente, en la citada diligencia, "...ya en la vuelta de la Mazorca ellos se vieron acosados, se salieron de la calzada y tiraron la moto al suelo y emprendieron carrera hacia el cafetal...." no parece atendible la versión de que en tales circunstancias el finado disparara con arma de tan poca capacidad de fuego máxime cuandn el mismo deponente reconoce que cuando los iba persiguiendo "...ellos no sacaron armas..."

Por todo lo expuesto, tiene fuerza de convicción la argumentación del apoderado de la parte demandante cuando en el escrito que obra a folios 126 y siguientes del cuaderno No. 1, discurre dentro de la siguiente óptica:

> "... el agente fué agredido por quienes corrian de él, luego corrian hacia atrás, y él iba hacia ellos, estaba al frente, lo que le permitía ver lo por

ellos realizado, privilegio que no tenían los perseguidos, en atención a la posición que tenían y a la necesidad de huir; ello deja ver que la agresión podía estar mas dirigida a incomodar al policial que a matarlo; el agente logró refugiarse atrincherarse, esto es, ponerse a salvo de la agresión en objeto desde donde tenía el dominio hacia el alambrado cerrado por donde pretendían huir; no existen constancias que informen los perseguidos (sic) se devolvieron a hacerle frente al policía ya atrincherado en el horno; estando en este lugar, y ante la ausencia de agresión, era imposible que el uniformado resultara lesionado allí; los tres (3) disparos que efectuó el señor Tabares Buitrago no fueron concomitantes con aquellos que pretendían agredirlo, fueron posteriores, cuando sabía que estaba protegido; el agente sabía que adelante de los perseguidos quedaba un cerco de alambres, no objetos, no árboles donde pudieran refugiarse, y que su pretensión era de escapar, y a pesar de ello accionó su arma hacia el lugar por donde los veía en huída en tres (3) ocasiones; prueba de la no agresión de los fugitivos al momento de accionar el arma oficial el policial, la constituye inequívocamente la posición en que quedó el cadáver de Reinelio Gil Vargas: en semireflexión sobre el alambrado.

"Las anteriores conclusiones confirman que no existía peligro actual o inminente en la vida o integridad física del agente; que reaccionó sin necesidad, cuando ya la agresión de que había sido sujeto pasivo, había desaparecido; cuando el querer de los perseguidos no estaba orientado a finalidad diferente a la de escapar. Por ello repetimos, funcionó mal el servicio con el empleo ilegítimo del arma de dotación oficial, que fué triste epílogo a lo que empezó en abierta contradicción a las normas regentes del buen servicio. Se concluye en consecuencia, que la acción de la administración fue ilícita, que desembocó en un daño, y que ambas situaciones enuncian nexo causal indiscutible. Dicho daño generó perjuicios de índole moral y material que fueron demostrados en ocurrencia" (fl. 132-133, C.1).

B) Para la Sala resulta bien probado que el occiso había hurtado la motocicleta, y que para asegurar el producto de su conducta antijuridica huyó sin atender los requerimientos de la autoridad. No obstante esta realidad, para la Corporación resulta censurable e inaceptable, desde todo punto de vista, que se aplique la ley de fuga contra el delincuente. La pena de muerte no existe constitucionalmente en Colombia, y, por lo mismo, la magistratura tiene el deber jurídico y moral de ser estricta en la valoración de la conducta de la administración, cuando a través de sus agentes incurre en atentados contra la dignidad de la persona humana. La fuerza pública se supone especialmente preparada para hacerle frente a situaciones de policía como la que dió origen a la tragedia que ahora se lamenta. Si ella estuviera autorizada para disparar, en

todos los eventos en que el delincuente huye, no cumpliría una misión de orden sino de desorden. Es verdad que la inseguridad y violencia que vive el País lleva a muchos sectores de la sociedad a familiarizarse con el ejercicio de la fuerza bruta, y hasta a demandarla, en casos en que el delincuente es cogido infraganti. Pero aceptar esta forma de justicia particular, que arrasa con los derechos fundamentales de la persona sería retroceder a las épocas mas primitivas de la sociedad. El sentenciador debe hacer esfuerzos para no dejarse determinar por perjuicios subliminares que entorpecen la recta administración de justicia. Como resulta cierto que le occiso tuvo culpa, aunque no, exclusiva, se reducirá el monto de la condena en un cincuenta por ciento (50%).

C) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, ella quedó bien demostrada. También el DAÑO y la RELACION DE CAUSALIDAD.

La realidad anterior explica bien que se condene a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, a pagar a NIDIA PATRICIA CORREA (cónyuge) y a JOAN ANDRES GIL CORREA (hijo), por consepto de PERJUICIOS MORALES, la cantidad de ochosientos gramos (800) de oro para cada uno, los cuales quedarán reducidos a cuatrocientos (400) gramos para cada uno, por la culpa de la víctima.

Con las declaraciones rendidas por MARIA RUBIELA BEDOYA DE FLOREZ Y MARTA CECILIA VELASQUEZ, se acreditó que el occiso trabajaba en labores de campo y en un almacén. Sinembargo, las citadas deposiciones no tienen fuerza de convicción en lo que hace relación con el real ingreso mensual de la victima. Por ello la condena por PERJUICIOS MATERIALES. en favor de NIDIA PATRICIA CORREA TABARES (esposa) y JOAN ANDRES GIL CORREA (hijo), se hará con base en el mismo vigente el primero (1o) de marzo de 1990. La condena se hace en concreto y con sujeción a las siguientes pautas.

PRIMERA. Se torna en consideración el salario minimo legal vigente para 1990. De su monto se descuenta un veinticinco (25%) por ciento que es la suma que se estima el occiso dedicaba para atender a su congrua subsistencia;

SEGUNDA. Del setenta y cinco (75%) por ciento restante se descuenta un cincuenta por ciento (50%), por culpa de la victima.

TERCERA. El treinta y siete y medio por ciento (37.50%) restante se divide en dos partes iguales que se distribuye así: a) La mitad para la cónyuge sobreviviente y se liquida hasta el momento en que se considera que REINELIO GIL VARGAS, por ser mayor que su esposa,

habría fallecido, teniendo en cuenta las tablas de mortalidad aprobadas por la superintendencia. La otra mitad corresponde al hijo, y se liquida hasta el momento en que cumpla los dieciochos años (18).

CUARTA. se actualiza la condena, siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corporación.

Dentro del marco anterior, la condena por perjuicios materiales se concreta así:

Salario : $41.025.00
75% : $30.768.75
50% : $15.384.37

-Se actualiza el salario con base en la fórmula:

$$S = Ra \frac{\text{indice final}}{\text{indice inicial}}$$

$$S = \$15.384.37 \ \frac{317.10}{138.61}$$

S = $35.195.03

-Se calculan dos períodos:

A) VENCIDO, CAUSADO O CONSOLIDADO:

Para obtener la indemnización que corresponde a este período se aplica la fórmula:

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

$$S = 35.195.03 \ \frac{(1 + 0.004867)^{44} - 1}{0.004867} =$$

S = $1.722.239.98

S = 861.119.99

SECCION TERCERA

B) FUTURO O ANTICIPADO

Para obtenerle se aplica la fórmula:

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

-Para NIDIA PATRICIA CORREA TABARES (esposa)

$$S = \$17.597.51 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{544.44} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{544.44}}$$

$$S = \$17.597.51 \quad \frac{13.06039618}{0.068431948}$$

S = $3.358.524.07

2-. Para JOAN ANDRES GIL CORREA:

$$S = \$17.597.51 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{168.74 - 1}}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{168.74}}$$

$$S = \$17.597.51 \quad \frac{1.268832792}{0.011042409}$$

S = $2.022.049.51

De conformidad con la anterior liquidación la condena por perjuicios MATERIALES se concreta así:

Para NIDIA PATRICIA CORREA TABARES la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON SEIS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($4.219.644.06).

Para JOAN ANDRES GIL CORREA la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($2.883.169.50).

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 catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso del rubro, Y, en su lugar RESUELVE:

A) Declárase que la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL, es administrativamente y parcialmente responsable de la muerte del señor REINELIO GIL VARGAS, ocurrida el 1o. de marzo de mil novecientos noventa (1990), dentro del marco de circunstancias que se dejaron relatadas en los considerandos de este fallo;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE a la NACION -MINISTERIO DE DEFFNSA-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 NIDIA PATRICIA CORREA TABARES (esposa), cuatrocientos (400) gramos de fino;

A JOAN ANDRES GIL CORREA (hijo) cuatrocientos (400) gramos de oro
fino.

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

C) CONDENASE, igualmente, a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, a pagar, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, las siguientes cantidades de dinero:

A NIDIA PATRICIA CORREA TABARES (esposa), la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON SEIS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($4.219.644.06);

A JOAN ANDRES GIL CORREA (hijo), la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE

PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($2.883.169.50).

D) Deniégase las demás pretensiones de la demanda.

E) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo. Para tal fin, expídase las copias del fallo, ejecutivo.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO / PLAZO - Suspensión

La actitud de la entidad de derecho público, que le ordena al contratista enviar sólo una parte del pedido y esperar instrucciones para el resto, se debe entender como una suspensión del plazo inicialmente pactado, suspensión que va desde el momento en que se recibe el télex No. 3437 (9 de diciembre de 1982), hasta el oficio DDAA-287 (6 de abril de 1983), mediante el cual se le define el resto del pedido. Así las cosas se contará el plazo de 180 días para la entrega, desde el momento en que se recibió el registro de importación (18 de octubre de 1982), hasta cuando se suspendió el término (9 de diciembre de 1982) y se seguirá contando, desde el 6 de abril de 1983, lo cual conduce a que el vencimiento del término de 180 días para la entrega de las mercancías del contrato inicial, se extienda hasta el 15 de agosto de 1983, por cuanto antes del 9 de diciembre de 1982, habían corrido 51 días del plazo, es decir, faltaban 129 días que contados desde el 6 de abril, llevan hasta el 15 de agosto de 1983.

MULTAS - Improcedencia / CLAUSULAS EXORBITANTES / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Vigencia / CLAUSULA PENAL / FALSA MOTIVACION

La administración sólo puede hacer uso de los poderes exorbitantes de que dispone, durante la vigencia del contrato, excepto cuando se trata de su liquidación y la cláusula penal, que dada su naturaleza, se presentan después de terminado el contrato. Así por cuanto sólo entonces se conoce a ciencia cierta, durante cuánto tiempo se presentó retardo. En relación con las multas liquidadas sobre el contrato inicial, la motivación es falsa por cuanto en esta sentencia, en el numeral 4o. de las consideraciones de la

Sala, se estableció que ese plazo se extendió hasta el 15 de agosto de 1983 y la entrega de mercancías se completó el 14 de agosto de 1983, según lo dice demandada en esas resoluciones. Por consiguiente, la entrega se hizo dentro del plazo y no hay lugar entonces a multa por retado. Diferente es a situación que se presenta en relación con la liquidación de multas, por el contrato adicional. Allí se hace la liquidación de la multa, con base en un plazo para la entrega en 30 días, contados a partir del 8 de septiembre de 1983, fecha en que se recibió el registro de importación. Se dice que las mercancías correspondientes a los grupos XIII, XV Y VI fueran completadas el 26 de octubre de 1983 y las de los grupos I, II, IV Y XIV, el 11 de noviembre de 1983. Sobre el contrato adicional, la Sala encuentra que el plazo de 30 días contados a partir de la fecha en que el contratista recibiera el registro de importación, sólo se convino solemnemente por las partes, el 27 de febrero de 1984, es decir, después de que se había hecho la entrega de la totalidad de la mercancía a que se refería el convenio adicional. Es de naturaleza de la cláusula penal, que ella se pacte para sancionar en el evento de que llegase a ocurrir un incumplimiento, pero no se puede pactar como sanción por un incumplimiento que ya se presentó, porque en tal caso dejaría de ser cláusula penal, cuya aplicación depende de que se presente la condición a la que estaba sometida.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá D.C. catorce (14) de diciembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia. Expediente No. 5859. Actor: COMPAÑIA METALURGICA BARBARA. Demandado: Empresas Públicas De Medellín.-

Conforme a lo decidido por la Sala en sección de 14 de octubre de 1993 al haber sido rechazado el proyecto de sentencia presentado por el señor Consejero Doctor JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, se procede a elaborar nuevo proyecto con el fin de decidir la apelación interpuesta por la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía, el 28 de abril de 1989, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

1o. **Lo que se demanda.-**

En escrito presentado a través de apoderado judicial, el 13 de junio de 1985, ante el Tribunal Administrativo de Antioquía, la Sociedad Industrias Carper Ltda, domiciliada en Bogotá, en su calidad de representante de la sociedad Compañía Metalúrgica Bárbara, con domicilio en la ciudad de Barra Mansa, República Federativa de Brasil, formuló demanda en contra de Empresas Públicas de Medellín, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRETENSIONES"

"Con fundamento en los hechos de esta demanda, y en las normas legales que se han citado, muy respetuosamente solicito del H. Tribunal Administrativo de Antioquía declare la nulidad de las Resoluciones números 038 del 25 de enero de 1985 " por medio de la cual se aplica una multa" y 117 de 14 de marzo de 1985 "por la cual se resuelve un recurso", dictadas por el Gerente de las Empresas Públicas de Medellín y, en consecuencia, condene a las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN a pagar a mis mandantes, COMPAÑIA METALURGICA BARBARA, domiciliada en Barra Mansa, el día siguiente de ejecutoria de la sentencia, la cantidad de CIENTO VEINTICINCO MIL QUINIENTOS TRECE DOLARES CON SESENTA Y TRES CENTAVOS DE DOLAR (US 125.513.63), con los intereses comerciales y moratorios de esta cantidad, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta cuando el pago se efectué."

"PRIMERA SUBSIDIARIA.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones identificadas y, en el supuesto de que COMPAÑIA METALURGICA BARBARA haya incurrido en mora en la entrega de algunos de los elementos que comprenden el suministro de que trata el contrato número 3151 de 1982, la multa se liquide sobre el valor del material que se entregó después de los plazos de 120 y 180 días, con la prórroga o ampliación reconocida por EE.PP.MM."

"SEGUNDA SUBSIDIARIA.- Que además de declarar la nulidad de las resoluciones identificadas, la multa se liquide únicamente sobre los materiales que corresponde al contrato adicional, con exclusión del valor de aquellos que fueron entregados conjuntamente con los del contrato inicial, es decir, el 2 de febrero y el 21 de julio de 1983, y al amparo del registro de importación número 45962."

"Asímismo, y en el supuesto de una decisión favorable respecto de alguna de estas pretensiones, se condene a EMPRESA PUBLICAS DE MEDELLIN, a pagar a mis mandantes, COMPAÑIA METALURGICA BARBARA, en dólares tal como fue pactado en el contrato y por tratarse de operaciones de comercio internacional, el saldo del precio de los suministros que se comprenden en el contrato del 27 de julio de 1982 y en el adicional de febrero 27 de 1984, con los intereses comerciales y los monatorios que deben liquidarse desde la fecha en que dicho saldo se hizo exigible hasta cuando efectivamente se haga el pago."

"Igualmente, que se condene a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN a pagar a mis mandantes, COMPAÑIA METALURGICA BARBARA, los perjuicios que a esta se han causado, originados en la sanción de multa y en la retención del pago del saldo del precio del suministro."

2o.- **Los hechos.-**

Como fundamento de la pretensiones, se expusieron 20 hechos, que aparecen relacionados a folios 27 a 41 del expediente, y que en síntesis, dicen:

Entre las Empresas Públicas de Medellín y la Sociedad Compañia Metalúrgica Bárbara representada por la sociedad Industrial Carper Ltda, se celebró el 27 de julio de 1982, el contrato No. 3151-A, cuya adición fue suscrita el 27 de febrero de 1984.

El objeto del contrato, fue el diseño, fabricación, pruebas y suministro de tuberías para conducción de agua.

El pedido para el contrato inicial se discriminó por grupos así:

a) Tubería entrada planta de agua, Grupo I, por US 6.138.

b) Conducción Avenida 80-81, Grupo II, por US 889.482.

c) Conducción Ramal Altavista Grupo IV, por US 141.752.

d) Conducción ramal Rodeo Grupo VI, por US 45.655.80.

e) Conducción ramal Piñuela Grupo XIII, por US 167.999.20.

f) Ramal Altavista Norte, Distribución Altavista Sur, Grupo XIV, por US 55.654.60.

g) Variante Calle 65 Grupo XV, por 36.601.

Plazo: La entrega FOB puerto de empaque debía hacerse en 120 días para los materiales de los grupos I, II, IV y VI y en 180 días para los grupos XIII, XIV y XV; contados apartir de la fecha en que el contratista recibiera la licencia de importación correspondiente.

Cambios: Se previó la posibilidad de cambios en el contrato, por disposición del ente público contratante, que podía aumentarlo disminuir las cantidades, u ordenar la fabricación de piezas especiales nuevas o cambiar el diseño o especificaciones del pedido.

Modificaciones de plazo: Se harían por escrito, en el documento se diría si el cambio de materiales a suministrar, ocasiona aumento o disminución en el tiempo y en el valor.

La entrega FOB en puerto Brasileño, sólo podía hacerse cuando la contratante tuviera los registros de importación completos, con las correspondientes modificaciones respecto a las cantidades o especificaciones del suministro.

La contratista recibió el primer registro de importación, No. 45963 por US 1.343.529.60, el 18 de octubre de 1982. El 17 de octubre del mismo año, recibió la comunicación No. SI-69000 fechada el 9 de noviembre, en la cual se cambiaba la longitud de los tubos del item I, de 6 mts a 7 mts.

Mediante télex 3437 del 9 de diciembre de 1982, la demandada le dijo a la contratista, que como debía programarse la recepción de la mercancía, adecuar los patios, etc, el embarque era conveniente para la segunda quincena de enero de 1983 y que en ese primer despacho únicamente se embarcarían los tubos con las dimensiones que en dicho télex se describen. Advirtió que el resto del pedido sería definido a principios de enero de 1983, para que pudiera ser despachado dentro de los 180 días

El 2 de febrero de 1983, se despacho la mercancía conforme a la autorización y no se recibió más instrucciones de la contratación hasta el 6 de abril de 1983, cuando la demandada, a través del oficio DDAA-287 detalló los materias que debían despacharse posteriormente. En ese oficio se incluyeron nuevas unidades, diferentes a las incluidas en el contrato y en el registro de importación, se modificaron las especificaciones de algunos y se redujo las

cantidades de otros, lo que implicaba modificacion en los plazos de entrega y la necesidad de obtener un nuevo registro de importación.

En julio de 1983 se entregó el 100% de la mercancía correspondiente a los grupos I, II, IV, VI, XIII, XIV y XV del contrato inicial y el 14 de agosto del mismo año, se entregó la mercancia correspondiente al contrato adicional.

Los plazos del contrato inicial deben contarse desde el 6 de abril de 1983, fecha en la cual el contrato fue modificado mediante el oficio DDAA -287, que incluyo nuevos materiales y nuevas especificaciones, circunstacia que obligaba a obtener un nuevo registro de importación recibido por el contratista el 16 de diciembre de 1982.

El plazo para la entrega de los materiales del contrato adicional, de 30 dias contados a partir de la fecha del registro de importación, no tiene valor por cuanto el contrato no existió para la época de entrega de los materiales, solo vino a ser firmado en febrero de 1984.

El 25 de enero de 1985, la demandada profirio la resolución No. 038 mediante el cual impuso una multa a la contratista por cuanto las mercancias de los grupos I, II, IV, y VI debian entregarse en febrero 15 de 1983, las de los grupos XIII, XIV y XV el 15/02 de 1983; y las mercancias del contrato adicional debian entregarse a mas tardar el 8 de octubre de 1983 y fueron entregadas el 26 de octubre y 11 de noviembre de 1983.

Contra esa decisión se interpuso recurso de reposición, el que se desato en forma desfavorable al recurrente, mediante la resolución 117 de marzo 14 de 1985.

Como base para la liquidación de la multa, se tomó el valor sobre el grupo al cual pertenecia la mercancía, cuya entrega se pretende demorada. El valor de la multa fue descontado directamente del saldo adeudado del precio del suministro.

3o **Concepto de violación.**

El demandante dice que los actos administrativos demandados son ilegales por cuanto violan las siguientes normas del Código Civil: Arts, 1622, 1608, 1609, 1618, 1621, 1622, 1624, 1592, 1594 a 1597, 1540 a 1542 y 1551.

D.L. 222/83.

Para demostrar la ilegalidad, argumentó que la mercancia fue entregada oportunamente porque los plazos de 120 dias fueron ampliados a 180, mediante el telex 3437 del 7 de diciembre de 1982. Porque la demandada, solo el 6 de abril de 1983, mediante el oficio DDAA-287 discriminó las mercancías objeto de la segunda entrega. Ese oficio debe entenderse como una ampliación a los plazos, así lo entendió la contratista y de buena fé se allanó a cumplir con el nuevo.

En cuanto al contrato adicional, dijo que no era aplicable el plazo de 30 días, a que se refiere el contrato adicional de febrero de 1984, por cuanto dicho plazo se pactó después de efectuadas las entregas que se hicieron en agosto, octubre y nobienbre de 1983. Sobre la base que se tomó para la liquidación, dijo que es errónea la interpretación que Empresas públicas de Medellín le dá al término "de la conducción demorada", la que tomó como el conjunto de elementos que son nesesarios para transportar el agua de un sitio a otro. En el pliego de condiciones no se usó el término conducción, sino el término Item y así debe entenderse, por consiguiente, la liquidación de la multa, sólo podía hacerse sobre el valor de la mercancía entregada por fuera de tiempo.

4o.- **La actuación procesal.-**

La demanda fué admitida en auto de 21 de junio de 1985, La parte demandada se dió por notificada y contestó mediante el escrito visible a folios 64 y 65. Allí dijo que se atenía a lo probado en el juicio y para oponerse a las pretenciones invocó la presunción de legalidad de los actos demandados.

En la oportunidad que el *a-quo* concedió a las partes para presentar alegaciones finales y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo, se allegaron al proceso los escritos visibles a folios 615 a 646.

La parte actora en su alegato de bien probado, insistió en que las multas eran ilegales, por cuanto el contrato se cumplió dentro de los plazos estipulados, dado que la demanda efectuó modificaciones en la cuantía y especificaciones de otros elementos, items o conducciones del contrato, lo que implicaba una modificación en el plazo. Destacó en especial la circunstancia de que la contratista lo único que hizo fué cumplir con las instrucciones de la demandada, quien a través del télex 3437 del 9 de diciembre de 1982, indicó al contratista cúales materiales podía despachar, prometiéndole que en el mes de enero del año siguiente se le indicaría la entrega de los demás, promesa que sólo se cumplió el 6 de abril de 1983. Como argumento nuevo alegó que la contratante hizo uso de la facultad de sancionar, en forma extemporánea, por cuanto cumplidas las obligaciones por el contratista, ya no tenía facultad para imponer la sanción.

Por último recalcó que el valor tomado como base para la liquidación de la multa no era el correcto.

Por su parte la demandada, cita alguna prueba documental para concluir que la entrega del pedido del contrato inicial, correspondiente a los grupos I, II, IV, VI, XIII, XIV y XV sólo vino a completarse en agosto 14 de 1983 cuando el plazo de 180, días contado desde el 18 de octubre de 1982, fecha en que la contratista recibió el registro de importación, se cumplió el 16 de abril de 1983.

Explicó que el término conducción, a que se refería la cláusula penal, debía entenderse como el conjunto de elementos que son necesarios para transportar el agua de un sitio a otro y en el contrato 3151-A, coincide cada una de estas conducciones con un grupo determinado, razón por la cual la multa se liquidó sobre el valor de cada conducción domorada.

Recalcó también, que nunca fué voluntad de la demanda, que por virtud del oficio DDAA-287 del 6 de abril de 1983, se ampliará el plazo para la entrega del pedido en 180 días.

La señora Agente del Ministerio Público, en un brevísimo escrito, pidió que se negaran las súplicas de la demanda, en vista de que las mercancías del contrato inicial fueron entregadas después del 16 de abril de 1983 las del contrato adicional, con posterioridad al vencimiento del plazo de 30 días pactados a partir del 8 de septiembre de 1983, fecha en que el contratista recibió la licencia de importación.

5o.- **La sentencia apelada.-**

El *a-quo* negó las peticiones de la demanda, por cuanto de la comunicación del 6 de abril de 1983, no se desprende la ampliación del término y según los funcionarios de la demandada, nunca se tuvo esa intención, en consecuencia, el plazo corrió desde el 18 de octubre de 1982. Y la mercancía se entregó después de vencido.

También concluyó que la liquidación de la multa se ajustó a lo previsto en el contrato y que era correcta la interpretación que al término "conducción", dió el ente de derecho público demandado.

6o.- **El recurso de apelación.-**

Inconforme la parte actora con lo así decidido, apeló a través del escrito que reposa a folios 688 y ss del expediente, para que la sentencia del *a-quo*

fuera revocada y en su lugar se decidieran favorablemente las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar la apelación, dije que el texto del oficio DDAA-287 del 6 de abril de 1983, debe analizarse junto con su antecedente, el télex del 9 de diciembre de 1982 y con la cláusula contractual que autorizaba los cambios; análisis conjunto que lleva a la conclución de que el plazo fué prorrogado. Agregó que el Tribunal se equivocó al interpretar el contrato como de colocación y montaje de una conducción de agua, que para su operación, requería de la unión o ensamble de todas sus partes para poder operarse la respectiva conducción, cuando el contrato era sólo de suministro de materiales.

En la oportunidad concedida en segunda instancia, a las partes y al Ministerio Público, para presentar alegaciones finales y rendir concepto de fondo, se allegaron los escritos que obren a folios 699 a 741.

El demandante insistió en los argumentos que había expuesto a lo largo del proceso, de los cuales se destacan los siguientes: que la demandada no tenía facultad de imponer multa al contratista que había entregado la totalidad de las especies que integraban el suministro; que además, para poder imponer la multa era indispensable el requerimiento previo, que no se hizo; que la contratante, después de terminado el contrato, no podía interpretarlo, como lo hizo al imponer la multa, atribuyéndole una interpretación propia al término "conducción demorada", lo que llevó a una sanción desproporcionada.

La demanda por su parte defendió la decisión del *a-quo,* que acogió los argumentos por ella expuestos en el alegato de conclusión. Destacó especialmente la circunstancia de que nunca hubo prórroga del plazo del contrato y que el término conducción demorada no puede tener otra interpretación que la dada en las resoluciones demandadas.

El señor fiscal Octavo ante esta Corporación pidió que se confirmara el fallo del *a-quo*, por cuanto no se probó la ilegalidad de las resoluciones demandadas, porque no hubo prórroga del plazo y cuando industrias Carper Ltda, mediante oficio de mayo 16 de 1983, pidió que se prorrogara el plazo por 150 días, ésta no podía concederse, debido a que no se puede prorrogar un contrato que ya está vencido.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Para la Sala la sentencia apelada debe revocarse, para en su lugar acceder a la pretensión principal de la demanda, por cuanto los actos demandados son ilegales por falsa motivación.

SECCION TERCERA

Para la mejor comprensión del asunto, la Sala avocará su análisis, siguiendo este derrotero:

1o.- El contrato inicial.

2o.- La modificación del contrato.

3o.- El contrato adicional

4o.- El plazo

5o.- La cláusula penal

6o.- Las resoluciones demandadas.

a.- Límite temporal de los poderes exorbitantes.

b.- Fundamentación.

7o.- Conclusión

8o.- El restablecimiento solicitado.

1o.- El contrato inicial.-

A folio 486 y ss, reposa en fotocopia debidamente autenticada, el contrato No. 3151-A, firmado entre el gerente de las Empresas Públicas de Medellín y la sociedad Industrias Carper Ltda, el 27 de julio de 1982.

En ese contrato, Industrial Carper Ltda, actuó como resentante de la Sociedad COMPAÑIA METALURGICA BARBARA, domiciliada en Brasil. Aunque en el contrato no se señala expresamente que Industrias Carper Ltda, actuaba como representante de Compañía Metalúrgica Barbara, esa circunstancia se tiene por establecida sin ninguna dificultad, por cuanto en el texto del contrato se indicó que se celebraba según las condiciones anotadas en la propuesta de industrias Carper Ltda, del 15 de septiembre de 1981. La copia auténtica de esa propuesta, obra a folios 298 y ss del expediente y la presentación que de ella se hacer no deja ninguna duda de que la propuesta era presentada por metalúrgica Bárbara, quien a través del escrito visible a folio 299, designó a industrias Carper Ltda, como su representante.

El objeto del contrato fué el diseño, fabricación, pruebas y suministro de tubería para conducciones, materiales que se discriminaron por grupos, así:

.- Tubería Plata La Ayurá, Grupo I.

.- Conducción Avenida 80-81, Grupo II.

.- Conducción ramal Altavista, Grupo IV.

.- Conducción ramal Rodeo, Grupo VI.

.- Conducción ramal Piñuela, Grupo XIII.

.- Ramal Altavista Norte, Grupo XIV.

.- Variante Calle 65, Grupo XV.

El valor total del contrato, se estableció en 1'342.529,60 dólares, precio firme para mercancía colocada FOB en el puerto de embarque.

2o.- **La modificación del contrato.-**

Se previó la posibilidad de que la empresa contratante hiciera cambios en los elementos a suministrar esa posibilidad se estableció en los siguientes términos:

"CAMBIOS: Las empresas podrán en cualquier momento mediante comunicación escrita al fabricante introducir cambios dentro del alcance general de este suministro, en cualquiera o todos los siguientes aspectos:"

"a. Aumento o disminución de las cantidades, o fabricación de piezas especiales nuevas."

"b. En los métodos de marcas, empaques y embarques".

"c. En el lugar de entrega".

"d. En dibujos, diseños o especificaciones relativas a este pedido".

"Si cualquiera de estos cambios produce aumento o disminución en el costo o en el tiempo requerido para la ejecución, se hará un ajuste equitativo de los precios o en el plazo de entrega y las modificaciones se harán por escrito en lo correspondiente".

SECCION TERCERA

3o.- **El contrato adicional.-**

A folio 446 y ss, obra en fotocopia auténtica, una modificación al contrato, suscrita por Empresas Públicas de Medellín e Industrias Carper Ltda, el 27 de febrero de 1984, mediante la cual se aumentó el valor del contrato debido a que fue necesario solicitar nuevos elementos. En ese convenio se relacionaron detalladamente, los elementos nuevos que se pidieron otros del contrato inicial que fueron suprimidos.

Ese convenio escrito tenía por objeto formalizar un cambio en los elementos pedidos, que ya habían sido despachados.

4o.- **El plazo.-**

En el contrato inicial, se pactó que el plazo de entrega sería hasta de 120 días, para los materiales correspondientes a los grupos I, II, IV y VI y de 180 días para los de los grupos XIII, XIV y XV, plazo contado a partir de la fecha en que el contratista recibiera las licencias de importación correspondientes.

En el hecho once de la demanda, la demandante dice que recibió el registro de importación No. 45963, Por US 1'343.529,60, EL 18 DE OCTUBRE DE 1982, fecha que la demandada admite como cierta. En efecto, del 18 de octubre de 1982 parte Para contar el término que la llevó a imponer la multa.

La controversia se presenta no frente a la fecha en la cual la contratista recibió el registro de importación, sino en relación con el momento a partir del cual debía contarse el plazo para la entrega de los materiales.

Así pues, la Compañía Metalúrgica Bárbara, alega que ese plazo no puede empezar a contarse desde el momento en que recibió el registro de importación, sino desde el 6 de abril de 1983, fecha en la que recibió el oficio DDAA-287, mediante el cual la demandada modificó el contrato, al suprimir del pedido inicial unos elementos y agregar otros que eran nuevos, lo que implicaba obtener igualmente nuevos registros de importación.

La demandada por su parte insistió en que ese oficio no tuvo el alcance de modificar el plazo para la entrega de los elementos comprendidos en el contrato inicial, y que para la entrega de aquellos elementos nuevos se señaló un plazo diferente, que era de 30 días contados a partir de la fecha en que se recibiera el respectivo registro de importación.

Revisada la prueba documental allegada al proceso, la Sala encuentra que el plazo para la entrega de las mercancías del contrato inicial, sí sufrió

variación, por disposición de la entidad pública contratante. En efecto, a folio 467 del expediente, obra copia auténtica del télex No. 3437, del 9 de diciembre de 1982, dirigido a Industrias Carper, por el Jefe del Departamento de Compras de Empresas Públicas de Medellín. Allí se dijo:

> "EL SEÑOR RAUL RIVERA, REPRESENTANTE DE AGROMAR, EN TELEX No. 2953 DE DICIEMBRE 3 DE 1982, PREVIA SOLICITUD DE INFORMACION NUESTRA, NOS COMUNICA QUE LOS ITINERARIOS Y FRECUENCIAS QUE TIENE PROGRAMADOS LA LINEA AGROMAR PARA EL PERIODO DICIEMBRE/89-ABRIL/83, CONTEMPLAN DOS ZARPES MENSUALES; UNO EN LA PRIMERA QUINCENA Y OTRA EN LA SEGUNDA QUINCENA DE CADA MES. EN CUANTO A LAS DISPONIBILIDADES DE CUPO PARA CADA UNO DE ESTOS ZARPES, ESTAS SE FIJAN, UNA VEZ CONVENIDAS LAS NECESIDADES DE ESPACIO, DESPUES DE REGISTRAR LAS CARGAS OFRECIDAS. EL DESPACHADOR DEBE SOLICITAR CUPO, ENTONCES, CON VEINTE (20) DIAS DE ANTICIPACION.
>
> "DADA LA RATIFICACION ANTERIOR POR PARTE DE AGROMAR, Y EL HECHO DE QUE NOSOTROS DEBEMOS PROGRAMAR EL SISTEMA DE TRANSPORTE TERRESTRE CON LA DEBIDA ANTICIPACION Y LA ADECUACION DE LOS PATIOS DE EL ALMACEN GENERAL PARA LA RECEPCION DE TAL CANTIDAD DE TUBERIA, SOLAMENTE NOS ES CONVENIENTE EL DESPACHO MARITIMO PARA PARA LA SEGUNDA QUINCENA DEL MES DE ENERO DE 1983".
>
> "El resto del pedido será definido a principios de enero de 1983, con el fin de que pueda ser despachado dentro de los 180 días adoptados en el pedido, que incluirá los accesorios, las piezas especiales y el resto de la tubería Standard"

Mediante este télex, la demandada limitó la mercancía que debía ser enviada en el primer despacho y lá epoca en que podía recibir esa mercancía. Además, dispuso que el resto del pedido sólo sería definido a principios de enero de 1983, es decir, le hizo saber a la contratista que el resto del pedido sería modificado pero que tal modificación, le sería señalada en enero de 1983, Pero esa definición tampoco se hizo en enero, sino apenas en abril 6 de 1983, mediante el oficio No. DDAA-287, cuando se precisó el resto del pedido, en estos términos :

> "Con el objeto de dar cumplimiento al 100% del pedido de la referencia y de acuerdo con los planos de despiece elaborados por el ingeniero Ivan

Darío Franco y aprobados por empresas donde todos los tubos corresponden a clase K-9, además de la cotización presentada por ustedes mediante oficio de marzo 28 de 1983 L-0242 para tubería y accesorios en diámetro 800 mm y clase K-11 de acuerdo con el plano remitido a Usted el 17 de marzo de 1983 correspondiente a conducción Guayaquil-Calle 80 entre las abscisas K9+127.59 a K9+633.20, nos permitimos solicitarle la siguiente tubería standar, tubos cortos y demás accesorios faltantes".

A continuacion se relacionan los elementos.

La actitud de la entidad de derecho público, que le ordena al contratista enviar sólo una parte del pedido y esperar instrucciones para el resto, se debe entender como una suspensión del plazo inicialmente pactado, suspensión que va desde el momento en que se recibe el télex No. 3437 (9 de diciembre de 1982), hasta el oficio DDAA-287 (6 de abril de 1983), mediante el cual se le define el resto del pedido. Así las cosas se contará el plazo de 180 días para la entrega, desde el momento en que se recibió el registro de importación (18 de octubre de 1982), hasta cuando se suspendió el término (9 de diciembre de 1982) y se seguirá contando, desde el 6 de abril de 1983, lo cual conduce a que el vencimiento del término de 180 días para la entrega de las mercancías del contrato inicial, se extienda hasta el 15 de agosto de 1983, por cuanto antes del 9 de diciembre de 1982, habían corrido 51 días del plazo, es decir, faltaban 129 días que contados desde el 6 de abril, llevan hasta el 15 de agosto de 1983.

La Sala aclara que se toma como plazo, sólo el de 180 días para todos los grupos, por cuanto así lo dispuso la demandada en el télex de diciembre 9 de 1982, modificación que admitió en la Resolución No. 17 de 1985, mediante la cual desató el recurso de reposición interpuesto por la demandante, en contra de la Resolución No. 038.

5o.- **La cláusula penal.-**

En el contrato se estipuló una multa por retardo en los siguientes términos:

"MULTA POR RETARDO: En caso de que el contratista no completare la entrega dentro de los plazos estipulados con las ampliaciones autorizadas, pagará a las Empresas una multa equivalente al uno por mil (1‰) del valor de la conducción demorada por cada día calendario de retardo en la entrego estipulada, con un límite máximo del diez por ciento (10%) del mencionado valor de la conducción demorada".

Esta cláusula tenía por objeto sancionar al contratista en el evento de que en desarrollo del contrato se presentara demora en la entrega de los materiales pedidos; es una cláusula penal por retardo, o sea, por la satisfacción extemporánea de la prestación debida.

6o.- **Las resoluciones demandadas.-**

Son la No. 038 del 25 de enero de 1985 y la No. 117 del 14 de marzo del mismo año (fl. 16 a 25) mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera.

A través de la Resolución 038, la entidad de derecho público contratante, impone a la contratista una multa de US 125.513.63, porque las mercancías se entregaron después de extinguido el plazo.

a.- **Límite temporal para el ejercicio de la facultad exorbitante de imponer una multa.-** Uno de los argumentos en que apoya la demandante para alegar la ilegalidad de las resoluciones demandadas, es el hecho de que estas resoluciones fueron proferidas en enero y marzo de 1985, es decir, después de terminado el contrato, puesto que las últimas entregas se realizaron en noviembre de 1983.

Es jurisprudencia reiterada de esta Sala, que la administración sólo puede hacer uso de los poderes exorbitantes de que dispone, durante la vigencia del contrato, excepto cuando se trata de su liquidación y de la cláusula penal, que dada su naturaleza, se presentan después de terminado el contrato. Así por cuanto sólo entonces se conoce a ciencia cierta, durante cuánto tiempo se presentó el retardo. Ha sostenido la Sala en diversas oportunidades, de las cuales se citan las sentencias de 9 de abril de 1992 y 6 de mayo del mismo año, proferidas dentro de los procesos 6491, Actor: Soc. Aseguradora Colseguros S. A. y 6661, Actor: Soc. Mitsui & Co. Ltda, cuyo ponente fué el señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, que:

> "La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad. La liquidación sí, por razones obvias, será posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros. Aunque aquí tampoco podrá ejercer su poder exorbitante más allá del término de caducidad para la formulación de la controversia contractual que pudiera instaurarse contra el contrato mismo, responsabilidad o cumplimiento."

"Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero solo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala en forma reiterada, (sentencia de 29 de enero de 1988, proceso 3616, ponente CARLOS BETANCUR JARAMILLO)".

b.- **Fundamentación.-** Para imponer la multa, la demandada realizó dos liquidaciones, una en relación con las mercancías del pedido inicial otra respecto de las del pedido adicional.

En relación con el pedido inicial, dijo que la entregas de los materiales correspondientes a los grupos: I, II, IV, VI, XIII, XIV XV, se había completado el 14 de agosto de 1983, con un atraso de 179 días para los grupos I, II, IV y VI y de 119 días, para los grupos XIII, XIV y XV. Para calcular el atraso, tomó como iniciación del plazo el 18 de octubre de 1982, cuando el contratista recibió el registro de importación. En la Resolución 035 contó 120 días de plazo para unos grupos y 180 días para otros. Al desatar la reposición, contó 180 días para todos los grupos, lo que trajo como consecuencia que el término de atraso lo unificara en 119 días para todos los grupos.

Encuentra la Sala, que en relación con la multas liquidadas sobre el contrato inicial, la motivación es falsa por cuanto en esta sentencia, en el numeral 4o. de las consideraciones de la Sala, se estableció que ese plazo se extendió hasta el 15 de agosto de 1982 y la entrega de las mercancías se conpletó el 14 de agosto de 1983, según lo dice la demandada en esas resoluciones Por consiguiente, la entrega se hizo dentro del plazo y no hay lugar entonces a multa por retardo.

Diferente es la situación que se presenta en relación con la liquidación de multas, por el contrato adicional. Allí se hace la liquidación de la multa, con base en un plazo para la entrega de 30 días, contados a partir del 8 de septiembre de 1983, fecha en que se recibió el registro de importación. Se dice que las mercancías correspondientes a los grupos XIII, XV y VI fueron completadas el 26 de octubre de 1983 y las de los, grupos I, II, IV y XIV, el 11 de noviembre de 1983.

Sobre el contrato adicional, la Sala encuentra que el plazo de 30 días contados a partir de la fecha en que el contratista recibiera el redistro de importación, sólo se convino solemnemente por las partes, el 27 de febrero de 1984, es decir, después de que se había hecho la entrega de la totalidad de la mercancía a que se refería el convenio adicional.

Es de la naturaleza de la cláusula penal, que ella se pacte para sancionar en el evento de que llegase a ocurrir un incumplimiento, pero no se puede pactar como Sanción por un incumplimiento que ya se presentó, porque en tal caso dejaría de ser cláusula penal, cuya aplicación depende de que se presente la condición a la que estaba sometida.

El art. 1592 del C. Civil, define así la cláusula penal:

> "Art. 1592- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."

El art. 1592, debe interpretarse en su conjunto con el art. 1530 *ibídem,* que señala sobre la obligación condicional lo siguiente:

> "Art. 1530- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no."

Si la cláusula penal se prevé para asegurar el cumplimiento de una obligación, quiere decir que las partes aún estan pendientes del cumplimiento de esa obligación y para poder aplicarla se hace necesario que se dé una condición: "el incumplimiento de la obligación, que es el evento futuro e incierto. Futuro porque aún no ha tenido ocurrencia, e incierto porque puede darse o no."

En este caso, las partes pactaron un plazo para un hecho que ya se había cumplido y ese pacto así estimulado, hacía que la obligación resultara incumplida y que por tanto al tenor del contrato, fuera aplicable la cláusula penal. Aplicacion improcedente por cuanto la cláusula penal sólo puede aplicarse para garantizar el cumplimiento de obligaciones por cumplirse, más no para obligaciones que ya se encuentran cumplidas o incumplidas.

7o.- **Conclusión.-**

Como las resoluciones demandadas adolecen del vicio de falsa motivación, se declarará su nulidad.

8o.- **El restablecimiento solicitado.-**

A título de restablecimiento, la parte actora pretende que se pague la suma de US 125.513,63, con los intereses comerciales y moratorias de esa cantidad, desde la fecha en que se hicieron exigibles, hasta cuando el pago se efectué.

La razón de ser de esta pretensión es que al liquidar el contrato, la demandada descontó el valor que adeudaba a la contratista, la suma de US 125.513,63. Dado que el precio del contrato se pactó en dólares por tratarse de una licitación internacional, y como la multa se aplicó también en dólares, se ordenará su pago en esa misma moneda.

No se accederá a ordenar el pago de intereses comerciales y moratorios sobre esa suma, por cuanto dentro del proceso no se probó cuál es la tasa de esos intereses para el dólar y por cuanto no es posible aplicar el interés corriente y moratorio que por ley se paga en Colombia, puesto que este es sólamente aplicable al peso colombiano.

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:

REVOCASE la sentencia apelada, esto es, aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía, el 28 de abril de 1989 y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- Declárase la nulidad de las resoluciones números 038 del 25 de enero de 1985 y 117 del 14 de marzo del mismo año, proferidas por las Empresas Públicas de Medellín.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a las Empresas Públicas de Medellín, a pagar a la COMPAÑIA METALURGICA BARBARA, una vez quede ejecutoriado este fallo, la suma de CIENTO VEINTICINCO MIL QUINIENTOS TRECE DOLARES CON SESENTA Y TRES CENTAVOS DE DOLAR. (US 125.513.63).

TERCERO.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta presidencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, diciembre trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria Sección.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Término / CONTRATO ADMINISTRATIVO / CADUCIDAD / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Vigencia / CLAUSULAS EXORBITANTES / MULTAS - Oportunidad / PODER DISCIPLINARIO / FACULTAD SANCIONADORA - Límites (Salvamento de voto).

Las prerrogativas que corresponden a la administración contratante por virtud de las cláusulas exorbitantes, se deben ejercer -salvedad hecha de la declaración de incumplimiento-, dentro del término contractual-, vale decir, en vigencia del contrato, concepto que incluye tanto el plazo original como los adicionales. Este razonamiento es lógico si se considera, siguiendo a Escoal, que "el poder de sancionar a su contratante que tiene la administración es una 'potestad', y no un 'derecho'...", motivo que justifica "...la necesaria particularidad de que puede ser ejercido en forma directa y unilateral por ella .... imponiendo las sanciones que a su juicio correspondan para mantener el cumplimiento del contrato..." lo cual "...no significa que sea un poder ilimitado, sino que está sujeto, al contrario, a ciertos requisitos y restricciones que lo restringen a extremos razonables". Tratándose, pues, de una "potestad', o lo que es lo mismo, de una atribución de competencias cuya razón de ser es la de "mantener el cumplimiento del contrato" y no simplemente de un derecho de la administración, como podría suceder en un contrato de derecho privado de ésta, surgen con claridad las obvias limitaciones a que se sujeta el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes de la adminsitración; limitaciones que constituyen una aplicación simple del principio de legalidad administrativa, el cual, para un adecuado equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y el de la libertad, ha dotado a la primera de prerrogativas y de sujeciones y a la segunda de derechos y deberes. Entre las limitaciones que afectan el ejercicio de las comeptencias

se destaca el elemento temporal; por 1, la autoridad pública puede y debe actuar siempre y cuando su acción se produzca dentro del tiempo señalado por la ley para ello. La potestad sancionatoria de que dispone la Administración para imponer multas a su cocontratante responde a la necesidad del cumplimiento del contrato; se trata de una potestad que se puede ejercer para que el contrato se cumpla; no frente al contrato incumplido. El ingrediente de interes público que nutre el contrato del Estado varía la razón de ser de la multa del derecho privado al derecho público. Esto explica por que la imposición de multas es jurídicamente posble dentro del término contractual (cuando el contrato se puede cumplir) y no por fuera de 1; menos aún cuando, después de vencido dicho término, el contratista cumplió su obligación. Se trataría, en este caso, del ejercicio de un poder sancionatorio "*a posteriori*", sin incidencia alguna sobre la ejecución del contrato, con fines simplemente indemnizatorios, para lo cual la administración no goza de poderes exorbitantes.

CONTRATO DE EJECUCION INSTANTANEA / PLAZO - Vencimiento / CLAUSULAS EXORBITANTES / POTESTAD SANCIONATORIA - Límites / MULTAS - Oportunidad / MULTAS - Improcedencial / OBLIGACION CONTRACTUAL - Cumplimiento (Salvamento de Voto).

Antes de que vencieran los plazos indicados (120 y 180 días), la sociedad contratista no estaba en mora de cumplir su obligación de proveer a la entidad pública los bienes relacionados en el contrato; no existía retardo alguno puesto que sólamente el vencimiento de los plazos sin la entrega correspondiente, determinaba, al tiempo, la mora y el incumplimiento de la obligación. Por consiguiente, mal podía la entidad pública hacer uso válido de sus potestades de coerción y sancionatorias cuando la conducta del contratista no ameritaba reproche. Este solo planteamiento demuestra que la doctrina según la cual el ejercicio de las potestades derivadas de las cláusulas exorbitantes únicamente se pueden ejercer válidamente con anterioridad al vencimiento del término pactado en el contrato, no se puede aplicar indistintamente para los contratos de tracto sucesivo y los de ejecución instantánea. Con todo, en uno y otros, la finalidad de dichas cláusulas, y, por lo tanto de la potestad sancionatoria de la administración contratante, es la misma: el cumplimiento del contrato por razones del interes público que está comprometido en el mismo. Tal finalidad debe servir como criterio orientador para el ejercicio de las referidas

cláusulas, cualquiera sea la naturaleza del contrato. En el contrato de compraventa de bienes muebles, la cláusula de multas no puede ser utilizada unilateralmente por la administración después que el contratista ha entregado la totalidad de los bienes prometidos, vale decir, después de que ha cumplido íntegramente la obligación contractual. Para ese momento, la administración ha perdido esa competencia cuya atribución se justifica en tanto el contratista no haya cumplido y con el propósito de que se cumpla; la multa es un constreñimiento que apunta al cumplimiento del contrato; si este último fenómeno se produjo, la finalidad de la atribución desaparece y con ella la potestad de la sanción.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

Santa Fe de Bogotá D. C., catorce (14) de diciembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Ponente*: Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 5859. Actor: CIA METALURGICA BARBARA E INDUSTRIAS CARPER . Demandado: Empresas Públicas De Medellín.

Pese a compartir la decisión de la Sala, que se conforma con el proyecto inicial rechazado por ella, me aparto respetuosamente de la mayoría en cuanto a los fundamentos del fallo se refiere.

Mi disentimiento no radica en que no exísta falsa motivación de los actos administrativos acusados. Se refiere a que las decisiones sancionatorias proferidas por la administración están viciadas de **incompetencia**, cargo que desplaza otros defectos posibles de los actos administrativos en el exámen jurisdiccional. Así lo ha reconocido, recogiendo la doctrina generalizada, el profesor Carlos Betancur Jaramillo, cuando anota:

> "De todas las formas de legalidad es ésta la mas grave, por cuanto los agentes públicos no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados...."

> "Obsérvese que tal formulación del cargo por incompetencia, dada su magnitud, coloca en un plano un tanto secundario la impugnación por cualquier otro motivo..... (Derecho Procesal Administrativo 3a. edición, 1992, pag. 167 y 168).

Con estas precisiones iniciales, se reproduce a continuación el texto de las consideraciones del proyecto que no obtuvo adhesión de la mayoría de la Sala. Dice así:

Los actos acusados revisten naturaleza contractual y tienen origen en el contrato que celebraron las Empresas Públicas de Medellín con la Companhia Metalúrgica Barbara el 27 de julio de 1982, cuyo texto figura a fls. 486 a 494 y 437 a 444 del cuaderno 1 bis; este contrato fue adicionado el 27 de febrero de 1984, según se puede constatar a folios 446 a 456 del mismo cuaderno.

El objeto contractual consistió en el "diseño, fabricación, pruebas y suministros de tubería para conducciones, según las condiciones anotadas en la propuesta de INDUSTRIAS CARPER LTDA del 14 de septiembre de 1981 y los pliegos de condiciones de la Licitación Pública Internacional BID-PB 16 de abril de 1981".

La Sociedad Industrias Carper Ltda actuó como agente y representante de la Companhia Metalúrgica Barbara.

Los bienes de cuya provisión se trata, se dividieron en varios grupos, así:

a) "Tubería entrada planta la Ayurá, Grupo I"

b) "Conducción Avenida 80-81 Grupo II"

c) "Conducción Ramal Altavista Grupo IV"

f) "Conducción Ramal Rodeo Grupo VI"

g) "Conducción Ramal Piñuela Grupo XIII"

h) "Ramal Altavista Norte Grupo XIV"

i) "Variantes calle 65 grupo XV"

Dentro de ese marco las partes pactaron que "el plazo de entrega en el puesto de embarque " sería de "hasta **120 días** para los grupos I, II, IV, y VI y de 180 días para los grupos XIII, XIV y XV, contados a partir de la fecha en que el contratista haya recibido las licencias de importación correspondientes".

Se convino también una "MULTA POR RETARDO", según la cual "En caso de que el contratista no completare la entrega dentro de los plazos estipulados con las ampliaciones autorizadas, pagará a las Empresas una multa

equivalente al uno por mil (1% (sic) del valor de la conducción demorada por cada día calendario de retardo en la entrega estipulada, con un límite máximo de díez por ciento (10%) del mencionado valor de la conducción demorada".

Figuran enseguida cláusulas relativas a la "retención de pagos", a la "caducidad y causales" y a los "perjuicios por declaratoria de caducidad".

B) Alrededor de este contenido convencional gira la controversia jurisdiccional que compete definir a la Sala; las Empresas Públicas expidieron las resoluciones números 038 de 25 de enero de 1985 y 117 del 14 de marzo del mismo año; por la primera, impuso una multa a la contratista fundándose en el retardo para la entrega de los bienes que se obligó a suministrar; por la segunda se negó a reponer su decisión.

Para enfrentar el reproche, la contratista y su representante han esgrimido argumentos de distinta índole: que los plazos fueron prorrogados y que las entregas se cumplieron dentro de dichas prórrogas; que para la entrega de los materiales adicionales no se pactó plazo de entrega; que las multas exceden el precio total de los materiales sobre los cuales la administración estima que hubo entrega tardia; y finalmente, que la sanción es extemporanea, de una parte, porque el plazo del contrato estaba vencido, y, de otra, porque se impuso cuando se había entregado la totalidad de los materiales, es decir, después que la obligación contractual se había cumplido.

La Sala examinará únicamente este argumento final porque considera que es suficiente para aceptar los planteamientos del recurrente.

De tiempo atrás, la jurisprudencia viene precisando los alcances de la competencia que atribuye la ley a la administración contratante en cuanto al ejercicio de las cláusulas exorbitantes se refiere; del pasado reciente se destacan las siguientes providencias:

1.- La sentencia de 21 de febrero de 1986, pronunciada en el expediente No. 4550, actor Sociedad de Ingeniería Explanaciones y Pavimentos Ltda, la que, con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo expresó:

> "El planteamiento hecho por la parte actora ciertamente corresponde al pensamiento reiterado de la Sala. La terminación unilateral del contrato corresponde al poder exorbitante de la entidad pública contratante; poder que no puede ejercer sino durante, la vigencia del convenio, porque por ese medio se le pone fin anticipadamente, con sujeción a unas causales predeterminadas. Corresponde la caducidad a una terminación anormal

por voluntad del ente público, titular de ese poder quien puede ejercerlo "en orden al exacto cumplimiento del contrato.

"Normalmente los poderes exorbitantes de la entidad miran a la correcta ejecución del contrato. Por eso puede imponer multas o sanciones para presionar o impulsar esa ejecución. Puede asimismo por razones de conveniencia pública y buena administración modificar el contrato en ciertos aspectos; o interpretarlo. En este orden de ideas se observa que si las medidas coercitivas provisionales no dan el resultado apetecido y no logran el fin buscado, podrá terminarlo unilateralmente, en especial cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista sea de tal magnitud que haga imposible la ejecución del contrato o cause perjuicios a la entidad pública.(....)

Mas adelante, la misma providencia señala:

"Los poderes exorbitantes fueron dados por la ley para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución por la administración o un tercero y no para convertirla en juez del contratista más allá de sus límites temporales de competencia.

"Esos poderes exorbitantes son así de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción.

("...")

"Si la administración deja vencer el contrato sin hacer uso de su poder exorbitante, ya no podrá hacerlo hacia el futuro y si quiere sacar avante pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento del contratista tendrá que acudir al juez del contrato. Este, al constatar ese incumplimiento, le dará exigibilidad a las garantías y a la cláusula pecuniaria. (idem pag. 371)

2) El 28 de mayo de 1987, en la sentencia proferida en el expediente No. 4768 correspondiente a un recurso de anulación de laudo arbrital en el que actuó como impugnante el ICEL y como consejero ponente el Dr. Julio César Uribe Acosta, se dice:

"Por si lo anterior fuera poco, esa negativa encuentra sólido apoyo legal y jurisprudencias, pues esta Corporación ha reiterado hasta la saciedad que terminado el contrato administrativo, se pierde la oportunidad que tiene la administración para declarar la caducidad del mismo y también para imponer multas. Esto lleva a recordar que asi como los actos procesales tienen en

la ley su momento en el tiempo físico para ser llevados a cabo, el ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración, también. Se torna incomprensible la conducta de los administradores de las empresas estatales puestas a su buen cuidado, cuando se muestran indiferentes para hacer lo que deben hacer en el momento en que lo pueden hacer, y empiezan luego a perder el tiempo discutiendo el pasado para que por sentencia se les permita el ejercicio de los derechos subjetivos que dejaron extinguir por negligencia, o desidia" (Anales, primer semestre de 1987. pag. 2103)

3.- La sentencia del 29 de enero de 1988, dictada dentro del expediente No. 3615 en el que fue actor Darío Vargas Sanz con ponencia del consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo, concluyó:

"Durante la vigencia del contrato el incumplimiento parcial, que no haga imposible, su ejecución, justificará la multa como medida correctiva provisional para constreñir su cumplimiento. Pero si ese incumplimiento es de mayor entidad, la administración podrá darlo por terminado en forma anticipada o anormal y podrá exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria, además de ordenar la liquidación del contrato".

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales que se desprenden de las sentencias que se acaban de transcribir parcialmente, las prerrogativas que corresponden a la administración contratante por virtud de las cláusulas exorbitantes, se deben ejercer -salvedad hecha de la declaración de incumplimiento-, dentro del término contractual, vale decir, en vigencia del contrato, concepto que incluye tanto el plazo original como los adicionales. Este razonamiento es lógico si se considera, siguiendo a Escola, que "el poder de sancionar a su cocontratante que tiene la administración es una 'potestad', y no un 'derecho'...", motivo que justifica "...la necesaria particularidad de que puede ser ejercido en forma directa y unilateral por ella... imponiendo las sanciones que a su juicio correspondan **para mantener el cumplimiento del contrato...**", lo cual "...no significa que sea un poder ilimitado, sino que está sujeto, al contrario, a ciertos requisitos y restricciones que lo restringen a extremos razonables" (Tratado Integral de los Contratos Administrativos, vol I, pag. 408-411).

Tratándose, pues, de una 'potestad', o lo que es lo mismo, de una atribución de competencias cuya razón de ser es la de "mantener el cumplimiento del contrato" y no simplemente de un derecho de la administración, como podría suceder en un contrato de derecho privado de ésta, surgen con claridad las obvias limitaciones a que se sujeta el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes de la administración; limitaciones que constituyen una aplicación simple del principio de legalidad administrativa, el cual, para un adecuado equilibrio entre

el ejercicio de la autoridad y el de la libertad, ha dotado a la primera de prerrogativas y de sujeciones y a la segunda de derechos y deberes.

Entre las limitaciones que afectan el ejercicio de las competencias se destaca el elemento temporal; por él, la autoridad pública puede y debe actuar siempre y cuando su acción se produzca dentro del tiempo señalado por la ley para ello.

La deducción jurisprudencial que se comenta y que sujeta la posibilidad de ejercitar la mayor parte de los poderes contractuales exorbitantes al término de vigencia del contrato, se apoya en una interpretación teleológica de la ley. Es claro que la previsión "de la cláusula sobre multas" del artículo 71 del Decreto Extraordinario No. 222 de 1983, para los casos "de mora o de incumplimiento parcial", se estableció como la de caducidad, "en orden al exacto cumplimiento del contrato", solo que su entidad y gravedad son menores que los de ésta; de allí que, para presevar el principio de proporcionalidad, el legislador extraordinario partió, para ella, del supuesto de la mora y del incumplimiento parcial, mientras para la caducidad señaló en la causal correspondiente (letra f del artículo 62), el incumplimiento que haga imposible la ejecución del contrato.

Esta sola reflexión demuestra que si la declaración de caducidad procede únicamente dentro del plazo pactado, con mayor razón hay que predicar otro tanto de la imposición de las multas, que obedecen a una especie de "poder disciplinario de la administración" **que tiene por objeto el cumplimiento del contrato,** y más allá, la continuidad en la prestación de los servicios públicos; así lo entiende Manuel María Diez cuando marca las diferencias entre las sanciones en los contratos administrativos y los civiles con las siguientes palabras:

> "Es necesario que ellas (las sanciones en los contratos administrativos), sean enérgicas para prevenir e impedir faltas. Que sean rápidas para reducir, a un período de tiempo limitado, la perturbación del servicio. Deben dar, por otra parte, a la administración, el medio de asegurar la buena marcha del servicio, a pesar de las faltas de su cocontratante". (Derecho Administrativo, vol II pag. 517).

En la misma linea doctrinaria, Eduardo García de Enterría enseña:

> "Este poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, ordenes y sanciones. A la administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público mas que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la

ley no se conforme con reconocer a la Administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento" (Curso de Derecho Administrativo, vol I, pag. 672-673).

Hay, pues, concidencia del texto legal aplicable con la doctrina y la jurisprudencia, circunstancia que permite afirmar, con certeza, que la potestad sancionatoria de que dispone la Administración Para imponer multas a su cocontratante a la necesidad del cumplimiento del contrato; se trata de una potestad que se puede ejercer para que el contrato se cumpla; no frente al contrato incumplido. El ingrediente de interes público que nutre el contrato del Estado varía la razón de ser de la multa del derecho privado al derecho público. Esto explica por qué, la imposición de multas es jurídicamente posible dentro del término contractual (cuando el contrato se puede cumplir) y no por fuera de él; menos aún cuando, después de vencido dicho término, el contratista cumplió su obligación. Se trataría, en este caso, del ejercicio de un poder sancionatorio "*a posteriori*", sin incidencia alguna sobre la ejecución del contrato, con fines simplemente, indemnizatorios, para lo cual la administración no goza de poderes exorbitantes.

Normalmente estas reglas han sido deducidas de la ley, por la jurisprudencia, para los eventos de contrato de ejecución sucesiva en cuyo campo conservan validez y hoy se ratifican.

La situación varía sinembargo cuando la controversia se refiere a contratos de ejecución instantanea, caso en el cual adquieren características especiales derivadas de la particular naturaleza de los mismos; tal es el caso que examina la Sala; pese a la defectuosa denominación que dieron las partes a su convenio, del contenido obligacional se desprende que se trata de una compraventa de bienes muebles, en virtud de la cual, el contratista se comprometió a su entrega en plazos diversos: 120 días para algunos grupos y 180 para otros.

De esta manera, si los indicados son los plazos contractuales para el cumplimiento de las dos obligaciones, peca contra toda lógica prescribir que el ejercicio de claúsulas exorbitantes de naturaleza sancionatoria (caducidad y multas), se puedan y deban ejercer por la administración antes de su vencimiento, por la razón simple de que, hasta entonces, la obligación del contratista no es exigible.

En otras palabras: antes de que vencieran los plazos indicados (120 y 180 días), la sociedad contratista no estaba en mora de cumplir su obligación de proveer a la entidad pública los bienes relacionados en el contrato; no existía retardo alguno puesto que sólamente el vencimiento de los plazos sin la entrega correspondiente, determinaba, al tiempo, la mora y el incumplimiento de le obligación. Por consiguiente, mal podía la entidad pública hacer uso válido de sus potestades de coerción y sancionatorias cuando la conducta del contratista no ameritaba reproche.

Este solo planteamiento demuestra que la doctrina según la cual el ejercicio de las potestades derivadas de las cláusulas exorbitantes únicamente se pueden ejercer válidamente con anterioridad al vencimiento del término pactado en el contrato, no se puede aplicar indistintamente para los contratos de tracto sucesivo y los de ejecución instantánea.

Con todo, en unos y otros, la finalidad de dichas cláusulas, y, por lo tanto de la potestad sancionatoria de la administración contratante, es la misma: el cumplimiento del contrato por razones del interes público que está comprometido en el mismo. Tal finalidad debe servir como criterio orientador para el ejercicio de las referidas cláusulas, cualquiera sea la naturaleza del contrato.

Siendo ello asi, no hay duda de que, en el contrato de compraventa de bienes muebles, la cláusula de multas no puede ser utilizada después que el contratista ha entregado la totalidad de los bienes prometidos, vale decir, después de que ha cumplido integramente la obligación contractual. Para ese momento, la administración ha perdido esa competencia cuya **atribución se justifica en tanto el contratista no haya cumplido y con el propósito de que se cumpla;** la multa es un constreñimiento que apunta al cumplimiento del contrato; si este último fenómeno se produjo, la finalidad de la atribución desaparece y con ella la potestad de sanción.

Con estos fundamentos, la sola motivación de las resoluciones censuradas resulta suficiente prueba de su legalidad; en efecto, de la No. 038 **de enero 25 de 1985,** se deduce:

1.- En relación con el contrato original, que la entrega de los bienes convenida en él, se cumplió, para todos los grupos, el 14 de agosto de 1983, es decir casi año y medio antes de que se impusiera la multa (fl. 16 y 17).

2.- En lo atañadero a los elementos comprendidos en el contrato adicional, que estos se entregaron, para todos los grupos, el 8 de octubre de 1983, es decir un año y tres meses antes de la sanción (fl. 17 y 18).

3.- Las preindicadas fechas de entrega (14 de agosto y 8 de octubre de 1983) están confirmadas en la resolución 117 de 1985, que decidió el recurso de reposición (fl. 20-24).

En conclusión la resolución de multas se produce mucho tiempo después de que la contratista había cumplido su obligación; carecía de toda justificación el uso de una potestad atribuida con miras al cumplimiento del contrato, cuando éste ya se había cumplido.

Dicho de otro modo, la entidad pública demandada, para el 25 de enero de 1985, había perdido competencia, por razones de tiempo, para sancionar con multa a la contratista.

La decisión por consiguiente, es ilegal y se debe anular revocando lo resuelto por el *a-quo*.

Las anteriores consideraciones son suficientes para deducir la ilegalidad de las resoluciones administrativas impugnadas en el proceso; sin embargo, para una mayor claridad, la Sala estima conveniente hacer las siguientes precisiones:

1.- En los contratos de derecho privado de la administración y de ejecución instantánea, tal es el caso de la compraventa de bienes muebles, cuando se ha pactado la cláusula de caducidad, razón que explica el conocimiento de la controversia por esta jurisdicción, y se ha pactado también, **como cláusula exorbitante** la de multas, existen dos extremos en el tiempo que marcan los límites a la potestad sancionatoria de la administración: el vencimiento del plazo convenido para la entega y el cumplimiento de la obligación por el contratista.

2.- Es menester para esta clase de contratos, que la cláusula de multas se haya pactado como exorbitante; es decir que, atribuya a la administración un poder sancionador para el cumplimiento del contrato para ser ejercido de modo unilateral; en caso contrario, y en tratándose de contratos de derecho privado, no se puede atribuir a dicha cláusula que no es extraña en los contratos entre particulares, efectos distintos de los simplemente indemnizatorios que deben ser declarados por el Juez. Así se desprende del estudio conjunto de los artículos 60, 61, 16 y 17 del Decreto extraordinario No. 222 de 1983.

En otros términos: la cláusula de caducidad es siempre exorbitante y su pacto es obligatorio para algunos contratos y facultativo en otros; en éstos últimos, su presencia significa la atribución de las controversias surgidas sobre ese contrato, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin perjuicio de

la aplicación del derecho privado en su definición en cuanto no se refiere a la caducidad o a otros poderes exorbitantes expresamente convenidos.

Sin embargo, el solo pacto de la cláusula de caducidad, no otorga a la administración potestades distintas a las inherentes a su naturaleza; ni extiende la exorbitancia a otras cláusulas (vbgr. la de multas), salvo que se convenga expresamente en ella, pues **por regla general** su régimen, excepción hecha de lo concerniente a la caducidad, y de los principios del título IV del decreto 222, es de derecho privado.

La razón anterior concurre también en este caso a determinar la ilegalidad de las resoluciones acusadas, pues la cláusula de multas por retardo, pactada en el contrato y transcrita al comienzo de estas consideraciones, no autorizó a la administración para su ejercicio unilateral.

3.- En cambio, cuando la cláusula de multas reviste carácter de exorbitancia, fenómeno que ocurre siempre que se trate de un contrato administrativo o de uno privado con cláusula de caducidad en el que se haya pactado asi de modo expreso, la administración podrá sancionar unilateralmente al contratista una vez esté en mora, vale decir, vencido el plazo, y hasta el límite cuantitativo previsto en la cláusula respectiva; este límite, en el caso examinado, permite determinar también, con precisión el límite temporal.

Finalmente, se debe pronunciar la Sala sobre la indemnización de perjuicios pedida en la demanda.

Según el Tribunal, incluso en el evento de que las resoluciones acusadas fuesen declaradas nulas (decisión que se tomará en esta sentencia según se ha visto), "no habría lugar a ningún restablecimiento, porque al haber incumplido el contratista de acuerdo con lo visto, no podría ser objeto de ningún restablecimiento"

También en este punto, la Sala se aparta del razonamiento del *a-quo*. Lo primero que se advierte es que, pese a la técnica utilizada en la formulación de las pretensiones, la acción intentada no pertenece a las de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A) sino a las contractuales (artículo 87 *ibídem*). Además, con independencia del tipo de acción utilizado, es claro que la entidad demandada actúo sin competencia; es decir, ejerció una potestad que no le estaba atribuida por la ley ni por el contrato. En consecuencia impuso y retuvo (fl. 12, C.1) **indebidamente y mediante procedimiento no autorizado,** unas multas que, por consiguiente deben ser devueltas a la contratista, para lo cual se adoptará este procedimiento.

2) Para calcular el daño emergente se tomará el precio oficial del dólar para la fecha de este fallo y se multiplicará por el valor total de la multa o sea $US 125.513.63 o sea 125.513.63 x 878.22=110.228.850.10.

b) Para el cálculo del lucro cesante, sobre la misma suma, se hará Ia conversión a pesos tomando el precio oficial del dólar para el 14 de marzo de 1985. Sobre dicha suma, se calculará el 6% anual desde la fecha indicada hasta la de este fallo.

Esta operación arroja los siguiente resultados:

125.513.63 x 122.94 = 15.430.645.67
6% = 925.838.74 x 8 = 7.406.709.90

El total de la condena asciende a $117.635.560.oo

Juan de Dios Montes Hernández

Fecha *Ut supra*

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Anestesia.

Resulta demostrado el descuido y el error en la utilización de un equipo inapropiado, carente de mantenimiento adecuado y usado indebidamente, que antes no había sido usado por obsoleto; y que por tratarse de una cirugía muy fácil se obligó a los médicos a emplearlo causando con ello el fallecimiento del señor William Alberto Porras García. Esta irresponsabilidad de la institución no queda exonerada con la diligencia y cuidado de los médicos tratantes del paciente Porras García; evento éste que no tuvo incidencia en la declaración de responsabilidad que trae el fallo, pues esta surgió de la falla en el servicio y no de culpa del personal de aquellos. El hecho imputado de la demanda al médico alumno no vinculado al Instituto de Seguros Sociales y que en ella considera como hecho de un tercero, es de responsabilidad de la misma institución y no puede catalogarse como exonerativo de responsabilidad; por el contrario, prueba una vez más la falla en el servicio mismo, ya que él formaba parte del equipo que intervino al paciente y su vinculación con el seguro obedece a una relación diferente, que está por fuera del debate.

Consejero de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponencia : *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 7854. INDEMNIZACION. Actor: MARIA TERESA CAÑAS Y OTROS.

SECCION TERCERA

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de julio de 1992, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, por medio de la cual se dispuso:

"1o.- DECLARASE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor William Alberto Porras García, según hechos descritos en la parte motiva de esta providencia.

2o.- Como consecuencia de lo anterior, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES deberá pagar a los señores MARIA TERESA CAÑAS GUTIERREZ (compañera), WILLIAM ALEJANDRO PORRAS CAÑAS (su hijo), MANUEL ANTONIO PORRAS ZAPATA Y MARIA BLANCA GARCIA CORTES (padres de la víctima), el equivalente en pesos colombianos para la fecha de ejecutoria de esta sentencia de NOVECIENTOS (900) gramos oro para cada uno, liquidados al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo.

3o.- Así mismo se condena al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora MARIA TERESA CAÑAS GUTIERREZ y a su hijo WILLIAM ALEJANDRO PORRAS CAÑAS, por concepto de perjuicios materiales la suma de UN MILLON DOSCIENTOS VEINTIDOS MIL SESENTA Y TRES PESOS M.L.(1.222.063), para cada uno; valores éstos que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia como se indicó en la parte motiva.

4o.- No se accede a las demás pretensiones.

5o.- Se dispone compulsar copias con destino a la PROCURADURIA PROVINCIAL DE MEDELLIN, para los efectos que estime pertinentes, de conformidad con lo expresado, en la parte motiva de esta providencia.

6o. EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, dada cumplimiento a este fallo según lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A."

En la demanda presentada el 19 de febrero de 1988 (folio 18) se narraron los siguientes hechos:

"a.- El día catorce de noviembre de 1987, falleció en la ciudad de Medellin, en la clínica León XIII, Centro Asistencial del INSTITUTO DE

SEGUROS SOCIALES, el señor WILLIAN ALBERTO PORRAS GARCIA

b.- Durante su corta existencia, el señor PORRAS GARCIA sostuvo relaciones extramatrimoniales con la señora MARIA TERESA CAÑAS GUTIERREZ, tal como lo demuestran las declaraciones extraproceso que se anexan al presente libelo y las que solicitaré como prueba más adelante.

c.- De las relaciones sostenidas con el señor PORRAS GARCIA y CAÑAS GUTIERREZ nació el día tres de febrero de 1985 el menor WILLIAM ALEJANDRO PORRAS CAÑAS; hecho que se registró el día 1 de marzo de 1985 bajo el folio 8593942 de la Notaría Quinta del Círculo de Medellín.

d.- Las circunstancias que rodearon la muerte del señor WILLIAM ALBERTO PORRAS GARCIA, pueden resumirse así:

a.- El día 13 de noviembre de 1987 el señor WILLIAM ALBERTO PORRAS GARCIA se dirigía conduciendo su moto en compañía del señor JUAN C. VALENCIA CARVAJAL hacia su casa de habitación, cuando a la altura de la calle 101 fué atropellado por un vehículo tipo volqueta.

b. - De inmediato, el señor WILLIAM ALBERTO PORRAS GARCIA fué conducido a la Unidad Intermedia de Castilla, en donde se le prestó atención adecuada y por especialistas médicos se determinó, su traslado a la CLINICA León XIII, Centro Asistencial de propiedad del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ingresando al servicio de urgencias a las ocho y cuarenta y cinco del mismo día trece de noviembre.

C.- Ingresado al servicio de urgencias lo dejaron en una camilla, en un pasillo; alrededor de las 9:30 todavía no lo habían atendido; hacía las 11 de la noche le pasaron al médico, quien ordenó tomar diversas radiografías, constatando nuevamente la ruptura (sic) de la tibia y el peroné, y definieron realizarle una operación para introducirle una platina para reponer los huesos, por lo cual fué trasladado de fracturas habitación 404, allí fue atendido por varias, enfermeras entre ellas la señorita LIGIA STELLA CORDOBA, PIEDAD ESCOBAR Y CLEMENCIA CASTAÑO.

d.- El día 14 en la mañana se determinó que la hora de la operación sería a las 12m.

e.- Según la enfermera CLEMENCIA CASTAÑO, que estuvo presente en el momento operatorio, al entrar a la sala de cirugía, el joven iba tranquilo y feliz, entre otras cosas departió con todos antes de empezar a darle la anestesia.

f.- Correspondió darle la anestesia al Doctor MAURICIO BERMUDEZ, residente ya que el Doctor ALVARO MESA, médico responsable del procedimiento no se encontraba presente, sumándose a esta situación, que el equipo de anestesia, era obsoleto, nunca se usaba, y para este día, precisamente, los galenos recibieron la orden de usarlo, al negarse recibieron como respuesta que la intervención que se realizaría, era sumamente fácil, y por demás sencilla.

g.- A las 15 y media del día la familia recibió la noticia del fallecimiento del joven WILLIAM ALBERTO PORRAS GARCIA, no sin demostrar quienes les dieron tal información angustia y confusión.

h.- La intervención que debía, realizarse, por los Doctores LLINAS y OCHOA, no pudo realizarse por cuanto por una mala prestación del servicio se uso un equipo absoleto sin revisar y reparar adecuadamente haciendo que el joven PORRAS GARCIA, no le llegara el oxígeno suficiente pero si exceso de gases perjudiciales, que le produjeron la muerte. Fue tanto el asombro de los doctores LLINAS y OCHOA, que manifestaron su extrañeza por dejar fallecer un hombre tan lleno de vida.

i.- La señora OFELIA CAÑAS GUTIERREZ, hermana de la compañera del señor PORRAS GARCIA, que fué quien lo vió primero muerto, afirma que por la boca y la nariz, le salía babasa, al preguntar una de las enfermeras le contestó que le habían entrado otros gases distintos del oxígeno, ya que el equipo estaba malo.

e.- De acuerdo con los hechos descritos, tenemos que la muerte del señor WILLIAM ALBERTO PORRAS GARCIA fue ocasionada por la mala calidad de prestación del servicio, dado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ya que para la intervención del señor mencionado, usó, o más bien ordenó poner en servicio, un equipo obsoleto archivado hacía hacia vario (sic) tiempo y que previamente no fue reparado.

f.- La muerte del señor PORRAS GARCIA, ha causado graves daños y perjuicios tanto morales como materiales al menor WILLIAM ALEJANDRO PORRAS CAÑAS GUTIERREZ, de los cuales es único responsable el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ya que es

responsable de la utilización de un equipo ya descrito y de la mala calidad y falla en el servicio el día 14 de noviembre de 1987."

El Tribunal para tomar la decisión atrás transcrita, una vez analizado el acervo probatorio, anota lo siguiente:

> La falta o falla en la prestación del servicio imputable al establecimiento público de la seguridad social en este caso es indubitable pues está demostrado de modo suficiente a través de las probanzas aludidas, las cuales se ha dicho ofrecen tales características de verosimilitud que las hacen dignas ,del mejor crédito, sin que sea del caso desecharlas o poner en tela de juicio su credibilidad. Estas permiten al fallador un conocimiento objetivo en lo posible de las circunstancias que condujeron al deceso de Porras García, en las cuales están presentes los elementos necesarios para aceptar la responsabilidad extracontractual de la administración.
>
> En servicios como el de la salud que corresponde prestar al Instituto de Seguros Sociales, la obligación del ente público respecto del usuario es una obligación de medio y no de fín o resultado. Carecería de la más elemental lógica considerar que instituciones con tareas asistenciales en esos campos estén obligadas a obtener siempre, en todos casos, el pleno restablecimiento de los pacientes. La enfermedad las lesiones corporales y la muerte son connaturales propias del ser humano. Lo que incumbe a los organismos encargados de prestar esta clase de servicios es una obligación de medio, consistente en prestar a los usuarios la mejor atención posible, o sea colocarlos en manos de personal idóneo, personal medico, paramédico con los conocimientos científicos y la experiencia suficientes para dispensarles los tratamientos apropiados y disponer del equipo técnico-científico adecuado y necesario, en el mejor estado de funcionamiento, lo cual no significa que se tenga que contar en esta materia con los más costosos y ultramodernos equipos existentes en el mercado, y desde luego los elementos farmacéuticos de regular o común uso con los cuales sea posible atender todas aquellas situaciones normales o anormales susceptibles de prever que pueden presentar en un momento determinados los pacientes. La conjución de tales factores aunada a su adecuada administración es la forma de poder afirmar el normal funcionamiento de un determinado servicio de esta naturaleza y de evitar la ocurrencia de faltas o fallas en el servicio."
>
> "En el evento *sub-judice* las pruebas dan a conocer una serie de circunstancias que denotan el mal funcionamiento del servicio a lo cual es atribuible el deceso de Porras García; este paciente para cuya cirugía dictaminada por los ortopedistas requería ser sometido a los efectos de la

anestesia, pero sin que exista explicación suficiente, estos cuidados no los dispensó uno de los galenos especialistas en la materia vinculados a la institución sino un tercero, un médico que cursaba prácticas para obtener la especialización en el tema e incluso como él mismo lo reconoce sin autorización del instructor para optar por someter al paciente a la anestesia general.

"Ahora, no es que se esté afirmando que la muerte de Porras García consistió en un inadecuado procedimiento del médico residente, nó, en parte alguna del proceso se probó que así hubiera ocurrido,lo que se quiere es relevar la clara falla en el servicio que se deparó al paciente pues la atención en la anestesia que requería ni siquiera la presto el empleado de la institución asignado para ese evento.

"Asimismo el médico estudiante o residente y el anestesista Mesa López, que acudió en su ayuda cuando aquél se percató de los delicados y graves síntomas cardio-respiratorios que presentaba el paciente, coinciden al afirmar que en el dispensario o farmacia de la clínica del Instituto, se carecía de la droga denominada Effortil, la más idónea según ellos para poder intentar con mejores posibilidades de exito la reanimación del paciente.

"Y a lo dicho se suma que el aparato dispensador de los gases anestésicos no era el que normalmente se operaba en esa sala, sino otro que según el citado doctor Mesa, por agüero después de lo ocurrido dejó de utilizarse, y que conforme a la información del médico Bermúdez y los comentarios que recuerda haber escuchado la auxiliar Ligia Stella Córdoba Rúa, al ser utilizado con el usuario Porras García, presentó fallas en su funcionamiento e incluso de acuerdo con la versión de otros declarantes ya citados, como otros aparatos similares de la entidad, con frecuencia se dañaba, no era objeto del mejor mantenimiento, ni el más moderno.

"Vale la pena recordar lo expuesto por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia de marzo 16 de 1992, proferida con ocasión del contencioso de reparación directa que instauraron María Alexia Arango G. y otros contra el Instituto de Seguros Sociales (exp. 6637, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández), en donde se expuso lo siguiente:

"De los hechos relacionados y comprobados surge en forma nítida la falla o falta del servicio a cargo del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto a causa de errores y equivocaciones en los servicios de cirugía y anestesia, se le suministró al occiso Barrera Mesa óxido nitroso en lugar de oxígeno,

comportamiento equivocado éste que originó las graves lesiones que condujeron al fallecimiento de la víctima.

No se trata en este caso de cuestionar el comportamiento de los cirujanos o de la anestesióloga, cuya culpa por no resultar evidente, sirve de fundamento a la defensa de la entidad demandada, desde luego que las obligaciones en estos casos son de medio y nó de resultado, pero no puede esto significar que el acierto de los médicos y la ausencia de culpa en sus procedimientos exonera automáticamente a la administración, cuando, como en el caso que se estudia, resulta ostensible un descuido, una equivocación, un error, eventualmente originado en el mantenimiento del equipo quirúrgico del hospital (falla del servicio) y ajeno a la conducta de los profesionales intervinientes en el tratamiento quirúrgico. Dentro del normal desarrollo de las funciones hospitalarias, se encuentra el suministro normal a los pacientes de las drogas, alimentos atenciones y servicios adecuados para conservar su salud y mantener su integridad y su vida. Consecuentemente, si se presenta un accidente así sea involuntario, atribuible al establecimiento hospitalario, configurando así la falla del servicio como ocurre en este caso resulta entonces comprometida su responsabilidad, y, por consiguiente, le corresponde o debe asumir la obligación indemnizatoria que aquella le genera.

Para la sala resulta ostensibles la irresponsabilidad, falta de diligencia y cuidado por parte de quienes directa o indirectamente prestaron el servicio de mantenimiento y utilizaron las fuentes de oxígeno y óxido nitroso en forma equivocada. Es inconcebible que en una institución hospitalaria donde el ente demandado atiende diariamente a numerosos pacientes en el cuidado y mantenimiento de su salud e integridad físicas, se produzca una falla como la advertida en el caso bajo estudio. Ciertamente no hay lugar a considerar que hubo en este asunto causal exonerativa de responsabilidad, porque lo único que aparece evidente es la ausencia de precauciones por parte del equipo médico que insufló erradamente el óxido nitroso y un total descuido por parte de quienes hicieron las instalaciones qué conducían los gases mencionados y, de manera especial, por quienes irresponsablemente invirtieron los conductos de oxígeno y óxido sin detenerse a considerar que su conducta podría generar gravísimas y mortales lesiones en quien utilizara los servicios de salud prestados por los Seguros Sociales.

La Sala no pretende desconocer que por esencia las intervenciones quirúrgicas conllevan un alto riesgo para la salud del paciente del cual no se puede culpar a quienes la efectúan con el cumplimiento de las precauciones y procedimientos correctos y adecuados, según el caso,

porque en estas intervenciones no es físicamente posible garantizar el éxito de las mismas. Sin embargo, cuando se observan descuidos, errores y omisiones como sucede en el sub-lite, se impone concluir que no todo el procedimiento fue acertado, que faltó revisión previa del equipo y, por consiguiente, se dio la falla del servicio generadora de la responsabilidad del establecimiento demandado." (Sent. citada)."

«En conclusión se impone reconocer que en este caso se configura la responsabilidad extracontractual de la administración atribuible al establecimiento público demandado como consecuencia de la falta o falla en el servicio que prestó al usuario WILLAM ALBERTO PORRAS GARCIA, cuya consecuencia fué su muerte.

" Sin embargo, como el paciente ingresó al centro hospitalario con una lesión (fractura y herida en una de sus extremidades inferiores), de acuerdo a la historia clínica en buen estado de salud, y no se sabe si esa lesión es imputable a la responsabilidad de un tercero ajeno a este proceso o a culpa de la víctima, de todas maneras la Sección estima en equidad que ese hecho aminora o disminuye porcentualmente en un 10% la responsabilidad reconocida en la entidad pública."

Tomada la decisión por el *a-quo*, la parte actora se conformó con élla; no así la parte demandada quien apeló, alegando el hecho de un tercero o de la víctima, (por la fractura que tenía. el paciente al ingresar a la clínica), que el mismo tribunal reconoce para exonerar en un 10% a la demandada.

Asímismo, formula excepción de compensación, basada en el hecho de que la compañera permanente y el hijo de la víctima, debieron recibir las prestaciones de supervivientes.

Por último, solicita integrar el litisconsorcio con los médicos tratantes, para que sean éllos quienes al explicar su comportamiento, exculpen a la entidad demandada de culpa.

Surtido el trámite de la segunda instancia, dentro del traslado ordenado para que las partes y ministerio público alegaran de conclusión, aquellas presentaron los escritos que obran entre folios 210 y 211 (actora) y 212 a 218 (demandada); el ministerio público guardó, silencio.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la Sala la sentencia deberá confirmarse en su integridad, porque se ajusta en un todo a la jurisprudencia que sobre la falta o falla del servicio médico ha venido aplicando la corporación.

La existencia de la falta o falla en el servicio médico asistencial prestado al fallecido señor Porras García, se evidenció luego de un mesurado y juicioso estudio realizado por el *a-quo* sobre el acervo probatorio; en especial, de las declaraciones rendidas por las enfermeras Ligia Stella Córdoba Rúa, Piedad Escobar Paucar (folios 62 a 68) ; de los médicos Alvaro Rodrigo Mesa López y Mauricio Bermúdez Jiménez (folios 84 a 95); y de los señores Jesús Aquilea Castro P., Oscar Darío Alvarez González y Juan Carlos Valencia Carvajal (folios 101 a 105); de las cuales pudo el *a-quo* extraer claras y fehacientes conclusiones sobre el deficiente servicio prestado al señor Porras García, por factores internos imputables a la institución, como que el aparato para suministrar anestesia (prestado de otra sala) era un "hechizo" que no prestaba un adecuado servicio, estaba organizado en forma inusual y que, por lo mismo, no funcionaba correctamente.

Asimismo, se probó que el servicio de anestesia no fue prestado por el profesional especializado con, que cuenta el Instituto, sino por un médico alumno que se estaba especializando en esa materia. Aunado a lo anterior, en el momento en que se presentó la hipotensión, seguida del paro cardio-respiratorio, no había en el dispensario la droga vasodepresora adecuada y efectiva que permitiera la reanimación al paciente.

Estas causas son constitutivas de falta o falla en el servicio, como bien lo analizó el Tribunal. De manera qué no le asiste razón al señor apoderado de la parte demandada en sus argumentaciones expuestas en el alegato de la conclusión, pues la responsabilidad declarada está fincada en la falta o falla del servicio (anónima) y nó en la culpa de los galenos que atendieron a Porras García, ni en la culpa personal de éstos.

Resulta demostrado el descuido y error en la utilización de un equipo inapropiado, carente de mantenimiento adecuado y uso indebidamente, que antes no había sido usado por absoleto; y que por "tratarse de una cirugía muy fácil" se obligó a los médicos a emplearlo causando con ello el fallecimiento del señor William Alberto Porras García.

Esta irresponsabilidad de la institución no queda exonerada con la diligencia y cuidado de los médicos tratantes del paciente Porras García; evento éste que

no tuvo incidencia en la declaración de responsabilidad que trae el fallo, pues ésta surgió, de la falla en el servicio y no de culpa personal de aquéllos.

El hecho imputado por la demandada al médico-alumno no vinculado al Instituto de Seguros Sociales y que élla considera como "hecho de un tercero", es de responsabilidad de la misma institución y no puede catalogarse como exonerativo de responsabilidad; por el contrario, prueba una vez más la falla en el servicio. Dicho profesional no puede catalogarse como ajeno al servicio mismo, ya que el formaba parte del equipo que intervino al paciente y su vinculación con el seguro obedece a una relación diferente, que está por fuera del debate.

Frente a la condena por perjuicios morales, la sala considera que el a-quo se equivocó al considerar que el haber ingresado Porras García con una fractura abierta de tibia y peroné constituía responsabilidad de un tercero ajeno al proceso, e imponía la reducción de la condena en un 10% (porcentaje en que avaluó dicha culpa) . Lo así expuesto no tiene fundamento alguno porque esa circunstancia no sólo fue antecedente, sino que no tuvo incidencia alguna en las consecuencias derivadas de la inadecuada operación del equipo de anestesia. Además, no se ve qué relación pueda tener la culpa de un tercero que causó unas lesiones y la inadecuada prestación del servicio de salud que trató de curarlas.

No obstante esto, como la parte actora se conformó con el fallo, ya que no apeló, no podrá hacerse mas gravosa la condena porque el asunto se entiende igualmente revisado en consulta.

Por otra parte, los perjuicios materiales liquidados también se acomodan a los parámetros empleados por la sala; y su cuantificación, según los factores utilizados, obedece a los mismos aceptados por la corporación.

Así, se tomarán las cifras liquidadas por el *a-quo* como valores históricos y se proyectarán con los índices valores históricos y se proyectarán con los índices correspondientes a la fecha de los hechos (noviembre de 1987, como inicial) y a noviembre de este año, como final.

En estas condiciones, el valor de la condena por perjuicios materiales quedara así, una vez efectuada la proyección:

Valor histórico: $1.222.063

Indices: Nov./87 = 76,84; Nov./93 =321,19

$$Vp = vh \times \frac{ind.f}{ind.i.}$$

$$vp = 1.222.063 \times \frac{321.19}{76,84} = 1.222.063 \times 4.179984383 = \$5.108.204,26$$

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.- CONFIRMARSE la sentencia de 31 de julio de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia -Sección Primera, en cuanto hace relación con los ordinales 1o., 2o.,4o. 5o. y 6o.

SEGUNDO.- MODIFICASE el ordinal 3o. de la sentencia, el cual quedará así:

> "Asimismo condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar a la señora María Teresa Cañas Gutiérrez y a su hijo William Alejandro Porras Cañas, por concepto de perjuicios materiales la suma de cinco millones ciento ocho mil doscientos cuatro pesos con 26/100 m/cte ($5.108.204,26), para cada uno de ellos."

TERCERO.- Para liquidar la condena por perjuicios morales, se tendrá en cuenta el precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este proveído.

Expídase las copias para el cumplimiento de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 13 de diciembre de 1993

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

DAÑO ANTIJURIDICO - Gases / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS / PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Es cierto que se ha dicho que cuando un servidor público padece o sufre lesiones durante el ejercicio normal de las actividades que le competen, derivadas del contrato de prestación de servicios celebrado en la entidad, los perjuicios causados serán reconocidos con sujeción al régimen de vinculación laboral que lo cobija. Pero también es cierto que cuando a ese servidor se le somete a un riesgo excepcional que no encaja en los ordinarios o normales de la actividad que cumple, la entidad responsable del perjuicio deberá resarcírselo en su integridad. La Sala elaboró esa jurisprudencia frente a los militares en servicio para distinguir cuando perecen en labores propias de su actividad (soldado que muere en un combate con la guerrilla, por ejemplo) y cuando el hecho ocurre porque se le dispara accidentalmente su arma o a un compañero de filas o porque el vehículo militar que viaja se accidenta por falta de sostenimiento. Mas que falla en el servicio el presente asunto muestra la ocurrencia de un daño antijurídico imputable a la administración. Daño que como ya lo ha dicho la jurisprudencia no tiene que provenir siempre de la conducta irregular o ilegal de la autoridad pública, porque puede darse aún como consecuencia del obrar legal ajustado al ordenamiento de la misma. En este evento la antijuricidad no estará en esa conducta sino en el resultado dañoso para que al quien no tenía porque soportarlo. Aunque esto no fue alegado en la *causa petendi* la norma cae como anillo al dedo en el presente asunto Osorno que no tenía porque correr el riesgo de la grave contaminación y de una red que normalmente está excenta de contaminantes. La regla *"iura novit curia"* permite este nuevo enfoque. Basta recordar que con apoyo en dicho

principio al juez se le dan los hechos y el deberá aplicar el derecho así no este expresamente citado en la demanda. Principio aplicable en materia contencioso administrativa en las acciones de reparación directa y contractuales. En las demás, de impugnación de actos administrativos, el principio de la justicia tiene su operancia, ya que el juez estará sometido en un fallo a manejar las normas citadas como infringidas y al concepto de la violación expuesta. Son los hechos privados los que imponen la decisión del juez y la no fundamentación juridíca expuesta. Gana así el principio "*iura novit curia*" toda su extensión y efectividad. Y como si la reforma del numeral 4 del art. 137 del Código Administrativo no fuera suficiente, en el que se reivindica el principio aludido dominante desde el siglo pasado, la nueva constitución lo reafirmó implícitamente al imponer la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 228 de la carta). Así las cosas en la jurisprudencia se muestra esa prevalencia. Quedan con todo, algunos cultores del sistema formalista que siguen aferrados a la tradición decimonónica y que no quieren ver que desde el siglo pasado el proceso dejó de ser un negocio privado sometido al querer y al de la voluntad de las partes; y que el juez, de convidado de piedra, paso a ser el activo dispensador de la justicia a quien le corresponda.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá D.C. catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 8019.-Indemnizaciones.- Actor: GERARDO DE JESUS OSORNO RAVE.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de octubre de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Risaralda, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que en la demanda formulada el 12 de febrero de 1991 por el señor Gerardo de Jesús Osorno Rave y otros contra las Empresas Públicas de Pereira (a folios 126 y siguientes) aparecen detalladas del folio 127 al 130;y que en síntesis buscan para los damnificados el reconocimiento de los perjuicios materiales y morales que sufrieron con la muerte del señor Luis Evelio Osorno Molina.

SECCION TERCERA

Como sustento fáctico de las súplicas, según la síntesis hecha por el señor procurador décimo delegado, "el libelo demandatorio narra que Luis Evelio Osorio, era jubilado de las Empresas Públicas y para la fecha de su deceso cumplía contrato de prestación de servicios en el sistema de acueducto de la ciudad. El 27 de junio de 1989 en ejercicio de sus funciones, Osorno Molina se trasladó a la Avenida 30 de agosto con calle 52 para reparar una válvula del acueducto y al quitar la tapa de la alcantarilla, cayó al interior de la misma por acción de los gases, produciéndose su muerte."

La entidad demandada al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y negó su responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima. Además, llamó en garantía a la Nacional Compañía de Seguros; persona jurídica que propuso también excepción de culpa de la víctima.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *a-quo* denegó las súplicas de la demanda. Inconforme la parte actora con lo así decidido apeló y sustentó su recurso mediante escrito que obra a folios 819 y siguientes. Allí insiste en que no pudo darse la culpa de la víctima,porque todo se debió a la violación flagrante de las medidas de seguridad que debía cumplir la entidad pública,en cumplimiento del contrato celebrado con el señor Osorio Molina; y a la falta de supervisión sobre los subalternos que ejecutaban labores que exigían un especial cuidado.

Durante la segunda instancia alegó de conclusión la misma parte actora (a folios 829 y siguientes) y reiteró su petición para que la sentencia fuera revocada y se accediera a las súplicas propuestas. La parte llamada en garantia presentó también alegación (a folios 885 y siguientes) e insistió en que no podrá condenársele en esta instancia porque al ser absuelta la entidad pública por el *a-quo* ésta se conformó con la absolución de la llamada en garantía. Razón por la cual, dice, el Honorable Consejo de Estado estaría reformando el fallo de primera instancia, en forma ilegal, si decidiera condenar a la sociedad llamada en garantía. Arguye, además, que la entidad pública deberá ser absuelta no sólo por la falta del nexo de causalidad, (a folios 887), ya que no se probó que la causa de la muerte del señor Osorno había sido la intoxicación por gases, sino también por culpa exclusiva de la víctima a folios 890 toda vez que esta no tenía que abrir el recinto donde se produjo el daño y las medidas de seguridad las debía tomar la víctima.

El ministerio público, por su lado, estima que se debe confirmar el fallo apelado. Si, en su vista de 10 de mayo del presente año, observa que no sólo ninguna de las circunstancias alegadas en la demanda como supuestos fácticos de la responsabilidad fué debidamente de mostrada, sino que fueron desvirtuadas tanto por la prueba documental como por la testimonial recogida en el informativo.

Al finalizar su vista agrega:

"El análisis probatorio que antecede indica que Luis Evelio Osorno Molina, al momento del insuceso no cumplía una labor orientada a la reparación de una válvula del acueducto, ni desarrollaba su función en una alcantarilla, ni cayó al interior de la recámara por acción de los gases que de allí salían.

"El insuceso se debió a culpa del contratista quien no tuvo el cuidado de tomar las medidas de seguridad que una persona emplea ordinariamente en los riesgos propios y normales de su actividad."

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la sala la sentencia deberá revocarse porque no hace suya la perspectiva que manejó el *a-quo*, el cual se movió entre los extremos que se explican a continuación,para declarar la muerte de Osorno no comprometió la responsabilidad de la entidad no solo porque se dió la culpa exclusiva de la víctima, sino porque el daño producido no es antijurídico, ya que pereció dentro de los riesgos normales del servicio:

1) Que entre las Empresas y el señor Luis Evelio Osorno Molina (el occiso) existía en ese entonces un contrato de prestación de servicios "para la revisión, reparación, puesta en servicio y recuperación de hidrantes del sistema de acueducto en la ciudad, y las demás que le sean asignadas por el jefe del Departamento."

2) Que en ejercicio de labores propias del servicio,el señor Osorno murió el 27 de junio de 1989, al caer en una cámara o caja de protección de válvulas del acueducto de Pereira; al tratar de introducirse en la misma con miras a efectuar unas mediciones ordenadas.

3) Que según la necropsia (a folios 246 y siguientes) la muerte se produjo como consecuencia natural y directa de la lesión de centros vitales cerebrales de tipo traumático y de naturaleza necesariamente mortal.

4) Que según el memo elaborado por el jefe del Departamento de acueducto (a folios 311), el señor Osorno hacia parte de la cuadrilla que dirigía el señor Francisco Javier Sierra Mejía con la misión de " localizar y determinar la profundidad de la tubería American Pipe de " Ø 24 " que pasa por la parte posterior de "Pupeto" y "Lubrillantas"

5) Que las cámaras de inspección o cajas de seguridad de aguas limpias, contrario a lo que sucede con las de las aguas servidas, no acumulan ni dejan escapar gases tóxicos; y que cuando se abren para hacer algún trabajo dentro de ellas no requieren ninguna medida de seguridad especial,sino solo dejarlas airear por un tiempo aproximado de 30 minutos.

6) Que luego de que cayó Osorno dentro de la cámara,tan pronto iniciaba su ingreso en la misma, su compañero de cuadrilla Humberto de Jesús Vélez A. corrió en su auxilio, perdiendo el sentido al momento y cayendo también en su interior, de donde fueron sacados unos 40 minutos mas tarde por personal dotado de máscaras antigases.

7) Que la cámara donde sucedió la tragedia,inicialmente tenía una profundidad de unos 2 metros; profundidad que se habla aumentado a más de 4 metros cuando los propietarios de "Pupeto" le echaron un lleno a la banca del ferrocarril.

8) Que para efectuar las mediciones ordenadas no se requería la introducción a la cámara de válvulas ni de equipo especial de aireación y que nadie habla dado expresamente la orden de ingreso a las recámaras inspeccionadas.

9) Que luego de la tragedia se dieron instrucciones especiales para evitar la ocurrencia de hechos similares.

Para el *a-quo* resultaron bien probados los siguientes hechos:

a) Que el accidente en el que perdió la vida Osorno M. no sucedió al destapar una cañería del alcantarillado, sino una caja que protege una válvula en la red de aguas limpias, situada cerca de las ins talaciones del establecimiento denominado "Pupeto" frente a las oficinas de las Empresas Públicas.

b) Que el asunto aquí estudiado no es similar al ocurrido el 19 de agosto de 1986, juzgado por esta jurisdicción, ya que en éste la muerte se produjo en una cámara de alcantarillado llena de gases tóxicos.

c) Que no se suministró a la cuadrilla equipos especiales para su trabajo (máscaras antigases, aireadores, oxígeno, etc.etc.), porque en ese tipo de labor en cámaras de aguas limpias y tratadas lo normal es que no se produzcan gases tóxicos.

d) Que el señor Osorno actuó en forma imprudente, ya que no recibió orden de sus superiores para que entrara en la recámara,sino solo de que midiera

desde afuera, que lo hizo contra la voluntad del jefe de la cuadrilla, el que consideró que con la labor cumplida a eso de las 10 a.m. ya era suficiente; y que, además, trató de ingresar a la recámara inmediatamente sin esperar a que se aireara.

Con base en las circunstancias anotadas y en los hechos que consideró probados el *a-quo*, dedujo:

1) Que no se dió la causal para responsabilizar a la demandada, máxime teniendo en cuenta que la conducción de aguas limpias a través de tubería enterrada no constituye actividad peligrosa;

2) Que la muerte se debió a la falta de oxígeno que presentaba la recámara en su interior, "ante la presencia de gases negativos"

3) Que la muerte de Osorno se debió exclusivamente a su propia culpa o imprudencia.

4) Que Osorno estaba vinculado laboralmente con la entidad y que pereció dentro de los riesgos normales de su actividad, ya que no se dió un daño antijurídico sucedido por haber sido colocado dicho servidor por fuera de los riesgos normales de su actividad", toda vez que la labor era de aquéllas que se atienden a diario, en forma normal, corriente y rutinaria.

Para la sala la conclusión sacada por el tribunal no es tan sencilla, porque el acervo probatorio muestra otra realidad, aunque se dan hechos que coinciden con la apreciación del tribunal. Así, se anota:

1) Que el señor Evelio Osorno M., contratista de las Empresas para la revisión, reparación, puesta en servicio y recuperación de hidrantes del sistema de acueducto de la ciudad, pereció cuando trataba dé ingresar a la cámara de válvulas, situada en la avenida 30 de agosto, cerca a las instalaciones de "Pupeto" y de la estación de servicios "Lubrillantes". A ese respecto puede verse el contrato No. 087/89 que obra a folios 41; el certificado de defunción y la necropsia.

2) Que esa cámara,de una profundidad superior a los 4 mts., pese a pertenecer al sistema de aguas limpias del acueducto de Pereira estaba contaminada con gases tóxicos; gases que dieron al traste con la vida del señor Osorno y pusieron en grave peligro la de Humberto de Jesús Vélez Agudelo.

Aunque la diligencia de necropsia en forma bastante simplista afirma que la causa de la muerte fué de tipo simplemente traumático (por la caída

dentro de la cámara de 4.50 mts. de profundidad), el expediente permite arribar a conclusión diferente, por la vía indiciaria,o sea que la cámara estaba fuertemente contaminada con gases tóxicos.

En primer lugar, porque tan pronto osorno empezó a ingresar a la cámara de Válvulas, cayó sorpresivamente al vacío; en segundo, porque cuando en el afán de salvarlo Vélez Agudelo trató de ingresar a la misma, perdió inmediatamente el sentido y cayó al fondo; en tercero, porque los operarios accidentados sólo pudieron ser rescatados como a la media hora por personal dotado de equipo antigás; en cuarto, porque Vélez Agudelo fué hospitalizado con síntomas agudos de intoxicación por gases, y no por simple falta de oxígeno, tal como se desprende de la historia clínica elaborada en el ISS durante el tiempo de su hospitalización. En dicha historia se conceptuó "que se trata de un problema eminentemente tóxico metabólico por gases tóxicos y un fenómeno respiratorio de vías altas en respuesta al gas tóxico (al folio 769).

En ese mismo documento se lee (cuando reingresó al Hospital porque le habían quedado secuelas) "que se presume que la intoxicación que había sufrido, al caer con un compañero (Osorno)en una cámara del acueducto desde una altura de 4.5 mts, habla sido producida por gas metano."

En este punto la sala estima que el *a-quo* fué ligero en la apreciación de la historia clínica, lo que no le mereció mayor comentario y menos una inferencia. No; el *a-quo* simplemente vió una muerte simple por traumatismo, pero olvidó lo sucedido a Humberto de Jesús Vélez , instantes después cuándo trató de salvar a su colega y que estuvo al borde de la muerte por intoxicación con gas metano.

No es razonable olvidar esta secuencia temporal para ver en la muerte de Osorno un simple accidente producto de su imprudencia y precipitud (un resbalón al ingresar a la cámara o falta de oxígeno) y una intoxicación por gases tóxicos en Humberto Vélez.

Todo da a entender que el *a-quo* no quiso ver sino la apariencia formal de las cosas y prefirió acogerse al dicho de testigos que estaban o estuvieron vinculados a la entidad demandada y que en forma un tanto dogmática afirmaron que en las redes de conducción de aguas limpias no se da la acumulación de gases tóxicos y que por eso no hay que tomar especiales precauciones cuando se trabaja en ellas.

No entiende la sala porqué el *a-quo*, olvidando que la necropsia mostraba como causa de la muerte traumatismos múltiples por caída de una altura de 4,5 mts. habló de falta de oxígeno ¿Por qué no explicó que quiso decir cuando a la

falta de oxígeno le agregó el comentario "**ante la presencia de gases negativos**?" Sería que tampoco le satisfizo la simplista necropsia, hecha mas parece que por salir del paso que por hacer un trabajo profesional como era lo debido ?

Ignorar la presencia de gases tóxicos en esa recámara es ir contra la evidencia que muestran los hechos.

3) Que la muerte de Osorno se debió a su propia culpa o imprudencia, afirma el *a-quo*.

Este extremo del fallo no se comparte y menos con las consecuencias exonerativas que trata de dársele por el tribunal.

Culpa, por que? Para el tribunal, porque Osorno intentó ingresar a la recámara tan pronto ésta fué abierta sin esperar que se aireara; y porque, pese a las instrucciones recibidas, intentó ese ingreso sin tener necesidad de hacerlo.

Para la sala estas conclusiones no corresponden a la realidad y están en contravía de lo que muestra el expediente. En primer término, porque el testimonio de Humberto Vélez da a entender que una vez abierta la cámara osorno esperó por cerca de 20 minutos para iniciar su ingreso. Esta versión merece credibilidad y no puede desconocerse en el dicho de otros funcionarios que no presenciaron el hecho o que si lo hicieron trataron de salvar su pellejo porque estaban dirigiendo la operación. En este último extremo puede citarse al señor Francisco Javier Sierra Mejía, quien a las 10 a.m. de ese dia parecía tener demasiado afán para dejar el trabajo a medias y quería regresar a la oficina. Además, el testimonio del señor Vélez no puede calificarse de interesado o de sospechoso, como gratuitamente lo hace el tribunal, porque ese interés no se puso en evidencia, ya que ni siquiera Vélez figura como demandante por los perjuicios recibidos. No entiende la sala porqué el *a-quo* le da más credibilidad al dicho de los altos funcionarios de la entidad, algunos de los cuales solo declararon de oídas que a la declaración de Vélez, quien a riesgo de su propia vida y por altruismo trató de salvar a su compañero Osorno.

Culpa de Osorno porque trató de hacer las cosas bien?. Aquí la sala no deja de manifestar su extrañeza, porque el tribunal parece olvidar la clase de contrato que vinculaba a Osorno con las Empresas y el objeto del mismo. Si el contrato le imponía otras obligaciones, por que Osorno sólo debía cumplir el mínimo de las mismas ? Por qué culpa por querer cumplir bien lo pactado y ordenado ?

El mismo Jefe del Departamento de Acueducto, Doctor Pedro A. Zuluága Jiménez, aunque declara que para determinar la ubicación de la tubería no es absolutamente necesario medir el diámetro de ella o de las válvulas (a folios 463 y siguientes), agrega algo que refuerza lo dicho y que contradice la imputación de culpa hecha por el tribunal: "pero si querían hacer un trabajo más eficiente pues tomarían el diámetro de la válvula"; labor para la cual, como es obvio, anota la sala,era preciso ingresar en la recámara.

Además, existe una circunstancia que pudo haber movido a Osorno a hacer un trabajo más cuidadoso y eficiente (culpa para el tribunal ?) , cual fué el hecho de que la recámara, por trabajos de lleno efectuados en el sector aledaño a "Pupeto" y a la bomba de servicio había duplicado su profundidad; razón de más para perder la visibilidad hacia el fondo. Aquí se pregunta la sala: No seria ese lleno el que produjo la emanación de gases tóxicos ? Recuérdese que,de un lado, en ese mismo sector estaba el restaurante "Pupeto" y una bomba de servicio; negocios éstos que fácilmente pueden propiciar con sus desechos una fuerte contaminación en el área de su alcantarillado.

El tribunal al hablar de culpa de la víctima le dió el alcance de exclusiva y determinante, aunque no lo explicó. En otras palabras, que la administración no tuvo nada que ver en la tragedia. Simplista. Si la actividad no era peligrosa en ningún caso, porqué existían gases tóxicos en la recámara? Era un riesgo normal el que corría el trabajador cuando en esas recámaras no podía haber emanación de tales gases? Aquí olvida el Tribunal quién era el responsable del servicio, quién creaba el riesgo de la situación anormal e insólita y quién corría con sus consecuencias.

Podrá hablarse de culpa exclusiva de la víctima exonerativa de responsabilidad, cuando la entidad a la que se le imputa el daño cumple una actividad peligrosa sin siquiera tomar las medidas de seguridad que todo buen servicio impone? La respuesta no puede ser sino negativa.

4) Que Osorno pereció dentro de los riesgos normales del servicio, dice el *a-quo*.

En este punto el tribunal interpreta la jurisprudencia de la sala en forma un tanto recortada. Es cierto que se ha dicho que cuando un servidor público perece o sufre lesiones durante el ejercicio normal de las actividades que le competen, derivadas del contrato de prestación de servicios celebrado con la entidad, los perjuicios causados serán reconocidos con sujeción al régimen de vinculación laboral que lo cobija.

Pero también es cierto que cuando a ese servidor se le somete a un riesgo excepcional que no encaja en los ordinarios o normales de la actividad que cumple, la entidad responsable del perjuicio deberá resarcírselos en su integridad. La Sala elaboró esa jurisprudencia frente a los militares en servicio para distinguir cuando perecen en labores propias de su actividad (soldado que muere en un combate con la guerrilla, por ejemplo y cuando el hecho ocurre porque --se le dispara accidentalmente su arma a un compañero de filas o porque el vehículo militar en que viaja se accidente por falta de sostenimiento.

En este orden de ideas, pregunta la sala: Pereció Osorno dentro del riesgo propio, normal de su actividad ? Para la sala la respuesta es negativa. Si las redes de acueducto no se contaminan nunca con gases tóxicos, el trabajo de los operarios de las redes no tendría porqué causar perjuicios anormales o extraños a la actividad. En tal sentido y en ese supuesto la persona lesionada o sus damnificados sólo podrían aspirar a la retribución contemplada en la ley laboral. Pero qué sucede cuando, como sucedió aquí, la cámara inspeccionada estaba altamente contaminada con gases tóxicos ? La respuesta no puede ser sino ésta: los operarios quedaron sometidos a un riesgo excepcional que no tenían porqué soportar.

Lo anterior indica que en todos los casos se deben tomar especiales medidas de seguridad en el manejo de las redes de acueducto; y que no hacerlo compromete la responsabilidad de la entidad explotadora del servicio. Se demostró que esas especiales medidas no se tomaron en el caso concreto y que sólo a raíz de esa tragedia empezarón a implantarse.

Pero el asunto amerita ser tratado con base en el art. 90 de la nueva constitución, porque mas que falla del servicio el presente asunto muestra la ocurrencia de un daño antijurídico imputable a la administración. Daño que como ya lo ha dicho la jurisprudencia no tiene que provenir siempre de la conducta irregular o ilegal de la autoridad pública, porque puede darse aún como consecuencia del obrar legal ajustado al ordenamiento de la misma. En este evento la antijuridicidad no estará en esa conducta sino en el resultado dañoso para alguien que no tenga porqué soportarlo. Aunque esto no fué alegado en la *causa petendi* la norma cae como anillo al dedo en el presente asunto. Osorno no tenía porqué correr el riesgo de la grave contaminación de una red que normalmente está exenta de contaminantes.

La regla "*iura novit curia*" permite este nuevo enfoque. Baste recordar que con apoyo en dicho principio al juez se le dan los hechos y el deberá aplicar el derecho así no esté expresamente citado en la demanda. Principio aplicable en materia contencioso administrativa en las acciones de reparación directa y contractuales. En las demás de impugnación de actos administrativos, el principio

de la justicia rogada tiene su operancia, ya que el juez estará sometido en su fallo a manejar las normas citadas como infringidas y al concepto de la violación expuesta. .

Estas sencillas ideas no son más que la interpretación lógica del numeral 4 del artículo 137 del C.C.A. que a la letra dice:

> "Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación."

La aplicación del artículo 90 de la constitución, en asuntos como el que aquí se define, ya tiene reiterada jurisprudencia en que no se da propiamente la falla del servicio. A este respecto pueden citarse los fallos de agosto 27 de 1992 (Proceso 6827 María Burbano P. Ponente Doctor Daniel Suárez Hernández) , mayo 28 de 1992 (Proceso 6771 Monica Lucía Zambrano ponente Doctor Julio César Uribe) y 2 de marzo de 1993 (Proceso 7429 Nancy Amparo Ramírez ponente Carlos Betancur Jaramillo.

Aprovecha la sala para hacer algunas reflexiones sobre el principio de la justicia rogada en el campo contencioso administrativo, el cual no ha merecido sino afirmaciones escuetas y aplicaciones restrictivas, muchas veces atentatorias contra los derechos de los administrados que acuden a la jurisdicción en busca de cumplida y eficaz justicia.

Con apoyo en la ley 167 de 1941 y en vista de que en dicha ley se daba el predominio marcado en las acciones de impugnación de los actos administrativos (nulidad y plena jurisdicción), se elaboró la teoria en el sentido de que el juez administrativo no podía fallar sino con base en las normas citadas como infringidas en la demanda y por el concepto expuesto dentro de la misma.

Esta concepción extrema empezó a quebrarse en la jurisprudencia con la vigencia del decreto 528 de 1964, el cual trajo dos acciones importantes a la jurisdicción administrativa (las contractuales y de reparación directa) que no permitan su aplicación estricta porque la responsabilidad estatal, de creación pretoriana, tenía que manejarse con fundamento en principios generales y no con normas legales que a la sazón no existían. Circunstancia esta que no daba margen para la cita expresa de las normas que se estimaban infringidas por el hecho de la administración o por el contrato. Fué así, entonces, como la jurisprudencia empezó a aplicar en este campo el principio "*iura novit curia*" de vigencia en el sistema procesal desde el siglo pasado. Jurisprudencia que tomó cuerpo y que fué la que definitivamente inspiró el numeral del artículo 137 del C.C.A. (decreto 01 de 1984) .

En este código se hizo la precisión adoptada jurisprudencialmente y fué así como sólo se mantuvo la regla de la justicia rogada (cita de normas violadas y concepto de violación obligatorios para el juez) dentro de las acciones de impugnación de actos administrativos; y se aceptó que en las demás acciones, basta—, como ante la justicia ordinaria, que se explique la fundamentación jurídica en forma simple, sin requisitos especiales y sin condicionamientos para el juzgador; el cual , vistos los hechos y sus pruebas, deberá otorgar el derecho pretendido, sí a ello hubiere lugar.

En tales condiciones, son los hechos probados los que imponen la decisión del juez y no la fundamentación jurídica expuesta . Gana así el principio "*iura novit curia*" toda su extensión y efectividad.

Y como si la reforma del numeral 4 del artículo 137 del Código Administrativo no fuera suficiente, en el que se reivindica el principio aludido dominante desde el siglo pasado, la nueva constitución lo reafirmó implícitamente al imponer la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 de la carta). Así las cosas en la jurisprudencia se muestra esa prevalencia. Quedan, con todo,algunos cultores del sistema formalista que siguen aferrados a la tradición decimonónica y que no quieren ver que desde el siglo pasado el proceso dejó de ser un negocio privado sometido al querer y a la voluntad de las partes; y que el juez, de convidado de piedra, pasó a ser el activo dispensador de la justicia a quien le corresponda.

Por todo lo expuesto, la sentencia será revocada para darle aplicación, nuevamente, a la tesis del daño antijurídico en materia de responsabilidad estatal.

Los Perjuicios

Reclama la parte actora perjuicios morales y materia les así: materiales para Magola Martínez Quiceno y Diego Alejandro Osorno Martínez, en su orden, compañera e hijo de la víctima; y morales para Gerardo de Jesús Osorno Ravè (padre), María Consuelo, Marta Libia, María Victoria, Juan Carlos y Jorge Eliécer Osorno Zuluaga (hijos); Magola Martínez Quiceno (compañera); Diego Alejandro Osorno Martínez (hijo extramatrimonial reconocido); Arnoldo de Jesús, Carlos Alberto, Gildardo de Jesús, Amparo y Lucía Osorno Molina (hermanos).

Frente a las personas mencionadas, la legitimación quedó bien acreditada, como pasa a explicarse: En lo que respecta con los hermanos de Luis Evelio no existe reparo. Figuran en el proceso tanto el certificado de matrimonio de sus padres como el nacimiento de los hijos de dicha unión legítima. En estas condiciones se les reconocerá a cada uno de ellos el equivalente en pesos de

300 gramos de oro, o sea a favor de Arnoldo, Carlos Alberto , Gildardo de Jesús, Amparo y María Lucía Osorno Molina.

Tampoco existe reparo en cuanto al carácter de padre legítimo de Luis Evelio del señor Gerardo de Jesús Osorno Rave. Por esa razón se le concederá el equivalente en pesos de 1000 gramos oro.

En igual situación probatoria están los hijos de Luis Evelio, procreados dentro del matrimonio que tenía con la señora María Dora Zuluaga V. Así, en este orden de ideas se les reconocerá a María Consuelo, Claudia Victoria, Juan Carlos y Jorge Elíecer Osorno Zuluaga el equivalente a 1000 gramos oro para cada uno. No se hace igual reconocimiento a favor de Martha Libia Osorno Zuluaga porque no se probó que era hija de Luis Evelio y de María Dora Zuluaga Vargas, ni a Martha Lucía Osorno Zuluaga porque no demandó.

Igualmente se le reconocerá indemnizacion por perjuicios morales a la señora Magola Martínez Quiceno, compañera permanente de Luis Evelio desde que se separó de su cónyuge María Dora Zuluaga V. y a su hijo Diego Alejandro Osorno M. quien fué reconocido por su padre en forma legal. Tanto a la señora Magola Martínez como a su hijo se le reconocerá una indemnización equivalente a 800 gramos oro.

En cuanto a los perjuicios materiales se condenará a favor de la compañera permanente y de su hijo extramatrimonial con base en el salario mínimo legal vigente para la época en proporción a una tercera para aquella y otra tercera para su hijo se hace la distribución anotada porque se presume que Luis Evelio gastaba la otra tercera en su propia subsistencia.

No se toma en cuenta el valor de la pensión de jubilación porque ésta , en principio, será sustituída en la forma establecida en la ley.

Hechas la operaciones correspondientes a dicha indemnización con la advertencia de que la indemnización de Diego Alejandro no podrá ir mas allá de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y que Luis Evelio se presume gastaba una tercera parte del ingreso en su propia subsistencia y que el resto lo distribuía por partes iguales con su compañera e hijo, resulta:

Perjuicios materiales:

Salario mínimo 1989= 32.559.60

Indices: junio 1989=114.93; noviembre/93 = 321.19

Ingreso = $32.559.60 - 25% = $24.419.70

Ra= $24.419.70 \times \frac{321.19}{114.93} = \$68.244.70$

n= junio 27/89 a diciembre 9/93 = 4 años 5 meses 12 dias=53.4

i= 0.004867

1.- Indemnización debida

a) Para Magola Martínez Quiceno (compañera)

Ra= 50% de $68.244.70 = 34.122.35

n= 53.4 ; i = 0.004867

$$s = 34.122.35 \frac{(1.004867)^{53.4}-1}{0.004867}$$

$$s = 34.122.35 \times \frac{0.2959803}{0.004867} = \$2'075.106.51$$

b) Para Diego Alejandro Osorno Martínez (hijo)

Igual suma a la de su madre es decir, $2.075.106.51

2.- Indemnización Futura:

a) Para Magola Martínez Quiceno:

hasta la mayoría de edad de su hijo Diego Alejandro

Diego nació : agosto 12/83 (folio 39), mayoridad: agosto 12/2.001

n= Dic.9/93 a agosto 12/2.001= 7 años, 8 meses 3dias= 92.1

$$S = 34.122.35 \frac{(1.004867)^{92.1}-1}{0.004867\ (1.004867)^{92.1}}$$

$$S = 34.122.35 \times \frac{0.5638698}{0.0076113543} = \$2'527.876.47$$

b) Para Diego Alejandro Osorno Martínez;

Igual suma a la de su madre, es decir $2' 527.876.47

RESUMEN:

1.-Para Magola Martínez Quiceno:

a) Indemnización Debida $ 2.075.106.51

b) Indemnización Futura $ 2.527.876.47 $4'602.982.98

2.-Para Diego AlejandroOsorno Martínez:

a) Indemnización Debida.$2'075.106.51

b) Indemnización Futura $2.527.876.47 $4.602.982.98

En cuanto a la persona llamada en garantía, la Sala reitera lo sostenido en asunto similar recientemente decidido y en el cual la entidad demandada y la persona llamada en garantía (La Nacional de Seguros) eran las mismas. Así en la sentencia de 3 del presente mes se dijo a ese respecto:

"En cuarto a la persona llamada en garantía, la Sala estima que si tiene competencia para pronunciarse en relación con ella. No es acertado sostener, como lo hace la Compañía de Seguros, que esta sala carece de competencia para definir su situación porque la sentencia del *a-quo* que denegó las súplicas de la demanda no fué adicionada ni apelada por la entidad demandada. Y no es acertada la afirmación porque al denegarse las súplicas de lademanda, o sea al quedar absuelta la entidad demandada en primera instancia, ésta no sólo no podía pedir adición alguna del fallo, sino que no podía apelarlo por carecer de interés para hacerlo. Además, al absolverse a la parte principal se absolvió también a la llamada en garantía.

"Pero, en esta instancia, al establecerse la responsabilidad del ente público y la relación de garantía existente entre éste y la Compañía Aseguradora, ésta deberá pagar a las Empresas tan pronto éstas paguen la obligación que aquí se señalará, todo dentro de los límites, condiciones y cobertura de la correspondiente póliza de garantía. Muestra el expediente, para respaldar lo dicho, que entre las Empresas Públicas y la Nacional Cía.de Seguros Generales de Colombia S.A. se celebró el contrato de seguros contenido en la póliza de responsabilidad civil No.1001526 con vigencia

desde 30 de abril de 1988 hasta el 30 de abril de 1989 por 100.000.000

Sobra agregar otras reflexiones porque,incluso, la póliza tenida en cuenta en el proceso que se deja mencionado es la misma que se trajo a este 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 :

1) Revócase la sentencia de 30 de octubre de 1992 dictada por el Tribunal administrativo de Risaralda. En su lugar:

2) Decláráse responsable a las Empresas Públicas Municipales de Pereíra de la muerte del señor Luis Evelio Osorno Molina acaecida el dia 27 de junio de 1989 en la ciudad de Pereira.

3) Condénasele a pagar, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos de las siguientes sumas: A GERARDO DE JESUS OSORNO RAVE (padre del occiso) , MARIA CONSUELO, CLAUDIA VICTORIA, JUAN CARLOS Y JORGE ELIECER OSORNO ZULUAGA (hijos) de a 1.000 gramos oro para cada uno; A ARNOLDO, CARLOS ALBERTO, GILDARDO DE JESUS, AMPARO Y MARIA LUCILA OSORNO MOLINA (hermanos) de a 300 gramos oro para cada uno. A MAGOLA MARTINEZ QUICENO (compañera) y DIEGO ALEJANDRO OSORNO MARTINEZ (hijo extramatrimonial) de a 800 gramos oro para cada uno.

Por concepto de perjuicios materiales se le condena igualmente a pagar las siguientes sumas así: A MAGOLA MARTINEZ QUICENO CUATRO MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($4'602.982.98) y A DIEGO ALEJANDRO OSORNO MARTINEZ CUATRO MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($4'602.982.98)

4) Deniéganse las demás súplicas.

5) Expídanse las copias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 13 de diciembre de 1993

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - CATARATA

En éste caso se presentó una falla del servicio y sobre la misma establecer la responsabilidad extracontractual de la administración nó sin advertir que en ningún momento se pretende desconocer el alto riesgo que éstas intervenciones implican para la salud del paciente y en las cuales resulta físicamente imposible que el médico garantice el exito de las mismas, con mayor razón en el *subjúdice*, cuando el especialista sostiene que en la operación de catarata "... la pérdida del vítreo se presenta estadísticamente entre el 5% y el 10% de los casos, aun cuando se toman todas las precauciones necesarias y el cirujano tenga la experiencia debida".

LIQUIDACION DE PERJUICIOS AL LESIONADO / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES / PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL - Inexistencia.

Si bien es cierto que expresamente no se determinó la pérdida de la capacidad laboral resultante de la lesión en el ojo derecho del demandante, no por ello se hace imposible procesalmente calcularla. Advierte la Sala que para nada tomará en cuenta dictámen pericial sobre los perjuicios materiales, donde los expertos consideraron que por la pérdida de su visión del ojo derecho y dada su profesión de vigilante, había perdido toda su capacidad laboral. Tal conclusión resulta equivocada inclusive para el caso de un vigilante, pues no es lo mismo perder la totalidad de una función que el debilitamiento o fraccionamiento de la misma, de tal forma que no se puede negar la diferencia entre quien carece de la visión por ambos ojos o es ciego con obvia incapacidad laboral permanente total, y quien sólo perdió la visión por uno de sus ojos (tuerto), pues en este último caso la función visual aún le permite

desempeñarse en distintas actividades, a menos que dadas circunstancias especialísimas de su profesión, indispensablemente requiriera para laborar dos ojos, caso éste que no se presenta en el *subjúdice,* que el afectado tuviera al lesionarse un sólo ojo bueno, lo que significaría que la lesión de esta lo dejaría ciego y en tal caso es indudable su incapacidad permanente total.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 8423. Actor: MARTIN BERNARDO TANGARIFE VELASQUEZ. DEMANDADO: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de diciembre de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"1°. DECLARESE que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es administrativamente responsable de los daños y perjuicios ocasionados al Señor MARTIN BERNARDO TANGARIFE VELASQUEZ, a raíz de la intervención quirúrgica a que se le sometió el día 22 de abril de 1986 en la Clínica León XIII de Medellín.

"2°. Como consecuencia de lo anterior, se condena a dicho Instituto a pagar al señor TANGARIFE VELASQUEZ, a título de indemnización por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos colombianos a la fecha de ejecutoria de esta sentencia de ochocientos (800) gramos de oro según el valor que certifique el Banco de la República para esa fecha.

"3°. El Instituto también deberá pagarle a título de indemnización de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante el valor de los sueldos dejados de percibir por el señor TANGARIFE VELASQUEZ entre el 22 de abril de 1986 y aquella en que la entidad le practique operación quirúrgica con el objeto de implantarle lente intraocular, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo, y además en caso de ser fallida la recuperación, una indemnización según las pautas expuestas en la misma parte motiva. En la tasación de los perjuicios se tomarán como base los salarios mínimos legales vigentes a partir de 1986.

"4°. No se accede a las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1°. La demanda

En escrito presentado el 1°. de abril de 1987 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el señor Martín Bernardo Tangarife Velázquez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a MARTIN BERNARDO TANGARIFE VELASQUEZ a raíz de la intervención quirúrgica a que fuera sometido el dia 22 de abril de 1986 en un centro hospitalario Clínica León XIII de Medellín.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de esa responsabilidad el Instituto de Seguros Sociales debe pagar a MARTIN BERNARDO TANGARIFE VELASQUEZ y a título de indemnización, las siguientes sumas de dinero o aquellas que en mayor cuantía resultaron probadas en el juicio:

"a). Por perjuicios materiales, en su manifestación de daño emergente, la suma de $ 100.000.oo.

"b). Por lucro cesante la suma de $ 8.000.000.oo.

"c). Por perjuicios morales una suma equivalente en moneda nacional al valor de mil gramos de oro".

2o. Los hechos

Se refiere en la demanda que Martín Bernardo Tangarife Velázquez como afiliado al Instituto de Seguros Sociales acudió a consulta externa en 1984, donde le diagnosticaron un "pterigio bilateral interno", según lo anotó la doctora Silvia Peláez Restrepo el 22 de febrero y 3 de julio de 1984, quien remitió al paciente al servicio de oftalmología, donde lo atendió el doctor José Iván Garcés Mesa, profesional que ordenó una intervención quirúrgica.

El 22 de abril de 1986 ingresó a la U.P.I. León XIII, en Medellín, para operarlo de cataratas en el ojo derecho. El doctor Garcés Mesa practicó la intervención denominada "faquectomia" en el ojo derecho, presentándose una

pérdida de vítreo, que "implica necesariamente pérdida de la visión y en éste caso específico supresión de la visión por el ojo derecho" según se afirma en la demanda. Considera la parte actora que el procedimiento quirúrgico no era el indicado para el pterigio diagnosticado inicialmente por la médica general, dado que pterigio y catarata son enfermedades de la vista muy diferentes.

Por causa de la pérdida visual derecha el demandante no ha conseguido trabajo en su oficio de celador o vigilante y lo ha afectado la "sensación de malestar y frustración por la pérdida de su capacidad laboral.... Así como una postración anímica y un complejo de inferioridad e inutilidad que le han causado perjuicios morales".

Considera el demandante que se dió una falla del servicio por un error médico al ser intervenido de cataratas cuando su lesión era un pterijio.

3°. **Actuación procesal**

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda y con relación a los hechos advierte que si bien la médica inicialmente había diagnosticado un pterigio, posteriormente el especialista "haciendo uso del instrumental ... altamente tecnificado, completo y moderno", al observar una catarata en el cristalino derecho, recomendó una cirugía conectiva. Disiente del criterio del demandante sobre la pérdida del vítreo implica la pérdida de la visión, pues el defecto puede corregirse, con un lente colocado sobre la córnea (lente que no funcionó en el actor), o mediante un lente convencional. Aduce que el diagnóstico de la médica inicial fué superficial frente al del especialista. En cuanto a la pérdida del vítreo sostiene que se trata de un accidente frecuente en ese tipo de cirugía, pero ello no significa la pérdida de la visión como pretende mostrarlo el demandante.

En su alegato de conclusión el apoderado del demandante manifiesta que éste no experimentó síntomas de cataratas y no fué advertido de los riesgos que la intervención implicaba. Sostiene igualmente que ha debido implantársele el lente intraocular y no aplicar el lente de contacto que utilizó el cirujano. Además, cuestiona que no se hubiera seguido tal procedimiento, omisión que revela un abandono del paciente a su suerte, discontinuidad en la atención médica y un grave descuido en la evolución del enfermo.

Para el Procurador Judicial Delegado, en el subjúdice se presentó una falla del servicio por no haberle colocado al actor en la misma intervención quirúrgica, el lente intraocular que podría haberle recuperado en un 85% su visión.

4°. **La sentencia apelada**

Alude el *a- quo* inicialmente a decisiones de la Sala relacionadas con la prestación de los servicios médicos oficiales y la responsabilidad extracontractual derivada de las mismas fallas del servicio. Al efecto, transcribe lo pertinente de las sentencias proferidas el 16 de marzo y 30 de julio de 1992 con ponencia de quien proyecta ahora éste fallo.

Luego, como consecuencia del análisis y valoración de la prueba recaudada, arriba a las siguientes conclusiones:

"4. De conformidad con todo lo expuesto hasta ahora, es que en el evento *sub-júdice* no se configura la falla o falta en la prestación del servicio a cargo del instituto de la seguridad social por el pretendido desconocimiento por parte del actor de la cirugía que se le iba a practicar, ni por la ausencia de documentos en la historia clínica que revelen el diagnóstico de las cataratas y los exámenes previos a la operación, pues el proceso mediante las probanzas recogidas permite inferir que aquel si sabía de la cirugía que se programó y que incluso, lo que resulta muy extraño, tenía directo acceso a la historia clínica. Aún más: el hecho de que la médica general diagnosticara un pterigio en nada compromete pues hay que aceptar que el especialista con los conocimientos científicos e instrumental adecuado es el más idóneo para establecer la enfermedad o enfermedades que afectaban la visión del actor y en consecuencia para determinar la clase de cirugía más conveniente para su salud. Incluso, tampoco por la ocurrencia del accidente quirúrgico que originó la pérdida de vítreo pues se estableció que éste es un riesgo inherente a estos actos sin que entrañe impericia o negligencia del cirujano.

"Pero la falta o falla si se presentó y quedó establecida con claridad por medio de la prueba pericial e incluso con el testimonio del especialista tratante del actor, y consistió en la omisión por parte de la entidad pública del procedimiento quirúrgico a través del cual era posible recuperar en buena parte la agudeza visual por el ojo derecho, con la implantación de lente intraocular para remediar la afaquia o falta del cristalino. En otros términos, no se dispensaron todos los medios al alcance de la administración para tratar de reparar el daño que se produjo durante el acto quirúrgico y que era susceptible de remediar no únicamente con la colocación del lente de contacto sino también de la otra forma indicada.

"5. La conclusión anterior, el reconocimiento de la falla o falta en la prestación del servicio, la demostración procesal del daño consistente en la pérdida en un 90% de la agudeza por su ojo derecho para el demandante,

consecuencia indiscutible de aquella, impone la necesidad de proceder a establecer lo que en el plano económico representa para el señor TANGARIFE VELASQUEZ los perjuicios de distinta clase por tal causa.

Por concepto de perjuicios morales le fueron reconocidos al demandante el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino, y por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, el valor de los sueldos dejados de percibir entre el 22 de abril de 1986 y la fecha en que la entidad le practique la operación quirúrgica para implantarle el lente intreocular o, si la intervención fallara, una indemnización de acuerdo con la merma de su capacidad laboral por el término de vida probable y en cuantía no superior a $ 8.000.000.

5o. RAZONES DE LA APELACION

El apoderado del actor interpuso recurso de apelación al considerar, de una parte, que la falla del servicio no solo se presentó al no prestarle atención debida al paciente para mejorale su visión prontamente y recuperarle su aptitud laboral, como lo señaló el Tribunal, sino, de otra parte, por cuanto en su criterio el ente demandado no acreditó la diligencia y cuidado que el caso ameritaba, que el procedimiento había sido adecuado y bajo las técnicas más indicadas. Aduce además que al paciente no se le advirtió de los riesgos que la intervención de cataratas implicaba para su visión.

Cuestiona igualmente la parte actora el fallo de primera instancia en cuanto a los reconocimientos hechos por perjuicios morales y materiales. Sobre los primeros solicita que se reconozcan 1000 gramos de oro y, sobre los segundos, que en lugar de las alternativas señaladas, se produzca una sola indemnización por el lucro cesante debido y consolidado, sin limitarlo a $8.000.000, cuyo valor además debe actualizarse. Subsidiariamente plantea que si se implantara el lente intraocular sin rechazo físico del paciente, se le indemnicen a este los perjuicios derivados de la incapacidad permanente parcial subsistente.

El apoderado de la parte demandada también apeló de la sentencia del Tribunal, pero se abstuvo de sustentar el recurso, lo que motivó para declararlo desierto. Al alegar de conclusión en la segunda instancia, sostiene el apoderado del Instituto de Seguros Sociales que el especialista fué quien diagnosticó en mejores condiciones profesionales y de equipos, la dolencia del actor; que según los peritos la pérdida del vítreo en estas operaciones es un riesgo de frecuente ocurrencia; que al paciente se le implantó un lente intraocular que no le sirvió pero por razones inherentes a su propia visión; que la lesión producida no ocurrió durante el acto quirúrgico; como dice el *a-quo*, si no que se trata de la "lesión que le es propia en este tipo de cirugías correctivas". Asímismo destaca que el actor sufría una lesión coronaria y que por la edad sus defectos visuales iban en

aumento, con miras a que se revisen y rebajen los montos indemnizatorios. Por último, afirma que no tiene aplicación en el subjúdice la inversión de la carga de la prueba, "pues como se vió, los hipotéticos daños no se generaron por la falla presunta, sino más bien, como consecuencia directa que entrañaba el riesgo mismo de la operación practicada".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra en el caso bajo estudio, debidamente acreditados los siguientes puntos:

1. Que Martín Bernardo Tangarife Velásquez nació el 4 de mayo de 1942, es decir, que para la fecha de los hechos o de la intervención quirúrgica (22 de abril de 1986), contaba con 43 años, 10 meses, 20 dias de edad.

2. Que se desempeñaba como celador.

3.Que el 22 de febrero de 1984 le fué diagnosticado "pterigio bilat. (sic) interno", diagnóstico reiterado el 9 de marzo de 1984 (fls. 3 y 3 v.), y el 3 de julio de 1984: "ptregio bilateral int" (sic), (fl.4), por la médica Dra. Silvia Peláez de Murillo.

4. Que el 22 de abril de 1986, fué diagnosticado: "Catarata o Der" (sic). (fl. 5) y en la misma fecha se le propuso la operación: "catarata O. Der" (sic).

5. Que "Bajo anestesia local se practicó Faquetomía O.D. Hubo pérdida de vítreo" y al dia siguiente, 23 de abril fué dado de alta. (fl. 9).

6. Que con la adaptación de lentes de contacto blando el paciente recuperó su agudeza visual funcional de 20/50 para el ojo derecho. Sin embargo no lo tolera, presenta visión doble que no le permite ejercer visión binocular. (fl. 13).

7. Que según la doctora María Silvia Peláez de Restrepo: "yo no soy oftalmólogo sino médica general... es decir el cirujano que la hizo es un fabuloso cirujano, es el Dr. Iván Garcés, con mucha experiencia, es una cirugía muy fácil... Ahora se pueden tener las dos lesiones al mismo tiempo, el pterigio y la catarata, lo cual es detectado inmediatamente por el oftalmólogo....lo que yo creo es que el Dr. Garcés (sic) al examinar ya al paciente y encontrarle la catarata, justificó que era más importante la cirugía de la catarata que la del terigio (sic) o le hizo las dos cirugías....Sí porque es mucho más importante una cirugía de catarata que de pterigio". (fls. 118 a 123).

SECCION TERCERA

8. Que según el doctor José Iván Garcés Mesa: "Aunque éste paciente llegó con un diagnóstico de pterígio en el ojo derecho, yo en el examen le encontré una catarata. El paciente quería operarse rápido para pasarse a otro empleo o conseguirse otro empleo,entonces yo le dí cierta prelación en los turnos... en el momento de la extracción del cristalino hubo pérdida del vítreo que es una complicación que se puede presentar en pacientes jóvenes....Posteriormente a este paciente le coloqué un lente de contacto para corregir su afaquia (falta de cristalino), pero con el inconveniente de que quedaba viendo doble, lo cual no es tolerante y se le tuvo que retirar el lente. El resultado no fué lo satisfactorio que uno esperaba por la visión doble con su lente de contacto.... Al extraerse el cristalino a pesar de todas las precauciones se puede romper la hialoides y hay pérdida del vítreo. Sin embargo ello no significa la pérdida del ojo....con un lente corrector su visión llega a 20 sobre 50.... La gente con catarata no tiene perfecta visión...le disminuía la visión en un ochenta por ciento (80%) .... Otra manera de corregir la afaquia (o falta de cristalino) es con un lente intraocular, lente que se coloca en un nuevo acto quirúrgico...", recurso este que el Seguro Social no ha agotado, "...En parte porque el paciente se me perdió un tiempo, no volvió a consulta, no sé si sería porque no tenía derecho al seguro, pero es un medio factible de hacerlo .... Sin embargo, a los pacientes no se les explica habitualmente las posibles complicaciones...En este momento como el paciente no tiene corrección de tipo óptico, su disminución de la agudeza visual es de un noventa por ciento (90%)...Exactamente yo le diagnostiqué una catarata en su ojo derecho después de unos exámenes de laboratorio previos....El también padecía de pterigio....Cuando se opera un paciente de catarata que tiene pterigio, al escindir la conjuntiva se corrige el pterigio..."(fls. 123 a 129).

9. Que de acuerdo con el dictámen pericial no es posible establecer "si el paciente sufría de pterigio solamente, de catarata solamente, o de ambas cosas antes de que se la practicara la operación,... "Por la razón expresada "ambos respondemos que no es posible decir cual era la operación indicada...que la pérdida del vítreo no es una consecuencia normal de una cirugía de pterigio, pero se presenta con cierta frecuencia en una cirugía de catarata... el ojo izquierdo del paciente individualmente considerado es normal para su edad, pero que la Estéreopsis, que requiere visión binocular, no puede ser ejercida por el ojo izquierdo solamente sino que requiere que el ojo derecho tenga también una visión funcional, lo cual en el caso del señor Martín Bernardo Tangarife V., requeriría un lente de contacto si lo tolera o una nueva cirugía de Lente Intra-Ocular; aclarando la doctora que lo segundo implicaría un nuevo riesgo quirúrgico... el Implante Primario de Lente Intraocular, o sea el que se practica al mismo tiempo de la operación de catarata, en nuestra experiencia tiene un éxito de 96% en la evolución a 5 años, comparado con un 82% para los implantes secundarios, o sea aquellos que, como en el caso del señor Tangarife Velázquez, se practican en una operación posterior a la de la catarata... lo más aconsejable

... sería intentar la posibilidad de adaptación de lente de contacto en el ojo operado. Si en definitiva ello es imposible, quedará la opción de un implante de lente Intra Ocular secundario...." (fls. 154 - 155).

Las anteriores demostraciones conducen a la Sala a las siguientes conclusiones no concordantes exactamente con los razonamientos y la decisión del juzgador de primera instancia.

Con respecto a la falla del servicio reconocida por el Tribunal, estima la Sala que tal figura efectivamente se presentó cuando el cirujano que intervino al demandante, al presentarse el accidente operativo que dió lugar a la afaquia o pérdida del cristalino, no procedió acertadamente a tomar las medidas reparatorias adecuadas para recuperarle la agudeza visual de su ojo derecho mediante la implantación de un lente intraocular.

Apenas se limitó el oftalmólogo del Seguro Social a colocarle un lente de contacto que no dió resultados positivos por cuanto el paciente veía doble.

Para complementar la irregular actuación, el demandante, legó en la materia, y seguramente sin amparo social, fué abandonado por la entidad demandada, sin procurarle en concreto y de verdad la reparación del daño visual que en la intervención quirúrgica se había originado.

No cuestiona la Sala la idoneidad profesional del cirujano como especialista en oftalmología, confirmada además por la doctora que inicialmente examinó al actor. Pero en el proceso se encuentran distintos interrogantes sin respuesta, pese a su trascendencia para así aclarar lo sucedido. Por ejemplo: sufría el actor del pterigio bilateral derecho solamente?, lo afectaba únicamente la catarata?, o simultáneamente padecía ambas lesiones?; era la faquectomía practicada la operación indicada a la dolencia que presentaba el 22 de abril de 1986 el demandante?. Esta información que debería obrar en el proceso, proveniente del Instituto demandado de manera extraña desapareció según lo afirma el médico Garcés Mesa, quien sostiene que "tiene más datos el paciente que los archivos del Seguro", en actitud elusiva de su responsabilidad que sólo sirve para resaltar las irregularidades del servicio médico en el Instituto de Seguros Sociales, en este caso en Medellín. A lo anterior cabe agregar también expresado por el referido oftalmólogo en el sentido de que "a los pacientes no se les explica habitualmente las complicaciones ni se les hace firmar ningún papel que así lo indique", actitud está que al impedirle al enfermo disponer con entera libertad e independencia sobre su salud personal presente y futura, implica una, por lo menos, irregular y cuestionable actitud del servicio médico de la entidad demandada.

SECCION TERCERA

Las apreciaciones que complementariamente la Sala acaba de hacer son más que suficientes para sostener con el Tribunal que en éste caso se presentó una falla del servicio y sobre la misma establecer la responsabilidad extracontractual de la administración nó sin advertir que en ningún momento se pretende desconocer el alto riesgo que éstas intervenciones implican para la salud del paciente y en las cuales resulta físicamente imposible que el médico garantice el éxito de las mismas, con mayor razón en el *subjúdice*, cuando el especialista sostiene que en la operación: de catarata "... la pérdida del vítreo se presenta estadísticamente entre el 5% y el 10% de los casos, aun cuando se tomen todas las precauciones necesarias y el cirujano tenga la experiencia debida".

Establecida, pues, la falla del servicio por parte del Instituto de Seguros Sociales, y demostrado el daño sufrido por el actor como consecuencia de los hechos constitutivos de aquella, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual a cargo del ente público demandado y, consecuencialmente, los reconocimientos indemnizatorios pertinentes.

Con respecto a los perjuicios morales, la Sala comparte la tasación equivalente a 800 gramos de oro reconocida por en la sentencia para el lesionado. Así mismo se confirmará el desconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por cuanto ninguna comprobación por este concepto se halla en el proceso.

No comparte en cambio la Sala, la decisión de condenar en abstracto al pago de perjuicios materiales por lucro cesante y, por consiguiente, se modificará en tal aspecto la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

1. Si bien es cierto que expresamente no se determinó la pérdida de la capacidad laboral resultante de la lesión en el ojo derecho del demandante, no por ello se hace imposible procesalmente calcularla. Advierte la Sala que para nada tomará en cuenta el dictamen pericial sobre los perjuicios materiales, donde los expertos consideraron que por la pérdida de su visión del ojo derecho y dada su profesión de vigilante, había perdido **toda** su capacidad laboral. Tal conclusión resulta equivocada inclusive para el caso de un vigilante, pues no es lo mismo perder la totalidad de una función que el debilitamiento o fraccionamiento de la misma, de tal forma que no se puede negar la diferencia entre quien carece de la visión por ambos ojos o es ciego con obvia incapacidad laboral permanente total, y quien sólo perdió la visión por uno de sus ojos (tuerto), pues en este último caso la función visual aún se conserva y le permite desempeñarse en distintas actividades, a menos que, dadas circunstancias especialísimas de su profesión, indispensablemente requiriera para laborar de sus dos ojos,caso que

éste que no se presenta en el *sud-júdice*, o que el afectado tuviera, al lesionarse, un solo ojo bueno, lo que significaría que la lesión de éste lo dejaría ciego y en tal caso es indudable su incapacidad permanente total.

Ahora bien, de acuerdo con el testimonio del médico que operó a Tangarife Velázquez y con la orientación detallada que los peritos médicos ofrecen en las distintas fases de su experticia, deduce la Sala, que el demandante sufre pérdida funcional de la agudeza visual de su ojo derecho, a más de que las funciones de visión binocular y estereoscopia no pueden ejercerse sin la colaboración normal del mismo ojo "de manera que el paciente no puede tener visión binocular ni estereoscopia mayor de un 10% de la normal....".

Así las cosas, si bien no se determinó pericialmente la merma de la capacidad laboral del actor por la pérdida de agudeza visual, dada precisamente la naturaleza de su lesión que en la práctica y para los efectos de la demanda se traduce en la ausencia de la visión por el ojo derecho, la Sala acude al concepto siempre autorizado del ilustre profesor de medicina legal Guillermo Uribe Cualla, quien sobre un supuesto de hecho similar al presente hace, en lo pertinente, las siguientes observaciones en su obra de Medicina Legal, Toxicología y Siquiatría Forense:

"Es la misma situación que puede emerger en accidentes de trabajo en que un obrero que sólo tenía un ojo bueno, y por consecuencia de un accidente lo pierde, quedando. ciego: debe ser indemnizado de acuerdo con el estado definitivo, con una incapacidad permanente total porque la reducción de su capacidad para el trabajo es de ciento por ciento. Mientras que **cuando un individuo tan solo ha perdido un ojo, la función visual no ha desaparecido sino que tan solo ha disminuído, o debilitado, ha perdido la visión binocular y entonces aquello se considera como simple incapacidad parcialmente permanente, y se conceptúa que la pérdida de un ojo produce más o menos un 33 por 100 de la reducción en la capacidad de trabajo.** Así que tanto en las cuestiones de orden, penal como civil debe tenerse más en cuenta el criterio del estado definitivo de la función que no el estrictamente anatómico, sobre todo cuando se trata de órganos complejos que son bilaterales". (Subrayado fuera del texto).

Con fundamento, pues, se repite, en la experticia médica y en el criterio forense también especializado, concluye la Sala que efectivamente, frente a la pérdida funcional de la agudeza visual por el ojo derecho y ante la disminución de la visión binocular y estereoscopia, al demandante le corresponde una disminución en su capacidad laboral de un treinta por ciento (30%), porcentaje sobre el cual, en concreto, se liquidará el monto de los perjuicios materiales.

SECCION TERCERA

Para determinar la base económica, no se tendrá en cuenta la estimación que hicieron, los peritos, sobre la suma de $ 26.950 que devengaba en una empresa de trabajo temporal, por un solo mes de labores, pues para la fecha de la operación ya se había retirado. Menos aún se incrementará dicha cantidad en un 25% por prestaciones sociales, cuando tal incremento ni siquiera lo había solicitado el demandante.

Desea la Sala llamar la atención del fallador de primera instancia respecto de la fijación de honorarios para los auxiliares de la justicia. Ninguna equidad se encuentra en este proceso, cuando se renumera con el doble de honorarios la labor mal realizada de un trabajo que ciertamente no requiere de expertos, sino que puede hacerlo, como en efecto la mayoría de las veces lo hace el Tribunal, ante una labor pericial, ésta sí de especialistas y de contenido científico, cuyas conclusiones efectivamente fueron un auxilio de importancia para la decisión definitiva de la controversia. Sin embargo, a éstos especialistas sólo les fué, reconocido apenas el 50% de los honorarios fijados para los otros "expertos".

Se tomará en cuenta entonces, el salario mínimo legal vigente en 1986, que correspondía a $16.811.40, y la liquidación se efectuará de acuerdo con la merma de capacidad laboral establecida, sobre un 30% de ese salario, es decir, sobre $5.043.42, valor éste que actualizado desde la fecha de los hechos (22 de abril de 1986) hasta la fecha de este fallo (13 de diciembre de 1993), con base en los índices de precios al consumidor vigentes, da la cantidad de $ 28.681.28, resultante de aplicar la fórmula :

$$Vp = vh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}};$$

$$Vp = 5.043.42 \frac{(317.10/55.76)}{55.76} = \$\ 28.681.28$$

Se liquidan los siguientes períodos:

Indemnización debida

Abarca al período comprendido entre la fecha de la operación y esta sentencia, es decir, 91.6 meses.

Se utiliza la fórmula : $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$;

$$S = 28.681.28 \frac{(1 + 0.004867)^{91.9} - 1)}{0.004867} = \$\ 3.300.545.21$$

Indemnización futura

Comprende desde la fecha de ésta sentencia hasta el vencimiento del terminó de vida probable del demandante, quien nació el 4 de mayo de 1942, para el dia de la sentencia cuenta con 51 años, 7 meses, 9 dias, y le corresponde de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria, un promedio de vida probable de 24.28 años o 291.36 meses.

Se aplica la fórmula: $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1)}{i\,(1+i)^n}$;

$$S = 28.681.28 \frac{(1 + 0.004867)^{291.36} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{291.36}} = 4.460.887.91$$

Total a indemnizar: $ 7.761.433.12

Por último anota la Sala que fué incongruente el fallo apelado en cuanto decidió aspectos no impetrados en la demanda y fijó un restablecimiento del derecho sobre el cual el actor no había formulado petición alguna. El *petitum* procuraba un reconocimiento pecuniario más nó los procedimientos quirúrgicos señalados en la sentencia.

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°., 2°. y 4°. de la sentencia apelada, ésto es, la de 18 de diciembre de 1992, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: MODIFICASE el ordinal 3°. del fallo recurrido, el cual queda así:

3°. **CONDENASE** al Instituto de Seguros Sociales, a pagar a Martín Bernardo Tangarife Velázquez, como indemnización por perjuicios materiales -lucro cesante-, la cantidad de siete millones setecientos sesenta y un mil cuatrocientos treinta y tres pesos con 12/100 ($ 7.761.433.12) moneda legal.

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diciembre trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993)

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Operativo Militar

La falla del servicio encuentra suficiente respaldo probatorio. El pretender disparar a las víctimas con prendas militares, el haberlas visto luego de la acción armada aún con vida, el perfecto estado de las prendas militares, en contraste con las lesiones encontradas en los cuerpos de las víctimas, sus antecedentes sociales, personales y familiares, son hechos que abiertamente contrarían no solo la posición de la entidad demandada, sino las conclusiones nada extrañas de un fallo disciplinario absolutorio.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 8493 Actor: SEGUNDO JORGE PANTOJA MORENO DEMANDADO: LA NACION -MINDEFENSA-POLICIA NACIONAL.

Conoce la Sala del recurso de apelación que la parte actora interpuso contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de abril de 1993, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Declarar que la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional -Policía, es patrimonialmente responsable por la muerte de HERNAN JAVIER CUARAN MUCHAVISOY, acaecida el día 23 de enero de 1991, como consecuencia de las lesiones sufridas en hechos ocurridos en Mocoa (Putumayo), dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que pregonan los autos.

"SEGUNDO.- CONDENAR como consecuencia de la anterior declaración a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa - Policia Nacional a pagar por concepto de Perjuicios Morales a JOSE DANIEL CUARAN, CLAUDINA MUCHAVISOY (Padres del occiso). AMANDA ANACONA CHAPAL (esposa) y DIANA VANESSA CUARAN ANACONA (hija), o a quien sus intereses representa, la suma equivalente, en pesos colombianos a un mil (1.000) gramos de oro fino a cada uno de ellos y a LUIS ALBERTO , MUCHAVISOY, ROSALBA, DORIS SILVIA, JOSE REMIGIO, PABLO ISIDORO, CARMEN CECILIA, BLANCA OLIVA, HUMBERTO ENRIQUE, ANA BELDAMINA, JORGE FRANKLIN y DANIEL ANTONIO CUARAN MUCHAVISOY (hermanos) o a quien sus intereses represente, la equivalencia en pasos colombianos a cuatrocientos (400) gramos del mismo metal a cada uno de ellos.

"La equivalencia en pesos se determinará de acuerdo con el precio interno del gramo de oro que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia y los beneficiarios deberán allegar la certificación junto con la respectiva cuenta de cobro.

"TERCERO.- CONDENAR así mismo a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa- Policía Nacional a pagar a AMANDA ANACONA CHAPAL (esposa) y DIANA VANESA CUARAN ANACONA (hija) o a quien sus derechos represente, por concepto de Perjuicios Materiales en la modalidad de Lucro Cesante, la suma que resulta de la Liquidación Incidental que se hará conforma a lo ordenado por el Art. 172 del C.C.A., en concordancia con los Arts. 135 y ss. del C. de P,C., para lo cual se tendrá en cuenta las pautas dadas en esta misma sentencia. La parte interesada presentará la liquidación dentro de los 60 dias siguientes de la ejecutoria de éste mismo fallo.

"CUARTO.- Declara que la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa -Policia Nacional-, es patrimonialmente responsable por la muerte de ARTEMIO PANTOJA ORDOÑEZ, ocurrida el dia 23 de enero de 1991, como consecuencia de las lesiones sufridas en hechos ocurridos en Mocoa (Putumayo), dentro de las circunstancias señaladas en los autos.

"QUINTO.- Condenar como consecuencia de la última declaración a la NACION COLOMBIANA -MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL - a pagar a SEGUNDO JORGE PANTOJA MORENO y PASTORA ORDOÑEZ (Padres), MARIA ADELINA LOPEZ DE PANTOJA (Esposa) y CARMEN LIDIA, CARMEN LEONOR, JAIME,

AURA ESPERANZA, ARTEMIO RAMIRO, MIRIAM LUCY y ADALI ONEIDA PANTOJA LOPEZ (hijos) o a quien sus derechos represente, la suma equivalente en pesos colombianos a un mil (1.000) gramos de oro fino a cada uno de ellos y a BLANCA ELINA, FAUSTINO, MARIA BERTILA, MARIA DEL CARMEN y LUIS EDMUNDO PANTOJA ORDOÑEZ (hermanos), o a quien sus intereses represente, la equivalencia en pesos colombianos a cuatrocientos (400) gramos del mismo metal, a cada uno de ellos.

"La equivalencia en pesos se determinará de acuerdo con el precio interno del gramo de oro que certifique el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de esta providencia y los beneficiarios deberán allegar la certificación junto con la respectiva cuenta de cobro.

"SEXTO.- CONDENAR DE IGUAL MANERA a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar a MARIA ADELINA LOPEZ DE PANTOJA (Esposa) y a CARMEN LIDIA, CARMEN LEONOR, JAIME, AURA ESPERANZA, ARTEMIO RAMIRO, MIRIAM LUCY Y ADALI ONEIDA PANTOJA LOPEZ (hijos) o a quien sus derechos represente, por concepto de Perjuicios Materiales en la modalidad de Lucro Cesante, la suma que resulte de la liquidación incidental que se efectuará conforme lo dispone el Art. 172 del C.C.A., en concordancia con los Arts. 135 y ss. del C. de P. C., para lo cual se tendrán en cuenta las pautas trazadas en esta misma sentencia. La liquidación correspondiente se presentará dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria de la misma.

"SEPTIMO. Disponer que las sumas que se liquidan por los conceptos anteriores, devenguen intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de ésta sentencia y moratorias después de tal término.

"OCTAVO.- DENEGAR las demás súplicas de la demanda.

"NOVENO.- ORDENAR finalmente, se de cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 176 y 177 del C.C.A.. La Secretaría expedirá copias de esta sentencia y de la de segunda instancia con constancia de su ejecutoria con destino a la entidad demandada, a la parte actora y al Ministerio Público, dejando las anotaciones a que se refiere el Art. 115 del C. de P. Civil.

"Si esta sentencia no fuera apelada, CONSULTESE con el H. Consejo de Estado".

SECCION TERCERA

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. **Las demandas**

Segundo Jorge Pantoja Moreno, Pastora Ordóñez, Blanca Elina, Faustino, María Bertila, María del Carmen y Luis Edmundo Pantoja Ordóñez, como integrantes de un primer grupo familiar; María Adelina López de Pantoja, en su nombre y en representación de Miriam Lucy y Adalí Oneida Pantoja López, y Carmen Lidia; Carmen Leonor, Jaime Pantoja, Aura Esperanza y Artemio Ramiro Pantoja López, integrantes de un segundo grupo familiar, en escrito presentado por conducto de apoderado ante el Tribunal Administrativo de Nariño, formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"**PRIMERA.-** LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA- Policía Nacional), es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, ocasionados a los esposos SEGUNDO JORGE PANTOJA MORENO y PASTORA ORDOÑEZ, y a sus hijos, BLANCA ELINA, FAUSTINO, MARIA BERTILA, MARIA DEL CARMEN y LUIS EDMUNDO PANTOJA ORDOÑEZ, integrantes del Primer Grupo Familiar; y a la Sra. MARIA ADELINA LOPEZ DE PANTOJA y a sus hijos MIRIAM LUCY, ADALI ONEIDA (menores), CARMEN LIDIA, CARMEN LEONOR, JAIME, AURA ESPERANZA y ARTEMIO RAMIRO PANTOJA LOPEZ, integrantes del **Segundo Grupo Familiar**, con la muerte violenta de que fue víctima el Sr. ARTEMIO PANTOJA ORDOÑEZ, quien fuera hijo legítimo de los dos restantes; esposo legítimo de la cabeza del Segundo Grupo Familiar y padre de los restantes, en hechos sucedidos el dia 23 de enero de 1991 en la vereda Las Palmeras, municipio de Mocoa (Putumayo), los cuales fueron protagonizados por miembros de la Policía Nacional, en una evidente falla en el servicio, al dar muerte injusta y criminal a varios ciudadanos, entre los cuales se contaba el citado ARTEMIO PANTOJA ORDOÑEZ, bajo el pretexto de combatir la subersión.

"**SEGUNDA.-** CONDENASE a LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA -Policía Nacional), a pagar a los esposos SEGUNDO JORGE PANTOJA MORENO y PASTORA ORDOÑEZ, y a sus hijos, BLANCA ELINA, FAUSTINO, MARIA BERTILA, MARIA DEL CARMEN y LUIS EDMUNDO PANTOJA ORDOÑEZ (Primer Grupo Familiar); y a la Sra. MARIA ADELINA LOPEZ DE PANTOJA y a sus hijos, MIRIAM LUCY, ADALI ONEIDA (menores), CARMEN LIDIA, CARMEN LEONOR, JAIME, AURA ESPERANZA y ARTEMIO RAMIRO PANTOJA LOPEZ (Segundo Grupo Familiar),

mayores y vecinos de Mocoa (Putumayo), por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se le ocasionaron con la muerta violenta de ARTEMIO PANTOJA ORDOÑEZ conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) TREINTA MILLONES DE PESOS ($30.000.000) por concepto de lucro cesante, que se liquidarán a favor de su esposa legítima, Sra. MARIA ADELINA LOPEZ DE PANTOJA, correspondiente a las sumas que ARTEMIRO PANTOJA ORDOÑEZ dejó de producir en razón de su muerte violenta, injusticia y prematura y por todo el resto posible de vida le quedaba, en la actividad económia a que se dedica (oficial de construcción), habida cuenta de su edad al momento del insuceso, (52 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 concepto de funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado y, en fin, todos los gastos que se sobrevinieron con la muerte de ARTEMIO PANTOJA, conforme a lo que se demostrase en el proceso.

"c) El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales o "*pretium doloris*", consistentes en el profundo tráuma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del Art. 106 del C. Panal, máxime cuando el hecho es cometido por miembros de la Policía Nacional, entidad que tiene el deber constitucional de velar por la vida de los asociados, y con él se ha arrebatado la vida de un ser querido, como lo es un hijo, un hermano, un esposo y un padre.

"c-1) Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor.

"d) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios consumidor.

"d) Interes aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

"TERCERA. LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 dias siguientes a su ejecutoria".

SECCION TERCERA

Por su parte, José Daniel Cuaran y Claudia Muchavisoy, en sus propios nombres y en representación de Luis Alberto Muchavisoy, Rosalba, Doris Silvia, José Remigio, Pablo Isidoro, Carmen Cecilia, Blanca Oliva, Humberto Enrique, Ana Baldomina, Jorge Franklin y Danice Antonio Cuaran Machavisoy, integrantes de un primer grupo familiar, Amanda Anacona Chapal y su menor hija Diana Vanesa Cuaran Anacona, integrantes de un segundo grupo familiar, mediante apoderado y en escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Nariño, formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"**PRIMERA.-** LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - Policía Nacional), es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, ocasionados a los esposos JOSE DANIEL CUARAN Y CLAUDINA MUCHAVISOY Y A SUS HIJOS, LUIS ALBERTO MUCHAVISOY, ROSALBA, DORIS SILVIA, JOSE PREMIGIO, PABLO ISIDORO, CARMEN CECILIA, BLANCA OLIVA, HUMBERTO ENRIQUE, ANA BALDOMINA, JORGE FRANKLIN Y DANIEL ANTONIO CUARAN MUCHAVISOY, integrantes del **Primer Grupo Familiar**; y a la Sra. AMANDA ANACONA CHAPAL y a su hija menor de edad, DIANA VANESA CUARAN ANACONA, integrantes del **Segundo Grupo Familiar**, con la muerta violenta de que fué víctima el Sr. HERNAN JAVIER CUARAN MUCHAVISOY, quien fuera hijo legítimo de los dos primeros integrantes del **Primer Grupo Familiar** y hermano de los restantes; esposo legítimo de la Sra. AMANDA ANACONA CHAPAL y padre de la menor DIANA VALENSA CUARAN ANACONA **integrantes del Segundo Grupo Familiar** en hechos sucedidos el día 23 de enero de 1991 en la vereda Las Palmeras, municipio de Mocoa (Putumayo), los cuales fueron protagonizados por miembros de la Policía Nacional, en una evidente falla en el servicio, al dar muerte injusta y criminal a varios ciudadanos, entre los cuales se contaba el citado HERNAN JAVIER CUARAN MUCHAVISOY, bajo el pretexto de combatir la subversión.

"**SEGUNDA.-** CONDENASE a LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA-Policía Nacional), a pagar a los esposos JOSE DANIEL CUARAN y CLAUDINA MUCHAVISOY, y a sus hijos LUIS ALBERTO MUCHAVISOY, ROSALBA, DORIS SILVIA, JOSE REMIGIO, PABLO ISIDORO, CARMEN CECILIA, BLANCA OLIVA, HUMBERTO ENRIQUE, ANA BALDAMINA, JORGE FRANKLIN y DANIEL ANTONIO CUARAN MUCHAVISOY (Primer Grupo Familiar), y a la Sra. AMANDA ANACONA CHAPAL y a su hija menor de edad, DIANA VANESA CUARAN ANACONA (Segundo Grupo Familiar), mayores y vecinos de Mocoa (Putumayo), por intermedio de su

apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se le ocasionaron con la muerte del Sr. HERNAN JAVIER CUARAN MUCHAVISOY, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) TREINTA MILLONES DE PESOS (30.000.000) por concepto de lucro cesante, que se liquidará a favor de su esposa legítima y de su hija menor de edad, DIANA VANESA, correspondientes a las sumas que HERNAN JAVIER CUARAN MUCHAVISOY dejó de producir en razón de su muerte injusta, violenta y prematura y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba (empleado del Magisterio), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (27 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 concepto de funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado y, en fin, todos los gastos que se sobrevinieron con la muerte de HERNAN JAVIER, conforme a lo que se demostrase en el proceso.

"c) El equivalente en moneda nacional de 1000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales o pretium doloris", consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del Art. 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho es cometido por miembros de la Policía Nacional, entidad que tiene el deber constitucional de velar por la vida de los asociados, y con él se ha arrebatado la vida a un ser querido, como lo es un hijo, un hermano, un esposo y un padre.

"c-1) Todas las condenas serán actualizadas conforma a la evolución del índice de precios al consumidor.

"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 dias siguientes a su ejecutoria".

2o. **Los hechos**

De los relacionados en cada demanda y en cuanto son comunes, la Sala hace el siguiente resumen:

SECCION TERCERA

En la mañana del 23 de enero de 1991, la Policía Nacional adelantó un operativo terrestre y aéreo, que cubría toda el área de la vereda Las Palmeras, en el Putumayo. Personal uniformado de la Policía Nacional, al parecer del cuerpo Elite, llegó hasta la escuela de dicha vereda, en donde, sin motivo alguno fueron capturados Artaminio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuaran, Julio Cerón y sus hijos Edebrez y William Hamilton Cerón, a quienes inmovilizaron atándoles las manos a las espaldas, maltraron verbal y físicamente y después, los ametrallaron frente al vecindario, proceder sanguinario que fue rechazado y públicamente denunciado por las gentes de Mocoa y del Putumayo.

Luego de la ejecución los uniformados trasladaron los cadáveres hasta el sitio llamado La Loma, a 15 kilómetros de distancia, donde les colocaron prendas militares y armas, para fotografiarlos y justificar ante opinión lo sucedido.

Refieren además que Segundo Pantoja Moreno y Pastora Ordóñez contrajeron matrimomio dentro del cual procrearón a Blanca Elina, Faustino, Arteminio, María Bertila, María del Carmen y Luis Pantoja Ordóñez. A su vez, Artaminio Pantoja Ordóñez se casó con María Adelina López de Pantoja, con quien procrearon a Carmen Lidia, Carmen Leonor, Jaime, Aura Esperanza, Artemio Ramiro, Miriam Lucy y Adali Oneida Pantoja López.

Por su parte, en la otra demanda se refiere que Claudina Muchavisoy tuvo un hijo extramatrimonial de nombre Luis Alberto Muchavisoy; posteriormente Claudina Muchavisoy se casó con José Daniel Cuaran, quienes con anterioridad al matrimonio habían procreado a Rosalba y Doris Silvia; José Remigio, Pablo Isidoro, Carmen Cecilia, Blanca Oliva, Humberto Enrique, Ana Baldamina, Jorge Franklin, Daniel Antonio y Hernán Javier Cuaran Muchavisoy nacieron en el matrimonio. Con relación a Luis Alberto Muchavisoy entre este y la víctima se daban un tratamiento de padre a hijo.

3o. **Actuación procesal**

Consideró la entidad demandada por conducto de su apoderado, como "razones de la defensa", que según informe de la Juez 75 de Instrucción Penal Militar al Comandante del Departamento de Policía Putumayo, que sobre los hechos a que alude este proceso no se adelantó acción penal. Asímismo destaca la absolución disciplinaria por las muertas mencionadas, dado que se probó que los occisos hacían parte, de grupos subversivos, a quienes les fueron incautados material de guerra e intendencia, dinamita, armas etc. Resalta "el ambiente de guerra" que se vive en el Putumayo, recuerda la masacre de 26 jóvenes policías a manos de la guerrilla y cuestiona "que las investigaciones disciplinarias y de la Justicia Penal Militar no merecen credibilidad para quienes tienen en sus manos la aplicación de la ley...". Como conclusión solicita que no se reconozca la falla

del servicio, pues los occisos "se dedicaban a desestabilizar el sistema democrático a costa de su propia vida..., hecho que no tiene por qué repercutir además en el tesoro público..".

Para la Procuraduría 35 en lo Judicial, se dan dos versiones en el proceso: de una parte, la de los agentes que muestran a los fallecidos como elementos de las FARC, portando material de guerra y atacando con arma de alta potencia al helicóptero que apoyaba la operación; de otra, la de los particulares que manifiestan conocer a los muertos como trabajadores, a quienes ese dia los habían visto de civil, sin armas y sí con sus herramientas, a inclusive acompañados por policías, lo que originó el repudio de la población de Mocoa a la actuación de la Policía Nacional. Aparte de lo anterior, algunos declarantes resaltan que en el Hospital de Mocoa los cadáveres tenían prendas militares a medio colocar, en tallas que no les correspondían, sin huellas de sangre y sin corresponder las perforaciones en sus ropas con las heridas de las víctimas.

Consideró el Agente del Ministerio Público que se presentó una falla del servicio que genera la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, pero la cuantía de los perjuicios "se deberá atemperar a lo demostrado", para conceptuar en forma parcialmente favorable a las peticiones de la demanda.

4o. **La sentencia apelada**

Consideró al Tribunal que lo acontecido bien podía manejarse como una responsabilidad sin falta, por daño especial, dado que si bien en la actuación de la fuerza pública pudiera encontrarse un principio de legitimidad por obrar en persecución de presuntos subversivos, sin embargo se rompió la igualdad de las cargas públicas respecto de las víctimas de la actuación oficial, frente a quienes la actuación de los miembros de la Policía Nacional dejó de ser legítima al ser confundidos con los guerrilleros, cuando obran pruebas en el proceso de que los muertos antes que guerrilleros, eran personas honorables, de la región, ajenos a las actividades subversivas.

De otra parte, afirma también el Tribunal "que sí hubo falla por parte de la administración". Cuestiona la prueba unilateralmente recaudada en el proceso disciplinario, la que debe observarse "con mucha reserva, admitiéndola en cuanto a su autoría y nunca en cuanto a las explicaciones acomodaticio, porque prácticamente fueron desvirtuadas", para concluir que "si se ha demostrado entonces la configuración de la falla del servicio, lo mismo que el daño ocasionado y la relación de causalidad entre los dos primeros elementos, habrá de estudiarse la posibilidad de decretar las indemnizaciones que se han pedido".

Los perjuicios morales fueron reconocidos en valor equivalente a 1000 gramos de oro fino para los padres, esposa hija del occiso Hernán Javier Cuarán Muchavisoy y 400 gramos del mismo metal para sus hermanos. Idéntico reconocimiento se hizo para los padres, esposa e hijos de Arteminio Pantoja Ordóñez, en equivalencia en pesos a 1000 gramos de oro para cada uno y de 400 gramos del mismo metal para los hermanos.

Por perjuicios materiales, en abstracto, fueron indemnizados la madre e hija del occiso Cuarán Muchavisoy, de acuerdo con las pautas señaladas en la sentencia.

5o. **Razones de la apelación**

El apoderado de la parte actora apeló de la sentencia anterior, para que se reconozca una suma equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino por concepto de perjuicios morales para cada uno de los hermanos de las víctimas y para que se liquidan en concreto los perjuicios materiales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo apelado debe confirmarse en cuanto a la declaración de responsabilidad del ente demandado. Se modificará con respecto a la condena in genere sobre perjuicios materiales.

Considera la Sala que lo sucedido permite manejar el caso bajo estudio con el régimen de la falla probada del servicio, sin acudir a la teoría del daño especial, como en principio lo hizo el Tribunal.

Se halla acreditado, inclusive lo aceptan los miembros de la Policía Nacional, que el 23 de enero de 1991, se desarrolló, un operativo en el sitio Las Palmeras con el objeto de interceptar a unos subversivos. En desarrollo de tal operación fué rodeada la escuela de la localidad, donde trabajaba como profesor Javier Cuarán Muchavisoy, como Albañil Artemiro Pantoja Ordóñez.

Como consecuencia del operativo posteriormente aparecieron muertos los dos nombrados, por heridas causadas con arma de fuego de dotación oficial.

Obran en el proceso dos posiciones probatorias antagónicas: una, la de los miembros de la fuerza pública que califican a los muertos como integrantes de las FARC, a quieres se les encontró material de guerra y quienes dispararon contra el helicóptero y los policías, obligando a éstos a.disparar. La otra versión proviene de particulares, quienes muestran a las víctimas como personas bien conocidas en la región, trabajador uno en la educación y otro en la construcción,

a quienes momentos antes de los hechos habían visto de civil, desarmados y portando sus herramientas de trabajo.

Se agrega a lo anterior, las observaciones hechas por quienes tuvieron la oportunidad de mirar los cadáveres de Cuarán, Pantoja y los otros occisos, en el sentido de que la ropa camuflada les quedaba grande, estaba a medio colocar, no tenía manchas de sangre y los orificios no coincidían con la ubicación de las heridas.

Tales por ejemplo, los dichos de Martha Cecilia López Muchavisoy, José Pedro Pachichana Mena, Maurillo de Jesús Zamora Rosero, Mery Esperanza Burgos, Clodomiro Burgos Acosta, Gabriela Chapal de Solarte y Aaron Pipicano Chamorrro, cuyas declaraciones rendidas en este proceso, permiten a la Sala deducir un comportamiento equivocado, irregular o ilegítimo por parte de la fuerza pública al quitarle la vida al profesor Cuarán y al albañil Pantoja, de quienes, con la obvia excepción de sus víctimas, quienes testimoniaron en el proceso son enfáticos en sostener que los occisos antes que miembros de la subversión, eran personas conocidas, honorables y trabajadoras, cuya actividad guerrillera en forma tajante rechazaron no solo los testigos, sino muchas otras personas que en Mocoa abiertamente cuestionaron el comportamiento de los policías.

En las anteriores condiciones, la falla del servicio encuentra suficiente respaldo probatorio. El pretender disparar a las víctimas con prendas militares, el haberlas visto luego de la acción armada aún con vida, el perfecto estado de las prendas militares, en contraste con las lesiones encontradas en los cuerpos de las víctimas, sus antecedentes sociales, personales y familiares, son hechos qué abiertamente contrarían no solo la posición de la entidad demandada, sino las conclusiones nada extrañas de un fallo disciplinario absolutorio.

Establecidos la falla del servicio, así como el daño y su relación de causalidad con aquella, procede declarar la responsabilidad de la administración.

Con respecto a los perjuicios morales, la Sala confirmará lo decidido por el Tribunal, respetando la razonable discrecionalidad que tiene el juzgador en la tasación de ésta clase de perjuicios.

Con relación a los perjuicios materiales, cuya condena se impuso en abstracto, procede la Sala a liquidarla en concreto, así:

SECCION TERCERA

Bases de la liquidación

Renta: $73.500
Menos el 25% que el occiso dedicaba a su propio sostenimiento: $55.125.

Renta Actualizadas con los Indices de Precios al Consumidor de enero de 1991 y octubre de 1993: $ 102.115.

50% para la cónyuge: $51.057.

50% para la hija: $51.057

Tiempo a liquidar por indemnización debida: 34.3 meses.

Tiempo a indemnizar a la cónyuge, con base en la supervivencia del occiso, quien era el cónyuge mayor, 574,72 meses. De ese total se liquidarán 34,3 meses a título de indemnización debida y 540,42 mesas como indemnización futura.

Para la hija Diana Vanesa, se liquidará 34,3 meses como indemnización debida y 138,57, como indemnización futura.

Liquidación de AMANDA ANACONA CHAPAL:

Indemnización debida

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

$$S = 51.057 \frac{(1 + 0.004867)^{34.3} - 1}{0.004867}$$

S = 1'900.897.

Indemnización futura

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

$$S = 51.057 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{540.42} - 1}{0.004867 \ 1 + 0.0046867)^{540.42}}$$

$$S = 51.027 \times \frac{12,78862783}{0.067109251}$$

$S = 9'723.925.$

Liquidación de Diana Vanesa Cuarán Anacona

Indemnización debida

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

$$S = 51.057 \frac{(1 + 0.004867)^{34.3} - 1}{0.0047867}$$

$S = 1'900.897$

Indemnización futura

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

$$S = 51.057 \frac{(1 + 0.0046867)^{138.57} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{138.57}}$$

$$S = 51.057 * \frac{0.959686074}{0.009537792}$$

$S = 5'137.320$

RESUMEN DE LIQUIDACIONES

Para Amanda Anacona Chapal

Debida:	$ 1'900.897
Futura:	$ 9'723.925
Total:	$ 11'624.822

SECCION TERCERA

Para Diana Vanesa Cuarán Anacona

Debida: $ 1'900.897
Futura: $ 5'137.320
Total: $ 7'038.217

Indemnización debida Adalí Oneida Pantoja López

Va desde los hechos hasta la fecha de esta sentencia, es decir, 34.3 meses.

$$S = 22.645.50 \frac{(1 + 0.004867)^{34.3} - 1}{0.004867} = \$ 843.112$$

Indemnización futura de María Adelina López de Pantoja

Va hasta la vida probable del occiso por ser éste de mayor edad, es decir, 252.82 meses.

$$S = 45.28 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{252.82} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{252.82}} = \$ 843.112$$

Indemnización futura de Adelí Oneida Pantoja López

Va hasta su mayoria de edad, o sea 46.1 meses.

$$S = 22.645.50 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{46.1} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{46.1}} = \$ 933.121$$

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, Cuarto, Quinto, Séptimo, Octavo y Noveno del fallo apelado, es decir, el proferido el 15 de abril de 1993 por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO. MODIFICANSE los ordinales Tercero y Sexto del fallo impugnado, los cuales quedan así:

TERCERO. CONDENASE a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Policía Nacional, a pagar por perjuicios materiales a Amanda Anacona Chapal la suma de once millones seiscientos veinticuatro mil ochocientos veintidos pesos ($11.624.822) moneda legal; y a Diana Vanese Cuarán Anacona la suma de Siete millones treinta y ocho mil doscientos diecisiete pesos ($7.038.217) moneda legal.

SEXTO. CONDENASE a la Nación -Ministerio de Defensa Policía Nacional, a pagar por perjuicios materiales la suma de ocho millones doscientos sesenta y cuatro mil treinta pesos ($8.264.030) moneda legal; a Miriam Lucy Pantoja López, la cantidad de veintiun mil seiscientos cuarenta y cinco pesos con 50/100 ($ 21.645.50) moneda legal; y, a Adela Oneida Pantoja López, la cantidad de un millón setecientos setenta y seis mil doscientos treinta y tres pesos ($1.776.233) moneda corriente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Esta providencia fué estudiada por la Sala en sesión de fecha, diciembre 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 DEL ORDEN PUBLICO - Bus / FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA.

Tanto de la información de prensa como las declaraciones recaudadas, se puede inferir que el atentado en Bogotá contra los políticos Antequera y Samper tuvo indudable repercusión en la capital del Valle del Cauca y que los transportadores y autoridades fueron consientes de ello, hasta el punto de reunirse para hacer los planes de seguridad necesarios. No se trató de ser un hecho aislado, como lo calificó el *a-quo*, si se aprecia que el conductor del bus menciona el incendio de otro bus de la empresa Azul Plateada y en el periódico del 7 de marzo se relata el incendio de otro bus de la empresa Blanco y Negro. En las anteriores condiciones, concluye la sala que se imponía un servicio de vigilancia más ágil y efectivo para prevenir la repetición de tales hechos violentos en perjuicio de quienes prestaban el servicio público de transporte, y ante la ausencia de la fuerza pública, no se puede concluír de distinta manera a que se configuró una falla del servicio a cargo de la entidad demandada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8512 Actor: YENCY PEÑA GARAY. Demandado: LA NACION -MINDEFENSA- POLICIA NACIONAL.

Decide la Sala el recurso de apelación que la parte actora interpuso contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 1993, por la Sección Primera

del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual fueron denegadas las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones

La señora Yency Peña Garay por conducto de apoderado, formuló el 27 de febrero de 1991 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, 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 los daños y perjuicios sufridos por la señora YENCY PEÑA GARAY, propietaria del bus de servicio urbano distinguido con la placa VBB 046 y afiliado a la empresa AMARILLO CREMA; daños y perjuicios derivados del incendio del automotor antes singularizado, y que fuera provocado por subversivos, el día 10 de marzo de 1989.

"SEGUNDA: Como obvia consecuencia de la declaración anterior, LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, deberá pagar a la señora YENCY PEÑA GARAY, a título de indemnización de perjuicios, las siguientes sumas de dinero, o las que resulten probadas dentro del proceso:

"- **Daño Emergente**

"Por este rubro, la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($10.240.000.oo) M/cte.

"- **Lucro Cesante**

"El provecho no reportado a consecuencia del daño, asciende a NOVECIENTOS MIL PESOS ($900.000.00) M/cte.

"TERCERA: LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, pagará las sumas dinerarias discriminadas con anterioridad, debidamente indexadas al momento de su pago.

"CUARTA: Condenase a LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, el pago de las costas y agencias en derecho".

SECCION TERCERA

2o. **Fundamentos de hecho**

Se relata en la demanda que la señora Yency Peña Garay adquirió el bus urbano de placas VBB-046, afiliado a la empresa Amarillo Crema de Cali, modelo 1989, marca Chevrolet B-60-218, para 32 pasajeros. Dicho automotor lo pagó con créditos de la Caja Social de Ahorros, Banco Popular y la Compañía de Financiamiento Comercial FINEVESA, esta última le prestó $15.800.000. A finales del mes de febrero de 1989, la firma Calima Motor Limitada entregó el vehículo a su propietaria, quien luego de adecuarlo para el servicio, comenzó a funcionar con la empresa Amarillo Crema, por la Ruta No. 2, con el número interno 122.

El 3 de marzo de 1989, fué asesinado el dirigente político José Antequera Antequera y gravemente herido el también líder político Ernesto Samper Pizano. Este doble atentado conmocionó al país y provocó reacciones y desórdenes sociales, lo que generó distintas medidas gubernamentales para mantener el orden y la normalidad.

El 10 de marzo de 1989, a las 5:45 de la mañana, el bus urbano descrito, en la calle 52 con carrera 15 de Cali, fué detenido por tres subversivos que ordenaron al conductor abandonarlo para de inmediato prenderle fuego, motivados por el deceso violento de Antequera Antequera.

El bus produjo entre el 5 y el 9 de marzo de 1989 un ingreso bruto de $149.433. Su reparación fue costeada por la actora con préstamo del fondo de Accidentes de la Empresa Amarillo Crema, para cancelar más de $2.000,000 por la reparación del sistema eléctrico y partes mecánicas del automotor, y más de $8.000.000 para adquirir de Carrocerías Superior, una nueva carrocería para el bus. En estas reparaciones permaneció el vehículo paralizado desde el 10 de marzo hasta el 9 de junio de 1989, cuando al día siguiente reinició su servicio. No obstante, por la falta de los ingresos provenientes del bus, la demandante no pagó oportunamente las cuotas pactadas y debió reconocer intereses moratorios de abril de 1989 a marzo de 1990, en cuantía de $20.000 mensuales.

La omisión de la Policía Nacional ante la situación que se presentaba, al no hacer presencia especial de autoridad, pese a que dos buses habían sido quemados en días anteriores, implica la violación del deber constitucional de protección, con mayor razón por tratarse de la prestación de un servicio público como lo es el transporte.

3o. **Actuación procesal**

La Policía Nacional al contestar la demanda se limitó a manifestar que las "esbozaré una vez allegado el material probatorio solicitado por el apoderado de los actores", y en cuanto a las pruebas, expreso: "me allano a las solicitadas en el libelo demandatorio por encontrarlas ajustadas a derecho". En el alegato de conclusión, aduce el apoderado de la institución que no hay en el proceso prueba escrita de que los transportadores hubieran solicitado vigilancia especial, a más de que no puede declararse la responsabilidad estatal cada vez que una persona resulte afectada en su vida, honra y bienes, sino que deben tomarse en cuenta las circunstancias de cada caso, sin que pueda concebirse "que el Estado asuma una obligación de resultado, de seguridad, pues en tales circunstancias, estaría obligado a responder por la muerte violenta de todos los ciudadanos...".

4o. **La sentencia apelada**

En los siguientes términos se concreta el criterio del *a-quo* para decidir la presente controversia:

> "Considera la Sala, a la luz de la prueba recaudada que por las circunstancias en que se sucedieron los hechos en este evento se descarta la falla del servicio, pues mal puede predicarse que el servicio de la policía dejó de funcionar cuando las circunstancias especiales en que se desarrollaron los acontecimientos impidieron su accionar.
>
> "Se predica en el libelo, que jamás la función de protección puede ser estática "a la espera de ser requerida para ahí si desplegar la autoridad que constitucionalmente les está asignada".
>
> "Sin embargo, imposible resulta también exigirles que estén en todo momento y lugar atentos a quien pueda requerirlos, si no poseen los medios necesarios ni del número requerido para custodiar a todos los ciudadanos.
>
> "Para el evento que nos ocupa, si bien como lo afirma la actora se presentaba una situación de tensión por los acontecimientos recientes ocurridos en la capital, la verdad es que a nivel local si bien no era de absoluta tranquilidad, tampoco se presentaba una situación crítica que hiciera necesario la vigilancia permanente de lugares o sitios de más grande riesgo.
>
> "En el caso *sub-judice*, se presenta un hecho en forma aislada, en el desarrollo de la actividad normal del transporte urbano, en horas de la madrugada.

"La actividad delictiva no fué sospechosa ni siquiera para el conductor, todo lo cual hace presumir que ni aún en el evento en que la ruta hubiera estado vigilada, habría dado margen a la intervención de la autoridad policiva, pues resultaba difícil para no decir imposible, descubrir la intención que animaba a los delincuentes cuando en paraderos distintos y en apariencia del uso normal del transporte, se tomaron el bus, según lo narra el conductor José Alberto Campo Ledesma (fls. 11 a 14 cuad. No.3).

"Descartada operancia de la falla del servicio, inútil resulta el estudio de los demás presupuestos de la responsabilidad extracontractual, pues al ser necesario la concurrencia de todos los presupuestos, la falta de uno sólo conduce a un fallo negativo".

5o. **Razones de la apelación**

Aduce el apoderado de la actora para sustentar la apelación que dada la situación presentada en el país por las reacciones que generó el atentado contra los dirigentes políticos Antequera y Samper, los organismos de seguridad y policivos del Estado, debían permanecer alertas para contrarrestar los brotes de violencia, con mayor razón cuando los directivos de la empresa transportadora Amarillo Crema habían advertido a las autoridades de la situación que se presentaba. Así mismo, que la presencia de las autoridades no resulta exigible en todas las ocasiones en que se violen los derechos de los ciudadanos, lo cual sería una utopía, pero que, en tratándose de circunstancias de alteración del orden público conocidas por el Estado, "la policía Nacional está en el deber, constitucional de asumir una conducta dinámica, positiva y de hondo compromiso con la población civil".

6o. **Concepto del Ministerio Público**

Para el Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación, lo sucedido, fue un hecho criminal aislado, de los muchos que se ejecutan en el país. Estima que si la actora hubiera solicitado protección especial y las autoridades hubieran sido negligentes, podría predicarse la responsabilidad de la administración. Además agrega que la perturbación con características de gravedad solo se presentó en Bogotá en el Barrio "Policarpa Salavarrieta". Pide confirmar el fallo apelado.

Las partes alegaron de conclusión en la segunda instancia para reiterar los planteamientos expresados en el curso del proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fallo apelado estima la Sala que debe revocarse, para en su lugar despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Para el *a-quo* no se dió en el *sub-judice* la falla del servicio por cuanto no es posible exigirle a los miembros de la Policía Nacional "que están en todo momento y lugar atentos a quien pueda requerirlos, si no Poseen los medios necesarios ni del número requerido para custodiar a todos los ciudadanos". El hecho aislado y el comportamiento de quienes quemaron el bus, le permite presumir al Tribunal que así estuviera operando la vigilancia policiva, la fuerza pública no hubiera podido actuar.

Tales apreciaciones, sin embargo, no se comparten en su integridad, de una parte, porque hay pruebas que permiten deducir la necesidad de especial vigilancia policiva para la época de los hechos y, de otra, porque sobre el particular la Sala ha señalado un criterio diferente al del Tribunal.

Cabe resaltar entonces que para los primeros días de marzo de 1989, la situación de orden público y social, si bien no podía calificarse de muy delicada, sí requería de una especial atención por parte del gobierno nacional y de la fuerza pública. El atentado en que murió el jefe político José Antequera Antequera de la Unión Patriótica y resultó gravemente lesionado el también dirigente político Ernesto Samper Pizano, sucedido el 3 de marzo de 1989, tuvo serias repercusiones en la ciudad de Bogotá y en otras partes del país, hasta el punto de originar actos de violencia, protestas públicas etc.

A tales manifestaciones no fué ajena la ciudad de Cali. Así se desprende de las informaciones contenidas en los ejemplares del periódico "El país", editado en aquella ciudad, donde se alude a la situación generada por los hechos trágicos anteriormente mencionados.

Precisamente, en el periódico del 7 de marzo de 1989, páginas 1A y 2A, dos días antes del incendio del bus de la demandante, aparece el titular: "Quemado bus de servicio urbano", el cual pertenecía a la empresa Blanco y Negro. Se afirma en la noticia que "las autoridades estaban alertas ante la posibilidad de protestas por el reciente asesinato del líder de la Unión Patriótica, José Antequera...".

Así mismo, se recaudaron los testimonios de Jorge Enrique Maya Valencia, miembro de la Junta Directiva de la empresa Amarillo Crema, quien entre otras cosas, manifestó: "nosotros en reunión de Junta Directiva habíamos solicitado reiteradamente al señor Comandante de la Metropolitana de Cali una mayor

vigilancia de nuestras vías y el hecho ocurrió por la poca colaboración prestada por la Policía.... Pues sí estaba alterado (el orden público) porque fuimos citados en dos ocasiones al Cuartel de la Metropolitana Cali para hacer planes de vigilancia del servicio urbano de buses... inicialmente recibimos vigilancia en los terminales... después de haber tenido conocimiento la autoridad de los hechos ocurridos, entró alguna preocupación de que se fueran a presentar hechos iguales y hubo alguna vigilancia en las calles principales de la ciudad.... las Entidades que sancionarían a las empresas o propietarios de los buses al no prestar el servicio público de transporte urbano serían en su orden, la Alcaldía, Tránsito o el Intra .... Que yo recuerde, no había ninguna medida PREVENTIVA...". (fls. 1 a 4 c.3).

Luis Alberto Peña Valencia, (fls. 4 a 6), refiere que "...y aunque en muchas ocasiones las Empresas de Transporte urbano de Cali pidió (sic) protección a la policía y a las autoridades en general estas no lo hicieron....Si, la Empresa, no sólo la Empresa, sino las Empresas de la ciudad de Cali pidieron a las autoridades competentes protección para su equipo automotor prometieron en reuniones varias con los transportadores que había vigilancia pero esta no se presentó...". Por su parte, Jairo Alipio Ramírez Gómez, declaró: "Yo en esa época recuerdo muy bien que el orden público estaba un poco alterado....la Empresa ha solicitado ese amparo, pero cosa que muchas veces el amparo lo recibimos cuando ya hemos tenido la tragedia... (fls. 7 a 10).

El conductor del bus incendiado, refiere que "lo único que gritaron cuando lo iban a quemar era que eso era contra el Gobierno hijueputa porque habían matado en esos días a una persona importante allá en Bogotá, de apellido Antequera, y esa quema del carro fué como al día u otro día de que lo mataron .... La Empresa sí con anterioridad había solicitado protección pero a veces no van y ese día no había ido nadie....Sí, hacía como unos días anteriores no sé cuantos días, habían quemado un bus de la Azul Plateada..." (fls. 11 a 14).

Así las cosas, tanto de la información de prensa como de las declaraciones recaudadas, se puede inferir que el atentado en Bogotá contra los políticos Antequera y Samper, tuvo indudable repercusión en la capital del Valle del Cauca y que los transportadores y las autoridades fueron consientes de ello, hasta el punto de reunirse para hacer los planes de seguridad necesarios. No se trató entonces de un hecho aislado, como lo calificó el *a-quo*, si se aprecia que el conductor del bus menciona el incendio de otro bus de la empresa Azul Plateada y en el periódico del 7 de marzo se relata el incendio de otro bus de la empresa Blanco y Negro. En las anteriores condiciones, concluye la Sala que se imponía un servicio de vigilancia más ágil y efectivo para prevenir la repetición de tales hechos violentos en perjuicio de quienes prestaban el servicio público de transporte, y ante la ausencia de la fuerza pública, no se puede concluir de

distinta manera a que se configuró una falla del servicio a cargo de la entidad demandada.

Por lo demás, reitera la Sala lo expresado en un caso similar al subjúdice, nó idéntico, en sentencia de 12 de noviembre de 1993, expediente No. 8233 actor Hilario Mantilla Mantilla, donde con ponencia de quien elabora el presente proyecto, se sostuvo:

"Para la Sala, no es necesario que la empresa transportadora hubiera solicitado protección especial de sus vehículos, con ocasión del alza del transporte, porque la demandada sabía los desórdenes que esa alza podía provocar. Ahora bien, esas medidas no se pueden limitar a unos simples patrullajes sino que deben procurar un resultado eficaz para evitar que se presente el acto terrorista.

"La Sala reitera la posición expuesta, con ponencia del señor Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en sentencia de 11 de diciembre de 1990, dentro del proceso radicado al No. 5417, en relación con los actos terroristas en contra de entidades encargadas de la prestación del servicio público de transporte, en la cual se dijo:

> "Si bien es cierto la Sala estima que en casos como el narrado en la demanda no puede exigírsele a la autoridad que ponga a cada vehículo de transporte de pasajeros una escolta especial, por carencia de medios y de personal, sí considera que en estados especiales de agitación se debe redoblar la vigilancia en aquellos lugares de mayor riesgo dentro del perímetro urbano de la ciudad y en especial en ciertas rutas".
>
> "En otras palabras, cuando la administración le exige a los transportadores que asuman una carga excepcional o riesgo especial para que no se paralice el servicio, deberá como contrapartida redoblar la vigilancia para evitar los desmanes contra los que lo presten en condiciones adversas. Si pese a haberlo hecho se produce el daño, sin que pueda hablarse de fuerza mayor, la indemnización de éste se hará con base en el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. En cambio, si a pesar de las circunstancias adversas no se dió ninguna protección especial a los transportadores el asunto podrá resolverse como un caso mas de falla del servicio".
>
> "En el fondo, estos particulares al prestar el servicio público de transporte, están es constituyéndose en colaboradores del Estado, dado que los servicios públicos, en principio, deben ser prestados directamente por el Estado, pero hay ocasiones en que éste no puede prestarlos, entonces lo prestan los particulares pero en su condición de colaboradores de aquel y

por ello necesitan una especial protección. Si el Estado admite que el particular intervenga como colaborador, éste es digno de que se le preste una especial protección, más aún, cuando se presentan notorias circunstancias de inseguridad, constreñimiento para la no prestación del servicio como ocurre en épocas de paro cívico o protestas por alzas en las tarifas o simplemente por el prurito de los grupos guerrilleros o terroristas de salir a hacer arengas o a cometer fechorías en esos centros de aglutinamiento humano".

De todo lo anterior resulta acreditada la falla del servicio, el daño ocasionado a la demandante y la relación de causalidad entre una y otro, para estructurar así la responsabilidad extracontractual de la administración.

Se procede entonces a liquidar los perjuicios materiales causados a la demandante, tanto por daño emergente, como por lucro cesante.

El daño emergente se calcula en la demanda en la suma de $ 10.240.000, sin embargo, según el dictamen pericial visible a los folios 69 a 72, los gastos de reparación, repuestos, carrocería, etc., respaldados con las facturas y comprobantes correspondientes, alcanzaron el valor de $ 6.449.958 y será esta la cantidad sobre la cual se dispondrá la respectiva indemnización, actualizada desde luego, porque así se solicitó en la demanda. Para tal fin, se tomarán en cuenta los índices de precios al consumidor vigentes en el mes de junio de 1989, cuando fueron canceladas la mayor parte de las facturas. El índice inicial era entonces de 114.93 y el último conocido para la fecha de esta providencia es de 317.10.

Con base en los índices anteriores se aplica la formula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}};$$

$$VP = 6.449.958 \frac{317.10}{114.93} = \$\ 17.795.890.37$$

El lucro cesante lo calcula la Sala promediando la utilidad neta percibida entre los meses de junio a diciembre de 1989, o sea, la suma de $ 2.005.128.55, que dividida por 7 meses, da la cantidad por mes de $ 286.446.93, que por los meses de marzo, abril y mayo, da un total de lucro cesante de $ 859.340.80. Este valor se actualiza como el anterior.

$$Vp = 859.340.80 \ \frac{317.10}{114.93} = \$\ 2.370.982.05.$$

Los valores anteriores fueron establecidos por los peritos contadores en su dictamen.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con el señor Agente 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 26 de marzo de 1993 por la Sección Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO. DECLARASE a la Nación -Ministerio de Defensa - Policía Nacional, administrativamente responsable por los daños ocasionados a la señora Yency Peña Garay, con el incendio del bus de servicio urbano de placas VBB-046, afiliado a la empresa Amarillo Crema de Cali, ocurrido el 10 de marzo de 1989 en esa ciudad.

TERCERO. CONDENASE a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a pagar como indemnización por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) a la señora Yency Peña Garay, la cantidad de veinte millones ciento sesenta y seis mil ochocientos setenta y dos pesos con 42/100, ($20.166.872.42) moneda corriente.

CUARTO. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia auténtica de esta sentencia, con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, trece (13) de diciembre 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.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS / DAÑO ANTIJURIDICO / FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Inexistencia

La teoría de la responsabilidad por daño especial acogida por el Tribunal para decidir el caso bajo estudio, encuentra su fundamento en el principio de la igualdad ante las cargas públicas y constituye un régimen excepcional de responsabildiad extracontractual de la administración, en virtud del cual corresponde al Estado la indemnización de los perjuicios inferidos a los administrados cuando los mismos sean de un actuar legítimo estatal. Ese daño causado debe ser de carácter anormal, de naturaleza muy especial, respecto de los que comúnmente deben soportar las demás personas. En tales condiciones se entiende que por razones fundadas en la equidad, el solo damnificado no tiene por que soportar el daño causado, no le corresponde sufrir un perjuicio que constituye para el una carga indemnizatoria de los daños ocasionados, para mantener así el principio de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas. Esta teoría del daño especial tiene perfecta aplicación en el *sub júdice*. Para la Sala está suficientemente claro que el occiso, fue ajeno a los hechos que generaron la actuación armada de los militares, y precisamente porque con su conducta no provocó los disparos de los militares que segaron la vida al pretender imponer el orden y reaccionar contra quienes los agredían, no había razón entonces, para que Ramírez Izaquita tuviera que asumir la carga pública impuesta con el comportamiento armado de la tropa, que en su caso concreto superó la capacidad normal de sacrificio que como ciudadano le correspondía.

EXP. -8844

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Seccion Tercera
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 8844. Actor: RAMON RAMIREZ ARDILA Y OTROS DEMANDADA: MINDEFENSA EJERCITO NACIONAL.

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 23 de junio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, mediante la cual dispuso:

"Primero: DECLARASE administrativamente responsable a la NACION-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional,- de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes RAMON RAMIREZ ARDILA, quien obra en su propio nombre y en representación de sus menores hijos LUZ HERMINDA, ROSA MARIA, DORA INES Y YAQUELINE RAMIREZ IZAQUITA, ocurrida en el sitio Llana Caliente, Jurisdicción del Municipio de San Vicente de Chucurrí (Sder), el 29 de mayo de 1988, dentro de un operativo militar cumplido por el Batallón LUCIANO D'LHUYAR, adscrita al Ejercito Nacional

"Segundo: Condenar a La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a RAMON RAMIREZ ARDILA valor equivalente de 1000 gramos de oro y a LUZ HERMINDA, ROSA MARIA, DORA INES y YAQUELINE RAMIREZ IZAQUITA, el valor de 200 gramos de oro para cada uno de ellos, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo, por concepto de perjuicios morales.

"Tercero.- CONDENAR en abstracto a la NACION-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, a pagar a los demandantes RAMON RAMIREZ ARDILA, LUZ HERMINDA, ROSA MARIA, DORA INES Y YAQUELINE RAMIREZ IZAQUITA, el valor de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, ocasionados con la muerte de ARNULFO RAMIREZ IZAQUITA, los cuales se liquidarán mediante incidente en la forma establecida en el art.172 del C.C.A.

"Cuarto: DENIEGANSE las demás peticiones de la demanda;

"Quinto: LA NACION -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, dará cumplimiento a este fallo dentro de los términos previstos en los arts. 176 y 177 del C.C.A. (folios 281 Y 282).

1. ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.- **La demanda.-**

RAMON RAMIREZ ARDILA actuando en su propio nombre y en representación de sus hijos menores LUZ HERMINDA RAMIREZ IZAQUITA, ROSA MARIA RAMIREZ IZAQUITA, DORA INES RAMIREZ IZAQUITA, Y YAQUELINE RAMIREZ IZAQUITA, por medio de apoderados debidamente constituidos, instauraron demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, para que se hagan las declaraciones y condenas a causa del fallecimiento de ARNULFO RAMIREZ IZAQUITA el dia 29 de mayo de 1988 en el sitio de Llana Caliente, jurisdicción del Municipio de San Vicente de Chucuri.

2o.- Fundamentos de hecho.-

Los resume el Tribunal así:

"Los campesinos de Barrancabermeja, San Vicente y El Carmen, movidos por problemas socio-económicos, organizaron en el mes de mayo de 1988 una marcha hacia la ciudad de Bucaramanga, para enterar a las autoridades de los problemas que los aquejaban; iniciada la misma, a la altura del sitio denominado Llana Caliente, el 23 de mayo de 1988 fué interrumpida por miembros del ejército Nacional vinculados al batallón Luciano D'Lhuyar, comandado por el Coronel Rogelio Correa Campos, situación que obligó a los integrantes a organizar campamentos e improvisar cocinas y solicitar provisiones a los habitantes vecinos de los lugares por donde se desplazaban, para poder subsistir. El 29 de mayo de ese año ante el hostigamiento de la fuerza pública sobre la población civil, y la detención de varios campesinos, se presentarón protestas por lo que los organizadores de la marcha se dirigieron al comandante Correa Campos quien de manera inexplicable ordenó disparar contra la multitud; fue entonces cuando un escolta y desertor del movimiento armado ELN, colaborador del Batallón D'Lhuyar, disparó su arma de dotación contra el coronel y otros militares. Ante tal confusión los miembros del ejército producen contra los campesinos fuego contínuo por espacio de 45 minutos aproximadamente, dejando un saldo de 9 campesinos muertos y 27 heridos, entre los que se encontraba Arnulfo Ramírez Izaquita. Los integrantes de la marcha iban desprovistos de armas de fuego, portando solo algunos de ellos machetes para sus

necesidades domésticas: al producirse la balacera los campesinos aterrorizados corrieron a refugiarse siendo cercados y dominados por el ejército quien es el único responsable de esa tragedia. De los testigos presenciales de los hechos y de pruebas vertidas ante los Juzgados 7o. y 21 de Instrucción Criminal con sede en San Vicente, se colige que con la muerte de los 9 campesinos se violentaron todos los preceptos constitucionales. En el libro de registro de defunciones de la Notaria de San Vicente al Fl.476 del tomo 16 se consigna el fallecimiento de Arnulfo Ramírez Izaquita como consecuencia de heridas por arma de fuego, las actividades laborales que desarrollaba estaban relacionadas con el campo, trabajando para el padre y además cumpliendo jornadas agrícolas en parcelas cercanas, con lo cual ayudaba al sostenimiento de su familia. El joven Ramírez Izaquita para el momento de su muerte contaba con 18 años de edad y se encontraba en pleno goce de sus facultades psicofísicas y de producción económica". (Fols. 261 a 263).

3o.- Actuación procesal.-

Por auto de 27 de junio de 1990 se admitió la demanda; se ordenó surtir las notifícaciones y correr traslado para alegar; posteriormente se abrió a pruebas.

La parte demandada, como consecuencia de lo anterior por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones del libelo, y formulando la excepción de inepta demanda, por no precisarse el órgano estatal.

Alega igualmente que en los hechos ocurridos el que disparó contra el ejército causando la muerte del comandante, fué un guerrillero y, que por semejante agresión los efectivos del ejército se vieron obligados a repeler el ataque produciéndose el desenlace ya conocido. Arguye por lo tanto que fueron circunstancias ajenas a la administración.

El agente del Ministerio público, por su parte conceptuó favorablemente las pretensiones de la demanda por daño especial y que por lo tanto se haga la condena en abstracto por no demostrarse la cuantía de estos daños.

4o.- La Sentencia Consultada.-

Para el Tribunal Administrativo de Santander, la Jurisprudencia Nacional ha definido, reiteradamente que "a los organismos del Estado se les ha asigna do una labor de claro contenido preventivo y por ende, deben obrar con suma prudencia y mesura, evitando en lo posible causar daño a los asociados en desarrollo de sus actividades relacionadas con el servicio".

Igualmente, por las pruebas aportadas al proceso, en cuanto a la agresión en contra del ejército, se ha sostenido en reiterados fallos del H. Consejo de Estado. Sentencia de 11 de abril de 1978 con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, lo siguiente:

> "El principio de igualdad frente a las cargas públicas, que es desarrollado del principio de igualdad frente a la ley, es hoy fundamental en el derecho constitucional de los pueblos civilizados, como principio general del derecho que es. Por lo tanto, como lo dice Aguiar Díaz en su 'Tratado de Responsabilidad Civil' siempre que un individuo sea perjudicado en sus derechos como condición o necesidad del bien común, síguese que los efectos de la lesión o las cargas de su reparación deben ser repartidos entre toda la colectividad, esto es, satisfechos por el Estado, a fin de que de este modo se restablezca el equilibrio de la justicia conmutativa".-

"... la teoría antes mencionada del daño especial o sin falta, porque es indiscutible que el ejército en el lugar de los acontecimientos disparó hacia donde se encontraban las personas que participaban en la marcha campesina del Nororiente Colombiano, resultando afectadas personas inocentes y ajenas a la causa que le dió origen, como fué el presumible ataque en contra de la fuerza pública. En tales condiciones no es justo y equitativo que la víctima ARNULFO RAMIREZ IZAQUITA, quien no se colocó fuera de la legalidad, habida cuenta que no provocó en modo alguno el hecho trágico, como tampoco incurrió en culpa o negligencia, corra con la carga pública constituída por la acción desplegada por los organismos de seguridad del Estado y que rebasó el sacrificio racional o normal a que deben estar sometidos los ciudadanos".

Concluyó el Tribunal *a-quo* que la Nación debe responder administrativamente por la acción del Ejército causante de un daño que fué ajeno a la conducta desplegada por la víctima ARNULFO RAMIREZ IZAQUITA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero señalar que la Sala encuentra acertado el manejo jurídico que al caso examinado le dió el juzgador de Primera instancia. En efecto, si bien en algunos apartes del proceso se insinua la posible existencia de una falla del servicio a cargo del Ejército Nacional, en el ejercicio preventivo de sus funciones, es lo cierto que también obran constancias procesales de que el presonal armado fué agredido y por tal razón hubo de reaccionar para controlar la agitada situación de orden público y social que se vivía en el nororiente colombiano por razón de la marcha campesina efectuada en mayo de 1988 con destino a la ciudad de Bucaramanga.

La teoría de la responsabilidad por daño especial acogida por el Tribunal para decidir el caso bajo estudio, encuentra su fundamento en el principio de la igualdad ante las cargas públicas y constituye un régimen excepcional de responsabilidad extracontractual de la administración, en virtud del cual, corresponde al Estado la indemnización de los perjuicios inferidos a los administrados cuando los mismos sean consecuencia de un actuar legítimo estatal. Ese daño causado debe ser de carácter anormal, de naturaleza muy especial, respecto de los que comúnmente deben soportar las demás personas. En tales condiciones se entiende que por razones fundadas en la equidad, el solo damnificado no tiene por qué soportar el daño causado, no le corresponde sufrir un perjuicio que constituye para él una carga especial, y ante tal ocurrencia debe el Estado asumir la carga indemnizatoria de los daños ocasionados, para mantener así el principio de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

Esta teoría del daño especial tiene perfecta aplicación en el *sub-júdice*. Para la Sala está suficientemente claro que el occiso Arnulfo Ramírez Izaquita fué ajeno a los hechos que generaron la actuación armada de los militares, y precisamente porque con su conducta no provocó los disparos de los militares que segaron su vida al pretender imponer el orden y reaccionar contra quienes los agredían, no había razón entonces, para que Ramírez Izaquita tuviera que asumir la carga pública impuesta con el comportamiento armado de la tropa, que en su caso concreto superó la capacidad normal de sacrificio que como ciudadano le correspondía.

En las anteriores condiciones corresponde a la Nacion asumir la responsabilidad por la muerte de Arnulfo Ramírez Izaquita, que si bien no se originó en una falla del servicio y por lo tanto en una actividad ilícita, irregular o ilegítima de la administración, si resulta antijurídico, en cambio, el daño causado, circunstancia ésta que frente al artículo 90 de la Constitución Politica vigente, permite reafirmar la declaración de responsabilidad contenida en la sentencia comentada.

Con relación a los perjuicios de orden moral, observa la Sala que estos fueron reconocidos por valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para el padre del occiso y de 200 gramos de oro para cada uno de los hermanos. El reconocimiento para los hermanos lo encuentra la Sala inferior al monto que normalmente se ha aplicado para estos familiares. Sin embargo, dada, de una parte, la razonable discrecionalidad del fallador para tasar el valor de estos perjuicios y, de otra, que por venir de la sentencia en grado de consulta, no puede hacerse más gravosa la situación de la administración, habrá de mantenerse esta condena.

Ahora bien, con respecto a los perjuicios materiales dispuso, el Tribunal el reconocimiento, en abstracto, de los mismos en la modalida de lucro cesante para el progenitor y los hermanos de la víctima. La base probatoria de lo decidido por el *a-quo* fue la declaración de José Vicente Santamaria Ferreira (folio 162), quien relato que el occiso laboraba como jornalero y ganaba "como treinta y seis mil pesos mensuales", manifestación que el Tribunal consideró insuficiente para acreditar el ingreso mensual de la víctima, por lo que determina la posterior liquidación incidental.

No comparte la Sala el criterio anterior, es decir, el que reconoce los perjuicios materiales por lucro cesante, en razón a que la única prueba acerca de la pretendida colaboración económica del occiso para con su progenitor y sus hermanos, es precisamente el declarante antes mencionado, dada la forma simple y genérica de su respuesta frente al tema de la dependencia económica, así como la inactividad probatoria que sobre el particular tuvo la parte actora a cuyo cargo correspondía la demostración no sólo de la actividad laboral y de los ingresos percibidos, sino también y con mayor razón aún para acreditar la existencia de los perjuicios, la cual debe comprobarse en el proceso, más nó durante el trámite incidental destinado exclusivamente a cuatificar el monto concreto de aquellos.

Visto lo anterior, concluye la Sala que debe revocarse el ordinal tercero del fallo consultado por medio del cual se condenó en abstracto a la Nación al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesanter, en favor de los demandantes.

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales Primero, Segundo, Cuarto y Quinto de la sentencia consultada, esto es, la proferida el 23 de junio de 1993 por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: REVOCASE el ordinal Tercero del fallo consultado.

TERCERO: Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.CAA., expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, para las partes y con las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Rutn Stella Correa Palacio, Secretaria.

SECCION CUARTA

AUXILIO DE TRANSPORTE / DEDUCCON POR SALARIOS

De acuerdo con las prevenciones de los artículos 127 Y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, el AUXILIO DE TRANSPORTE, no es un factor constitutivo de Retribución de servicios y por lo tanto no constituye salario. Consecuentemente aquel no integra la base para la liquidación de aportes parafiscales. Es procedente entonces la deducción por aportes.

RENTA DE FUENTE NACIONAL / RETENCION EN LA FUENTE / DEDUCCION POR SALARIOS

Se considera de fuente nacional y por ende sometidos al impuesto de renta, entre otros los siguientes ingresos: las rentas de trabajo tales como sueldos, comisiones, honorarios, compensaciones por actividades culturales, artísticas, deportivas y similares o por la prestación de servicios por personas jurídicas, cuando el trabajo o la actividad se desarrolle dentro del País. Lo anterior significa que los rendimientos obtenidos por los mismos conceptos, no se califican de fuente nacional cuando la actividad, el trabajo, se ejecuta fuera del país. No están sometidos aquellos al impuesto de renta y por ende para la procedencia de la deducción de aquellos que efectúan pagos, no existe la obligación de efectuar la retención en la fuente.

DEDUCCION POR PAGOS AL EXTERIOR / RENTA DE FUENTE NACIONAL.

No puede admitirse que uno debe ser el análisis de los requisitos para la procedencia de la deducción (comisiones y sueldos pagados

en el exterior) y otro el de los ingresos para quienes reciban los pagos, porque la retención en la fuente es una figura instituida para que el responsable recaude el impuesto de renta que generan los pagos o abonos y en el caso que se atiende los efectuados por concepto de comisiones y sueldos, por no constituir ingreso de fuente nacional para quienes los reciben no resultan gravados con aquel impuesto en Colombia. Tampoco puede afirmarse que uno es el concepto de ingresos de fuente nacional y otro el de rentas de la misma fuente porque éste está involucrado dentro del primero y menos mantener el rechazo de la deducción porque la sociedad no relacionó los pagos porque tal información se aportó desde la respuesta al requerimiento especial.

COSTOS - Requisitos / DEDUCCIONES - Requisitos / RETENCION EN LA FUENTE

El desconocimiento de los costos y deducciones cuando se omite acreditar la retención en la fuente, es una sanción expresamente consagrada por el numeral 2o. del artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, que únicamente puede aplicarse en la liquidación de revisión, rechazando en ella tales costos y deducciones y por tal razón el término para imponerla corre parejo con el que tiene la Administración para practicar la revisión. El término previsto en el art. 85 de la ley 95 de 1983 para imponer "las demás sanciones" no cobija a ésta que es una sanción *sui generis* que precisamente consiste en el rechazo de los costos y deducciones que carezcan de la condición de la retención en la fuente y por ende no puede imponerse en un acto administrativo distinto de la liquidación misma de revisión.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C, primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4743 Actor: LABORATORIOS AYERST HORMONA S.A. IMPUESTO RENTA.- FALLO -.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial tanto de la Dirección de Impuestos Nacionales como de la Sociedad LABORATORIOS AYERST HORMONA S.A., contra la sentencia del 11 de diciembre de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta, por el año gravable de 1984.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS:

Con fundamento en la declaración de renta y en la respuesta al Requerimiento Especial 062 del 6 de mayo de 1987, la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó la Liquidación Oficial 576 del 10 de agosto de 1987.

De las deducciones propuestas rechazó: salarios y demás pagos laborales sobre los cuales no demostró haber efectuado los correspondientes aportes parafiscales, de conformidad con lo preceptuado en el parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, Ley 21 de 1982 y artículo 127 del C.S.T. por valor de

.....	$ 3'895.216
aportes parafiscales, por no estar certificados	372.940
sueldos, comisiones y pagos menores a $58.000	
abonados en el exterior.....	6'749.529
y pagos sobre los cuales no demostró haber	
efectuado retención en la fuente por valor de	4'175.292

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración., por Resolución 258 del 15 de noviembre de 1988, modificó la decisión oficial. De la primera de las deducciones desestimadas aceptó, las correspondientes a vacaciones causadas por la suma de $ 3'146.655 y de las últimas la suma de $ 3'382.088 sobre las cuales la sociedad comprobó haber efectuado la retención en la fuente, o no estar sometida a tal obligación. Esto es que en total admitió deducciones por valor de $6'528.743.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción, la nulidad de la operación administrativa como consecuencia se restablezca el derecho aceptando, deducciones por concepto de pagos laborales por valor de $513.128, gastos en el exterior por $6'749.529 y otros gastos erróneamente rechazados por falta de retención en la fuente por $516.577.

Que se efectúe una nueva liquidación del impuesto a cargo de la sociedad por el año gravable de 1984, fijándolo en el valor de $29'611.102 y que se ordene la devolución de las sumas que se hayan pagado en exceso del valor a que se refiere la petición anterior, junto con los intereses del caso.

Pide el apoderado judicial el reconocimiento de las deducciones finalmente desestimadas por la Administración Tributaria, por los siguientes conceptos:

SECCION CUARTA

Subsidio de transporte por.....	$ 513.128
Gastos en el exterior por.....	6'749.529
y otras erogaciones por.....	516.577

Alega en relación con sus pretensiones en síntesis que:

El subsidio de transporte no es una "retribución de servicios", se entiende incorporado al salario solo para efectos de la liquidación de prestaciones sociales del trabajador, pero en estricto sentido jurídico no es un elemento integrante de él. En consecuencia concluye que, aquél no debe incorporarse como base de cálculo para efectos de los aportes parafiscales. Se apoya en lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y en la sentencia de fecha 17 de febrero de 1981 por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia fijó el alcance del artículo 7 de la Ley 1a. de 1963.

El rechazo de los gastos efectuados en el exterior es improcedente porque, los pagos corresponden a salarios, comisiones y honorarios por servicios prestados por fuera del país, que no constituyen renta de fuente nacional para los beneficiarios y por lo tanto no están sujetos a retención alguna.

Entiende que si en los términos del numeral 5o. del artículo 14 del Decreto 2053 de 1974, aquellos pagos no constituyen rendimientos de fuente nacional para quienes los perciban, la empresa por él representada no está obligada, so pena del rechazo como deducción, a efectuar retención en la fuente, ni a título del impuesto de renta, ni tampoco del de remesas porque éste se causa únicamente sobre las rentas o ganancias ocasionales que son de fuente nacional. Invoca el contenido de los artículos 6 y 11 del Decreto 2579 de 1983.

En cuanto a las otras erogaciones por $516.577 desestimadas por falta de retención en la fuente, insiste en que la suma de $126.693 corresponde a pago de servicios, que no están sometidos a retención en la fuente, de acuerdo con el artículo 6o. del Decreto 2775 de 1983, puesto que corresponden a abonos individuales Inferiores a $2.000. La suma de $61.840 es representativa de reembolsos por gastos realizados por terceros por cuenta de la sociedad, que no constituyen renta para quien los percibe y por ende tampoco sobre ellos la sociedad estaba obligada a efectuar la retención. En lo que se refiere a la suma de $222.395 correspondiente a pagos por fletes y acarreos, se remite el apoderado a la etapa probatoria del proceso.

Finalmente sostiene que como la Administración Tributaria, además de exigirle a la empresa retención en la fuente sobre pagos legalmente no sujetos a ella, le rechazó costos y gastos por la omisión, le impuso una sanción estando

ya prescrita la oportunidad para imponerla. Se fundamenta en el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982 y en el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 11 de diciembre de 1992, atendió parcialmente las súplicas de la demanda.

Con Fundamento en el dictamen pericial solicitado y decretado por el Tribunal, en jurisprudencia emitida por la Corporación y en los artículos 14 del Decreto 2053 de 1974 y 11 del Decreto Reglamentario 2579 de 1983, aceptó la deducción del subsidio de transporte por la suma de $513.128, comisiones por valor de $3'862.159 y sueldos por $2'259.726.

En cuanto a las partidas rechazadas por falta de retención en la fuente, no obstante encontrarse satisfecha la obligación respecto a la suma de $268.790 admitió el total solicitado por valor de $516.577 en virtud de que siendo el rechazo una sanción, en los términos del artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, la facultad de imponerla ya estaba prescrita, según los postulados del artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, vigente para la época en que sucedieron los hechos.

DE LA APELACION:

El apoderado judicial de la entidad demandante apela. No obstante que la sentencia resulta favorable en la parte resolutiva a sus pretensiones, la actora, también impugna la sentencia porque encuentra contradicciones en la parte motiva.

Entiende que el *a-quo* se confundió al pronunciarse sobre la improcedencia del reembolso de gastos de transporte y varios en ventas por $7'482.000 porque ésta no fue una petición de la demanda. Simplemente fue un argumento más con el que se pretendió respaldar el derecho a deducir la suma de $513.128, por concepto de pagos laborales que a la postre fueron reconocidos en la sentencia.

Se muestra inconforme porque no se le reconocieron las sumas de $627.644 correspondientes a gastos en el exterior y de $247.787, por falta de retención, sin tener en cuenta que aquellas partidas están amparadas por una presunción de veracidad como quiera que están certificadas por Revisor Fiscal.

Con argumentos similares a los que sirvieron de fundamento a la operación administrativa impugnada, la apoderada de la Dirección de Impuestos apela. Pide se revoque la sentencia y en consecuencia se ratifique la decisión de las Oficinas de Impuestos.

SECCION CUARTA

Insiste en que el subsidio de transporte es un factor de salario y siendo así para la procedencia de su deducción es necesario acreditar que sobre él se efectuaron los aportes parafiscales.

No está de acuerdo con la aceptación de la deducción por concepto de gastos en el exterior por la suma de $6'749.529 sin haberse acreditado la retención en la fuente a título del impuesto de renta y del de remesas, porque en su opinión los pagos sí constituyen ingresos de fuente nacional para quienes los reciben. De otra parte observa que en cuanto a la suma de $627.644 la sentencia es contradictoria, como quiera que en la parte motiva la desestima por falta de prueba y en liquidación efectuada para determinar el impuesto a cargo, la reconoce como deducción.

Finalmente considera equivocada la aplicación del artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, si se tiene en cuenta que el rechazo de los costos y deducciones por falta de retención en la fuente, se efectuó a través de la liquidación de revisión oportunamente practicada.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado de la parte demandante se remite a todos los argumentos y pruebas presentadas durante el trámite del proceso.

El apoderado de la Administración comparte los argumentos de la apelación y además muestra su desacuerdo con la sentencia porque ordenó la devolución de un saldo a favor con quebrantamiento del artículo 861 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

Debe dilucidar la Sala si es procedente o no aceptar las deducciones propuestas por la sociedad y que rechazó la Administración Tributaria y después, si estaba o no prescrita la sanción prevista por el numeral 2o. del artículo 72 del Decreto 3803 de 1982.

DEDUCCIONES: AUXILIO DE TRANSPORTE

Reiterada ha sido la jurisprudencia proferida por esta Sección sobre la naturaleza jurídica de este pago. Ha dicho que de acuerdo con las prevenciones de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, el **AUXILIO DE TRANSPORTE**, no es un factor constitutivo de retribución de servicios y por lo tanto no constituye salario. Consecuentemente aquél no integra la base para la liquidación de aportes

parafiscales. Es procedente entonces la deducción (sobre este particular se pronunció la Corporación en la sentencia del 30 de abril del año en curso, con ponencia del Consejero: Dr. Delio Gómez Leyva, en el expediente 4246, actor: Thomas de la Rue de Colombia S.A. y en la del 9 de julio del mismo ejercicio, en el expediente 4506, actor: Papelería Mercantil Ltda.)

GASTOS POR PAGOS EN EL EXTERIOR:

Como se anotó en el recuento de los antecedentes administrativos, la Oficina de Impuestos desestimó de las deducciones propuestas por la sociedad las correspondientes a comisiones por valor de $3'862.159, sueldos por $2'259.726 y pagos menores de $58.000 por un total de $627.644, porque todos fueron efectuados en el exterior y sobre los mismos no se satisficieron los requisitos exigidos por el artículo 64 numeral 2o. del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con el artículo 16 numeral 21 del Decreto 80 de 1984. Esto es, no se remitió "la relación discriminada de los gastos y del concepto de los pagos, certificada por Revisor Fiscal o Contador Público, en donde constara que los gastos relacionados estaban debidamente contabilizados y respaldados por comprobantes externos", ni los comprobantes de consignación de lo retenido a título de los impuestos de renta y remesas.

Con la respuesta al requerimiento especial la contribuyente remitió la relación de aquellos gastos, certificada por Revisor Fiscal y en la cual éste hace constar que "los gastos tienen relación de causalidad con las rentas de fuente dentro del país y que dichos gastos están debidamente contabilizados y respaldados por comprobantes externos" (fl. 408 Ant. Ad.).

Vale decir, la contribuyente subsanó la deficiencia en cuanto al primer requisito, pero en relación a la comprobación de la retención en la fuente sobre aquellos pagos, ha sostenido desde entonces y ante la jurisdicción que, está eximido del cumplimiento de aquella obligación. Los abonos, dice, "no constituyeron para sus beneficiarios ingresos susceptibles de ser calificados como rentas de fuente nacional, de donde infiere que no es procedente la retención en la fuente ni a título de renta y por ende tampoco del de remesas".

El dictamen pericial solicitado por la empresa y decretado por el Tribunal sobre los libros de contabilidad, dá cuenta de quiénes fueron los beneficiarios de los pagos que por concepto de comisiones y sueldos efectuó la sociedad en el exterior por las sumas de $3'862.159 y $2'259.726. Aporta fotocopias autenticadas de los contratos de trabajo, comisiones y agencias, certificados por los respectivos Cónsules de Colombia, documentos con los cuales se evidencia que las actividades desarrolladas por los terceros se prestaron en el exterior.

SECCION CUARTA

En los términos del artículo 14 del Decreto 2053 de 1974, se consideran de fuente nacional y por ende sometidos al impuesto de renta de conformidad con lo preceptuado por los artículos 15 a 17 del mismo Estatuto, entre otros los siguientes ingresos:

> "5. Las rentas de trabajo tales como sueldos, comisiones, honorarios, compensaciones por actividades culturales, artísticas, deportivas y similares o por la prestación de servicios por personas jurídicas, cuando el trabajo o la actividad se desarrolle dentro del país" (subraya la Sala).

Lo anterior significa que los rendimientos obtenidos por los mismos conceptos transcritos, no se califican de fuente nacional cuando la actividad, el trabajo, se ejecuta fuera del país. No están sometidos aquéllos al impuesto de renta y por ende para la procedencia de la deducción de aquéllos que efectúan los pagos, no existe la obligación de efectuar la retención en la fuente.

En cuanto a los "otros gastos" efectuados en el exterior por la suma de $627.644 es improcedente la deducción, por cuanto según el dictamen, no se encuentran respaldados por documentos contables y aquél no fue objetado por la reclamante dentro de la oportunidad legal. Por lo demás, en ausencia de respaldo contable la certificación del Revisor Fiscal resulta ser prueba incompleta.

En efecto, de no ser procedente la comprobación de la retención en la fuente para la viabilidad de las comisiones y sueldos pagados, observa la Sala que la deducción por aquellos conceptos no excede de la limitación del 10% de la renta líquida de la contribuyente computada antes de la deducción, como lo prevé el inciso final del artículo 64 del Decreto 2053 de 1974.

De acuerdo con lo anterior, está la Sala de acuerdo con el Tribunal en que es aceptable la deducción propuesta por la sociedad respecto a las comisiones y sueldos pagados en el exterior. Empero, por falta de respaldo contable debe mantenerse el rechazo de las demás erogaciones abonadas por la suma de $627.644.

Los argumentos esgrimidos por la Administración para mantener el rechazo de los abonos por concepto de comisiones y sueldos pagados en el exterior resultan desacertados.

No puede admitirse cómo aquélla pretende que uno debe ser el análisis de los requisitos para la procedencia de la deducción y otro el de los ingresos para quienes reciban los pagos, porque la retención en la fuente es una figura instituida para que el responsable recaude el impuesto de renta que genera los

pagos o abonos y en el caso que se atiende los efectuados por concepto de comisiones y sueldos, por no constituir ingreso de fuente nacional para quienes los reciben no resultan gravados con aquel impuesto en Colombia.

Tampoco puede afirmarse que uno es el concepto de ingresos de fuente nacional y otro el de rentas de la misma fuente, porque éste está involucrado dentro del primero; y menos mantener el rechazo de la deducción porque, la sociedad no relacionó los pagos, porque como se anotó anteriormente, la información al respecto se aportó desde la respuesta al requerimiento especial (fl. 408) y después se ratificó en el dictamen pericial donde se comprobaron los pagos.

RECHAZO DE PAGOS POR FALTA DE RETENCION EN LA FUENTE:

En concreto la contribuyente apela porque se le desconoció como deducción la suma de $247.787 por falta de retención en la fuente, que según ella fue certificada por Revisor Fiscal, y la Administración Tributaria porque no obstante el Tribunal haberla rechazado en la parte motiva de la sentencia, la acepta como erogación al practicar la liquidación del impuesto.

Sobre el particular advierte la Sala que tuvo razón el *a-quo* de aceptar de la partida de $516.577 correspondiente a honorarios, fletes, acarreos y servicios varios "la suma de $268.790 por cuanto sobre ésta se constató su registro contable y se comprobó la retención en la fuente". Esto es, se mantuvo el rechazo de la partida de $247.784 correspondiente a los efectuados a Taller J.R. por $103.475. Fletes y acarreos varios por $17.619 y servicios varios por $126.693 porque sobre estos pagos no se acreditó aquélla.

Sobre el particular se consigna en el dictamen pericial (fl.11), lo siguiente:

> "Del valor de $516.577 correspondiente a "honorarios, fletes y acarreos y servicios varios", se constató que $268.790 están debidamente registrados, soportados y se les practicó la retención en la fuente. A las partidas de $17.619 y $126.693, valores globales relacionados en el cuadro No. 3, columna valor bruto, renglones penúltimo y último no se pudo establecer sus soportes y registro contable por lo tanto se liquidó el valor que correspondía por retención en la fuente, aplicando el 1 y 4% respectivamente; a Talleres J.R. se le estableció un menor valor de retención de $4.139 y a Colmáquinas un mayor valor de $2.847, obteniéndose un valor total de $6.536 por concepto de retención no practicada por el año de 1984"

SECCION CUARTA

De esta prueba se corrió traslado a las partes por auto del 7 de junio de 1991 sin que se hubiera objetado dentro del término legal (fl. 158 C.P.) de suerte que en defecto de aquél no puede invocarse como prueba la certificación del Revisor Fiscal porque en tales circunstancias ésta también resulta incompleta.

SANCION DESCONOCIMIENTO DE COSTOS Y DEDUCCIONES POR FALTA DE RETENCION EN LA FUENTE. ARTICULO 72 DEL DECRETO 3803 DE 1982.

En la sentencia apelada el Tribunal no incurrió en las virtuales contradicciones que alegan tanto la parte demandante como la demandada. Dió cabida a la tesis expuesta por la primera en relación con la sanción prevista por el artículo 72 numeral 21 del Decreto 3803 de 1982. Esto es que por haber sido presentada la declaración de renta 1984, el 6 de mayo de 1985, y practicada la liquidación de revisión el 6 de agosto de 1987, la facultad para efectuar los rechazos por costos y deducciones, por carencia de la retención en la fuente ya estaba prescrita.

Y siendo así las partidas de $627.644 y $247.878 no obstante no estar acreditada la retención en la fuente aquéllas debían ser aceptadas y por eso las tuvo en cuenta como deducción al depurar la base rentística.

Para la Sala es claro que el desconocimiento de los Costos y deducciones cuando se omite acreditar la retención en la fuente, es una sanción expresamente consagrada por el numeral 2o. del artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, que únicamente puede aplicarse en la liquidación de revisión, rechazando en ella tales costos y deducciones y por tal razón el término para imponerla corre parejo con el que tiene la Administración para practicar la revisión.

El término previsto en el artículo 85 de la Ley 9a. de 1985 para imponer "las demás sanciones" no cobija a ésta que es una sanción *sui generis* que precisamente consiste en el rechazo de los costos y deducciones que carezcan de la condición de la retención en la fuente y por ende no puede imponerse en un acto administrativo distinto a la liquidación misma de revisión.

Sobre este tema, en sentencia del 26 de agosto de 1991, expediente 2795, actor: Almacenes Roca S.A., Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn), dijo la Sala:

> "Si bien es cierto que el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983 (inciso 3o.) establece un término de dos años para aplicar las sanciones diferentes a la de inexactitud y aforo, al haberse aplicado mediante liquidación de revisión la sanción en litigio, la prescripción queda vinculada a la señalada

por la ley para el proceso de revisión, toda vez que aquélla fue consecuencia de dicho proceso y por lo mismo su aplicación queda supeditada al término de revisión, en virtud del principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

Así las cosas, la facultad de imponer la sanción prevista por el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, DESCONOCIMIENTO DE LOS CORRESPONDIENTES COSTOS Y DEDUCCIONES, no estaba prescrita. Se impuso dentro de la oportunidad legal como lo fue la práctica de la liquidación de revisión.

Finalmente estima la Sala que tiene razón el apoderado de la Administración de Impuestos, al criticar la imputación de pagos que efectuó el Tribunal al practicar la nueva liquidación de impuestos, por cuanto sobre la materia esta Sección ha dicho:

"El tema relacionado con el pago del impuesto a cargo, fijado en la providencia final o la compensación o devolución de un eventual sobrante forma parte de la consecuencia del fallo, o cumplimiento de sentencia, el cual da lugar a un trámite administrativo de comprobación de los pagos efectuados a efectos de cancelar el faltante o devolver el sobrante, según el caso, actuación que inclusive puede dar lugar a discrepancias o controversias con la Administración que eventualmente podrían ser materia de otro litigio". (exp. 3373, actor: Promotora Alfa S.A., auto enero 31 de 1992).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es procedente practicar una nueva licitación del impuesto de renta a cargo de la sociedad, la cual quedará en los siguientes términos:

RENTA		BASE	IMPUESTO
La gravable determinada en la Resolución 258 del 15 de nov./88.		$87'760.869	
Menos: lo aquí reconocido			
Subsidio de transporte	513.128		
Sueldos y comisiones pagadas en el exterior	6'121.885		
Otros pagos sobre los que se acreditó ret...	268.790	6'903.803	
Renta Gravable.....		80'857.066	32'342.826
Menos: Descuentos Tributarios...			2'085.016
Impuesto Neto de Renta.....			30'257.810

Menos: Descuentos por renunciar a corregir.....	295.536
TOTAL A CARGO.....	$29'962.274

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

FALLA:

1°. REVOCASE la sentencia apelada, proferida el 11 de diciembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio No. 6806.

2°. ANULANSE los actos administrativos contenidos en la Liquidación de Revisión 576 del 10 de agosto de 1987 y la Resolución 258 del 15 de noviembre de 1988, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y ,correspondiente al impuesto de renta, año gravable 1984.

3°. FIJASE en la suma de VEINTINUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS ($29'962.274) el valor del impuesto de renta a cargo de la sociedad LABORATORIOS AYERST HORMONA S.A. identificada con el NIT: 860.002.385, por el año gravable 1984.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INGRESO NETO - Determinación / RENTA GRAVABLE - Determinación

Los ingresos brutos para ser netos solo admiten que sean deducidas sumas por concepto de devoluciones, rebajas y descuentos sino porque sin lugar a dudas, esa operación que pretende excluir de la base para calcular la renta presuntiva no es imputable a cosa distinta que a costos de la actividad, y por lo tanto al descontarla el resultado obtenido, no es el ingreso neto sino la renta bruta. El sistema ordinario y general es el de la depuración que parte de los ingresos brutos de los cuales se descuentan las devoluciones, rebajas y descuentos y de éstos los costos para obtener la renta bruta y de ésta las deducciones para llegar a la renta líquida y de esta las exenciones para obtener la renta líquida gravable. La ley autoriza otros sistemas como el de comparación de patrimonios y el de renta presuntiva.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativa-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1°) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4749. Actor: COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS S.A. IMPUESTO RENTA. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS S.A., contra la sentencia del 22 de enero del año en curso, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda de nulidad y

restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable de 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en la respuesta al Requerimiento Especial 12 de mayo 2 de 1989 y en la declaración de corrección radicada el 13 de julio de 1987, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la Liquidación de Revisión 017 del 9 de agosto de 1989.

Determinó la renta líquida gravable por el sistema de renta presuntiva, con base en los ingresos netos declarados en el año gravable 1986 y el anticipo de conformidad con el artículo 94 de la Ley 9a. de 1983. No excluyó de la base del cálculo del rendimiento presuntivo, ingresos que en opinión de la contribuyente no hacen parte de aquélla porque no son susceptibles de generar incremento de patrimonio.

Interpuesto el recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 005 del 17 de mayo de 1990, confirmó la decisión oficial.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos en cita y como consecuencia "se restablezca el derecho que le asiste a la sociedad para liquidar y pagar el impuesto de renta por dicho año de acuerdo con la liquidación privada determinada en la declaración de renta". Y se ordene acreditar la cuenta corriente con el menor valor que resulte.

Como disposiciones infringidas cita entre otras las siguientes:

-artículo 15 del Decreto 2053 de 1974

-artículo 17 del Decreto 187 de 1975

-artículo 15 de la Ley 9a. de 1983

-artículo 3o. del Decreto 353 de 1984 y

-artículo 184 del Estatuto Tributario

Se muestra en desacuerdo el apoderado con la operación administrativa, en síntesis, porque en su entender en la base del cálculo de la renta presuntiva sobre ingresos, sólo deben incluirse aquéllos realizados durante el ejercicio fiscal,

que sean susceptibles de incrementar el patrimonio simultáneamente a la percepción de los mismos. Esto es, que no se incorporan dentro de aquella base "lo que un contribuyente percibe para sustituir un bien que ya poseía, por otro, por cuanto este ingreso no es susceptible de enriquecer".

Impugna la modificación del anticipo determinado en la liquidación privada del año gravable 1986, porque el impuesto correspondiente a 1987 se encuentra determinado y pagado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 22 de enero del año en curso denegó las pretensiones de la sociedad. Para el a quo es claro que para la determinación de la renta presuntiva, la Administración no hizo otra cosa que ceñirse estrictamente a la ley, y en relación con el cálculo del anticipo desatendió las pretensiones porque el actor no citó la norma violada ni explicó el concepto de violación, como lo ordena el artículo 137 en su ordinal 4 del C.C.A.

DE LA APELACION

El apoderado de la demandante apela. Reitera las peticiones y argumentos formulados en la demanda. Pide se revoque la sentencia impugnada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la entidad demandada reitera los argumentos que sirvieron de sustento a la operación administrativa impugnada. Solicita se confirme la providencia materia de alzada.

El apoderado de la sociedad insiste en todos y cada uno de los Planteamientos expuestos a través de todo el proceso-. Los ingresos substraídos para calcular la renta presuntiva en la declaración de renta de 1986, dice, no constituye una disminución de los ingresos netos de la sociedad, sino de aquellos conceptos que "no son susceptibles de crear un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción".

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

RENTA PRESUNTIVA SOBRE INGRESOS

Sobre el tema base de cuestionamiento se ha pronunciado reiteradamente la Sala. Con ocasión del proceso promovido por la misma contribuyente y en donde ésta planteó idénticos argumentos con relación al año gravable 1985, esta Sección en sentencia del 4 de diciembre de 1992 (exp. 4145), dijo:

> "Sea lo primero señalar, que de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 353 de 1984, parágrafo primero, "se entiende por ingreso neto, el valor de los ingresos brutos realizados durante el año, menos los descuentos, rebajas y devoluciones". Resulta de una absoluta claridad, habida cuenta del texto anterior, que la ley únicamente permite, para establecer el monto de los ingresos netos, deducir las sumas correspondientes a los conceptos arriba citados.
>
> La apelante, tomando como base el contenido del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, afirma que para que un ingreso sea neto, debe ser capaz de incrementar el patrimonio al momento de su percepción. Considera que las sumas no incluídas para determinar el ingreso neto, no tenían la potencialidad de incrementar su patrimonio, puesto que provenían del cambio de unos activos por otros.
>
> No puede aceptar la Sala la manera como el representante judicial de la contribuyente justifica la exclusión de dichos activos, no solo porque, como ya se estableció, los ingresos brutos, para ser netos, solo admiten que sean deducidas sumas por concepto de devoluciones, rebajas y descuentos, sino porque, sin lugar a dudas, esa operación que pretende excluir de la base para calcular la renta presuntiva no es imputable a cosa distinta que a costos de la actividad, y por lo tanto, al descontarla, el resultado obtenido, como bien afirmó el juez de primera instancia no es el ingreso neto sino la renta bruta. El apelante sufre una lamentable confusión de los sistemas adoptados por la ley para determinar la renta de los contribuyentes. El sistema ordinario y general es el de depuración que parte de los ingresos brutos de los cuales se descuentan los conceptos de devoluciones, rebajas y descuentos (casualmente porque no son ingresos) y de éstos los costos para obtener la renta bruta y de ésta las deducciones para llegar a la renta líquida y de ésta las exenciones para obtener la renta líquida gravable. La ley autoriza otros sistemas especiales como el de la comparación de patrimonios, el de la renta presuntiva, el de la renta proporcional (transporte internacional) y otros que se apartan del modelo normal de depuración y

adopta conceptos propios a los cuales es necesario atender, por ser especiales.

En el sistema de renta presuntiva no se trata de obtener un dato de renta bruta real, sino precisamente por ser la líquida inferior a una hipotética que ha debido producir (según porcentajes y bases fijadas por la ley), se adopta ésta y no otra. Por ello no juega el concepto de los "costos" en la misma forma como incluyen en el sistema ordinario.

Por lo demás, el artículo 3o. del Decreto 353 de 1984 es claro al señalar que, para efectos de establecer la base de cálculo de los ingresos con el fin de determinar la renta presuntiva, únicamente se pueden restar, aparte de las sumas por conceptos de Revoluciones, rebajas y descuentos, los valores que correspondan a los *items* en él enumerados.

De acuerdo con lo expuesto la Sala comparte la decisión del *a-quo*. La contribuyente se equivocó al fijar la base de renta presuntiva sobre ingresos, como quiera que ha debido calcularla sobre la misma suma que denunció en el renglón 181 del formulario rentístico, o sea, sobre el total de ingresos netos constitutivos de renta, declarados por valor de $1.737.666.208 menos las participaciones recibidas, como se estableció en la operación administrativa recurrida.

ANTICIPO

La Sala está de acuerdo con el *a-quo*. El apoderado manifestó su desacuerdo con la determinación del anticipo para el año gravable de 1987, pero en la demanda no cumplió con las prevenciones del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. Esto es, no citó las normas que consideró quebrantadas, ni explicó el concepto de violación.

Tampoco lo hizo en el memorial de apelación. En éste reiteró las ya citadas en la demanda y aunque en el alegato de conclusión fundamentó la inconformidad las críticas resultan además de extemporáneas, incompletas porque tampoco se refirió a aquéllas.

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

SECCION CUARTA

F A L L A

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio No. 7870

Cópiese, notifíquese, comuniquese y devuélvase al Tribunal de orígen. Cumplase

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DEDUCCION POR PENSIONES / PENSION SANCION / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Actualización

Los Decretos Leyes 2053 y 2348 ambos de 1974 y sus reglamentarios que regulan el tema de las provisiones para el pago de futuras pensiones de jubilación o invalidez, no distinguen entre la pensión de jubilación establecida por el art. 260 del Código de Trabajo y la creada por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que es una jubilación restringida respecto de la primera, de suerte que no pueden los funcionarios de impuestos so pretexto de consultar su espíritu establecer limitaciones que no trajo la ley, así aquella tenga la calidad de sanción, para el patrono. La aprobación impartida por la Supersociedades constituye requisito de viabilidad de la deducción ante las Oficinas de Impuestos. De otra manera no tendría sentido el que las normas tributarías exijan la aprobación de cálculo actuarial por parte de la Superintendencia respectiva.

SANCION POR INEXACTITUD - Procedencia / DEDUCCION - Improcedencia

Los gastos correspondientes a otras vigencias fiscales, así como aquellos que carecen de justificación o comprobación en contabilidad al ser incluidos en la respectiva declaración tributario con tal carácter, afectan la base gravable, originando lógicamente un menor impuesto a cargo, conducta que encaja perfectamente en las previsiones del art. 43 del Decreto 2503 de 1987. Por tanto no es correcta la reducción de la sanción por inexactitud ya que es evidente que dichos gastos no son imputables al año gravable de 1985, y al no ser aplicables a este año, obviamente, son inexistentes para este año, y por lo tanto el haberlos incluido en la declaración tributaria correspondiente generó un menor impuesto a cargo del

contribuyente, configurándose la conducta sancionable por inexactitud.

Consejo de Estado - Sala de lo Contenciosos Administrativo - Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4271. IMPUESTOS RENTA. FALLO. Actor: SOCIEDAD CARTON DE COLOMBIA S.A.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes: Actora: La Sociedad CARTON DE COLOMBIA S.A., NIT: 90.300.406, y la demandada: La Nación Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos nacionales, contra la sentencia de fecha mayo 7 de 1992, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acogió parcialmente las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada sociedad para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la administración de Impuestos de Cali, le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondientes a la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó declaración del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1985, el dia 5 de mayo de 1986, radicada bajo el No. 001068-507 DIN, en la Administración de Impuestos de Cali. Esta declaración fue objeto de corrección, en nuevo formulario presentado el dia 7 de julio de 1986, en cuya liquidación privada determinó el Impuesto a su cargo en la cuantía de $158.944.904.oo.

Por auto comisorio No. 003 del 23 de febrero de 1988, la Sección de Auditoría Externa de la Administración de impuestos de Cali, ordenó inspección a los libros de contabilidad de la contribuyente con el objeto de establecer los valores que para efectos del impuesto de renta y complementarios debió declarar por el año gravable de 1985, y el cumplimiento de las normas tributarias en materia de libros de contabilidad. Los resultados de esta diligencia aparecen expuestos en acta de fecha 28 de abril de 1988.

Con base en la actuación anterior, la Administración expidió el requerimiento especial No. 011 del 28 de abril de 1988, mediante el cual anunció el propósito de modificar la liquidación privada al desestimar diferentes rubros correspondientes a costos y gastos, entre los que se encuentra la reserva para

el pago de futuras pensiones de jubilación, rubro sobre el cual se desestima la suma de, $119.738.537 correspondiente a pensión sanción (pensión restringida) no deducible y gastos de publicidad por $8.078.274. También se propuso sanciones, por inexactitud.

Con fecha 28 de julio de 1988, la sociedad respondió el mencionado requerimiento, cuyas explicaciones no fueron aceptadas, motivo por el cual la División de Liquidación de la misma Administración profirió la liquidación de revisión No. 001 del 27 de enero de 1989, en donde le liquida a la sociedad un mayor valor por concepto de impuestos en la suma de $128.555.395, más una sanción por inexactitud equivalente a la suma de $5.150.096.

Con fecha 27 de marzo de 1989, la sociedad presentó recurso de reconsideración impugnando la totalidad de los rechazos que sirvieron de base a la determinación de los mayores impuestos, así como la sanción por inexactitud.

Por medio de la resolución No. 00005-01 del 23 de febrero de 1990, la División de Recursos Tributarios resolvió el recurso incoado aceptando parcialmente las inconformidades del recurrente. En esta oportunidad se confirmaron los rechazos sobre la deducción para reserva de futuras pensiones de jubilación (pensión sanción), gastos de publicidad y sanción por Inexactitud.

LA DEMANDA:

Inconforme con el proceder plasmado en los actos administrativos antes reseñados la sociedad acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, alegando violación de las siguientes normas:

1°. Artículos 52 del Decreto 2053 de 1974, 9° del Decreto Reglamentario 331 de 1976, 4° del Decreto 3507 de 1981, 7° del Decreto 2348 de 1974, 26, 27, 28, del C.C., 45 del Decreto 2053 de 1974, y Circulares D-2 de 1975, D-15 de diciembre 11 de 1979, y D-12 de diciembre 3 de 1980; al desconocerse la deducción por provisión de la pensión restringida (pensión sanción) desestimando igualmente la amnistía patrimonial del año de 1986, sobre los correspondientes pasivos y el doble rechazo de años anteriores.

2°. Los artículos 31 de la Ley 52 de 1977, 44 del Decreto 2503 de 1987, y 7° por la improcedencia de la sanción por inexactitud sobre los gastos de publicidad soportados con facturas del año de 1984, pero contabilizados en el año de 1985.

3°. Los artículos 26 de la Constitución Nacional, 57 de la Ley 52 de 1977, 152 del C.P.C., 84 del Decreto 01 de 1984, por violación del debido proceso.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, al considerar en lo que al rechazo del cálculo de la reserva para futuras pensiones de jubilación por pensión sanción ($119.738.537) se refiere, que era equivocada la interpretación de la Administración de Impuestos de Cali, en el sentido de que la pensión sanción (pensión restringida) no es deducible porque se asimila a una indemnización, ya que del expediente se establece que la sociedad cumplió con todos los requisitos exigidos por el artículo 52 del Decreto 2053 de 1974, para tener derecho a la deducción por provisión de futuras pensiones de jubilación plena y restringida. Observa además, que sí la Superintendencia de Sociedades aprobó la provisión de pensiones, entre ellas, la restringida, y no existe norma alguna que prohíba expresamente ésta deducción, como la norma solo exige que el cálculo actuarial sea autorizado por la Superintendencia de Sociedades, no existe fundamento legal para no aceptar la deducción de la provisión de la pensión restringida.

Respecto a la sanción por inexactitud impuesta sobre los gastos de publicidad por valor de $8.078.274, cuyo rechazo se acepta en la demanda, estimó el *a-quo* que ella era improcedente en relación con la suma de $2.276.857, partida sobre la que la Administración no estableció que correspondiera a gastos inexistentes, falsos, incompletos, ya que es diferente que dichas deducciones no hubieran sido comprobadas. Y sobre la diferencia consideró que debía mantenerse la sanción por inexactitud, porque la sociedad no comprobó que no se contabilizó este gasto y no se solicitó como deducción en el año de 1984, año en el que se expidieron las facturas.

Finalmente, el *a-quo* desestima las causases de nulidad incoadas, y de acuerdo con la decisión de fondo, practicó el Tribunal nueva liquidación de impuestos fijándolos en la suma de $166.141.378

LA APELACION:

Parte demandada:

La representante judicial de la entidad demandada impugna la sentencia del Tribunal argumentando que éste incurrió en equivocación al estimar que por el hecho de estar aprobada por la Superintendencia de Sociedades la provisión pensión presentada por la sociedad es suficiente para aceptarla fiscal mente, sin tener en cuenta que es por distribución funcional que las autoridades tributarlas

están facultades para aceptar o no una situación tributaria, y porque el hecho de que conforme al artículo 9° del Decreto 331 de 1976 le atribuya a la Superintendencia de Sociedades la revisión del procedimiento utilizado por el contribuyente, no significa que tal aprobación obligue a la Administración Tributaria a aceptar el valor que constituya la deducción solicitada.

Expresa, que de las normas que consagran la deducción por provisiones de pensiones de jubilación, artículos 52 del Decreto 2053 de 1974, 7° del Decreto 2348 de 1974, 8° y 9° del Decreto 331 de 1976, desarrollado por las resoluciones 14413 del 26 de octubre de 1976 y 16922 del 23 de diciembre del mismo año, ambas expedidas por el Ministerio de Hacienda, no se observa que ordenen procedimiento especial alguno para apropiar por concepto de "pensión-Sanción" puesto que el artículo 7° literales f) y g) de la Resolución 14413 hace referencia a trabajadores "retirados" y "despedidos", es decir, hechos cumplidos y no simplemente expectantes, y para los demás trabajadores, con menos o más de diez años de servicio se sigue el procedimiento general de la provisión normal.

Por tanto, considera que la deducción que los contribuyentes pueden solicitar fiscalmente por concepto de provisión para futuras pensiones de jubilación o invalidez debe ceñirse a las normas mencionadas, y que el hecho de que el monto respectivo deba ser aprobado por la Superintendencia de Sociedades, sobré el cálculo que efectúa el contribuyente, no es de método libre, sino que el mismo debe sujetarse en los procedimientos contemplados en la ley.

De otra parte, observa que también discrepa de la reducción de la sanción por inexactitud que hizo el Tribunal, porque la Inclusión de costos y deducciones inexistentes como son los gastos de publicidad desestimados, los cuales están soportados con facturas del año de 1984, por pagos efectuados en este mismo año, determinan claramente la incidencia de un menor valor en la base gravable, que no puede considerarse como diferencia de criterio entre el contribuyente y la Administración, porque las deducciones están señaladas en la ley, los ejercicios fiscales son independientes entre sí, siendo improcedente solicitar deducciones de años diferentes.

Parte Actora:

El apoderado judicial de la sociedad actora, manifiesta que su discrepancia con la sentencia radica en la sanción por inexactitud sobre la suma de $5.801.417 por concepto de gastos de publicidad, confirmada por el Tribunal porque no se demostró que se contabilizó y solicitó en el año de 1984.

Sostiene seguidamente, que de los antecedentes administrativos y especialmente del acta de inspección contable y el auto de archivo de la sanción

por libros, surge que la sociedad contabilizó el gasto en el año de 1985 y no en los libros de 1984, y que como se afirma en el auto en cita, el hecho propuesto obedece a diferencias de criterios con la Administración porque la sociedad lleva su contabilidad por el sistema de causación y los libros al ser llevados conforme a las reglas generalmente aceptadas, permitió a los funcionarios establecer que la facturación de los proveedores expedida en 1984, fue llevada a los libros de 1985.

Observa, que la Administración de Impuestos se limitó a rechazar las facturas fechadas en el año de 1984, contabilizadas en 1985, deduciendo de ahí la supuesta inexactitud pero sin probar que la sociedad solicitó una doble deducción de tales gastos de publicidad de 1984 y 1985, porque la carga de la prueba en este caso la tiene la Administración y no el contribuyente, y la verdad real es que los gastos de publicidad por valor de $5.801.417, corresponden a facturas del año de 1984, contabilizados en 1985, y no solicitados en 1984.

Concluye, que con el fin de mejorar la prueba, solicita admitir y decretar como prueba el certificado del revisor fiscal, que anexa, sobre la no contabilización de los gastos de publicidad que originaron la sanción, en 1984, y sobre la no deducibilidad de los mismos en ese año.

De acuerdo con lo anterior, pide a la Corporación revocar parcialmente la sentencia del Tribunal, en cuanto a la parte de la sanción por inexactitud que no se aceptó.

Adicionalmente se opone a las pretensiones de la apoderada de la Administración de Impuestos, relativas a la deducción por la reserva para la pensión sanción o pensión restringida, y con tal propósito trae a colación sentencia de esta Corporación de fecha 27 de marzo de 1992, Exp. 3796. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, y del 5 de junio de 1992, Exp. 3804 Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, en donde se clarifica cualquier duda al respecto.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, por intermedio de su representante judicial, en su alegato de conclusión, releva que es procedente la sanción por inexactitud impuesta por su representada sobre los gastos de publicidad desestimados en la suma de $8.078.274, cuyo rechazo acepta la sociedad al señalar en el libelo demandatorio que "la sociedad actora tal como se plantea en los hechos de esta demanda, acepta el rechazo de los gastos de publicidad por valor de $8.078.274 por estar soportados en facturas del año de 1984..." es decir que la inexactitud está plenamente

comprobada, por no corresponder estos gastos al año de 1985, ya que las facturas deben registrarse en la vigencia en que se expidan, máxime cuando se lleva contabilidad por el sistema de causación, porque es ilógico que se expidan facturas en el año de 1984, y se contabilicen solo en el año de 1985, lo cual es contrario a la ley.

Así mismo, coadyuva lo dicho por su homóloga de la Administración de Impuestos de Cali, con relación a la deducción por reserva para la pensión restringida o pensión sanción, manifestando que esta no puede considerarse como deducible porque no tiene el carácter de pensión plena, "es una indemnización para el trabajador y una sanción para el patrono por despidos injustificados" es decir, que es un castigo pecuniario que se impone al patrono, dentro de cuyo contexto no puede considerarse como deducción, situación que en su concepto es comparable con los intereses moratorios, que por tener el carácter de "sanción" no son deducibles fiscalmente, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado (sentencia de fecha agosto 4 de 1990. Exp. 46 (sic) Consejero Ponente.- Dr. Carmelo Martínez Conn), razón por la cual considera improcedente la deducción por la reserva para pensión restringida o pensión sanción.

El representante del Ministerio Público en esta instancia no presentó alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o. **Deducción por reserva pensión restringida pensión o sanción:**

La Administración de Impuestos de Cali, desestimó del valor de la cuota anual solicitada por concepto de reserva para pagos de futuras pensiones de jubilación, la suma de $119.738.537, correspondiente a la pensión sanción o pensión restringida, por cuanto según concepto de la Dirección de Impuestos Nacionales, aquélla no tiene el carácter de jubilación sino de indemnización y por ende fiscalmente no es deducible. Para el Tribunal, esta interpretación es equivocada, porque las normas que regulan la deducción por reserva para pensiones futuras de jubilación no excluyen la pensión restringida o pensión sanción, motivo por el cual aceptó la deducción discutida por tal concepto, originando la Inconformidad de la entidad demandada, expuesta por su representante judicial en la apelación que ahora es objeto de estudio por parte de esta Corporación.

La Sala está de acuerdo con la interpretación que sobre el punto en controversia ha esbozado el Tribunal, el cual coincide con el criterio que sobre el mismo ha puntualizado la Corporación en sentencias anteriores, como la del

12 de junio de 1992, Exp. 3804, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, siendo actor la misma sociedad CARTON DE COLOMBIA S.A., (año gravable 1983), oportunidad en la cual expresó en lo pertinente lo siguiente:

> "Los Decretos Leyes 2053 y 2348 ambos de 1974 y sus reglamentarios Decreto 187 de 1975 y Decreto 331 de 1976, que regulan el tema de las provisiones para el pago de futuras pensiones de jubilación o invalidez, no distinguen entre la pensión de jubilación establecida por el Artículo 260 del Código de Trabajo y la creada por el Artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que es una jubilación restringida respecto de la primera, de suerte que no pueden los funcionarios de impuestos so pretexto de consultar su espíritu establecer limitaciones que no trajo la ley, así aquélla tenga la calidad de sanción, para el patrono".

"De la Circular Externa 015 de 1979 de la Superintendencia de Sociedades, se deduce que esta entidad simultáneamente con la Dirección de Impuestos Nacionales ha instruido sobre el trámite y aplicación del Artículo 52 del Decreto 2053 de 1974, pertinente a los cálculos actuariales por pensión de jubilación. Distingue aquélla para el efecto

1. La pensión de jubilación exclusivamente a cargo del patrono

2. La pensión compartida: Instituto de Seguros Sociales y patrono

3. La pensión a cargo del patrono concurrente con la pensión de vejez.

4. Pensión a cargo del Instituto de los Seguros Sociales, y

5. Trabajadores retirados voluntariamente con más de 15 años de servicio."

"Frente a la pensión a cargo del patrono, concurrente con la pensión de vejez y en donde se alude a la denominada "Pensión Sanción" que es la impuesta al patrono que despide sin justa causa a un trabajador con más de diez años de servicio pero menos de veinte, instruye a las sociedades para que al elaborar el cálculo actuarial por la mencionada pensión de jubilación, tenga en cuenta que: sobre el personal que haya sido "despedido sin justa causa" en los años anteriores, debe obtener el manto de su reserva de acuerdo con lo ordenado en el Artículo 267 del Código de Trabajo" y "Para los trabajadores activos que al cierre del ejercicio tenían diez (10) o más años de servicios, pero menos de veinte (20) su reserva se debe obtener aplicando el Artículo 8° de la Ley 171 de 1961"".

"Además destaca la misma Circular que "con estos procedimientos la empresa podrá mostrar estados financieros más reales por cuanto le permite incluir un pasivo laboral exigible en cualquier momento""

"La Superintendencia de Sociedades al aprobar entonces el cálculo actuarial correspondiente al año gravable de 1983 por la suma de $1.400.148.698 distribuido entre pensión de jubilación $1.350.285.912 y por pensión de jubilación restringida $49.862.786 observando que lo hacía de acuerdo con los Artículos 52 y 7 de los Decretos 2053 y 2348 ambos de 1974 y de conformidad con las Circulares 027 y 09 proferidas por la Dirección de Impuestos Nacionales (fl. 13 cuaderno No. 3), está refrendando la actuación de la sociedad, en uso de la competencia que el mismo Estatuto Tributario le asignó, como lo reconoce la misma dependencia oficial en la Circular 27 enunciada, cuando dice:

> "Siendo competencia privativa de la Superintendencia de Sociedades y de la Bancaria, aprobar los cálculos actuariales presentados por las empresas sometidas a su vigilancia por concepto de reserva para pagos futuros de pensiones de jubilación, es lógico suponer que tales entidades exigirán el cumplimiento de los requisitos que la ley impone para la elaboración de un cálculo actuarial de tal naturaleza, máxime cuando cuentan con personal especializado en la materia requerida. Entonces, la aprobación impartida constituye requisito de viabilidad de la deducción ante las Oficinas de Impuestos. De otra manera no tendría sentido el que las normas tributarias exijan la aprobación del cálculo actuarial por parte de la Superintendencia respectiva. (Subraya la Sala)."

En consecuencia, la Sala concluye que a contrario de lo que sostiene la apelante apoderada de la entidad demandada, la sociedad se ciñó a las disposiciones y circulares expedidas por la Superintendencia de Sociedades y Dirección de Impuestos relativas a la reserva o provisión para futuras pensiones de jubilación, que permitían como se vió incluir en su cálculo la pensión restringida o pensión sanción, de donde emerge la procedencia de la deducción fiscal para la misma.

2° Sanción por inexactitud

Esta sanción se originó por el rechazo de las partidas correspondí entes a pagos por concepto de: gastos de publicidad efectuados a Centrum Publicitario por $2.051.808 y a Gráficas Karin por $5.801.417; el primero, porque en la visita contable no se encontraron debidamente soportados (comprobantes externos), y el segundo, porque las facturas que los soportaban fueron emitidas en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1984, es decir, por corresponder a una vigencia fiscal diferente a la cual se solicitaron como

deducción. Se aclara que los rechazos en cuestión, ciertamente como lo pone de manifiesto la apoderada de la entidad demandada, fueron aceptados por la sociedad actora, es decir que sobre los mismos no existe controversia en la demanda contenciosa, en donde solamente se discute la sanción por inexactitud derivada de los mismos.

Conforme al artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, que sirvió de fundamento legal a la actuación administrativa, en lo que a esta sanción se refiere, constituye inexactitud sancionable "...la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes, y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable"-Subraya la Sala-.

Los gastos correspondientes a otras vigencias fiscales, así como aquéllos que carecen de justificación o comprobación en contabilidad al ser incluidos en la respectiva declaración tributaria con tal carácter, afectan la base gravable, originando lógicamente un menor impuesto a cargo, conducta que encaja perfectamente en las previsiones del Artículo 43 del Decreto 2503 de 1987, transcrito antes parcialmente. Por tanto, la Sala acepta la inconformidad de la apoderada de la entidad demandada sobre la reducción de la sanción por inexactitud que realizó el Tribunal *a-quo*.

Y, lógicamente desestima la pretensión del apoderado de la sociedad actora encaminada a obtener la revocatoria de la sanción por inexactitud sobre los gastos soportados con facturas correspondientes a un año gravable diferente al que es materia de estudio. A pesar de los esfuerzos que aquél realiza para demostrar la improcedencia de la sanción, para la Sala es evidente, que dichos gastos no son imputables al año gravable de 1985, y al no ser aplicables a este año, obviamente, son inexistentes para éste año, y por tanto el haberlos incluido en la declaración tributaria correspondiente, generó un menor impuesto a cargo del contribuyente, configurándose la conducta sancionable por inexactitud, que prevé el legislador en la norma citada.

En corolario de éste punto, se impone modificar la decisión del Tribunal *a-quo* para lo cual deberá practicarse nueva liquidación de impuestos.

La nueva liquidación de impuestos quedará en los siguientes términos

RENTA	BASE	IMPUESTOS
La gravada s/n resolución		
No. 000005-01 de febrero 23/90	852.843.639	
Menos: pensión sanción aceptada	119.726.197	
Renta gravable ahora determinada	733.117.442	$293.246.977
Menos: Descuento Tributario		129.213.002
Impuesto neto de renta		$164.033.975
Menos: descuento 1% renuncia a adicionar		1.601.504
TOTAL IMPUESTO A CARGO		$162.432.471
Más: Sanción por inexactitud		5.170.096
TOTAL A CARGO		$167.602.567

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

FALLA:

1o. Revócase la sentencia de fecha mayo 7 de 1992, originaria del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

2o. Decláranse nulos los actos administrativos siguientes: Liquidación de revisión No. 001 del 27 de enero de 1989, y la Resolución No. 00005-01 del 23 de febrero de 1990, proferidos por la Administración de impuestos de Cali, relacionados con el impuesto de renta, complementarios y sanción del año gravable de 1985, practicados a la sociedad CARTON DE COLOMBIA S.A., NIT: 90.300.406.

3o Fíjase en la suma de CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/

CTE ($167.602.567,00) el valor del Impuesto de renta, complementarios y sanción por inexactitud, a cargo de la sociedad CARTON DE COLOMBIA S.A., NIT: 90.300.406, por el año gravable de 1985.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano* (ausente), *Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario

RESTITUCION DE TERMINOS - Objeto / NOTIFICACION POSTAL - Corrección / RECURSO GUBERNATIVO - Procedencia

La utilización por parte del contribuyente del sistema consagrado en el artículo 99 de la Ley 9ª de 1980 implica la posibilidad de presentar recurso contra el acto de liquidación por todos los motivos y causales que le permitan las pruebas y antecedentes aducir en defensa de sus derechos, a excepción de alegar la nulidad de la liquidación por extemporaneidad en su notificación, porque la producida a petición del mismo contribuyente, con aceptación de la entidad oficial de haber incurrido en un error en la dirección, tiene como consecuencia según el texto legal la de restituir los términos tanto para la Administración como para el contribuyente. Esta restitución de términos formulada a petición del mismo contribuyente, constituye la esencia de dicha disposición legal en salvaguardia del derecho de defensa para el contribuyente y restitución de plazos para cancelar el impuesto.

Consejo De Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C. ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente*: Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente Nº 4815. Actor: MULTIFAMILIARES LTDA. IMPUESTO DE RENTA -FALLO -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 19 de febrero del año en curso, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada

contra los actos administrativos que determinaron el impuesto. de renta por el año gravable de 1980.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Según consta en los antecedentes administrativos la sociedad presentó la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1980, el 13 de abril de 1981 y dentro de ella informó y como dirección para notificaciones y requerimientos la Calle 30 A N° 6-22 piso 31 Bogotá.

A esta dirección la Administración remitió los requerimientos ordinarios primero y después el especial N° 1784 de marzo 28 de 1993, que la contribuyente contestó, el último en mayo del mismo año.

Con base en estos documentos la Oficina de Impuestos practicó la Liquidación de Revisión 100830 de julio 13 de 1983, que remitió a la CARRERA 30 A N° 6-22 OFICINA 31-01 BOGOTA, dirección que la sociedad nunca suministró.

Previa solicitud formulada por el Representante Legal de la sociedad el 10 de junio de 1988, la División de Liquidación por Oficio 030017 de julio 15 del mismo año, corrigió el error de la dirección. Notificó en debida forma la liquidación oficial, teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 99 de la Ley 9ª. de 1983 y artículos 80 y 81 del Decreto 2503 de 1987.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 309 del 9 de junio de 1989 confirmó la decisión oficial. Negó la nulidad de la liquidación en cuestión, porque en su entender esta se practicó y notificó dentro del término legal. No es extemporáneo como afirma la sociedad.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la Jurisdicción la nulidad de la operación administrativa y como restablecimiento del derecho se declare que el valor definitivo del impuesto sobre la renta, por el año gravable de 1980, es el contenido en la liquidación privada el cual ascendió a la suma de $22.294.

Cita como disposiciones infringidas entre otras, las siguientes:

- artículos 56 y 57 Ley 52 de 1977 (hoy arts. 731 y 730 Estatuto Tributario).
- artículos 38 y 39 del Decreto Legislativo 3803 de 1982
- artículos 75 y 99 de la Ley 9ª. de 1983
- artículo 12 Decreto 2733 de 1959

- artículo 27 Decreto 2821. de 1974 (hoy 744 Estatuto Tributario)
- artículo 107 Decreto 2503 de 1987 (hoy art.817 E.T.)
- artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 (hoy art. 236 E.T.)

Argumenta en síntesis el apoderado judicial que la Liquidación de Revisión 100830 del 13 de julio de 1983, está viciada de nulidad y no puede producir efectos jurídicos porque se notificó el 15 de julio de 1988. Es decir, después de siete años de presentada la declaración de renta correspondiente al año gravable 1980. Cuando la Administración no tenía competencia para modificar la liquidación privada presentada por la sociedad.

Entiende que la Administración interpretó equivocadamente el artículo 99 de la Ley 9ª. de 1983, porque si bien es cierto está norma permite corregir en cualquier tiempo el error de dirección enviando la liquidación a la registrada por el contribuyente, también lo es que esta prevención legal sólo es para efectos del pago del tributo y la interposición de los recursos. La liquidación privada queda en firme si dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración o a la de corrección o modificación, no se notifica liquidación de revisión.

Finalmente se manifiesta en desacuerdo con la determinación de la renta gravable correspondiente al año 1980, por el sistema de comparación de patrimonios porque para el efecto no se tuvo en cuenta el pasivo solicitado y comprobado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 19 de febrero del año en curso anuló la operación administrativa impugnada y declaró en firme la liquidación privada. Está de acuerdo el *a-quo* en que la liquidación de revisión se notificó validamente el 15 de julio de 1988, cuando para entonces ya había precluído el término legal establecido para modificar la liquidación privada.

DE LA APELACION

El apoderado de la Dirección de Impuestos Nacionales apela. Pide inhibirse para conocer del punto referente a la determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial y denegar las súplicas de la demanda. Insiste en los argumentos que sirvieron de sustento a los actos administrativos impugnados.

SECCION CUARTA

ALEGATOS DE CONCLUSION

La Dirección de Impuestos reitera lo expuesto en la vía gubernativa.

El Ministerio Público no se hizo parte en el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Según se expuso en el resumen de los antecedentes administrativos, está claro que la sociedad radicó la declaración de renta correspondiente al año gravable 1980, el 13 de abril de 1981 y que la notificación de la liquidación de revisión se surtió en debida forma el 15 de julio de 1988, esto es, siete años después.

A folios 34 y siguientes del cuaderno de antecedentes obra la carta del 11 de marzo de 1988 del Gerente de la sociedad dirigida a la Administración de Impuestos relativa a la "solicitud de restitución de términos y notificación correcta" de la liquidación de revisión de julio 13 de 1983 en la cual, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 9ª. de 1983 pide corregir el error de haber enviado la liquidación a una dirección que jamás habia sido informada lo cual se estableció fácilmente al comparar la indicada por la sociedad y anteriormente utilizada por la misma Administración de la Calle 30-A y la puesta en la liquidación que fue de la Carrera 30-A de la ciudad de Bogotá.

En atención a la anterior solicitud la División de Liquidación mediante oficio del 15 de julio de 1988 accedió y al efecto produjo una nueva notificación a la dirección correcta y advirtió que durante el lapso comprendido entre la fecha en la cual se practicó la liquidación y la de la corrección "no correrán términos para la Administración Tributaria ni para el contribuyente", o sea, entre el 13 de julio de 1983 al 15 de julio de 1988 y por otra parte dijo que "se restituyen los términos para efectos de interponer los recursos a que haya lugar, así como los plazos para cancelar el impuesto correspondiente" con cita de varias disposiciones legales entre ellas el artículo 99 de la Ley 9ª. de 1983. Con base en la anterior restitución de términos para interponer recursos, la sociedad con escrito presentado por su Representante Legal interpuso el recurso de reconsideración el día 5 de agosto de 1988 en el cual el único motivo alegado fue el de la nulidad de la liquidación por haberse notificado fuera del término de los dos años previstos en las diversas normas que regulan este procedimiento. No planteó ningún aspecto de fondo respecto a las bases gravables, sistema de liquidación etc.

Esta que fué la actuación básica de la Administración y qué no accedió a modificar mediante la Resolución 309 de junio 9 de 1989 es la que ha sido sometida a controversia ante esta jurisdicción.

La Sala reitera la jurisprudencia invocada por la entidad apelante en el sentido de que la utilización por parte del contribuyente del sistema consagrado en el artículo 99 de la Ley 9ª. de 1983 implica la posibilidad de presentar recurso contra el acto de liquidación por todos los motivos y causales que le permitan las pruebas y antecedentes aducir en defensa de sus derechos, a excepción de alegar la nulidad de la liquidación por extemporaneidad en su notificación porque la producida a petición del mismo contribuyente, con aceptación de la entidad oficial de haber incurrido en un error en la dirección, tiene como consecuencia según el texto legal la de restituir los términos tanto para la Administración como para el contribuyente. Debe observarse que se trata de una excepción fundada en un hecho que debe estar previamente comprobado y además, aceptado por la Administración, como es el del error cometido en la primera notificación.

Esta restitución de términos formulada, se repite, a petición del mismo contribuyente, constituye la esencia de dicha disposición legal en salvaguardia del derecho de defensa del contribuyente y con un costo para la Administración, consistente en la restitución de los plazos para cancelar el impuesto correspondiente, lo que implica la no causación de interés durante ese lapso. De aceptar la tesis sostenida por el demandante, el citado artículo 99 carecería de razón si de todas maneras la notificación autorizada especial y excepcionalmente por tal norma, pudiera calificarse de extemporánea.

No resulta aplicable en el caso que se atiende, lo expuesto en algunas providencias invocadas por el actor porque correspondieron a hechos distintos, especialmente en cuanto a que la segunda notificación no se hizo a solicitud de parte con invocación del sistema del artículo 99, sino de oficio por parte de la Administración, en ocasiones sin demostrar el aviso público a que obligaba la ley en cierta época sobre las liquidaciones y requerimientos que habían sido devueltos por el Correo.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala deberá revocar la sentencia del *a-quo* y denegar las pretensiones de la demanda que deben circunscribirse al tema de la nulidad por extemporaneidad en la notificación ya que éste fue el único punto planteado en la etapa gubernativa.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso admistrativo sección cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

SECCION CUARTA

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta-, el 19 de febrero de 1993 y en su lugar NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente*; Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano,* (ausente)*; Consuelo Sarria Olcos*

Carlos Alberto Rojas Flórez, Secretario

INTERVENCIONISMO ESTATAL / SECTOR FINANCIERO - Intervencionismo / SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

La atribución intervencionista en cabeza del Gobierno (desaparecida de la actual Constitución) difería de aquella por medio de la cual, y con sujeción a la ley, ejercía la inspección necesaria sobre los establecimientos de crédito (arts.120 ord. 15 de la C.N. de 1886, hoy dispuesta en el art. 189 num. 24 C.N. de 1991) función policiva que debía sujetarse a la forma en que la ley, los decretos con fuerza de ley y los reglamentos autónomos consagraban su ejercicio, por ejemplo, determinando límites a la actividad de intermediación, las obligaciones a cargo de los intermediarios, así como las sanciones procedentes. Obviamente no puede el Presidente ejercer directamente tal atribución por lo cual la ley creó un órgano policivo, de índole técnica a cuya cabeza se halla un agente del Presidente, la Superintendencia Bancaria.

INTERVENCIONISMO ESTATAL / POLICIA ADMINISTRATIVA.

El Estado siempre adopta una actitud ante el sector privado, en general y ante el sector financiero en particular, la cual va desde la simple vigilancia policiva, ajena a la actividad de los particulares, pero que implica la existencia de unos límites insuperables por los intervinientes en el sistema financiero, hasta la intervención en su sentido más amplio como es la participación directa, a través de entidades oficiales aún a través de Entidades oficiales y aun a través de un dirigismo absoluto del sector. La decisión respecto a qué grado de intervencionismo se desea, corresponde al Constituyente, el cual plasma en la Carta Política la amplitud de la esfera pública en frente a la esfera privada, y los mecanismos por

los cuales se permite la intervención del Estado en los asuntos privados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4825. Actor: CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "AHORRAMAS" C / Superintendencia Bancaria Apelación sentencia del 4 de febrero de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. -FALLO-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación incoado por la entidad demandante contra la sentencia de 4 de febrero de 1993, que confirmó la legalidad de los actos acusados y como tal negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES:

1.- La demanda:

Solicita la Corporación demandante, que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se declare la nulidad de la actuación administrativa comprendida por las resoluciones No. 2511 de 18 de julio de 1988 y 3168 de 12 de septiembre de 1988 expedidas por la Superintendencia Bancaria, por medio de los cuales se impuso una multa por valor total de $5.569.575.60, a favor del tesoro nacional, por haber excedido durante los meses de noviembre de 1986 y junio y julio de 1987, el limite previsto para el encaje legal.

Normas violadas y concepto de la violación:

Artículos 2o. y 36 del Código Contencioso Administrativo y 3o. del Decreto 1939 de 1986.

El argumento central de la violación y que hace relación con las normas superiores consiste en que la Superintendencia Bancaria adopta decisiones como las acusadas, que son ejercicio de la intervención estatal en la economía, poder que proviene desde el acto legislativo No. 1 de 1968, no puede ejercer el poder represivo o punitivo que caracteriza la función de policía administrativa, porque el poder de intervención es por naturaleza una facultad discrecional, no obligado y tiene como horizonte alcanzar los fines desarrollistas o justicieros de tal

intervención que no son otros que los que señala el artículo lo del Decreto 1939 de 1986.

2.- Oposición a la demanda:

Reclama la Administración la confirmación de la legalidad de los actos acusados porque es evidente la confusión en que incurre el mandatario del actor, pues apartándose de su planteamiento inicial olvida que la facultad del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, es una atribución constitucional propia del Presidente de la República, no compartida ni ejercida a través de la Superintendencia Bancaria como si sucede en el caso de la función contemplada en el artículo 120 numeral 15.

Que la Superintendencia Bancaria tiene una función exclusiva de inspección y vigilancia y no de intervención y que fue en ejercicio de aquella atribución que expidió los actos sancionatorios como claramente resulta de los considerandos de las resoluciones recurridas.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda, al considerar, luego de hacer el análisis de la naturaleza jurídica de las atribuciones del Presidente de la República con fundamento en los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional y su desarrollo legislativo, que la Superintendencia Bancaria al ejercer exclusivamente su función de policía administrativa y siendo las regias que señalan las obligaciones de inversión, una manifestación de las políticas del Estado, no podía entrar a juzgar la conveniencia de las medidas a aplicar estando frente a unas conductas que según dichas normas generales eran sancionables.

ALEGATOS DE CONCLUSION

1.- De la actora:

El apoderado judicial de la actora al formular el alegato de conclusión expresa que no comparte las consideraciones del *a-quo*, porque la justificación de la facultad que ejerce la Superintendencia Bancaria consiste en mantener la confianza en el sistema financiero nacional y verificar su legalidad y que la Imposición de las sanciones en la forma automática como lo hace la Superintendencia Bancaria, como aplicación inconsulta de un correctivo, no siempre produce los efectos queridos por la ley, cual es la confianza de¡ público en el sistema financiero, que no resulta del simple respeto a unos topes cuantitativos que establecen los encajes respectivos.

SECCION CUARTA

Acusa en esta oportunidad a la Superintendencia Bancaria de sustituir en los actos acusados, el procedimiento gubernativo contenido en el Código Contencioso Administrativo por un procedimiento *ad-hoc* y arbitrario, establecido en circulares que no pueden reemplazar la ley.

Estima necesario revaluar el carácter inflexible de la policía administrativa y su régimen de sanciones, pues éste no se compadece con actividades del contexto económico que exigen una visión flexible acorde con los tiempos de apertura económica y de desregulación de las actividades económicas y de no intervencionismo. Acusa a la jurisprudencia nacional de anacronismo, a la Superintendencia Bancaria de haber expedido las resoluciones sin ningún criterio objetivo y finalista, actuando como un vigilante celoso pero no como ejecutor prudente de una política y al *a-quo* de no haberse fundamentado al proferir el fallo en la ley sino en la jurisprudencia.

LA DEMANDADA

Luego de señalar la importancia de la jurisprudencia como auxiliar del derecho, afirma que el Tribunal falló con el debido análisis de las normas vigentes y que únicamente se remite a la sentencia del Honorable Consejo de Estado para considerar sus argumentaciones.

Reitera la función de policía administrativa con que actuó la Superintendencia Bancaria al sancionar, no por la infracción del Decreto 721 de 1987 sino por la violación de los artículos 1o. de las Resoluciones 75 de 1984; 1o. y 26 de 1985 y 23 de 1987 de la Junta Monetaria, sin que le fuera posible aplicar discrecionalidad puesto que ésta solo existe cuando la ley la autoriza.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Precisa la Sala que no es procedente avocar en esta ocasión el cargo que con la oportunidad del alegato de conclusión en la segunda instancia hace el apoderado de la actora a los actos acusados sobre la no aplicación del procedimiento general sino el *ad-hoc* creado para el efecto por la Superintendencia Bancaria, toda vez que este punto no fue objeto de alegato en primera instancia ni en la vía gubernativa.

2.- Con relación a la facultad que ejerce la Superintendencia Bancaria cuando impone sanciones a quienes desacatan, como en el *sub-lite* las disposiciones que obliga al encaje, la Sala, en repetidas oportunidades, con fundamento en el análisis de la Constitución Nacional vigente entonces y su desarrollo normativo ha precisado el alcance de las facultades de intervención

y de policía administrativa que el artículo 120 numerales 14 y 15 de la Constitución Nacional de 1886 otorgaban al Presidente de la República.

En efecto, en sentencia del 19 de junio de 1992, en el proceso 4075, actor AHORRAMAS con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano, dijo la Sala:

" ... 2.6 La función policiva de la Superintendencia Bancaria.

El Estado siempre adopta una actitud ante el sector privado, en general, y ante el sector financiero en particular, la cual vá desde la simple vigilancia policiva, ajena a la actividad de los particulares, pero que implica la existencia de unos límites insuperables por los intervinientes en el sistema financiero, hasta la intervención en su sentido más amplio como es la participación directa, a través de entidades oficiales, y aún a través de un dirigismo absoluto del sector. Nuestro país se ubica en algún punto entre los dos extremos mencionados, de cierto intervencionismo, que tiende a disminuir, de acuerdo con las últimas medidas adoptadas por el Gobierno.

"2.7 La decisión respecto a qué grado de Intervencionismo se desea, corresponde al Constituyente, el cual plasma en la Carta Política la amplitud de la esfera pública en frente a la esfera privada, y los mecanismos por los cuales se permite la intervención del Estado en los asuntos privados.

"2.8 Sin embargo, no puede el Constituyente ocuparse, como no le corresponde, en llenar el contenido particular de este marco general de Intervencionismo, por lo cual asigna ciertas facultades en la materia a los órganos constituidos, como son el Congreso y el Presidente, para que adopten dentro de la órbita de sus respectivas competencias las políticas generales sobre la actividad intervenida. A ello corresponden algunas de las atribuciones asignadas por los artículos 32, 76 y 120 entre otros, de la anterior Constitución, y 333, 150 y 189 de la actual, suponiendo los derechos y garantías en dichos textos consagrados, un límite al Estado, en los términos en tales normas contemplados.

"2.9 En relación, con la intervención en el sector financiero, la anterior Constitución contemplada, aparte de la cláusula general de competencia radicada en cabeza del órgano legislativo (artículo 76) una función Constitucional propia del Presidente, como una manifestación del carácter intervencionista del Estado a través de su órgano administrativo, cual era la contemplada en el ordinal 14 del artículo 120, por medio de la cual podía el Gobierno **regular** ciertas materias atinentes al sistema financiero (intermediarios financieros) mediante los llamados reglamentos autónomos o decretos constitucionales, en tanto que su legitimidad derivada

directamente de la Constitución, y no de una ley formal o materialmente concebida.

"2.10 Esta atribución intervencionista, en cabeza del gobierno (desaparecida de la actual Constitución), difería de aquélla por medio de la cual, y con sujeción a la ley, ejercía la inspección necesaria sobre los establecimientos de crédito (artículo 120 ordinal 15 de la Constitución Nacional de 1886, hoy dispuesta en el artículo 189 numeral 24 Constitución Nacional 1991) función policiva que debía por lo mismo sujetarse a la forma en que la ley, los decretos con fuerza de ley y los reglamentos autónomos consagraban su ejercicio, por ejemplo, determinando límites a la actividad de intermediación, las obligaciones a cargo de los intermediarios, así como las sanciones procedentes cuando quiera que las obligaciones mencionadas eran incumplidas o trasgredidos los límites legalmente establecidos, y las respectivas competencias de los órganos creados a efecto de ejercer dicha inspección.

"2.11 Obviamente, no puede el Presidente ejercer directamente tal atribución, por lo cual la ley creó un órgano policivo, de índole técnica, a cuya cabeza se halla un agente del Presidente, que ejerza dicha atribución; La Superintendencia Bancaria. Constituyendo así esta dependencia, una manifestación del principio de desconcentración administrativa Inherente a los Estados modernos.

"2.12 El decreto 1939 de 1986 (incorporado en la parte pertinente al articulo 4.1.1.0.1 y siguientes del Estatuto Financiero) fijó la estructura y funciones de dicha Superintendencia (en cuanto su actividad es reglada), la cual obviamente en tanto que ente estatal, supone una forma particular de reflejar dicho intervencionismo, la de policía administrativa, (no de participación directa, ni de fomento). Esto es, la de un ente vigilante de los agentes particulares o empresas financieras oficiales, intervinientes en el sector, para preservar que en el desempeño de sus actividades se acojan a los lineamentos normativos correspondientes..."

Así, tratándose la Superintendencia, de un órgano de inspección y ejecución, (artículo 120 ordinal 15 de la Constitución Nacional de 1886) y siendo las regias que señalan las obligaciones de encaje, una manifestación de las políticas del Estado, no podía entrar a juzgar la conveniencia de las medidas a aplicar estando en presencia de unas conductas que según dichas normas generales, era sancionables.

Entonces, si la Corporación de Ahorro y Vivienda AHORRAMAS, no cumplió la obligación impuesta por las resoluciones 75 de 1984, 1 y 26 de 1985

y 23 de 1987 de la Junta Monetaria, en cuanto al encaje, se hizo acreedora a la sanción prevista en el artículo 1o. de la Resolución 83 de 1986, de la misma entidad, y, en consecuencia, correspondía a la Superintendencia Bancaria una vez verificado el hecho irregular, aplicar la sanción prevista so pena de incurrir en omisión del ejercicio de funciones.

De manera tal que la Superintendencia Bancaria al aplicar la sanción ante el hecho del DESENCAJE, no discutido por la actora, actuó según lo indicaba la ley sin que le fuera posible entrar en consideraciones de oportunidad y conveniencia, pues tal función no le competía.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de fecha 4 de febrero de 1993, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, juicio 246.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.-

SANCION POR LOS LIBROS / LIBROS DE CONTABILIDAD - Atraso / LIBRO DE INVENTARIOS Y BALANCES / LIBRO MAYOR Y BALANCES / LIBRO DIARIO

El término de tres meses para considerar el atraso contable, debe contarse se desde el momento mismo de la fecha en que se realiza la operación que debe registrarse oportunamente, atendiento a las modalidades de la actividad propia de cada contribuyente, y sus propias obligaciones en el campo tributario. En el *sub-lite* no puede imputarse atraso en el libro de inventarlos y balances por cuanto si en éste se registra el inventario y balance general del fin de año calendario, 1985 en el *sub-lite*, el dia 6 de marzo de 1986 se estaba dentro del término de tres meses señalado por la ley. Tampoco existió atraso en el Libro Mayor porque siendo este un "libro resumen" las operaciones del mes de diciembre de 1985, debían asentarse al cierre del respectivo mes, por lo que el término para considerar oportuno el registro vencía el 30 de marzo de 1986.

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

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4565. Actor: LUIS EDUARDO CAICEDO Y CIA S. EN C. Apelación sentencia del 5 de octubre de 1992. Impuestos Sanción libros. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 5 de octubre de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad en comandita LUIS EDUARDO CAICEDO Y CIA, contra los actos administrativos que le impusieron sanción por libros de contabilidad, sin indicar el período gravable.

ANTECEDENTES

Previa inspección a la contabilidad de la contribuyente, ordenada por Auto 069 del 5 de marzo de 1986, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante la Resolución No. 040066 del 14 de abril de 1987, invocando el uso de las facultades otorgadas por el artículo 89 de la Ley 9a. de 1983, en concordancia con los artículos 19, 58 Y 61 del Decreto 3803 de 1982, le impuso sanción por atraso en los libros de contabilidad por $32.353.670.oo.

Contra dicha resolución, la sancionada interpuso recurso de reconsideración y subsidiario de apelación, invocando especialmente la nulidad, por no haber indicado el período gravable; falta de base para la cuantificación de la multa; falta de competencia del funcionario que impuso la sanción, e indebido proceso para la imposición de la misma.

El recurso de reposición fué fallado por la Administración mediante la Resolución 000114 del 27 de octubre de 1988 y el de apelación con la Resolución 000078 AP del 2 de diciembre de 1988 que revocó el acto recurrido, al estimar que se había incurrido en error al tomar como base gravable para cuantificar la sanción los ingresos de 1985, pues los ingresos que debían tomarse eran los del año de 1986, en consecuencia redujo la sanción a $27.998.492.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, acusando al acto administrativo de violar los artículos 57 de la Ley 52 de 1977, 89 de la Ley 09 de 1983; 20 del Decreto Reglamentario 2126 de 1983; 152 del Código de Procedimiento Civil; 56 del Decreto 3803 de 1982; 43 del Decreto 2503 de 1987 y 26 de la Constitución Nacional al haberse practicado por funcionario incompetente, haber seguido un procedimiento distinto al que correspondía, no existir el atraso contable endilgado por la administración e improcedencia de corrección aritmética en la Resolución 000078 AP.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 5 de octubre de 1992 anuló las resoluciones impugnadas y como restablecimiento del derecho levantó la sanción por libros al considerar que la causal de atraso arguida por la Administración no existió, como claramente lo admitía la misma Administración en su concepto 11617 del 7 de mayo de 1987, en el cual se fundamentó la Resolución 000114 del 27 de octubre de 1988, y que en consecuencia, al haberse efectuado la visita el 6 de marzo de 1986 y encontrarse registradas las operaciones en los libros Mayor y Diario a noviembre 30 de 1985, el posible atraso susceptible de sanción debía referirse a las operaciones contables del mes de diciembre de 1985, período que termina el 31, debiendo contabilizarse los mismos antes del 1° de abril de 1986.

LA APELACION

La apoderada judicial de la Nación apela la decisión de primera instancia al considerar, que las pruebas que obran en el proceso como informe de libros de contabilidad de marzo 6 de 1986, demuestran que los libros de contabilidad de la sociedad contribuyente presentaban atraso en más de 3 meses a la luz del artículo 56 del Decreto 3803 de 1982.

ALEGATOS DE CONCLUSION

1.- **La actora**

Que comparte la decisión de primera instancia toda vez que la causal de atraso que alegó la Administración de Impuestos Nacionales no existe conforme a la misma Interpretación hecha por la propia Dirección de Impuestos.

Afirma que si bien los libros de contabilidad Diario y Mayor, deben llevarse en orden cronológico, a medida que se van sucediendo las operaciones mercantiles, a la fecha de la visita estaban por contabilizarse en el libro Mayor las operaciones del mes de diciembre, mes que finaliza el 31 de diciembre, y en la misma fecha, el período contable o ejercicio anual, por lo que es claro que las operaciones de diciembre deben contabilizar en el mes de enero y por ende el atraso comienza a contarse a partir de la primera hora hábil del mes de enero y de esta fecha a cuando se realizó la visita (6 de marzo) habían transcurrido tan solo dos meses.

2.- **La demandada**

No rindió alegato de conclusión.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, solicita confirmación de la sentencia apelada porque a su juicio el término señalado por el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, estuvo mal calculado por parte de la Administración puesto que, como inobjetablemente interpretó el Tribunal, tratándose del libro Mayor y Balance la fecha inicial para calcular el término de los tres meses que señala el precitado artículo 56, debe comenzar al dia siguiente, del último día del mes en que se observe la falta de registro contable de las operaciones realizadas durante ese mes. Pero que no ocurre lo mismo tratándose del libro diario, que como su nombre lo indica es el medio contable en que deben registrarse dia a dia las operaciones respectivas. Obviamente según el tipo de actividad de la empresa o persona contribuyente, puede durante un mes efectuarse una sola operación o existir operaciones diversas, con diferencias de varios dias entre unos y otros. Por lo que no puede pensarse que en el libro Diario existía retraso si dentro del mes correspondiente no se registran las operaciones que se realicen y por ello es entendible que para determinar si hay o nó atraso en los libros, no puede tomarse parcialmente lo ocurrido en el libro Diario sino al final de cada mes, tal como lo entendió la División de Recursos de la Administración de Impuestos.

Concluye que al haberse efectuado la visita de inspección el 6 de marzo de 1986 para poder afirmar que existe atraso en los libros de contabilidad, cuyo Diario tiene como fecha del último registro el 1° de noviembre de 1985, debe tomarse como fecha inicial el 1° de diciembre de 1985 y por lo tanto los tres meses solo vencerían el 31 de marzo siguiente, fecha posterior a la de la visita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El único aspecto de la apelación que estudia la Sala es el relacionado con el atraso en los libros de contabilidad que según la Administración de Impuestos ameritó la imposición de la sanción, toda vez que los demás aspectos alegados en la demanda y que analizó el Tribunal para desecharlos no fueron objeto de apelación.

SECCION CUARTA

Sanción por atraso en los libros de contabilidad

De acuerdo con el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, en concordancia con el artículo 84 de la Ley 09 de 1983, la sanción por libros de contabilidad también debe aplicarse cuando existiera atraso en aquellos.

Dentro de los antecedentes administrativos allegados al proceso se establece que al iniciarse la visita contable el 6 de marzo de 1986 los funcionarios de Impuestos dejaron constancia de que el libro diario registraba como fecha del último asiento el 30 del mes XI del año de 1985; el Mayor, 30 de noviembre de 1985 y el de inventarios y balances el 31 de Diciembre de 1984 (Fl. 23 expediente).

El tema relacionado con la contabilidad se encuentra regulado principalmente por el Código de Comercio en su título IV que Indica la manera de conformar los libros y papeles del comerciante, su forma de llevarlos, su conservación, su reserva y exhibición así como lo relacionado con su eficacia probatoria. Disposiciones que han sido desarrolladas por el reglamento, las cuales debe observarse fielmente por los comerciantes. Adicionalmente, para efectos fiscales, los contribuyentes deben cumplir las regulaciones específicas exigidas por la ley tributaria, especialmente las contenidas en el artículo 33 del Decreto 2821 de 1974, que dispone:

> "Para efectos fiscales, la contabilidad de los comerciantes deberá sujetarse al título IV del libro I, del Código de Comercio y, además, a las siguientes disposiciones:
>
> "1.- Mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras, las operaciones correspondientes podrán expresarse globalmente, siempre que se especifíquen de modo preciso los comprobantes externos que respalden los valores anotados;
>
> "2.- Cumplir los requisitos señalados por el gobierno mediante reglamentos, en forma que, sin tener que emplear libros incompatibles con las características del negocio, haga posible, sin embargo, ejercer un control efectivo y reflejar, en uno o más libros, la situación económica y financiera de la empresa."

El incumplimiento de las exigencias establecidas en la ley acarrea las sanciones previstas en la ley fiscal, artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, especialmente su último inciso, que dispone:

"...La sanción de que trata este artículo también se aplicará cuando existiere atraso en los libros de contabilidad. Para tales tales efectos, se considera que los libros de contabilidad deben estar al dia, a más tardar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones." (Subraya la Sala)

No hay duda entonces que el término de tres meses contenido en la norma, para considerar el atraso contable, debe contarse desde el momento mismo de la fecha en que se realiza la operación que debe registrarse oportunamente, atendiendo a las modalidades de la actividad propia de cada contribuyente, y sus propias obligaciones en el campo tributario.

De acuerdo con lo anterior debe concluirse que en el *sub-lite*: a) No puede imputarse atraso en el libro de inventarios y balances, porque la sociedad hubiera registrado su última operación el 31 de diciembre de 1984, por cuanto si en éste se registra el inventario y balance general del fin de año calendario, 1985 en el *sub-lite* el dia 6 de marzo de 1986 se estaba dentro del término de tres meses señalado por la ley para registrar las cuentas correspondientes en este aspecto, por el período fiscal de 1985.

Tampoco existió atraso en el libro Mayor porque siendo este un "libro resumen" las operaciones correspondientes al mes de diciembre de 1985, debían asentarse al cierre del respectivo mes, por lo que el término para considerar oportuno el registro, según la ley vencía el 30 de marzo de 1986, es decir con posterioridad a la visita administrativa, por lo que ésta no púdo encontrarlo atrasado.

Pero no sucede lo mismo con el libro Diario, que como su nombre lo indica, exige que se registran en él las operaciones diarias de la empresa, especialmente las ventas y compras, registro que puede hacerse individual o globalmente pero de todas maneras en forma diaria, y no como cree la colaboradora fiscal, que esté permitido hacer un registro global en un solo asiento por las operaciones del mes, pues como lo exige el artículo 33 del Decreto 2821 de 1974, éste debe "mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras"; luego, para expresar con certeza las operaciones que diariamente se efectuan, el registro debe realizarse diariamente, mediante asientos individuales o globales que recojan la operación total del dia.

En consecuencia si las operaciones se realizan en determinada fecha, el término de tres meses para su registro oportuno vence el mismo día del tercer mes siguiente a la fecha de la transacción, por lo que en el *sub-lite* ha de entenderse que el libro diario que a marzo 6 de 1986 sólo tenía registro de operaciones a noviembre de 1985, si estaba atrasado en el asiento de las

operaciones realizados durante los cinco primeros días del mes de diciembre de 1985, salvo el caso de no haberse realizado operaciones en dicho período, circunstancia que no esta probada en el proceso.

Demostrado el atraso en el registro de las operaciones diarias de la empresa, ésta se hizo acreedora a, la sanción prevista en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, y en consecuencia la actuación administrativa, que así lo impone deberá confirmarse previa recreación de la sentencia apelada.

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

FALLA:

1°.- REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el dia 5 de octubre de 1992 en el juicio 6950.

2°.- En su lugar DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

LEY REGULADORA / CONTRIBUCION - Elementos / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA

Haciendo una interpretación integral del articulo 338 de la Constitución Nacional por "leyes que regulen contribuciones" debe entenderse toda norma que regule y por lo tanto afecte alguno de los elementos estructurales de un tributo, que el mismo artículo en análisis, enumera en su inciso primero y que desde el punto de (análisis) vista de la doctrina del Derecho tributario son: los sujetos activos y pasivos, los hechos gravables y las tarifas respectivas, tal como lo recoge el Estatuto Tributario al referirse a la obligación tributaria sustancial (art. 1°).

AJUSTES POR INFLACION - Objeto

El sistema integral de ajustes por inflación es un mecanismo legal, a través del cual se reconocen los efectos de la inflación en los estados financieros de los contribuyentes del impuesto de renta, y es claro que no todas las normas que conforman su reglamentación pueden considerarse como reguladoras de un tributo, pero sí lo son aquellas que de alguna manera afecten los elementos estructurales de un impuesto o contribución, como es la base gravable. Las normas que reglamentan el sistema integral de ajustes por inflación no están sometidas a lo dispuesto por el inciso 3o. del artículo 338 de la Constitución Nacional, pues lo estarán en cuanto afecten alguno o varios de los elementos estructurales de un impuesto o contribución.

SECCION CUARTA

AJUSTES POR INFLACION - Vigencia

El sistema de asustes por inflación fué consagrado para la vigencia fiscal de 1992, desde la expedición del Decreto 2687 de 1988 y por lo tanto, se encontraba vigente tanto para la fecha de la decisión de la Corte Constitucional mediante la cual se declaró la inexequibilidad del decreto 2911 de 1991, como para la expedición del decreto demandado (D. 2075/92) el cual no fué la norma que implantó el sistema fiscal de ajuste por inflación y definió su vigencia, sino que simplemente tomó las medidas necesarias para la debida ejecución de las normas vigentes sobre la materia, contenidas en el Estatuto Tributario y en el artículo demandado solo reproduce lo ya establecido por el artículo 1° del decreto ley 2687 de 1988 recogido en el articulo 329 del citado estatuto y vigente desde el 26 de diciembre de 1988 sin solución de continuidad.

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

Referencia: Radicación 4710. Actor: JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA.Nulidad y suspensión provisional del artículo del 1° del Decreto reglamentario 2075 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. FALLO.

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

El Doctor JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA, actor en propio nombre, fundado en el artículo 84 del decreto 01 de 1984, pide anular el artículo 1° del decreto reglamentario 2075 de 1992, "en cuanto dispone que el sistema de ajustes integrales por inflación, consagrado en el título V del libro I del E. T., sea aplicado en materia tributario, específicamente para la determinación del impuesto de renta y complementarios, por el año gravable de 1992".

ANTECEDENTES:

De "hechos" de la demanda se extracta, que el decreto 2687 de 1988, por el que se estableció el aludido sistema de ajustes integrales, fué incorporado al Estatuto Tributario en Título V del Libro I, reformado por el decreto 1744 de 1991 y, finalmente, sustituído por el decreto 2911 del mismo año; pero que habiéndose dicho inexequible éste, por sentencia de la Corte Constitucional de 14 de diciembre de 1992, notificada por edicto desfilado el 18 de los mismos mes y año, revivieron las normas reemplazadas por el mismo, como así lo previno,

además, el fallo de inexequibilidad, derogadas por el decreto 1744 de 1991, y las de éste.

Se expidió entonces el decreto reglamentario 2075 de 1992 (Diario Oficial # 40698, diciembre 28 de 1992), el demandado, por el que las normas vigentes del EstatutoTributario en la materia, debían tener aplicación por 1992 y posteriores.

LA DEMANDA:

Indica violados el inciso 2° del artículo 21 del decreto 2067 de 1991 ("los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la constitución") y el inciso 3° del artículo 338 de la Constitución ("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") (subrayas en el texto de la demanda).

Explica, que desde que tuvo aplicación la acción de inexequibilidad, la jurisprudencia ha mantenido el criterio de los efectos futuros de los respectivos fallos, ahora erigido en norma legal por el artículo 21, inciso 2°, del decreto 2067 de 1991; al respecto, reproduce apartes de las sentencias de la Corte, de 17 de julio de 1915 y 30 de julio de 1955, y del Consejo de Estado, de 11 de Octubre de 1985, así como del concepto de la Sala Consulta de éste, de 17 de noviembre de 1958, pronunciamientos en los que sería notable la coincidencia, "en cuanto a la recuperación 'hacia el futuro' de la vigencia de las normas derogadas por la ley declarada inexequible, ya que si los fallos en dicha materia tienen siempre efectos hacia el futuro, es lógico y natural que las disposiciones que recobran su vigencia lo hagan a partir de la ejecutoria del fallo de inconstitucionalidad", sentido en el que se habría pronunciado la Corte Constitucional cuando declaró inexequible el decreto 2911 de 1991.

Añade que, producido este fallo el 14 de diciembre de 1992, cambiaron las normas del Título y del Libro I del Estatuto, pues, en lugar de las del decreto inexequible, el articulado se reintegró con las del decreto 1744 de 1991 y las originales no derogadas por éste, así que, "cuando el artículo 1°. del decreto 2075 de 1992 dice que para el año gravable de 1992 y siguientes se aplica el sistema de ajustes consagrado en el Título V del Libro I del E.T., se refiere a las normas que recobraron vigencia el, 15 de diciembre de 1992, por efecto del fallo de inconstitucionalidad mencionado".

SECCION CUARTA

Y que, por lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución citado, y dado que los ajustes por inflación tienen efecto en la determinación del impuesto sobre la renta (artículo 330, Estatuto Tributario) y que éste es un impuesto de período, resultaría claro que cuando la disposición acusada ordena "que las normas que recobraron vigencia se apliquen por el año gravable de 1992, se viola el inciso 2° del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, ya que se está dando un efecto retroactivo al fallo de inexequibilidad, así como también el inciso 3° del artículo 338 de la C. N., ya que se está ordenando aplicar una ley relativa al impuesto de renta en el mismo período en el cual entra en vigencia .... ".

La demanda fue corregida, en el sentido de sustituir, como norma violada, el inciso 2° del artículo 21 del decreto 2067 de 1991 ("declarado inconstitucional por la Corte Constitucional, en sentencia de 25 de marzo de 1993"), por el inciso 1° de los mismos artículo y decreto, y añadir los artículos 113, 121 y 241 de la Constitución.

La corrección repite el concepto de violación y reproduce párrafos de la sentencia de 25 de marzo de 1992, por la que se declaró inconstitucional el inciso 2° del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, según los cuales, solo la propia Corte Constitucional podría, en la sentencia, señalar los efectos de ésta.

Continúa, que determinado, en la sentencia, el efecto de la inconstitucionalidad del decreto 2911 de 1991, respecto de la vigencia de normas anteriores, debe tenerse por establecido que éstas "revivieron a la fecha de la ejecutoria de dicha sentencia, lo cual implica: a) que antes no tenían vigencia y b) que ésta fue recobrada a partir de la fecha de la ejecutoria de tal fallo....".

En la exposición de los conceptos de violación de las nuevas normas constitucionales y legales invocadas, dice que el desconocimiento, por el gobierno, de los efectos de una sentencia de inexequibilidad, implica violación de la estructura constitucional del Estado, pues no puede el mismo interferir en las funciones de la rama judicial o, algo más grave, ignorar las determinaciones de ésta atinentes a los efectos del fallo de inconstitucionalidad; mediante un decreto como el 2075 de 1992, acusado, no se podrían, pues, determinar los efectos de tal fallo, respecto de la vigencia de normas anteriores, según habría ocurrido en el caso.

PARTE OPOSITORA:

Argumenta, como el demandante, que el sistema de ajustes integrales en cuestión, se incorporó a la legislación tributaría por decreto 2687 de 1988 (diciembre 26), sin perjuicio de que su aplicación se hubiera previsto, en su artículo 1° , a partir de la vigencia fiscal de 1992.

Igualmente, que los decretos 1744 y 2911 de 1991, pretendieron definir y armonizar las normas para la aplicación del mencionado sistema, propósito frustrado por la inconstitucionalidad declarada del segundo; y que la expedición del Decreto reglamentario 2075 de 1992, tenía por finalidad poner en práctica dicho sistema, no adoptar éste, ni menos ponerlo en vigencia, porque tales provisiones ya estaban consagradas en la ley y, además, no podían ser materia del reglamento.

Prosigue, que las normas vigentes en materia de ajustes, a 31 de diciembre de 1992, eran los decretos 2687 de 1988, 1744 de 1991 y 2075 de 1992, incorporados al Estatuto Tributario con efectos sobre el impuesto de renta, al cual, como impuesto de período, le eran aplicables por 1992; y que constituyendo tales ajustes un mecanismo por el que se reconocen los efectos de la inflación en los estados financieros, las respectivas normas no pertenecerían a la categoría de las "leyes reguladores de contribuciones" que menciona él inciso 3° del artículo 338 de la Constitución, ni darían lugar a la infracción de este precepto; del mismo modo, que la normatividad que respaldaba la adopción de los ajustes a partir de 1992, regía desde 1988, por lo que no sería correcto afirmar que tal normatividad hubiera recobrado vigencia a partir del fallo de inconstitucionalidad del decreto 2911 de 1992.

Por otra parte que, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en el fallo de inconstitucionalidad del inciso 2° del artículo 21 del decreto 2067 de 1992, la jurisprudencia anterior (en cuanto a que los efectos del fallo de inexequibilidad tienen siempre efectos hacia el futuro) habría sido revaluada, pues, según la Corte, es atribución privativa suya, en cada caso, señalar los efectos de sus sentencias.

Así que, habiendo expresado la Corte, en la sentencia que declaró inexequible el decreto 2911 de 1991, que revivirían las disposiciones que éste trató de reemplazar, señalando el efecto del fallo solo en este aspecto, no podría tener cabida el argumento del actor, en el sentido de que como los fallos en cuestión rigen hacia el futuro, también las normas que "reviven", inician su vigencia hacia el futuro, porque eso no dijo la Corte en su fallo.

Una sentencia de inexequibilidad no equivaldría ni a la derogación, ni a la anulación de la ley, limitándose a la declaración de que nunca tuvo fuerza obligatoria ésta, como así lo habría definido también el Consejo de Estado, de donde, "revivir o recobrar la vigencia", no sería igual a "iniciar su vigencia", porque "recobrar", según el diccionario de la Lengua Española, es "volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía o poseía", pues no se puede "recobrar" lo que no se tenia antes.

SECCION CUARTA

Frente a la corrección de la demanda, se repiten, en lo esencial, los anteriores argumentos.

ALEGATO DE ACTOR:

Empieza por una recapitulación de las pruebas que soportan los hechos de la demanda y resume los conceptos de violación.

Respecto de lo expuesto por la parte opositora, sostiene que el sistema de ajustes integrales por inflación implica, principalmente, modificación de la base gravable del impuesto de renta y, sólo secundariamente, la actualización de los estados financieros, según se desprendería del artículo 330 del Estatuto Tributario.

Admite que el sistema de ajustes integrales, "como entidad abstracta (...), ha sido tema contemplado por la legislación colombiana desde 1988" pero advierte que, "la normatividad jurídica está siempre incorporada en determinadas disposiciones legales, sin las cuales no puede existir aquélla", según se desprendería del artículo 4° del Código Civil. Asevera que el sistema de ajustes contemplado por el decreto 2911 de 1992, es diferente del consagrado por el Estatuto Tributario original y las reformas del decreto 1744 de 1991, y que, "este último conjunto de normas no tuvo vigencia alguna en Colombia desde la expedición del decreto 2911 de 1991, promulgado el 30 de diciembre de 1991, hasta el 15 o 19 de diciembre de 1992 (según la tesis que se adopte sobre el efecto de la sentencia de la H. Corte Constitucional)".

Concluye que, de conformidad con el 338 de la Constitución, "las leyes reformatorias de un impuesto de período, como son las relativas a los ajustes integrales por inflación, que empezaron a tener vigencia a finales del año de 1992, por efecto del fallo de inconstitucionalidad relativo al Decreto-ley 2911 de 1991, no pueden ser aplicadas en el mismo año gravable de 1992, sino hasta el período gravable siguiente, o sea el año de 1993....".

MINISTERIO PUBLICO:

La Señora Procuradora Sexta Delegada, coincide con la opositora en que el sistema de ajustes en cuestión, "fué implantado mediante el decreto 2687 de 1988 que en su artículo 1° lo adoptó para ser aplicable a partir del año gravable de 1992"; y que, dado que la disposición sobre el período al que se debe aplicar el sistema de ajustes, es la misma tanto en el decreto 2687 de 1988 como en el 2911 de 1991, declarado inexequible, "hay que entender que en éste punto el primero no fué derogado y, por lo tanto, no es el caso de que por

efectos de la sentencia se considere que este precepto haya revivido, ya que (...) el período de su aplicación no fue derogado por el decreto declarado inexequible....".

Lo argüido por el actor., de revivir las normas anteriores, gracias a los efectos hacia el futuro del fallo de inexequibilidad, en su entender, si "no tiene aplicación con relación a lo dispuesto en el artículo 1° del decreto 2075 de 1992, por cuanto en ningún momento la normatividad relacionada con los ajustes integrales por inflación dejó de ser aplicable para el año de 1992.

En lo demás, manifiesta compartir lo expresado por la apoderada de la parte demandada, y pide denegar prosperidad a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Son dos los argumentos que se plantean por la parte demandante para fundamentar su petición de nulidad del acto impugnado, a saber: la violación del artículo 338 de la Constitución y el desconocimiento de los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexequible el decreto ley 2911 de 1991 con la consecuente violación del artículo 21, inciso 1° del decreto 2067 de 1991.

Para resolver la controversia planteada, la Sala considera pertinente precisar lo relativo al régimen aplicable a los ajustes por inflación en materia tributario, teniendo en cuenta que sobre el tema se han expedido diferentes normas con fuerza de ley, otras de carácter reglamentario y se han producido diferentes decisiones judiciales relacionadas con las mismas.

El artículo 90 de la Ley 75 de 1986 concedió facultades al ejecutivo para

> "dictar las normas tendientes a desligar la determinación del impuesto sobre la renta de los efectos de la inflación. En desarrollo de esta facultad el gobierno podrá establecer el ajuste por inflación total o parcial de los estados financieros del contribuyente....."

y en ejercicio de dicha autorización el gobierno nacional expidió el decreto 2687 de 1988, el cual en su artículo 1° dispuso:

> "Adóptase a partir del año gravable 1992 el sistema integral de ajustes por inflación contenido en el presente decreto el cual deberá ser aplicado a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad..... "

con algunas excepciones. Y según este decreto los ajustes allí ordenados tendrían efectos en la determinación de utilidades comerciales y en las bases del impuesto sobre la renta.

Dicho decreto fu incorporado en el Estatuto Tributario, en sus artículos 329 a 355.

Posteriormente, el artículo 25 de la ley 49 de 1990 concedió nuevamente facultades extraordinarias al Gobierno Nacional y éste mediante el decreto 1744 de 1991, introdujo algunas reformas al sistema, para definir y armonizar el conjunto de normas tanto tributarias como contables, necesarias para la adecuada aplicación de los ajustes integrales por inflación; este decreto también fué incorporado al Estatuto Tributario sin que se hubiera modificado su artículo 329 en relación con la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación a partir de la vigencia fiscal de 1992.

En ejercicio de las mismas facultades otorgadas por el artículo 25 de la ley 49 de 1990 y con el fin de mejorar algunos aspectos del sistema, el Gobierno Nacional expidió el decreto 2911 de 1991, el cual fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia del 14 de diciembre de 1992, por agotamiento de las facultades extraordinarias invocadas.

De acuerdo con la anterior evolución legislativa, es claro para la Sala que el sistema de ajustes por inflación fué consagrado para la vigencia fiscal de 1992, desde la expedición del decreto 2687 de 1988, y por lo tanto, se encontraba vigente tanto para la fecha de la decisión de la Corte Constitucional mediante la cual se declaró la inexequibilidad del decreto 2911 de 1991, como para la de expedición del decreto reglamentario, ahora demandado, el cual no fué, la norma que implantó el sistema fiscal de ajuste por inflación y definió su vigencia, sino que simplemente tomó las medidas necesarias para la debida ejecución de las normas vigentes sobre la materia, contenidas en el Estatuto Tributario; y en el artículo demandado solo reproduce lo ya establecido por el artículo 1° del decreto ley 2687 de 1988, recogido en el artículo 329 del citado estatuto y vigente desde el 26 de diciembre de 1988, sin solución de continuidad.

Las consideraciones anteriores permiten a la Sala concluir que de acuerdo con lo anterior, no se da la violación del artículo 338 de la Constitución Nacional en relación con la vigencia del sistema integral de ajustes por inflación, a que hace referencia el actor, toda vez que dicha vigencia para el año de 1992, fué ordenada desde el año de 1988 y no ha sido modificada o suspendida por el legislador ordinario o extraordinario, ni objeto de pronunciamiento judicial.

Las Señoras Apoderadas del Ministerio de Hacienda, en su impugnación a la demanda, afirman que, las disposiciones reguladores del sistema integral de ajustes por inflación en los estados financieros de los contribuyentes del impuesto de renta, no pueden entenderse como leyes reguladores de una contribución, toda vez que se trata, simplemente, de la regulación de un mecanismo legal, a través del cual se reconocen los efectos de la inflación en los estados financieros de los contribuyentes del impuesto de renta, y por lo tanto no están sometidas a lo dispuesto por el inciso 3°. del artículo 338 de la Constitución.

Si bien, en el caso de autos tal como se precisó en los párrafos precedentes, no se da la violación del citado artículo 338 de la Constitución Nacional, en cuanto la norma demandada no implantó el sistema integral de ajustes por inflación, ni definió su vigencia, sino que solamente reglamentó las normas que con fuerza de ley regulaban dichos aspectos para hacer posible su cumplimiento, la Sala debe precisar su criterio en relación con esta interpretación que del artículo 338 de la Constitución hace la parte impugnadora.

En efecto, dicho artículo, en plena concordancia con el artículo 363 de la misma Constitución Nacional, consagró de manera enfática la irretroactividad de la ley, y, específicamente para los impuestos de período, dispuso que las normas que los regulen no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley.

Qué debe entenderse entonces por "leyes que regulen contribuciones".?

Haciendo una interpretación integral del citado artículo 338 de la Constitución Nacional, a juicio de la Sala, debe entenderse toda norma que regule y por lo tanto afecte alguno de los elementos estructurales de un tributo, que el mismo artículo en análisis, enumera en su inciso primero y que desde el punto de vista de la doctrina del Derecho Tributario son: los sujetos activos y pasivos, los hechos gravables, las bases gravables y las tarifas respectivas, tal como lo recoge el Estatuto Tributario al referirse a la obligación tributaria sustancial (artículo 1°).

De acuerdo con lo anterior, toda norma que afecte dichos elementos estructurales debe entenderse como reguladora de una contribución y por ello, si se trata de un tributo de período, solo podrá aplicarse para el que comience después de iniciar su vigencia, independientemente del estatuto en que se encuentre contenida.

Es cierto, como lo afirma la parte impugnadora que el sistema integral de ajustes por inflación es un mecanismo legal, a través del cual se reconocen los efectos de la inflación en los estados financieros de los contribuyentes del

impuesto de renta, y es claro que no todas las normas que conforman su reglamentación pueden considerarse como reguladoras de un tributo, pero sí lo son aquéllas que de alguna manera afecten los elementos estructurales de un impuesto o contribución, como es la base gravable.

En conclusión, en este aspecto, no resulta válido el argumento presentado por las Señoras Apoderadas del Ministerio de Hacienda, en el sentido de que las normas que reglamentan el sistema integral de ajustes por inflación no están sometidas a lo dispuesto por el inciso 3o. del artículo 338 de la Constitución Nacional, pues lo estarán en cuanto afecten alguno o varios de los elementos estructurales de un impuesto o contribución.

En el caso de autos, tal como ya quedó establecido, no se dá la violación del citado artículo 338 de la Carta Constitucional, por otras razones.

En cuanto al otro argumento de la demanda relacionado con el desconocimiento de los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexequible el decreto 2911 de 1991, la Sala considera que de conformidad con lo ya expresado, en el sentido de que la norma demandada no está ni creando, ni fijando la vigencia del sistema integral de ajustes por inflación, no es posible que se dé la violación alegada por declarar vigentes las normas revividas al desaparecer del mundo jurídico las declaradas inexequibles, y además, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, los efectos de la sentencia de inexequibilidad no equivalen ni a los de la declaratoria de nulidad, ni a la derogatoria de la norma, sino a su extinción e implica que recobra vigencia la norma que regía con anterioridad, tal como lo declaró la misma sentencia que se cita cuando dispuso que:

> " ..... la presente decisión no crea o desencadena ningún vacío normativo ni coloca a sus destinatarios ante un abismo preceptivo, pues como es natural y apenas obvio reviven las normas que el presente decreto trató de reemplazar y que regulan la materia...."

Por lo demás, es claro y resulta válido el argumento expuesto por la distinguida colaboradora Fiscal, el cual coincide con lo dicho en la primera parte de estas consideraciones, en el sentido de que las normas que establecieron la vigencia del sistema integral de ajustes por inflación, no fueron derogadas por el decreto que posteriormente declaró inexequible la Corte Constitucional, y por lo tanto no puede afirmarse que sus efectos fueron revividos por el fallo en cuestión.

Así las cosas, si de acuerdo con todo lo hasta aquí expuesto puede afirmarse, sin lugar a dudas, que desde la expedición del Decreto 2687 de 1988, quedó establecido que el sistema integral de ajustes por inflación se aplicaría a partir de la vigencia fiscal de 1992, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, en un todo de acuerdo con lo alegado por la Señora Procuradora Sexta Delegada ante el Consejo de Estado.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívase el expediente y cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

FACTURA CAMBIARIA / CONTRATO DE COMPRA VENTA / RESERVA DE DOMINIO.

Las facturas materia de discusión reúnen todas las formalidades enumeradas en el artículo 774 y 621 del Código de Comercio a saber; tienen impreso un número consecutivo, expresan el nombre, la identificación del comprador; expresan todas las características del vehículo vendido que son usuales en este tipo de negocios y el valor del mismo; expresa así mismo en sitio visible que esta factura se asimila en sus efectos a la letra de cambio y finalmente está firmada por el comprador en señal de aceptación, además del vendedor con su respectivo sello y nit. En estas condiciones el documento es formalmente una factura cambiaria. La inclusión de la aclaración o cláusula de que la venta del vehículo esta hecha con reserva de dominio es una cláusula que condiciona al contrato de venta, pero que no interfiere ni la ley de circulación del título valor, ni lo sujeta a ninguna condición.

INSPECCION TRIBUTARIA - Improcedencia / IMPUESTO DE TIMBRE / DOCUMENTO - Verificación.

No era necesario, para determinar el hecho gravado practicar inspección sobre los libros de contabilidad de la empresa, con las formalidades que para ésta exige el Código de Procedimiento Civil. Era suficiente para el efecto constatar simplemente la existencia física de los documentos y la verificación sobre los mismos por los funcionarios de Hacienda, del incumplimiento de la declaración y pago del impuesto, como quiera que este medio también constituye prueba, en los términos del art. 175 armónico con el 251 del Código de Procedimiento Civil. Aceptar la necesidad de aquella inspección seria tanto como exigir el aporte de una prueba que a la postre

resultaría inocua o inconducente porque no se trata de establecer el registro de las operaciones en los libros de contabilidad sino de verificar si los documentos otorgados o suscritos por la empresa son sujetos o no al impuesto de timbre.

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

Consejero Ponente: *Dr Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No 4770. Actor : DYS AUTOMOTORES LTDA. Impuesto Timbre. -FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 12 de febrero de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander, accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la sociedad DYS AUTOMOTORES LTDA. contra los actos administrativos que determinaron una sanción por no declarar impuesto de timbre, durante el año 1988.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

En uso de las facultades conferidas por los artículos 691 y 914 del Estatuto Tributario, el Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, previo emplazamiento efectuado a la sociedad DYS AUTOMOTORES LTDA., por Oficio 045 del 21 de septiembre de 1989, para que presentara las respectivas declaraciones de timbre nacional, por medio de la Resolución 0003 del 28 de febrero de 1990 impuso sanción por Incumplimiento del deber formal, respecto a los contratos relacionados en la misma providencia por la suma de $29.096.600.

Interpuesto el recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios por Resolución 022 del 9 de octubre del mismo año 1990, confirmó en todas sus partes la decisión oficial. Desechó por improcedentes las nulidades propuestas por la actora y mantuvo la sanción impuesta porque en su entender los contratos a que se hace referencia en el acto impugnado, lejos de ser simples facturas comerciales como afirma la recurrente, son verdaderas facturas cambiarias sujetas a impuesto de timbre. De otra parte la cuantía de los contratos de consignación para calcular el tributo estuvo bien determinada. Aquélla se establece con base en el precio de venta del vehículo consignado y no teniendo en cuenta la comisión que por la negociación la empresa percibe.

SECCION CUARTA

Agotada la vía gubernativa, el apoderado judicial de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cita, y consecuentemente se exonere a su representada de la sanción impuesta.

Cita como disposiciones quebrantadas las siguientes:

- Título III de la Constitución Política de Colombia

- artículos 652 numeral 44, 730, 742, 743 del E-T.

- artículo 59 del Código Contencioso Administrativo y

- artículo 152 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil

Argumenta el apoderado judicial que con la operación administrativa impugnada se violaron aquellas disposiciones, en síntesis porque:

- Por muestreo, sin probar plenamente y por medios idóneos los hechos, impuso la sanción. Esto es, no se tuvo en cuenta el procedimiento descrito por los artículos 742 y 743 del Estatuto Tributario, de donde resulta que la actuación oficial es nula.

- Los documentos a que alude la Administración Tributaria, son facturas comerciales no cambiarias, puesto que no obstante tener esta última denominación, no fueron aceptadas por los compradores, caso en el cual dice, "se desintegra jurídicamente la figura de la entidad cambiaria".

Finalmente critica el hecho de que en la resolución que desató el recurso de reconsideración no se hubiera hecho un pronunciamiento alguno acerca de la falta y falsa motivación alegada en relación con el acto sancionatorio impugnado.

LA SENTENCIA APELADA

EL Tribunal Administrativo de Santander en sentencia del 12 de febrero de 1993 declaró la nulidad de la operación administrativa y para restablecer el derecho de la sociedad la relevó de la sanción. Para el *a-quo* el acto administrativo que impuso la sanción, no se fundó en prueba legalmente practicada "puesto que no existe la evidencia fehaciente de los hechos constitutivos de la conducta que quiso sancionar". Para él un simple informe no es prueba idónea.

Aunque acepta que de acuerdo con el dictamen pericial solicitado y decretado por el Tribunal, se pudo establecer que existían contratos de consignación de vehículos sobre los cuales se generé el impuesto de timbre, advierte que tal circunstancia no le quita el carácter de nula a la resolución que impuso la sanción, porque ésta violó el artículo 742 del E.T.

DE LA APELACION

El apoderado de la parte demandada apela. Disiente de la sentencia proferida por el Tribunal porque, en el caso que se atiende no era necesario para probar el incumplimiento de la obligación de declarar, practicar una inspección tributaría con el lleno de todas las formalidades legales previstas para su validez. Teniendo en cuenta la naturaleza del impuesto que es esencialmente documental, era suficiente la verificación de la existencia de documentos sujetos al tributo como son las facturas cambiarias de compra venta de vehículos con reserva de dominio y los contratos de consignación de los mismos, puesto que no se trata en el caso de comprobar la contabilización o no de las transacciones realizadas sino la existencia de documentos sujetos al tributo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte demandada insiste en la procedencia de la prueba de verificación que efectuó la Administración y sobre la cual se dió cabal cumplimiento al principio de contradicción al dársele a conocer al obligado a declarar, los resultados de aquélla.

Crítica el dictamen pericial porque al profesional contable no le es dado pronunciarse sobre aspectos de derecho, según lo estatuye el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil e insiste sobre la procedencia de la sanción impugnada.

La Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación, solicita "se revoque la sentencia apelada, declarando la legalidad de los actos acusados y graduando las sanciones impuestas al monto de las obligaciones fiscales incumplidas y que fueron demostradas dentro del proceso".

Entiende el Ministerio Público que en ejercicio de las facultades de, investigación de que está investida la Administración, practicó la visita de verificación para examinar los documentos relativos al impuesto de timbre, actuación de la cual conoció la sociedad a través del módulo de evaluación y

recomendaciones que le remitió la Administración, contentivo de una relación de los documentos puestos a disposición de los funcionarios de impuestos.

Para la Procuraduría, la inspección sobre los libros de contabilidad de la empresa no era necesaria para establecer la obligación de declarar, la constatación sobre los documentos es prueba más que suficiente para establecer, si sobre ellos se ha debido pagar o no el impuesto de timbre.

Partiendo de la base de la legalidad de los actos administrativos, pide se evalúe el dictamen pericial, para medir los alcances y el valor de la sanción impuesta.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

La Sala está de acuerdo con el Ministerio Público. La Administración Tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación. Para el efecto puede adelantar visitas, efectuar cruces de información, requerimientos, verificaciones,y en general ejecutar toda clase de actuaciones preparatorias a los actos de determinación del tributo. En materia del impuesto de timbre, por tratarse éste de un gravamen eminentemente documental, aquellas funciones las ejerce preferencialmente a través de la verificación (art. 30 de la Ley 52 de 1977, hoy arts. 684, 684-1 y 684-2 del E.T).

En el caso que se atiende fue en uso de aquellas facultades que la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, por Auto Comisorio 051 del 9 de mayo de 1989, notificado al Representante Legal de la empresa, comisionó a dos de sus funcionarios para que efectuaran la "verificación sobre las obligaciones de declarar y determinar correctamente el impuesto de timbre por el año de 1988".

Efectuada la visita por los funcionarios de impuestos y detectada por éstos la obligación de declarar y pagar el impuesto de timbre sobre contratos de consignación de vehículos y facturas de compra venta, previa remisión de un módulo de evaluación y recomendaciones, emplazó a la empresa por Auto 045 del 21 de septiembre de 1989, para que cumpliera con el deber formal dentro del mes siguiente, en virtud de lo preceptuado por el artículo 715 del E.T.

Evaluación y emplazamiento al cual no dió respuesta la sociedad, según constancia que obra a folio 134 de los antecedentes administrativos, lo que originó la expedición de la Resolución 003 del 28 de febrero de 1990 en cumplimiento del artículo 717 del mismo Estatuto.

Así las cosas, no puede aceptar la Sala como pretende la actora y acepta el Tribunal que la operación administrativa impugnada sea nula por violación de los artículos 742 y 743 *ibídem*, puesto que armónica y acorde con éstos fue la actuación oficial. No hubo violación del derecho de defensa de la contribuyente, ni la sanción por no declarar, se impuso sin fundarse en hechos probados: por el contrario la reclamante tuvo varias oportunidades para desvirtuar las glosas que se le imputaron, previa constatación y verificación del incumplimiento de lo preceptuado en materia de impuestos indirectos, en los documentos materia de inspección.

Primero, se le corrió traslado de lo que se denominó "módulo de evaluación y recomendaciones", en donde se relacionó detalladamente cada una de las facturas de compra venta contratos de consignación de vehículos, sobre los cuales se detectó la omisión tributaria y sé formularon recomendaciones para que la sociedad subsanara las anomalías encontradas.

Después se le emplazó para que presentara la declaración de impuestos y pagara el tributo de timbre, pero, ni en una ni en otra oportunidad la contribuyente hizo pronunciamiento al respecto.

La Oficina de Impuestos pues, observó los principios orientadores de la actuación administrativa a que hace alusión el artículo 3 del C.C.A., pero la sociedad no ejecutó diligencia alguna tendiente a desvirtuar los cargos, ni a dar explicaciones.

No era necesario para determinar el hecho gravado, como pretende el a quo, practicar inspección sobre los libros de contabilidad de la empresa, con las formalidades que para ésta exige el Código de Procedimiento Civil. Era suficiente para el efecto constatar simplemente la existencia física de los documentos y la verificación sobre los mismos por los funcionarios de Hacienda, del incumplimiento de la declaración y pago del impuesto, como quiera que este medio también constituye prueba, en los términos del artículo 175 armónico con el 251 del Código de Procedimiento Civil. Aceptar la necesidad de aquella inspección sería tanto como exigir el aporte de una prueba que a la postre resultaría inócua o inconducente porque no se trata de establecer el registro de las operaciones en los libros de contabilidad sino de verificar si los documentos otorgados o suscritos por la empresa son sujetos o no al impuesto de timbre y si éste fue declarado y pagado y esto en atención a que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 2a. de 1976 son contribuyentes las personas que intervengan como otorgantes, giradores, aceptantes, emisores o suscriptores en los documentos.

SECCION CUARTA

Ante la improcedencia de la nulidad invocada por la sociedad por los aparentes vicios de procedimiento, es del caso analizar los documentos probatorios que obran dentro del expediente a fin de establecer con base en ellos si se causó o no la obligación tributaría cuyo incumplimiento generó la sanción que en esta oportunidad se recurre.

Se establece en el dictamen pericial (fls. 127 a 130 C.P.) solicitado por la actora y decretado por el Tribunal, en síntesis, que la empresa tiene registradas facturas de venta de vehículos nuevos y usados. Que aquéllas tienen los requisitos de factura cambiaria de compra venta, en los términos del artículo 774 del Código de Comercio y los requisitos de factura de que trata el Decreto 2503 de 1987. Empero conceptúan los peritos que, como en aquéllas se encuentra expresa la cláusula de reserva de dominio aceptada por el comprador, dejan de tener tal calidad para convertirse en facturas comerciales exentas del impuesto de timbre.

En cuanto a los contratos de consignación de vehículos automotores, admiten la existencia de éstos y el correspondiente impuesto de timbre.

Con relación al dictamen analizado la Sala comienza por recordar que no le es dable a los peritos contables conceptuar sobre aspectos de derecho (numeral 1° artículo 236 C.P.C.).

La Sala observa que las facturas materia de discusión según los ejemplares que en fotocopia auténtica obran en buen número en el expediente reúnen todas las formalidades enumeradas en el artículo 774 y 621 del Código de Comercio a saber: dicen ser facturas cambiarias de compra venta y tienen impreso un número consecutivo; expresan el nombre, la identificación del comprador; expresan todas las características del vehículo vendido que son usuales en este tipo de negocios y el valor del mismo; expresa así mismo en sitio visible que esta factura se asimila en sus efectos a la letra de cambio y finalmente está firmada por el comprador en señal de aceptación, además del vendedor con su respectivo sello y nit. En estas condiciones el documento es formalmente una factura cambiaría. En concepto de la Sala la inclusión de la aclaración o cláusula de que la venta del vehículo está hecha con reserva de dominio al tenor de los artículos 952, 953 y siguientes del Código de Comercio es una cláusula que condiciona al contrato de venta, pero que no interfiere ni la ley de circulación del título valor, ni lo sujeta como tal a ninguna condición, de suerte que dicha factura cambiaria como título valor puede ser negociada en las condiciones legales y por el contrario, la reserva de dominio que afecta al contrato causal de venta puede considerarse como un derecho accesorio que favorece al adquirente en caso de juicio transferencia de dicho título, según lo preceptuado por el artículo 698 del Código de Comercio. Además todo indica

que se trate de ventas **efectivas** de vehículos que fueron entregados real y materialmente a los compradores, con lo cual se completan las condiciones del artículo 772 del Código de Comercio para concluir que se trata de verdaderas facturas cambiarias.

Por lo expuesto para la Sala no hay duda de que las citadas facturas cambiarias que obran en el informativo y que además fueron relacionadas minuciosamente por los inspectores oficiales eran títulos valores sujetos a impuesto de timbre conforme a las reglas generales de la Ley 2a. de 1976, ya que ni se alegó ni demostró que pudieran estar cobijadas por la exención para las facturas cambiarias entre comerciantes matriculados en la Cámara de Comercio consagrada en el numeral 8 del artículo 26 de la citada ley. En consecuencia tanto por el aspecto probatorio como por el aspecto sustancial se concluye que la actuación de la Administración estuvo ajustada a la ley, motivo por el cual la sentencia del Tribunal a de ser revocada para, en su lugar negar las pretensiones 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:

1° REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 12 de febrero de 1993 en el juicio N° 7794.

2° En su lugar, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Florez Rojas, Secretario.

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS / HECHO IMPONIBLE / BASE GRAVABLE.

El impuesto de avisos y tableros conserva su autonomía en cuanto al hecho generador, debiendo presentarse éste para que surja la obligación tributaria a cargo del contribuyente cual es el efectivo uso de lugares públicos, de tal Forma que sí no se da éste, no habrá lugar al cobro del tributo. La Ley 14 de 1983 lo racionalizó y modernizó sin derogar las normas creadoras del mencionado tributo porque hace referencia a las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915. Tampoco se vario en la esencia su estructura por cuanto el hecho económico que genera el impuesto es el mismo, el uso de lugares públicos; la innovación es en precisar la materia imponible, todas las actividades comerciales, industriales y de servicios y hacerlo complementario del de industria y comercio que a partir de esta ley, grava las misma.

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

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4928 Actor: COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S.A-. Apelación sentencia de 30 de abril de 1993. Tribunal Administrativo de cundinamarca. (Impuesto de industria, comercio y avisos año gravable 1969, vigencia de 1990). F A L L O.-

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S-A. "Colenvases " Nit- 8-60.507.871-6, contra la sentencia de 30 de abril de 1993 mediante la cual

el Tribunal Administrativo de Cundínamarca negó las súplicas de la demanda relacionadas con la determinación del impuesto de avisos, complementario del de industria y comercio, correspondiente al año gravable 1989, vigencia de 1990.

ANTECEDENTES

En la declaración de industria, comercio y avisos del año gravable 1989 la contribuyente describió como actividades realizadas la PRODUCCION Y DISTRIBUCION DE ENVASE DE ALUMINIO Y PRODUCTOS ENVASADOS, liquidando un total de impuesto anual de, Industria y comercio por la suma de $24.350.016 correspondiente a las actividades industrial (código 103), comercial (código 204) y de servicios (código 304).

Como quiera que el impuesto complementario de avisos se liquida con base en el monto del impuesto anual de industria y comercio determinado en la liquidación privada (renglón 05 del formulario) aplicándole la tarifa del 15% ($24.350.016 por 15% igual $3.652.502), la contribuyente estableció tal gravamen en la suma de $1.497.333 (fl. 75).

La Dirección de Impuestos Distritales por medio de la resolución 557 de agosto 29 de 1990 consideró que al tenor del artículo 60 del Acuerdo 21 de 1983 se presentaba error aritmético, pues si la base gravables es $24.350.016 el 15% equivale a la suma de $3.652.502 y no a la cantidad de $1.497.333 que registra el renglón 6 del formulario de la declaración tributario. (fls. 15/17).

En la reposición la contribuyente pidió la nulidad de la liquidación de corrección aritmética que contiene el mencionado acto administrativo, aduciendo violación del parágrafo del artículo 47 del Acuerdo 21 de 1983 porque no se produjo el requerimiento previo toda vez que a su juicio no se trata de un error aritmético sino que se liquidó el impuesto de avisos con fundamento en el artículo 69 de la Ley 14 de 1983, es decir que se excluyeron de la base de liquidación los ingresos originados en las actividades cerveceras.

Este recurso fue decidido por la resolución 194 de abril 15 de 1991 en la cual básicamente la Administración Distrital de Impuestos preciso que la nulidad del, acto administrativo acusado eran de competencia del Tribunal Administrativo respectivo (artículo 132, numeral primero del Código Contencioso Administrativo) y que es evidente que la liquidación privada contiene error aritmético al tenor del artículo 80 del Acuerdo 21 de 1983, por lo cual confirma en todas sus partes la resolución 557 de agosto 29 de 1990. (fls. 18/25).

SECCION CUARTA

A su turno la Junta Distrital de Hacienda al decidir la apelación subsidiaria por medio de la resolución 376 de octubre 23 de 1991, luego de reseñar los motivos de inconformidad expresados por la recurrente puntualiza que el impuesto de avisos y tableros es un impuesto complementario del de industria y comercio artículo 37 de la Ley 14 de 1983 y artículos 25 y 27 del Acuerdo 21 de 1983 y que si no cabía la prohibición en relación con el gravamen de industria y comercio a las cervezas (sentencia de marzo 4 de 1988, proceso 1505, Consejero Ponente Dr. Hernán Guillermo Aldana) que es el tributo cuyo objeto está constituido por la producción o la comercialización, con mayor razón dicha prohibición es ajena al impuesto de avisos. En cuanto a la petición de nulidad de la resolución de corrección precisó la Dirección Distrital de Impuestos que estaba facultada por el artículo 80 del Acuerdo 21 de 1983 para corregir oficiosamente los errores aritméticos encontrados en la liquidación privada. En esta forma quedó agotada la vía gubernativa. (fia. 26/28).

En el trámite surtido ante el Tribunal el Procurador Sexto descorrió el traslado en el sentido de que la actora si incurrió un error aritmético el calcular el impuesto complementario de avisos y tableros por lo cual no procedía el requerimiento previo (paragráfo artículo 47 y artículo 80 del acuerdo 21 de 1983), no configurándose la nulidad invocada en la demanda. Respecto a la presunta violación del artículo 69 de la Ley 14 de 1983 argumenta que el hecho gravado lo constituye la colocación de avisos en la vía pública para lo cual se fija una tarifa del 15% sobre el valor del impuesto de industria y comercio cuya liquidación y aplicación no admite otra interpretación y sin que pueda entenderse que deba excluirse por estar exentos de imposición la "actividad cervecera". (fls. 135/136).

Por su parte el Tribunal, luego de referirse a la sentencia del 4 de marzo de 1988, Consejero Ponente, Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque concluye que de acuerdo con el criterio expuesto en este fallo las cervezas no están exentas del gravamen de industria y comercio puntualizando lo siguiente:

> "Definido como está que la industria cervecera es objeto de impuesto de industria y comercio y avisos puede ser la accionante objeto de liquidación de corrección, para lo cual no hay obligación de efectuar requerimiento previo de conformidad con el artículo 47 del Acuerdo 21 de 1983 norma que no infringieron las oficinas gubernativas con su actuación al no requerir a la contribuyente antes de practicarle el acto de liquidación en virtud de que las oficinas impositivas consideraron que existía error aritmético en la liquidación privada de la sociedad, por lo tanto, no prospera el cargo." (fl. 144).

Y en relación con la presunta violación del artículo 69 de la Ley 14 de 1983 puntualiza que en el *sub-examine* se presenta error aritmético porque el artículo de Acuerdo 21 de 1983 estableció que el impuesto complementario de avisos se cobra a la tarifa del 15% sobre el valor del impuesto de industria y comercio; y la actora no lo liquidó en la suma de $3.652.502 (base gravable $24.350.016) sino en cantidad menor como es la partida de $1.497.333 que registra el renglón 06 de la liquidación privada. En consecuencia denegó las súplicas de la demanda. (fls. 139/149).

RECURSO DE APELACION

En la sustentación la apoderada de la actora precisa que para la sociedad es claro que a partir de la vigencia de la ley 14 de 1963, solamente se permitió a los municipios gravar la industria cervecera con el impuesto de industria y comercio, pero que en este punto se planteó la discusión en cuanto a la validez del procedimiento utilizado por la Administración para modificar la liquidación privada presentada por el año gravable 1989 en cuanto a la determinación del impuesto de avisos se refiere.

Es decir, la liquidación oficial contenida en la resolución 557 de 1990 modificó aspectos sustanciales de la liquidación privada y no un simple error aritmético como lo consideró la Administración Distrital y lo ratifica ahora el Tribunal.

Al respecto reitera que la contribuyente con fundamento en el artículo 69 de la ley 14 de 1983, para efectos del impuesto de avisos, excluyó de la base para liquidarlo, los ingresos originado en, el ejerció de la actividad cervecera motivo por el cual el monto que aparece en la liquidación privada no corresponde al 15% del total del impuesto de industria y comercio. Con ello quiere significar que la sociedad no incurrió en error aritmético en la liquidación privada porque el monto de $1.497.333 corresponde al 15% del impuesto de industria y comercio originado en ingresos obtenidos en actividades diferentes a la cervecera, actitud que en ningún momento equivale a dato equivocado.

De lo anterior concluye que al tratarse de la modificación de un aspecto sustancial la Administración Distrital estaba en la obligación de librar requerimiento previo (parágrafo del artículo 47, Acuerdo 21 de 1983). Como no se envió tal requerimiento se incumplió un presupuesto procesal necesario para la validez del acto administrativo de corrección acusado que genera la correspondiente declaratoria de nulidad.

En segundo lugar, la recurrente solicita, que si no prospera la nulidad planteada, se examine y se de aplicación al criterio según el cual "el hecho

imponible determinado por las normas que crearon el impuesto de avisos está en la actualidad ligado al ejercicio de una actividad gravable.

En efecto, señala " ... como el artículo 69 de la ley 14 de 1983 establece un trato preferencial para la actividad cervecero es del caso afirmar que la excepción a la prohibición contenida en los decretos 190 y 294 de 1969 la constituye únicamente el impuesto de industria y comercio porque en su texto literal no mencionó el impuesto de avisos." (Fls 156/158)

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSION

En primer término, lo descorre la parte demandante quien reitera que la Administración Distrital practicó una liquidación oficial de revisión y no una corrección aritmética por cuanto la modificación del impuesto de avisos no tuvo origen en un error matemático sino en la disparidad de criterios de la liquidación de tal gravamen a los ingresos originados en la actividad cervecera. Por lo tanto pide se declare la nulidad de los actos acusados como consecuencia de los vicios de procedimiento anotados confirmando la liquidación privada presentada por el año gravable de 1989.

En cuanto al punto relacionado con la liquidación del impuesto de avisos relieve se estudien los ingresos originados en la actividad cervecera para lo cual se remite a los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación e la apelación. (fls. 157/158 y 161/162).

También formuló sus alegaciones en esta proceso la señora Delegada Sexta de la Procuraduría General de la Nación ante el Contencioso quien expresa que comparte las razones expuestas por el Tribunal en el sentido de que la actora es sujeto pasivo del impuesto de avisos y tableros; y que en la liquidación de este tributo (año gravable de 1989), incurrió en error aritmético, porque si la base es el impuesto de industria y comercio fijado para el citado período en la suma de $24.350.016, el 15% de esta determinan los actos acusados, luego de practicar la controvertida corrección aritmética.

Para una mejor comprensión del asunto, la Delegada de la Procuraduría puntualiza:

> "A partir de la vigencia de la ley 14 de 1983, y por virtud del artículo 69, la Sociedad efectivamente, es contribuyente del impuesto de industria y comercio, Y aún cuando también está quieta al pago del gravamen complementario de Avisos y Tableros, tal, no recae expresamente sobre la actividad industrial, comercial o de servicios, sino que se origina, porque aquélla , como industrial y comerciante de cervezas, que es, deriva

beneficio del hecho económico, generador del tributo, de colocar avisos y tableros en la vía pública, interior y exterior de coches, ...

"No obstante la autonomía que caracteriza y diferencia el mencionado impuesto, éste está vinculado al hecho imponible y al sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio y su base gravable es, el monto que por dicho concepto aquél liquida para un determinado período, sobre el cual recae la tarifa del 15%, como se infiere del artículo 37 de la citada Ley 14.

"Ciertamente no están excluidos de la obligación de pagar este gravamen quienes ejercen la actividad cervecero, y por lo tanto, se debe concluir, que en relación con COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S.A. "Colenvases", concurren todos los elementos que configuran el tributo, de modo que si ésta liquidó en su declaración de industria y comercio un impuesto a cargo de $24.350.016.oo, es claro que el 15% de esta cifra es $3.652.502, y no la suma de $1.497.353, por lo cual la Administración Tributaria Distrital, estaba llamada a corregir oficiosamente el error, ciñiéndose a lo previsto en el artículo 80 del Acuerdo 21 de 1983".

Por lo expuesto, la Delegada de la Procuraduría ante el Contencioso solicita la confirmación de la sentencia apelada. (f ls. 163/167).

CONSIDERACIONES

Respecto al impuesto de avisos y tableros en varios fallos la Sala ha precisado que este gravamen conserva su autonomía en cuanto al hecho generador, debiendo presentarse éste para que surja la obligación tributaria a cargo del contribuyente cual es el efectivo uso de lugares públicos, de tal forma que si no se da éste, no habrá lugar al cobro del tributo.

En efecto, en sentencia de 22 de junio de 1990, con ponencia del doctor Carmelo Martínez Conn dijo: "La Ley 14 de 1983 lo racionalizó y modernizó sin derogar las normas creadoras del mencionado tributo porque hace referencia a las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915. Tampoco se varió en la esencia su estructura por cuanto el hecho económico que genera el impuesto es el mismo, el uso de lugares públicos; la innovación estuvo en precisar la materia imponible, todas las actividades comerciales, industriales y de servicios y hacerlo complementario del de industria y comercio que a partir de esta ley, grava las mismas actividades (...). Al disponer la Ley 14 de 1983 en su artículo 37 el cobro a los vinculados a actividades industriales, comerciales y de servicios conservó el elemento consistente en el uso de lugares públicos según la previsión de la ley 97 de 1913 que creó el tributo".

SECCION CUARTA

Así mismo la sala ha observado que si una Persona natural o jurídica es contribuyente del impuesto de industria y comercio y además coloca avisos en la vía o lugares públicos, está sujeta al pago del impuesto complementario de avisos, pues el impuesto de avisos y tableros, no está gravando la fabricación ni el consumo de cervezas, sino la colocación de avisos en espacios públicos.

Sobre este tema la sentencia de noviembre 15 de 1991, expediente número 3543, actor Bavaria S.A. la Sala puntualizó lo siguiente:

"Mediante el artículo 37 de la ley 14 de 1983, reglamentado por el artículo 10 del Decreto 3070 de 1983, se complementa la estructura del tributo, conservando el hecho económico que genera el impuesto, el uso de lugares públicos para colocar avisos y tableros, pero lo vincula y condiciona a una actividad industrial, comercial o de servicios, fijando además las bases de liquidación y cobro.

"En efecto, dispone el artículo 37 de la Ley 14 de 1983:

"El impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1913, y la Ley 84 de 1915, se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de Industria y Comercio, con una tarifa del 15% sobre el valor de este , fijada por los Concejos Municipales (subraya la Sala).

"El contexto de la norma indica:

"a) Que el sujeto, pasivo del tributo es la persona natural o jurídica que desarrolla una actividad comercial, industrial o de servicio;

"b) Que ese mismo sujeto utiliza el espacio público para la colocación de avisos y tableros, circunstancia que constituye el hecho generador del impuesto complementario;

"c) Que como impuesto complementario que es de Industria y Comercio, todas las actividades sujeta a éste lo está igualmente al de Avisos y Tableros, salvo que exista una disposición expresa que exonere el mismo.

"Entonces si la actora es contribuyente del impuesto de Industria y Comercio y además coloca Avisos en la vía o lugares públicos, está sujeta al pago del impuesto complementario de avisos, sin que tal imposición viole los artículos 21 del Decreto Legislativo 196 de 1969 y 11 del Decreto 094 del mismo año, reiterada en el artículo 69 de la Ley 14 de 1983, según las cuales "los municipios no podrán imponer gravámenes sobre la

fabricación y el consumo de cervezas nacionales", porque el impuesto de avisos en espacios públicos y tableros no está gravando ni la fabricación ni el consumo de cervezas, sino la colocación de avisos en espacios públicos."

En resumen, de acuerdo con lo anterior la Sala considera que a pesar de la autonomía que caracteriza y diferencia al impuesto complementario de avisos y tableros, este gravamen está vinculado al hecho imponible, al sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio; y su base gravable es, el monto que por dicho concepto el contribuyente liquida para un determinado período, sobre el cual recae la tarifa del 15% (artículo 37 de la Ley 14 de 1983).

De manera pues, que si la sociedad Colenvases S.A. no estaba excluida de la obligación de pagar este gravamen, es evidente que no debía haberlo liquidado en la suma de $1.497.353; y por esta razón, bien pudo la Administración Tributaria Distrital corregir el mencionado error aritmético con fundamento en el artículo 80 del Acuerdo 21 de 1983 sin requerimiento previo, tomando el 15% de $24.350.016, es decir la suma de $3.652.502. como aparece e la resolución 557. Por lo tanto, la Sala habrá de confirmar la sentencia del Tribunal por encontrarla ajustada a derecho.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 30 de abril de 1993 Proferida en el juicio 8737, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Gundinamarca negó las súplicas de la demanda formulada por COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S.A. "Colenvases" en relación con el impuesto de industria y comercio y avisos del año gravable 1969, vigencia de 1990.

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

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez , Secretario.

REPRESENTACION LEGAL / SOCIEDAD LIMITADA LEGITIMACION EN CAUSA ACTIVA

La representación legal de una sociedad de responsabilidad limitada puede estar en cabeza de los socios, o aquella también puede ser delegada en un gerente con atribuciones claras y precisas. Según el certificado de la Cámara de Comercio la actora se acogió a la figura de la delegación de la representación y administración de la sociedad en cabeza de un gerente; luego es evidente que quien confiere el poder para iniciar la acción contenciosa, si tiene la representación legal de la actora, y por tanto no se configura la falta de legitimación en causa por activa, por la supuesta ausencia del requisito contemplado por el inciso 52 del art. 139 del C.C.A.

NOTIFICACION PERSONAL / NOTIFICACION POR EDICTO - Validez

Habiendo enviado la citación para notificar personalmente de la resolución que decidió el recurso de reconsideración a la dirección correcta, esta actuación es plenamente válida y al no haberse presentado el contribuyente a notificarse personalmente dentro de los diez dias siguientes a la introducción al correo de la citación, la notificación por edicto surtió los efectos legales correspondientes. Asimismo la presunción legal que ampara la notificación por correo de que trata el art. 39 del Decreto 3803 de 1982, puede ser desvirtuada aún en el evento de estar probadas las circunstancias o antecedentes del hecho presumido (el envió de la copia del acto-citación a la dirección informada por el contribuyente) pero también el hecho contrario debe apareeer plenamente demostrado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C. veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 4335 Actor: CERAMICA INDUSTRIAL DEL META LTDA "CIMET". Impuestos Ventas. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora CERAMICA INDUSTRIAL DEL META LTDA "CIMET" NIT: 92.001.489, contra la sentencia del 18 de junio de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo del Meta, negó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, incoado contra la operación administrativa mediante la cual la Administración de Impuestos de Villavicencio determinó el Impuesto a las ventas correspondiente al período bimestral 11 del año gravable de 1981.

ANTECEDENTES:

Con base en inspección a los libros de contabilidad de la sociedad actora, la Administración de Impuestos de Villavicencio, practicó la liquidación oficial de aforo Nro. 222581000110 del 18 de noviembre de 1983, determinándole el Impuesto a las ventas por el segundo bimestre del año gravable de 1981, en la suma de $313.155 y una sanción del 300% de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 398 de 1983, por valor de $939.465, para un total liquidado en la suma de $1.252.620.

Contra esta liquidación de Impuestos la sociedad actora presentó recurso de reconsideración. Este fué resuelto mediante la resolución Nro. V-000019-R del 13 de julio de 1984, en sentido adverso, y por tanto se confirmó en ella el acto administrativo recurrido. Esta resolución aparece notificada por edicto, desfijado el día 16 de agosto de 1984, actuación que como se verá más adelante es cuestionada por la sociedad actora.

LA DEMANDA:

El dia 8 de marzo de 1991, la sociedad actora acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo del Meta, libelo en el cual aclara para justificar la oportunidad de la acción incoada, que la resolución que agotó la vía gubernativa se notificó por conducta concluyente en la fecha de presentación de la demanda, porque ella no fue notificada válidamente, y que de su existencia se enteró porque la Administración inició

proceso de cobro, pero que formalmente no ha recibido una copia válida de la providencia administrativa, conforme al procedimiento Indicado por los artículos 38 y 39 del Decreto 3803 de 1982, hoy artículos 565 y 566 del Estatuto Tributario.

Seguidamente señala las normas que en su concepto violó la actuación administrativa, así:

El artículo 83 del Decreto 2503 de 1987, por cuanto la resolución que decidió el recurso no se notificó dentro del término previsto, lo cual conlleva a la configuración del silencio administrativo positivo.

Los artículos 38 y 39 del Decreto 3803 de 1982, porque la Administración de Impuestos no notifió oportunamente el auto admisorio del recurso gubernativo, y tampoco la resolución que lo decidió, puesto que la empresa jamás recibió las citaciones pertinentes para que su representante legal acudiera a notificarse personalmente, por tanto la notificación por edicto (subsidiaria) no es válida, en razón a que el correo urbano no entregó los pliegos correspondientes y los regresé a la Administración.

Los artículos 3 y 10 del Decreto 2126 de 1983, porque la Administración desautorizó la declaración de ventas presentada por la sociedad, ante la exigencia de un requisito inexistente no contemplado en las normas.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la demanda, al considerar que en el proceso se había configurado el fenómeno de la falta de legitimación en causa por activa.

Observa el *a-quo*, que según el artículo 358 del Código de Comercio la representación de las sociedades de responsabilidad limitada, y la Administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada uno de los socios, y que el artículo 117 *ibídem*, dice que para probar la representación de una sociedad es suficiente la certificación de la Cámara de Comercio respectiva en la que se indique el nombre de los representantes, las facultades concedidas a cada uno de ellos en el control y las limitaciones de dichas facultades, y que el certificado de la Cámara de Comercio aportado con la demanda indica como socios de la sociedad a Eduardo Arango, Agropecuaria Santa Ana Ltda., Horacio Londoño y Cía S. en C., y Promesa Ltda, y ninguno de ellos, confiere el poder para actuar en el proceso, sino al Sr. Jaime Alberto Londoño Gerente de la empresa demandante, de donde estima que no se cumplió el requisito previsto por el artículo 139, Inciso 5° del C.C.A.

LA APELACION:

El representante judicial de la sociedad actora oportunamente impugna la sentencia del Tribunal, manifestando que ella desconoce la existencia del numeral 5° del artículo 358 del Código de Comercio que permite, como ocurre en el caso de la actora, la posibilidad de que se designe a un tercero (no socio) como representante legal de la sociedad con amplios poderes.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Parte actora:

El representante judicial de la sociedad actora en sus alegatos de conclusión, reitera que el Tribunal desconoció el ordenamiento legal contenido en el numeral 5° del artículo 358 del Código de Comercio, que permite delegar en un tercero la representación legal de la sociedad de responsabilidad limitada. Resalta que " la norma no exige a su vez que el gerente sea socio" requisito que ilegalmente agrega la sentencia del Tribunal. Expresa, que en el expediente se encuentra la certificación de la Cámara de Comercio sobre la existencia y representación legal de la sociedad y que acredita la representación legal en la persona del Gerente, Sr. Jaime Alberto Londoño Escobar, quien confiere el poder para actuar en el proceso, razón por la cual estima que la sentencia carece de entidad jurídica, por lo cual solicita a la Corporación revocarla y asumir el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, manifiesta que el Tribunal dejó de practicar algunas de las pruebas solicitadas en la demanda en los numerales 5 y 6 del acápite de pruebas, porque omitió solicitar a la Administración Postal Nacional que ésta certificara sobre la entrega o devolución de las citaciones, y no insistió en relación con la información solicitada a la Administración de Impuestos. Por ello, solicita a la Corporación aplicar el principio consagrado en el artículo 62 del Decreto, 1651 de 1961 (hoy, 745 del E.T.), según el cual "las dudas provenientes de vacios probatorios se resuelven a favor del contribuyente", o en su defecto, se ordene practicar las pruebas que se dejaron de producir en la primera instancia, sin culpa de la parte que las solicitó, conforme con lo estatuido por el artículo 214 del C.C.A.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Dr. Jaime Ossa Arbelaéz, en su calidad de Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, en su alegato de conclusión advierte, que en el supuesto de concluirse que el poder otorgado por el gerente de la sociedad tiene plena va lidez, no por ello sería procedente un pronunciamiento de fondo,

porque además se encuentra configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, toda vez que la resolución que agotó la vía gubernativa fué notificada por edicto desfi jado el dia 16 de agosto de 1984 y la demanda fué presentada aproximadamente 7 años despues, el 7 de marzo de 1991, cuando ya se encontraba vencido el término que señala el artículo 136 inciso 1° del C.C.A. Por tanto, y como en el proceso no existe prueba sobre la afirmación hecha en el sentido de no haber recibido la citación para efectos de la notificación personal, estima que la Corporación debe revocar la sentencia recurrida y en su lugar disponer que no es procedente un pronunciamiento de fondo.

Parte Opositora:

En esta oportunidad procesal, la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, se opone a las pretensiones del apelante, para cuyo efecto pide tener en cuenta los siguientes argumentos, que en síntesis indican:

Según el artículo 136 del C.C.A., el actor tenía cuatro meses contados a partir de la notificación de la resolución No. 019 del 13 de julio de 1984, (16 de agosto de 1984) para demandar ante el Tribunal Competente la nulidad y el restablecimiento del derecho, es decir, hasta el 17 de diciembre de 1984.

Que no puede aceptarse la pretensión del apelante sobre la notificación por conducta concluyente porque dicha actuación se surtió validamente conforme a lo establecido por el artículo 38 del Decreto 3803 de 1982 (art. 565 del E.T.), razón por la cual solicita declarar la caducidad de la acción.

Que no es procedente la aplicación del principio indubio contra fisco, que consagra el artículo 62 del Decreto 1651 de 1961, porque la Administración cumplió con el procedimiento contemplado en el artículo 38 del Decreto 3803 de 1982, al enviar la citación para la notificación personal de la resolución que agotó la vía gubernativa a la dirección informada por el contribuyente y al no presentarse dentro del término legal efectuó la notificación por edicto, conforme a lo ordenado por la misma disposición. Por ello, considera que no puede acpetarse la simple afirmación del contribuyente de no haber recibido la citación sin ninguna prueba que sustente su afirmación, ya que los actos administrativos gozan de la presunción de veracidad y corresponde al contribuyente desvirtuaria, comprobando el hecho alegado y no trasladar la carga de la prueba a la Administración porque ésta cumplió con el procedimiento legal, independientemente de que las planillas de correspondencia fueran depuradas o nó.

Que en su concepto, no existe duda a favor del contribuyente, y por el contrario la actuación administrativa se notificó conforme a derecho, notificando en debida forma la resolución No. 019 del 13 de julio de 1984 por edicto que se desfijó el dia 16 de agosto de 1984, por lo cual, considera que es improcedente dar aplicación al artículo 745 del E. T., y al artículo 214 del C.C.A.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La cuestión que debe dilucidar la Sala en primer término, es la relacionada con el presupuesto procesal que echó de menos el Tribunal, la falta de legitimación en causa por activa, de acuerdo con lo exigido por el inciso 5° del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, habida cuenta que a su juicio no se encuentra debidamente acreditada la representación legal de la sociedad actora porque quien otorga el poder no acredita tener la representación legal de la misma, al no tener la caridad de socio, de conformidad con lo establecido por el artículo 358 del Código de Comercio.

La Sala encuentra fundamentada la objeción que al respecto hace el apelante, toda vez que la decisión del *a-quo* corresponde a una interpretación parcial del artículo 358 del Código de Comercio, disposición que si bien consagra que la representación legal de las sociedades de responsabilidad limitada se encuentra en cabeza de todos y cada uno de los socios, el numeral 5° del mismo artículo prevé que "La junta de socios podrá delegar la representación y la administración en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones".

Significa entonces, que la representación legal de una sociedad de responsabilidad limitada puede estar en cabeza de los socios, o aquella como ocurrió en el *sublite*, puede ser delegada en un gerente con atribuciones claras y precisas.

Pues bien, el certificado de la Cámara de Comercio aportado al proceso (fi. 5) demuestra que la sociedad actora se acogió a la figura de la delegación de la representación y administración de la sociedad en cabeza de un gerente, el Sr. Jaime Alberto Londoño Escobar, quien fué nombrado el dia 9 de diciembre 1986, según acta No. 45 de la Junta de Socios, y quien requiere "autorización de la Junta de Socios para la celebración de actos y contratos de cualquier naturaleza, en representación de la sociedad, cuya cuantía sea igual o superior a TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000,00).

Es evidente entonces, que el Sr. Jaime Alberto Londoño Escobar, quien confiere el poder para iniciar la acción contenciosa, si tiene la representación

legal de la sociedad actora, y por tanto no se configura la falta de legitimación en causa por activa, que menciona el Tribunal, por la supuesta ausencia del requisito contemplado por el inciso 5° del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, puesto que como ha quedado establecido se encuentra debidamente acreditada la representación legal de la sociedad actora.

No obstante lo anterior, la Sala estima que no es procedente conocer de fondo las pretensiones del demandante, puesto que como lo advierte el representante del Ministerio Público, la acción contenciosa ha sido instaurada fuera del término consagrado en el inciso 2° del artículo 136 del C.C.A., configurándose el fenómeno de la caducidad de la acción que impide conocer de fondo el asunto puesto a consideración de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En efecto, en el presente caso, se demanda la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos que mediante aforo determinaron el impuesto a las ventas, a cargo de la sociedad actora por el segundo bimestre de 1979: la liquidación de aforo No. 2225810000110 de noviembre 18 de 1983 y la resolución que decidió el recurso de reconsideración distinguida con el No. V-00019-R del 13 de julio de 1984. Esta resolución según copia al carbón autenticada por la Administración de Impuestos de Villavicencio (f 1 . 27) fué notificada por edicto, el dia 16 de agosto de 1984 (fecha de la desfijación); a partir de esta fecha de notificación se agotó la vía gubernativa conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 52 de 1977, y empezó a contarse el término de caducidad para acudir en demanda ante la Jurisdicción contenciosa, es decir, que el mismo venció el 16 de diciembre de 1984, y la demanda se Instauró el día 8 de marzo de 1991; fuera del término consagra o en el inciso 2° del artículo 136 del C.C.A.

Alega el apoderado de la sociedad actora, que la notificación por edicto, carece de validez, porque su representada no recibió la citación enviada por la Administración de Impuestos para efectos de la notificación personal, conforme al procedimiento consagrado por los artículos 38 y 39 del Decreto 3803 de 1982 y que por tanto la notificación subsidiariamente efectuada por edicto no es válida, y que además se notificó por conducta concluyente en la fecha de presentación de la demanda.

Al respecto, la Sala observa que no es procedente el cuestionamiento que el apoderado de la actora hace al procedimiento de la notificación de la resolu ción que agotó la vía gubernativa, y que por el contrario se advierte que la misma se ajustó al procedimiento previsto en la ley para el efecto, habiendo por ello surtido los efectos legales correspondientes, por lo siguiente:

Conforme a lo dispuesto por los artículos 38 y 39 del Decreto 3803 de 1982, "los requerimientos, autos que ordenen inspecciones oculares, citaciones y liquidaciones oficiales, deberán notificarse personalmente o por correo".

"Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por medio de edicto si el contribuyente no compareciera dentro del término de diez (10) días contados a partir de la fecha de Introducción al correo del aviso de citación".

"La notificación por correo se practicará mediante envió de una copia del acto correspondiente a la direción informada, por el contribuyente, y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo" (Subraya el Despacho).

En el *sub-exámine* observa la Sala, que la Administración de Impuestos de Villavicencio con el objeto de efectuar la notificación personal de la resolución Nro. 00019 del 13 de Julio de 1984, envió la correspondiente citación por correo el día 26 de Julio de 1984 (fi. 26-fotocopia auténtica) a las siguiente dirección: Kilometro 23 Vía Acacías-Villavicencio-Meta, dirección que corresponde a la informada por el contribuyente en el recurso de reconsideración, hecho que admíte el apoderado en el libelo demandatorio. Por tanto, habiéndo enviado la mencionada citación a la dirección correcta, esta actuación es plenamente válida y al no haberse presentado el contribuyente a notificarse persona personalmente dentro de los díez días siguientes a la introducción al correo de la citación, la notificación por edicto surtidó los efectos legales correspondientes.

Es cierto que la Sala ha expresado que la presunción legal que ampara la notificación por correo de que trata el artículo 39 del Decreto 3803 de 1982, puede ser desvirtuada, aún en el evento de estar probadas las circunstancias o antecedentes del hecho presumido (el envío de la copia del acto-citación a la dirección informada por el contribuyente), pero también ha sido clara en precisar que el hecho contrario debe aparecer plenamente demostrado, como se sostiene en una de las sentencia que trae a colación el libelista, de fecha 8 de julio de 1990, expediente No. 2505, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, en donde al respecto puntualiza:

> "Aplicando la doctrina anteriormente transcrita a la situación objeto de exámen en este proceso se tiene que la afirmación hecha por el demandante en el sentido de que no recibió el requerimiento especial que fuera Introducido al correo el 9 de mayo de 1984, **está plenamente demostrada** puesto que en los antecedentes administrativos, remitidos por la Administración de Impuestos de Cali, obra el sobre devuelto por la Administración Postal en donde consta que el referido requerimiento no se entregó a su destinatario por dirección deficiente".

En el *sublite*, por el contrario, el hecho afirmado por el apoderado de la sociedad actora, en el sentido de que ésta no recibió la citación enviada por la Administración de Impuestos de Villavicencio para efectos de la notificación personal de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, no se encuentra demostrada en el proceso, y de los antecedentes administrativos remitidos por la Administración de impuestos de Villavicencio no aparece devolución alguna de dicha citación, sino una fotocopia autenticada de esta actuación en donde precisamente se acredita el cumplimiento de los requisi tos legales que determinan la validez de dicha actuación (fi. 26).

Respecto a la solicitud que formula el apelante, para que esta Corporación oficie a la Administración Postal Nacional, sobre el, hecho de la devolución de la mencionada citación, observa la Sala que ello es improcedente, toda vez que el evento contemplado en el numeral 1° del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, "Cuando decretadas en la primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió..." no se dá en el *sublite*, pues si bien es cierto, que en el acápite, de pruebas de libelo demandatorio, el libe lista solició oficiar la Administración Postal Nacional sobre el hecho en cuestión, el auto que decretó las pruebas de fecha marzo 18 de 1991, no decretó la mencionada prueba, y éste no fue recurrido en su oportunidad, por lo que tal actuación quedó en firme sin objeción alguna de la parte interesada.

Tampoco es viable aplicar al caso el principio consagrado por el artículo 62 del Decreto 1651 de 1961 (hoy, art. 745 del E.T.) ya que en el *sublite* no puede hablarse de duda proveniente de vacios probatorios, sino de ausencia absoluta de prueba respecto del hecho alegado, que es diferente.

En corolario de lo anterior, concluye la Sala que la notificación cuestionada surtió plenamente los efectos legales correspondientes, de poner en conocimiento del contribuyente, la decisión contenida en la Resolución que decidió el recurso de reconsideración, al haberse observado debidamente el procedimiento establecido para el efecto en los artículos 38 y 39 del Decreto 3803, el cual no pudo ser desvirtuado por el libelista resultando así improcedente la pretendida notificación por conducta concluyente.

Así las cosas, es evidente que se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, el cual como se anotó anteriormente impide a la Jurisdicción avocar el conocimiento del asunto puesto a su consideración, hecho que determina un pronunciamiento inhibitorio.

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

FALLA:

1° Revócase la sentencia de fecha junio 18 de 1992, originaria del Tribunal Administrativo del Meta.

2° Declárase inhibido para conocer las súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

BASE GRAVABLE - Disminución / INGRESOS NO GRAVADOS / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

El art. 20 del Acuerdo 21 de 1983 es la norma local que autoriza a descontar de la base gravable, los ingresos provenientes de las actividades industriales, comerciales o de servicios realizadas en municipios de Bogotá, pero para ello el legislador local consagró una prueba específica para demostrar la realización de las actividades objeto del gravamen fuera de Bogotá y por ende tener derecho a descontar esos ingresos de la base gravable. Pero declarada la nulidad de la disposición, por esta corporación mediante sentencia de fecha 30 de abril de 1992, dicha restricción probatoria es inaplicable y por tanto el hecho se puede probar a través de otros medios probatorios entre los que se encuentra el mecanismo contable indicado en el parágrafo 3° *ibídem* (artículo 1° del Decreto 3070 de 1983).

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C. veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: EXPEDIENTE Nro. 4353. Actor: GEOSOURCE INC. IMPUESTOS (INDUSTRIA Y COMERCIO) FALLO.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes, actora: Sociedad Geosource Inc, y la parte demandada: El Distrito Capital, Santa Fe de Bogotá, contra la sentencia de fecha junio 12 de 1992, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y

restablecimiento del derecho instaurado por la mencionada sociedad contra la operación administrativa que le determinó el Impuesto de industria, comercio y avisos correspondiente al año gravable de 1985.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó su declaración de industria, comercio y avisos, correspondiente al año gravable de 1985 vigencia 1986, en la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el día 6 de mayo de 1986, fijando un impuesto a cargo por valor de $236.099.

Previa visita contable, y requerimiento especial No. 245, la Dirección de Impuestos Distritales, expidió la liquidación oficial No. 0316, en la cual modificó la liquidación privada del contribuyente al adicionar a la base gravable: 1) ingresos operacionales obtenidos fuera de Bogotá, 2) otros ingresos gravables no declarados, 3) débitos no soportados, y, 4) sanción por inexactitud.

Oportunamente, la sociedad interpuso los recursos de reposición y el subsidiario de apelación. La Dirección de Impuestos Distritales, resolvió el primero por medio de la Resolución No. 736 del 25 de agosto de 1988, aceptando parcialmente las inconformidades del recurrente, razón por la cual, le practicó nueva liquidación de impuestos.

La Junta Distrital de Hacienda, resolvió el de apelación, sustentado el 28 de septiembre de 1988, mediante la Resolución No. 069 del 10 de marzo de 1989.

Esta decisión revoca la resolución anterior, y practica otra liquidación de impuestos, en la cual se liquidan un total de diferencias y sanción por inexactitud por valor de $6.312.618, como consecuencia de confirmar: parcialmente la adición de ingresos obtenidos fuera de Bogotá, otros ingresos gravables no declarados y la sanción por inexactitud proporcionalmente a las adiciones confirmadas.

LA DEMANDA:

En desacuerdo con los mayores valores que le determinaron los actos administrativos antes descritos, la sociedad actora elevó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa el día 26 de agosto de 1989, libelo en el cual alega violación de las siguientes normas: Artículos 5° y 26 de la Constitución Nacional; 12 de la Ley 153 de 1887; 240 del Código de Régimen Político y Municipal; 32 y 33 de la Ley 14 de 1983; 1°, 15, 53 y 64 del Concejo de Bogotá, al habersele modificado su liquidación

privada con adiciones a la base gravable por concepto de ingresos obtenidos fuera de Bogotá, otros ingresos gravables supuestamente no declarados, y por la aplicación de la sanción por inexactitud de igual manera, estima en esta oportunidad, que se ha configurado el silencio administrativo positivo.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció aceptando en forma parcial las súplicas de la demanda, así:

Fundamentado el *a-quo* en el concepto del fiscal, estima que no se da el silencio administrativo positivo establecido por el parágrafo del artículo 23 del Acuerdo 11 de 1988, porque según oficio que obra al folio 351, la citación para que la sociedad se notificará de la Resolución No. 069 del 10 de marzo de 1988, se introdujo al correo el día 16 de marzo del mismo año estando dentro de los seis meses subsiguientes a la sustentación del recurso de apelación, la cual se efectuó el día 28 de septiembre de 1988.

Observa, que está de acuerdo con el actor en el sentido de que el poder impositivo del Concejo del Distrito, no puede sobrepasar los límites de su ámbito territorial pero que ello no significa que le esté vedado establecer un régimen probatorio para establecer los ingresos obtenidos en otros municipios, y que frente a la restricción probatoria del artículo 21 del Acuerdo 21 de 1983, es criterio de ese Tribunal, el que la declaración del impuesto de industria y comercio presentada en otros municipios, no es la única prueba. Por tanto concluye, que de los ingresos obtenidos fuera de Bogotá sólo es viable aceptar la suma de $70.298.976, partida contenida en la relación del Acta de Visita, correspondiente a Rionegro-Vereda de Puerto Salgar, los cuales están demostrados con los correspondientes recibos de pago y la declaración del impuesto de industria y comercio; los ingresos obtenidos en Yopal por $5.054.973, anota que no fueron objeto de adición por cuanto no aparecen en la relación del Acta de Visita, y los relacionados con Orocué fueron aceptados en la resolución No. 069 del 10 de marzo de 1989, y que corresponde a la siguiente discriminación: Ingresos de Natagaima $96.558.780 e ingresos de Corocora $145.223.808 para un total de $241.782.588.

Respecto a los ingresos por valor de $182.333.703, (reclasificación de cuentas) observa el Tribunal, que éstos igualmente aceptados en la Resolución No. 069 del 10 de marzo de 1989, por la cual es improcedente lo solicitado por el actor.

Considera, de acuerdo con lo anterior, que la sanción por inexactitud debe mantenerse, pero reducida de acuerdo con la partida aceptada.

Sobre la falsa o indebida motivación observa, que ésta no se da, porque la Resolución No. 069 del 10 de marzo de 1989, a partir de la página 24, hace un análisis sucinto de las pruebas aportadas y de las modificaciones que la administración efectuó, lo cual es suficiente para cumplir el requisito de la motivación que deben tener las providencias.

En consecuencia practica el Tribunal *a-quo* nuevo liquidación de impuestos, en la cual excluye de la base gravable los ingresos obtenidos fuera de Bogotá objeto de reconocimiento, liquidando un total a cargo en cuantía de $6.032.946.

LA APELACION:

El apoderado de la sociedad actora oportunamente impugna la decisión del Tribunal, argumentando que este de modo inexplicable solamente analiza dos rubros de ingresos de 70 y 145 millones y acepta excluir de la base gravable solamente, el primero, sin mencionar los demás ingresos y las pruebas que obran en el expediente sobre el hecho de haberlos obtenido fuera de Bogotá. Ello según el apelante, indica que el Tribunal no le dió el alcance de ley al fallo que profirió al no haber examinado las siguientes pruebas:

1°. La declaración de industria y comercio, presentada por Geosource Inc., por el año gravable de 1985, la cual equivale a una confesión, y en donde se establece los ingresos obtenidos fuera de Bogotá. (fls. 208 a 209).

2°. El certificado del revisor fiscal, que es plena prueba de la información en el contenido; la discriminación de los ingresos brutos declarados, resaltando la suma correspondiente a servicios prestados en lugares diferentes a Bogotá.

3°. El informe de visita No. 442 (fls. 212 a 215) en donde se evidencian los ingresos que no se generaron en Bogotá, conforme a la misma contabilidad, libros y comprobantes que revisó el Distrito.

4°. La Resolución No. 736 de la Dirección de Impuestos Distritales, página 5, en donde observa "también es cierto que dichos ingresos obtenidos fuera de Bogotá..."

5°. El testimonio de Víctor Manuel García Paéz (fl. 438) empleado de la compañía.

Agrega, que la apoderada del Distrito presente en la diligencia no contradijo ninguna de las afirmaciones del Sr. García sobre los ingresos donde Geource Inc, ejecuta sus actividades en 1985, sino que se limitó a preguntar

donde recibió a Geource los pagos y donde celebraba los contratos. (acta de testimonio) cuando en este gravamen lo que importa es donde se ejecutan las actividades gravadas, es decir, donde se prestan los servicios de exploración sísmica.

Concluye, que no puede dársele aplicación al parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, como lo pretende la apoderada del Distrito, porque esta disposición es inconstitucional e ilegal, y así fué declarado por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de abril de 1992, con ponencia del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

De acuerdo con lo anterior, solicita el apelante lo siguiente:

1°. Que se aplique la excepción de ilegalidad, contenida en los artículos 12 de la Ley 153 de 1887, y 240 del Código de régimen Político y Municipal, es decir, que no se aplique el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983.

2°. Que se revoque lo dispuesto por los funcionarios de Hacienda Distrital, en aplicación de ese parágrafo.

3°. Que se declare, que no hay lugar a exigir a mi representada el pago del impuesto de industria y comercio sobre los ingresos obtenidos fuera de Bogotá.

4°. Que se declaren nulas la liquidación oficial 0316 del 8 de marzo de 1988, la resolución 736 del 25 de agosto del mismo año y la resolución 069 del 10 de marzo de 1989, expedidas por el Distrito Especial de Bogotá.

5°. Que se confirme la liquidación privada presentada por Geosource Inc, por el año gravable de 1985.

La parte demandada:

La apoderada del Distrito, en la sustentación al recurso de apelación, se refiere a la decisión del *a-quo* que excluyó de la base gravable los ingresos por valor de $70.298.976, de acuerdo con los recibos de pago y la declaración de industria y comercio presentados en Puerto Salgar, por el año gravable de 1985. Anota, que discrepa de este proceder porque la Administración en ningún momento involucró en la liquidación oficial lo declarado en Yopal y Puerto Salgar, según se observa en la relación del informe de la visita (fl. 213) y que no está demostrado en el proceso que Rionegro sea una vereda de Puerto Salgar.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

En esta oportunidad procesal la apoderada judicial del Distrito, afirma que en la resolución 069 del 10 de marzo de 1989, proferida por la Junta Distrital de Hacienda, se afirma que "lo declarado en Yopal y Puerto Salgar no está involucrado en la liquidación oficial" es decir, que los ingresos percibidos en esos municipios no fueron adicionados a la base gravable para calcular el impuesto. Por tanto, estima que se debe modificar la decisión del Tribunal en lo que a esta deducción se refiere, y que se basa en documentos que corresponden a municipios que no fueron incluídos en la liquidación oficial, y además aclara, que si Rionegro es una vereda de Puerto Salgar, ello no fué informado por el contribuyente por lo que es improcedente que el Tribunal lo acepte, ya que la jurisdicción es rogada y debe fallarse sobre lo solicitado en la demanda sin ir más allá.

La parte actora, en su alegato de conclusión, brevemente expresa que está claramente demostrado con las pruebas aportadas que las actividades de exploración y perforación las realiza fuera del Distrito Especial de Bogotá, y que por tanto es irrelevante discutir sí Rionegro es o no vereda de Puerto Salgar. En consecuencia, estima que la sentencia del Tribunal debe ser revocada y los actos administrativos deben anularse concediéndosele el restablecimiento del derecho vulnerado con ellos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El punto que constituye el objeto de controversia en esta instancia del proceso, es el relacionado con la adición a la base gravable de los ingresos obtenidos por la sociedad actora fuera del Distrito de Bogotá, con fundamento en la prueba exigida por el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, disposición que según el apelante es inaplicable por ser ilegal e inconstitucional, tal como lo ha declarado el Consejo de Estado.

El artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, es la norma local que autoriza a descontar de la base gravable, los ingresos provenientes de las actividades industriales, comerciales o de servicios realizadas en municipios distintos de Bogotá. Para demostrar éste hecho, el parágrafo 1° de la misma disposición señala que: "...los contribuyentes deben comprobar con copia auténtica que declararon y pagaron el impuesto de industria, comercio y avisos en los municipios en donde aseguran haber realizado las actividades gravables". Es decir, que el legislador local consagró una prueba específica para demostrar la realización de las actividades objeto del gravamen fuera de Bogotá y por ende tener derecho a descontar esos ingresos de la base gravable.

Pero declarada la nulidad de la disposición, parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, por ésta Corporación mediante sentencia de fecha 30 de abril de 1992, expediente Nro. 3746, con ponencia del Doctor Guillermo Chahín Lizcano, dicha restricción probatoria, es inaplicable, y por tanto el hecho se puede probar a través de otros medios probatorios, entre los que se encuentra el mecanismo contable indicado en el parágrafo 3° *ibídem* (artículo 1° del Decreto 3070 de 1983). En efecto, dice así la sentencia en comento:

> "14. Esto indica, que si se trata de pruebas tendientes a demostrar hechos diferentes a los de declaración y pago del impuesto, (como puede ser, por ejemplo, el propio hecho de la obtención del ingreso fuera de Bogotá, que es el que realmente excluye su gravamen en Bogotá, a la luz de la Ley 14/ 83 art. 32), pero que den la certeza de que los respectivos ingresos fueron obtenidos fuera de Bogotá, no obstante estuvieran comprobados, son insuficientes para evitar que integren la base gravable para el pago del impuesto en el Distrito, configurando la doble tribulación, repudiada por el mencionado principio de territorialidad dado el carácter perentorio en que está redactada la norma, al disponer tal exigencia probatoria".
>
> "15. En este sentido, establece una especie de "prueba única y concluyente" para la demostración de ingresos obtenidos por actividades fuera de Bogotá, a partir de dos hechos subsiguientes, su declaración y el pago del impuesto, pero de ninguna manera, a partir de medios probatorios que directamente se refieran a la obtención, fuera del Distrito, de tales ingresos."
>
> "16. Si bien, en cada caso en particular, la prueba por excelencia de ingresos obtenidos fuera de Bogotá, para efectos de evitar la doble tributación, es la de su declaración y el pago del respectivo tributo en otros municipios no puede el Concejo de Bogotá, restringir a este sólo caso, la posibilidad de su prueba, por no hacerlo así la ley".
>
> "17. A lo anterior se agrega, que tal exigencia, conduciría a desconocer el mecanismo contable indicando en el decreto reglamentario 3070 de 1983, art. 1 "para la determinación del volumen de ingresos de cada municipio".

Así las cosas, la cuestión es entonces de índole probatoria por lo que procede la Sala a determinar con base en el acervo probatorio mencionado en el recurso de apelación, sí los ingresos obtenidos fuera de Bogotá que cuestionó la Dirección de impuestos Distritales, provienen de actividades realizadas en municipios distintos a Bogotá como lo asegura la actora, y sí por tanto, tiene derecho a la deducción de esos ingresos de la renta gravable para cuyo efecto

se aclara en primer término los valores que por tal concepto son objeto de discusión:

Del acta de inspección contable, se puede constatar que los ingresos obtenidos fuera de Bogotá, glosados en esta oportunidad corresponden a los provenientes de los siguientes municipios, y valores:

PUTUMAYO	$ 290.084.408
NATAGAIMA	$ 96.558.780
GUAMO	$ 296.883
LLANOS	$ 4.640.300
PALERMO	$ 74.100.031
RIO TAME	$ 137.097.856
HONDA	$ 108.842.315
RIO NEGRO	$ 70.298.976
COROCORA	$ 145.223.808
TIMANA	$ 106.982.229
COCORNA	$ 181.299.591
ORTEGA	$ 1.001.656
PUERTO ASIS	$ 24.886.270
NEIVA (no declarado)	$ 1.231.789
TOTAL DESESTIMADO	$ 1.242.544.901

==========

De estos valores, en la decisión de los recursos la Dirección de impuestos Distritales y la Junta de Hacienda, respectivamente, reconocieron como deducción de la base gravable, los siguientes ingresos acreditados con la prueba exigida por el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, o sea, con las respectivas declaraciones de industria y comercio y los recibos de pagos aportados:

TIMANA	$ 74.100.031
PALERMO	$ 106.982.229
NATAGAIMA	$ 96.558.780
COROCORA (OROCUE)	$ 145.223.808
OTROS INGRESOS NO DECLARADOS	$ 1.640.226
T O T A L.....	$ 424.505.074

De acuerdo con lo anterior, surge que los ingresos que fueron objeto de adición a la base gravable, en la liquidación del impuesto practicada en la resolución 069 de marzo de 1989, son los provenientes de actividades realizadas en los siguientes municipios, Putumayo, Guamo, Llanos, Río Tame, Honda, Río Negro, Cocorná, Ortega, Puerto Asís y, Neiva (ingresos no declarados), por tanto la pretensión de la actora encaminada a que se le reconozcan valores

provenientes de actividades realizadas en Arauca, Yopal y Neiva, como lo advierte el Tribunal, es improcedente, por cuanto no fueron incluídos en la liquidación oficial, es decir, no fueron rechazadas deducciones por ingresos relacionados con actividades realizadas en esas jurisdicciones; lo que se adiciona por ingresos de Neiva corresponde a un valor no declarado, lo declarado fué descontado, según se comprueba del acta de inspección contable, y los que se relacionan con Orocue (Corocora) también fueron aceptados en la decisión mencionada.

Adicionalmente a los anteriores valores aceptados por la Administración Distrital, el Tribunal aceptó la deducción por los ingresos provenientes de actividades realizadas en Rionegro-Puerto Salgar, por valor de $70.298.976, con base en la correspondiente declaración y recibos de pago del impuesto, (fls. 387 y 386 c.p.), proceder que la Sala comparte, ya que la partida en cuestión coincide exactamente con el valor que aparece registrado en la correspondiente declaración de Puerto Salgar, motivo por el cual la objeción que formula al respecto la apoderada del Distrito, es improcedente.

En consecuencia, las deducciones por ingresos obtenidos fuera del Distrito de Bogotá, que quedan por probar, que se mencionan en el recurso de apelación, tiene que ver con los ingresos obtenidos por actividades realizadas en jurisdicción de los siguientes municipios: Putumayo, Guamo, Llanos, Río Tame, Honda, Cocorná, Ortega, Puerto Asís y Neiva, sobre la suma no declarada, elementos probatorios que evidentemente no mencionó el Tribunal para nada, no obstante manifestar su desacuerdo con la restricción probatoria que consagra el artículo 20, parágrafo 1° del Acuerdo 21 de 1983.

Tales elementos probatorios son básicamente, la certificación contable que obra al folio 175 del c.p., y el testimonio del Sr. Víctor Manuel García Paéz, empleado de la sociedad actora, existente al folio 438. La certificación contable suscrita por el Revisor Fiscal principal de la sociedad actora, a juicio de la Sala no da la certeza necesaria que permita tener la convicción suficiente sobre el hecho que pretende con ella probar, que la actividad de servicios de la cual provienen los ingresos cuya deducción se discute, tuvo lugar en municipios diferentes a la jurisdicción del Distrito de Bogotá, toda vez que no es suficiente la simple afirmación que en ella se hace en el numeral 6° en donde se indica "ingresos por servicios prestados en lugares diferentes a Bogotá D.E ... $1.594.891.067" y la manifestación en el sentido que "La compañía maneja contablemente su cuenta de ingresos según el área o zona del país en donde se hayan prestado los servicios (grupo de trabajo)".

En esta forma, no puede considerarse como plena prueba, la mencionada certificación contable, ya que como se observa, esta se refiere al hecho en

cuestión de manera general, sin discriminación alguna de los registros contables de los ingresos de acuerdo al lugar de su realización, que permitan la determinación del valor de los ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en cada municipio, teniendo en cuenta la exigencia contable que establece el artículo 1° del Decreto 3070 de 1983, para los contribuyentes que realizan actividades objeto de gravamen en más de un municipio. Tampoco se infiere de ella que la actividad se encuentra registrada en cada uno de los municipios en donde se alega haber realizado la prestación de los servicios de estudios de sismología, y mucho menos se hace referencia a los soportes externos, facturas de venta de tales servicios o los correspondientes contratos de prestación de servicios, que constituirán la prueba por excelencia para acreditar el lugar de realización del ingreso.

El testimonio del señor Víctor Manuel García Paéz, carece de eficacía probatoria, ya que los hechos a demostrar, requieren de una prueba documental, como sería la demostración del mecanismo contable antes mencionado, o los contratos de prestación de los servicios debidamente registrados, o las mismas declaraciones de industria y comercio y los recibos de pago del impuesto en los municipios donde se asegura haber realizado tal actividad, consistente en los estudios de sismología. Por tanto, esta prueba para el caso es inconducente.

Respecto a los demás documentos que se invocan, como son la declaración de industria y comercio de la actora, del año gravable en cuestión, el informe de la visita oficial y la Resolución Nro. 736 del 25 de agosto de 1988, al señalar "ingresos obtenidos fuera de Bogotá", no constituye la prueba plena del hecho alegado por la actora, o sea, el lugar en donde se realizaron los ingresos, hecho que precisamente cuestionó desde un comienzo la Dirección de Impuestos Distritales para efectos de reconocimiento fiscal de los valores excluídos de la base gravable.

Por consiguiente, las demás pruebas que aportó la sociedad actora al proceso para demostrar la obtención de ingresos fuera del Distrito de Bogotá, relacionadas con los municipios indicados en el informe de visita, no son eficaces en la demostración del hecho alegado, que obviamente requiere de una demostración plena como se observó, motivo por el cual no es procedente acceder a lo solicitado en el recurso de apelación respecto al reconocimiento de tales ingresos como factor de exclusión de la base gravable declarada. Por consiguiente, la sentencia del Tribunal merece 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,

SECCION CUARTA

FALLA:

Confírmase la sentencia de fecha junio 12 de 1992, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS / SITUACION CONSOLIDADA

En materia tributaria no puede predicarse la existencia de derechos adquiridos empero no aceptando la existencia en este campo de situaciones jurídicas consolidadas que emanan del principio de legalidad. Si bien no puede afirmarse la existencia de derechos adquiridos, no se descarta que frente a un nuevo ordenamiento que modifica el anterior y frente a ese se hayan consolidado situaciones jurídicas, por estar la conducta del contribuyente desarrollada bajo el supuesto legal y, como tal amparada legalmente para producir todos sus efectos. Existe poder soberano del legislador para modificar la normatividad en materia impositiva en todos sus aspectos: tarifas, bases tributarias, lo cual no quiere decir que este poder conlleve a que la nueva ley pueda arrasar con situaciones engendradas y consolidadas bajo el amparo de la legislación que se deroga.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C. veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: EXPEDIENTE No. 4828 Actor: JOSE WILLIAM CARDONA CARDONA IMPUESTO RENTA. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor JOSE WILLIAM CARDONA CARDONA, contra la sentencia del 28 de enero de 1993 por la cual el Tribunal Administrativo de Caldas, denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada

contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta, por el año gravable 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en la declaración de renta presentada el 9 de abril de 1987, y en la orden administrativa No. 04 de diciembre de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, practicó la liquidación de corrección aritmética No. 0023 de abril 6 de 1989. A la renta líquida gravable declarada por la suma de $8'985.601 le determinó un impuesto básico de renta de $2'192.330 cuando el declarado por el contribuyente en el renglón No. 25 del formulario rentístico, fue de $738.564. Además aplicó la sanción por corrección, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 del Decreto 2503 de 1987.

Interpuesto el recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 207 del 15 de diciembre de 1989, confirmó en todas sus partes la decisión oficial.

Agotada la vía gubernativa, el apoderado judicial del contribuyente pide a la jurisdicción se declare sin efectos los actos administrativos en cita.

Estima que fue infringido el artículo 1° la Ley 52 de 1977.

Explica en síntesis, que el 21 de marzo de 1986, su representado recibió una indemnización por despido injusto como lo comprueba con el Auto de Conciliación expedido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá. Que tal indemnización estaba sometida a la regulación prevista por el artículo 19 de la Ley 54 de 1977, y a los artículos 43 y 44 del Decreto Reglamentario 250 de 1978 y no al Tratamiento previsto por la Ley 75 de 1986, motivo por el cual, de acuerdo a como lo explicó en un anexo de la declaración, el impuesto de renta lo difirió en el número de años que autorizan aquellas disposiciones. O sea que el reclamante no incurrió en error aritmético alguno.

Entiende que como las primeras disposiciones citadas eran las imperantes al momento de recibir la indemnización (21 de marzo de 1986), esto es al darse los presupuestos que originaron LA OBLIGACION TRIBUTARIA SUSTANCIAL, eran aquéllas y no la Ley 75 de 1986, las aplicables al caso.

Invoca la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el principio general del derecho de la irretroactividad de la ley, y conceptos de algunos tratadistas para sostener que su representado presentó correctamente el denuncio rentístico y por ende el impuesto de renta determinado en su liquidación privada.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Manizales, en sentencia del 28 de enero de 1993, desatendió las pretensiones del actor. Para el *a-quò* fue acertada la decisión de la Administración Tributaria, porque "el hecho imponible en el caso de los impuestos de renta y complementarios, por tratarse de impuestos de período, se configuran precisamente el 31 de diciembre de cada año, y no como lo pretende el actor, en el momento o en el instante de la operación gravada....".

DE LA APELACION

El apoderado judicial del contribuyente apela; pide que se revoque la sentencia y se confirme la liquidación privada,desanotando en consecuencia el mayor valor liquidado por impuesto y la correspondiente sanción.

Con los mismos planteamientos expuestos en la demanda, insiste el apoderado judicial en que el proceder del declarante, al solicitar el prorrateo del impuesto de renta resultante de la indemnización recibida, descontados los primeros $180.000, por lucro cesante, fue correcta, estuvo ajustado a la ley.

Además de los argumentos ya expuestos se apoya en el Decreto 870 del 14 de marzo de 1986, publicado en el Diario Oficial No. 37394 de marzo 19 del mismo año, que dió instrucciones a todos los agentes de retención, sobre la forma de proceder respecto a las indemnizaciones por retiro definitivo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte demandada se opone a la apelación, y pide se confirme la sentencia apelada. Reitera que el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 derogó expresamente el artículo 19 de la Ley 54 de 1977, de suerte que abolido éste, en forma tácita también lo están los artículos 43 y 44 del Decreto Reglamentario 250 de 1978.

En respaldo de su petición transcribe apartes de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, del 18 de abril de 1991 donde se reafirma la doctrina sobre los principios de la irretroactividad de la ley tributaria y de la anualidad de los impuestos de renta y complementarios.

El Ministerio Público no emitió concepto en este caso.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Corresponde a la Sala dilucidar si por la vigencia gravable 1986, el contribuyente tenía derecho a solicitar el tratamiento preferencial estatuído por el artículo 19 de la Ley 54 de 1977, para las "indemnizaciones por despido injustificado", recibidas el 21 de marzo de 1986, como sostiene el reclamante, o si por el contrario aquél no era aplicable porque fue derogado expresamente por la Ley 75 de 1986, como a través de todo el proceso ha sostenido la Administración de Impuestos.

DERECHOS ADQUIRIDOS. (Indemnización por despido injustificado)

En materia tributaria reiteradamente ha dicho la Sala no puede predicarse la existencia de derechos adquiridos; empero, ha aceptado la existencia en este campo de situaciones jurídicas consolidadas que emanan del principio de legalidad.

En sentencia del 7 de junio de 1993, proferida en el expediente 3989, actor: Aerovías de Integración Regional S.A "Aires S.A." con ponencia del Consejero Delio Gómez Leyva, se dijo:

> "Para la Sala es claro que si bien en materia tributaria no puede afirmarse la existencia de derechos adquiridos, no se descarta que frente, a un nuevo ordenamiento, que modifica el anterior, y frente a éste, se hayan consolidado situaciones jurídicas, por estar la conducta del contribuyente desarrollada bajo el supuesto legal y, como tal amparada legalmente para producir todos sus efectos"
>
> "..... existe poder soberano del legislador para modificar la normatividad en materia impositiva en todos sus aspectos; las tarifas del impuesto sobre la renta, cambio de las bases tributarias, eliminación o consagración de exenciones, por ejemplo, lo cual no quiere decir que este poder conlleve a que la nueva ley pueda arrasar con situaciones engendradas y consolidadas bajo el amparo de la legislación que se deroga....."

En el caso que se atiende, la Sala advierte que el rompimiento unilateral del contrato de trabajo se llevó a cabo el 21 de marzo de 1986, como se acredita con el auto proferido en la misma fecha por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, que en fotocopia autenticada aparece dentro del proceso (fls. 3 a 6 Ant. Ad.). Esto es, que "la indemnización por despido injustificado" se percibió por el apelante en vigencia del artículo 19 de la Ley 54 de 1977 y de los artículos 43 y 44 del Decreto Reglamentario 250 de 1978.

Se observa además que de acuerdo con aquellas disposiciones los ingresos percibidos por este concepto, tenían un tratamiento diferente a los demás ingresos tributarios consistente en que el, 30% de lo pagado por la indemnización constituía daño emergente (no constitutivo de renta), y el 70% restante lucro cesante, sometido al impuesto de renta pero éste podía ser objeto de prorrateo para su pago.

El artículo 5° del Decreto 870 del 14 de marzo de 1986, vigente para el mismo año gravable, estableció el mecanismo de retención en la fuente concordante con el anterior tratamiento en la fecha de efectuar el pago, en los siguientes términos que se explican por sí solos:

> "1. Al 70% del valor de la indemnización se le restarán los primeros $180.000 cuando se trate de indemnización por despido injustificado. .... Se establece el valor promedio mensual de los pagos originados en la relación laboral o legal y reglamentaria de los últimos doce meses, o del número de meses que correspondan si los pagos o abonos fueren inferiores a doce meses.
>
> Con base en el valor resultante, se determina el porcentaje de retención que figure en la respectiva tabla frente a dicho valor"
>
> "El porcentaje de retención así determinado, se aplica al valor obtenido de acuerdo con lo previsto en los numerales 1° y..... del presente artículo; la cifra resultante será el valor a retener."

Demuestra lo anterior que el régimen tributario para los pagos correspondientes a una indemnización por despido injustificado, era un pago único, sometido a un sistema especial de retención en la fuente y por tanto no sujeto estrictamente a los conceptos de consolidación de base, tratamiento y tarifa al final de un período.

Por el contrario, debe recordarse el cambio que se operó en el tratamiento a las rentas de trabajo en especial a las que se reciben periódicamente como el caso de los salarios pues desde el artículo 36 de la Ley 55 de 1985, se eliminó la declaración de renta y complementarios para los asalariados cuyos ingresos brutos previnieran por lo menos en un 80% de pagos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria y se cumplieran otros presupuestos fijados en la norma y se determinó que el impuesto de renta para los mismos era el que resultara de sumar la retención en la fuente por todo concepto aplicada durante el respectivo año gravable.

SECCION CUARTA

De acuerdo con lo anterior, sin desconocer que el impuesto de renta normalmente es un tributo de período y que en materia tributaría no existen derechos adquiridos, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, en el caso que se ventila debe respetarse el tratamiento preferencial previsto por las normas vigentes a la fecha de realizarse el supuesto de hecho ya que aquellos ingresos tenían un tratamiento especial y único que no dependía de la finalización del período. Tan cierto es lo anterior que una vez derogado el sistema por la Ley 75 de 1986 el método de retención nuevo se introdujo con vigencia a partir del 1° de enero de 1987 (Dcto.3750 de diciembre 291/86).

De otra parte, no puede la Sala pasar por alto, que el contribuyente anotó en el renglón No. 25 del formulario rentístico, un impuesto de renta menor al que ha debido resultar aplicando a la renta gravable la tarifa correspondiente pero tal diferencia quedo explicada en el anexo "Ingresos Laborales" que con el formulario oficial conforma la declaración de renta (fl.14, marcador rojo, Ant. Ad.) y por tanto le servía de explicación a la cifra anotada en el renglón No. 25.

Vale decir que, en sentido estricto, aquella diferencia del impuesto no era realmente un "error aritmético" enmendable por liquidación de corrección: obedecía a una interpretación el derecho aplicable que solo podía modificarse previo requerimiento especial, pero a través de liquidación oficial de revisión.

Por todo ello. la actuación oficial merece ser anulada.

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

F A L L A

1° **REVOCASE** la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 28 de enero de 1993, en el juicio No. 8637.

2° **ANULANSE** los actos administrativos contenidos en la Liquidación Oficial No. 023 del 6 de abril de 1989, y la Resolución No. 207 del 15 de diciembre de 1969, que confirmó la anterior.

3° **CONFIRMASE** la liquidación privada que por el año gravable 1986, presentó el contribuyente JOSE WILLIAM CARDONA CARDONA, identificado con el NIT: 1.365.709.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de orígen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

*Jaime Abella Zárate,*Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / CONCEJO MUNICIPAL / SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia

Tanto la Constitución de 1886 como la de 1991 autorizan a los Concejos Municipales a "votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales", pero éstos no pueden crearlos mientras no hayan sido autorizados por la ley. Es decir, que su facultad impositiva es derivada, porque se requiere la autorización legal expresa en la cual, se precisan las tasas imponibles y la materia objeto de imposición. Al crearse un impuesto sin existir ley que lo autorice, señale sus condiciones a límites, se produce evidente violación de normas superiores, la cual es suficiente, para que proceda la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos acusados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 5066 Actor: OSCAR HELD KLEE APELACION INTERLOCUTORIOS. AUTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra el auto del 10 de junio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio del cual se decretó la suspensión provisional del artículo 129, numeral 3° del Decreto Extraordinario No. 760 del 31 de diciembre de 1991, expedido por la Alcaldía de Manizales y el artículo 10°, numeral 3° del Acuerdo No. 059 del 9 de diciembre de 1992, modificatorio de la norma anterior y expedido por el Concejo Municipal de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

El ciudadano Oscar Held Klee, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., demandó los artículos 129 numeral 3° del Decreto Extraordinario No. 760 del 31 de diciembre de 1991 y 10° numeral 3° del Acuerdo 059 del 9 de diciembre de 1992, expedidos respectivamente, por la Alcaldía y el Concejo Municipal de Manizales, por medio de los cuales se gravó el funcionamiento mensual de las máquinas de pensar, electrónicas, o similares, creándose un impuesto nuevo y diferente, sin autorización legal, como lo ordena la Constitución Nacional.

Los citados artículos de los actos demandados disponen:

"Decreto Extraordinario No. 760

"Artículo 129. TARIFA

"3. Las máquinas de pensar, electrónicas o similares pagarán mensualmente por cada máquina el equivalente a cinco (5) salarios mínimos diarios legales vigentes".

"Acuerdo No. 059

"Artículo 10. - Modifíquese el artículo 129 del Decreto extraordinario 760 de diciembre de 1991, el cual quedará así:

"3. Las máquinas de pensar, electrónicas o similares pagarán mensualmente por cada máquina, el equivalente a 20 salarios mínimos diarios legales vigentes".

Solicitó igualmente, la suspensión provisional en los términos del artículo 152 del C.C.A., de las normas antes transcritas, por considerarlas violatorias de los artículos 313 y 4 de la Constitución Nacional, "habida cuenta de que **no existe norma legal alguna**" que le autorice a crear el Impuesto a las máquinas electrónicas, el Alcalde y el Concejo de Manizales, vulneraron las disposiciones constitucionales ...."

Para sustentar su solicitud, transcribe algunos apartes de la providencia del 6 de abril de 1990, Ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos, en relación con un caso similar ocurrido en la ciudad de Cúcuta.

SECCION CUARTA

EL AUTO APELADO:

El Tribunal Administrativo de Caldas, decretó la suspensión provisional de los artículos demandados argumentando que "el impuesto a las máquinas electrónicas en la forma concebida por las autoridades Municipales, es un tributo nuevo, que no se encuentra regulado por ley alguna..." y que observando el artículo 173 y siguientes del C.R.P.M., el referido impuesto a las máquinas electrónicas no cabe dentro del de Industria y Comercio, ni el de Casinos, como tampoco el que se cobra a los juegos permitidos.

En consecuencia, el *a-quo* consideró la evidente transgresión al artículo 313 numeral 4° de la Constitución Nacional, por parte de las autoridades municipales, al arrogarse una facultad o atribución impositiva de la cual carecía por completo.

RECURSO DE APELACION:

El apoderado de la Alcaldía de Manizales Interpuso el recurso de apelación contra el auto anterior, aduciendo que "...tratándose de un impuesto ilegal, según lo pregona el demandante, es menester impugnarlo en su integridad, esto es, todos los elementos que le componen y no en forma parcial porque provocaría una formulación de lo que en los juicios de inexequibilidad de las leyes se conoce como proposición jurídica incompleta".

Por tanto, la demandada considera que para la prosperidad de la solicitud de suspensión era indispensable haber demandado el artículo 128 del Decreto 760 de 31 de diciembre de 1991, "....que se encarga de definir el impuesto y especialmente porque permite establecer cual es el concepto por el cual se causa...".

Se expresa además, que el Tribunal no debió ordenar la suspensión del artículo 10° numeral 3° del Acuerdo 059 de 1992, "porque el solicitante no lo exigió con esa precisión...".

Finalmente, dice que el impuesto demandado aunque inapropiadamente, se le denomina de juegos permitidos, en el fondo es de patentes, de acuerdo con el artículo 128 del decreto 760 de diciembre de 1991 y que dispone, que éste impuesto "se causa por el funcionamiento de las mesas de billar y/o similares mesas de carta y/o similares y máquinas electrónicas y/o similares".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala el auto impugnado debe ser confirmado, además de las, razones expuestas por el Tribunal, por las siguientes: tanto la Constitución Política de 1886 como la de 1991, autorizan a los Concejos Municipales a "votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales", pero éstos no pueden crearlos mientras no hayan sido autorizados por la ley. Es decir, que su facultad impositiva es derivada, porque se requiere la autorización legal expresa en la cual, se precisen las tasas imponibles y la materia objeto de imposición.

En el caso *sub-lite*, la Sala encuentra evidente la transgresión de los actos demandados con las normas superiores, en éste caso con el numeral 4° del artículo 313 de la Constitución.

No es necesario entonces, efectuar un juicioso estudio de las normas transgredidas y las normas transgresoras, pues salta prima *facie*, la violación de las normas superiores, que se exige para la prosperidad de la solicitud de suspensión provisional, en los términos del artículo 152 del C.C.A.

En efecto, al crearse un impuesto sin existir ley que lo autorice, señale sus condiciones o límites, se produce evidente violación de normas superiores, la cual es suficiente, como se ha dicho, para que proceda la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados.

Frente al argumento expuesto por el apelante, en relación con la proposición jurídica incompleta, por la no solicitud de la nulidad del artículo 128 del Decreto Extraordinario No. 760 del 31 de diciembre de 1991, "por medio del cual se expide el Código de rentas del Municipio de Manizales", expedido por la Alcaldía de este mismo municipio, la Sala estima que el acto demandado es autónomo por ser escindible, por no existir relación de dependencia con otro u otros no demandados, dado que el artículo 128 sólo contiene una definición del impuesto que en el evento de no ser demandado, no incidiría o no produciría resquebrajamiento alguno del ordenamiento jurídico vigente.

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

RESUELVE

CONFIRMASE el auto apelado, del 10 de junio de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SECCION CUARTA

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; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

IVA EN SERVICIOS - Vigencia / RESPONSABLE DEL IVA / POTESTAD REGLAMENTARIA / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

A partir del 1o. de enero, de 1993 y en contravención con la norma superior, anticipo la aplicación de la ley 6° de 1992 a partir de julio del mismo año para aquellos servicios gravados por la nueva ley, haciendo responsable del tributo a quienes los presten desde esta fecha, cuando expresamente el artículo 1o. parágrafo 5° de la ley había señalado su aplicación a partir del 1o. de enero de 1993, con relación a todos los aspectos regulados por el artículo 19. No cabe duda entonces que el Presidente de la República al disponer en el reglamento, en los apartes de los artículos acusados 1o. inciso 1o. y 3o. inciso 1o., cosa distinta a la señalada por el legislador no solo trasgredió la norma superior que pretendió reglamentar sino que Pretendió reglamentar se arrogó atribuciones que de acuerdo con el ordenamiento positivo Colombiano no solo corresponde al legislador (C.N art. 159)

RESPONSABLE DEL IVA EN SERVICIOS / POTESTAD REGLAMENTARIA PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Cuando el decreto reglamentario en su artículo 1o. inciso 2o. señalo los responsables del impuesto sobre las ventas por los servicios prestados y estableció los parámetros para el efecto, desarrollo los artículos 19, 24 y 25 de la ley 6a. de 1992, y el artículo 24 en su literal b) excepcionó como responsables del impuesto a las personas que cumplen las condiciones exigidas para estar sometidas al régimen simplificando. Entonces, cuando el Presidente de la Republica trae dichas condiciones legales contenidas en el Estatuto Tributario y en la ley, el decreto

reglamentario para efectos de la excepción, no ha hecho cosa distinta que permitir la ejecución de la ley señalando en forma expresa, los requisitos establecidos en las normas que permiten a quien presta un servicio gravado quedar excepcionado de las obligaciones inherentes a los responsables del impuesto.

Consejo De Estado-Sala de lo contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 4370. Actor: JAIME HERRERA RODRIGUEZ . Autoridades Nacionales. FALLO

El ciudadano JAIME HERRERA RODRIGUEZ en ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los artículos 1o. y 3o. del Decreto 1107 de 2 de julio de 1992, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente la Ley 6° de 1992 y el Estatuto Tributario.

No observándose causal de nulidad alguna en el proceso, entra la Sala a dictar sentencia.

1. **EL ACTO ACUSADO**

Se trata de los artículos 11 y 31 del Decreto Reglamentario 1107 de 1992 cuyos textos son los siguientes:

"Artículo 1o. Responsables del Impuesto sobre las ventas en los servicios.

"De conformidad con la Ley 6a. de 1992 a partir del primero de julio de 1992, sin perjuicio de la responsabilidad por los bienes gravados, son responsables del Impuesto sobre las ventas, independientemente de su calidad o naturaleza jurídica, quienes presten los servicios diferentes a los exceptuados en el artículo 476 del Estatuto Tributario y a los prestados por las entidades exceptuadas de la responsabilidad del Impuesto por el artículo 443-1 del mismo Estatuto".

"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 ($23.700.00); o

"3. Haber poseído a 31 de diciembre, del mismo año un patrimonio bruto fiscal mayor de sesenta y cinco millones novecientos mil pesos ($65.900.00); o

"4. Si se tiene hasta dos establecimientos de comercio, cumplir a 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 establecimientos de comercio la oficina, local o sede donde se presten los servicios gravados".

"Parágrafo 2°. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 2 de este artículo, cuando se inicien actividades dentro del respectivo año gravable, los ingresos netos que se tomarán de base, son los que resulten de dividir los ingresos netos recibidos durante el período por el número de días a que correspondan y de multiplicar la cifra así obtenida por 360".

"ARTICULO 3°. Tarifa del impuesto sobre las ventas en los servicios".

"A partir del 1° de julio de 1992 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 6a. de 1992, en concordancia con el artículo 468 del Estatuto Tributario, la tarifa del impuesto sobre las ventas para los servicios será del doce por ciento (12%).

"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".

2. LA DEMANDA

La demanda pretende la nulidad de los artículos antes descritos formulándoles cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad, que se resumen así:

1) Violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional.

SECCION CUARTA

Para el demandante el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda, excedieron la potestad reglamentaria y legislativa que les confiere la Constitución, al disponer en las normas acusadas que la tarifa al impuesto sobre las ventas por prestación de servicios, regía desde el 1° de julio de 1992, y porque tampoco tenía facultad legal "para determinar qué personas naturales son "responsables por la prestación de servicios".

En este punto, el actor sustenta sus argumentos con base en la sentencia del 17 de marzo de 1987 (Expediente 1618), en la cual el Consejo de Estado sentó jurisprudencia respecto de la potestad reglamentaria.

2) Violación del artículo 24 de la Ley 6a. de 1992.

Precisa el actor que el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1107, restringe la aplicación del artículo 24 de la Ley 6a. por cuanto califica a las personas responsables del impuesto a las ventas por prestación de servicios". Señala que el artículo 24 y 25 de la Ley 6a. establece que son responsables del impuesto sobre las ventas quienes presten servicios, excepto los señalados en los literales a) y b) y en el artículo 25 se dispone claramente que el hecho gravable es la prestación de servicios.

En consecuencia, "no pueden por medio de un Decreto Reglamentario dictar disposiciones sobre materias que adicionen, amplíen, restrinjan o recorten la ley reglamentada, o mediante la cual excedan las facultades especiales para legislar otorgadas por la ley".

3) Violación del Parágrafo 2° del artículo 24 de la Ley 6ª de 1992.

El artículo 1° del decreto demandado, excede las facultades otorgadas por este parágrafo, en cuanto no se señalan "formas especiales que les permita cumplir con las obligaciones formales contempladas en la ley para los no comerciantes responsables del impuesto sobre las ventas, ni tiene por objeto el control de los responsables no comerciantes."

4) Violación del Parágrafo 51 del artículo 19 de la Ley 6a. de 1992.

En cuanto, dicha ley "expresó claramente que la tarifa al impuesto a las ventas por prestación de servicios sólo regia desde el 1° de enero de 1993, y no desde el 10 julio de 1992 como lo dicen las normas acusadas".

3.- **LA PARTE DEMANDADA**

Concurrió a la defensa de la legalidad de las normas acusadas, la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para manifestar la legalidad de las normas acusadas en cuanto:

a) No hay violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, ya que "en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 189 numeral 11, el Presidente de la República expidió el Decreto 1107 de julio 2 de 1992, precisando en sus artículos 1° y 3° el alcance de los 24 y 25 de la Ley Reglamentaría, esto es, las calidades de los responsables del IVA en la prestación de los servicios y la tarifa que a los mismos corresponde en los términos del artículo 468 del E.T., respetando la vigencia especial de la ley respecto del incremento de la tarifa del 12% al 14% consagrada en forma transitoria en el inciso 3° del texto de la citada disposición, tal como regirá a partir del 1° de enero de 1993, según la disposición expresada en el parágrafo 5° del artículo 19 de la mencionada ley".

Además, sostiene que las facultades del Gobierno Nacional para expedir las normas acusadas no solo se basan en las que le otorga la Constitución Nacional en el artículo 189 numeral 11, sino que también responden a las del numeral 20 de éste mismo artículo, en cuanto le corresponde al Presidente de la República velar por la estricta recaudación y administración de las rentas nacionales.

b) Tampoco hay violación del artículo 24 de la Ley 6a. de 1992.

Manifiesta que el artículo 1° del Decreto 1107, lo que hizo fue precisar las condiciones requeridas para considerar que son responsables por la prestación de servicios las personas naturales, reglamentando específicamente, el literal b) del artículo 437-1 del E.T., introducido por la ley 6a., artículo 24, referente a quienes cumplan las condiciones exigidas para pertenecer al régimen simplificado. Es decir, para la demandada existe concordancia entre lo dispuesto en el artículo 499 del E.T. y lo previsto en el reglamento acusado, en cuanto señalan los mismos requisitos respecto de los responsables del IVA por, prestación de servicios.

c) No se vulneró el parágrafo 51 del artículo 24 de la Ley 6a. de 1992.

Argumenta que no corresponde al artículo 1° del Decreto 1107 de 1992 referirse a las formas de que trata el parágrafo 2° del artículo 24 de la Ley 6a. de 992, porque éste, "fué reglamentado por el artículo 8° del mismo Decreto 1107 de 1992, donde se señalan las formas especiales a través de las cuales los

nuevos responsables no comerciantes podrán cumplir con las obligaciones tributarias, formas que permitieran el efectivo control del Impuesto".

d) Finalmente, la demandada considera que no se vulneró el parágrafo 5° del artículo 19 de la Ley 6a. de 1992, por cuanto, ésta "fue publicada en el Diario Oficial No. 40490 de 30 de junio de 1992. En consecuencia como su artículo 140 dispone su vigencia general a partir de su publicación, la citada ley empezó a regir en dicha fecha, sin perjuicio de que respecto de algunas normas se haya establecido una vigencia especial".

Por lo tanto, si para los artículos 24 y 25 de la Ley 6a. no se dispuso una vigencia especial, tenía que aplicarse la general de la ley, es decir, el 30 de junio de 1992. Y continúa, "A este principio se ciñó estrictamente el reglamento acusado toda vez que el espíritu del legislador fue diferir a partir del 1° de enero de 1993, la vigencia de la Ley 6a. de 1992, en cuanto al incremento de la tarifa general del 12% al 14% y las tarifas diferenciales del 20%, 35% y 45% en todas las etapas de comercialización del producto, pero no lo fué en cuanto al tratamiento de los servicios en relación con el IVA y los responsables del impuesto, lo que hacía necesario adoptar las medidas convenientes para la inmediata ejecución del mandato legislativo en concordancia con el artículo 338 de la Constitución Política de 1991, el 1° de julio de 1992".

4.- ALEGATOS DE CONCLUSION

El demandante

El ciudadano Jaime Herrera Rodríguez, en su escrito de conclusión, solicita respecto de la nulidad del artículo 3° del Decreto 1107, estarse a lo resuelto por el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de enero de 1993.

En cuanto a su petición de nulidad del artículo 1° del mencionado decreto, manifiesta ante los argumentos de la demandada que, "en efecto el Artículo 24 de la ley 6a. de 1993 (sic) exceptúa como responsables del impuesto a las ventas únicamente a "quienes presten servicios expresamente excluidos del impuesto en la ley", refiriéndose esta excepción al servicio y no al sujeta, y a "quienes cumplan las condiciones exigidas para pertenecer al Régimen simplificado". (fl. 67 del expediente) .

Por otra parte, no encuentra válido el argumento de la demandada, en el sentido de que sean los mismos requisitos los que se aplican para pertenecer al régimen simplificado (art.499 de E. T.), que los establecidos en el acto acusado (art. 1° del Decreto 1107 de 1992).

Para el efecto manifiesta que "...con el acto acusado se pretende extender la excepción **a todas las personas naturales, comerciantes o no**, que no cumplan con los requisitos establecidos en los numerales 1° y 4° del mismo".

La Demandada:

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público.

Representado en el proceso por el Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, solicita se denieguen las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

No existe oposición entre el artículo 1° del Decreto 1107 y los artículos 24 y 25 de la Ley 6a. de 1992, por cuanto "la norma acusada,reglamentó la prestación de los servicios a cargo de las personas naturales", pero esa norma "no dice que **solamente las personas naturales** son responsables por la prestación de servicios". (fl. 62 del Exp.).

Dice que la expresión "**quienes**" presten servicios diferentes a los exceptuados en el artículo 476 del E.T. y a los prestados por las entidades exceptuadas de la responsabilidad del impuesto por el artículo 443-1 del mismo Estatuto", se refiere a "todos" los que presten servicios. Además, que el inciso 2o. del artículo 1o. señaló las condiciones que debían cumplir para efectos de determinar los responsables, en éste caso específico.

Considera que por el hecho de que el Gobierno Nacional, no haya ejercido la facultad de señalar con fines de control "formas especiales", no significa el desconocimiento de la potestad reglamentaria.

Finalmente, para esta dependencia, la ley 6a. de 1992, dispuso dos tipos de tarifas; la del 12% que debe regir a partir de la fecha de vigencia de la ley, es decir, el 30 de junio de 1992 y la del 14%, que debe regir a partir a el 10 de enero de 1993, y para lo previsto en el artículo 31 del decreto, su vigencia sería a partir del 1° de julio de 1992, hasta diciembre de ese mismo año, con un Impuesto del 12% y a partir de 1° de enero de 1993, se aplicará lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 6a. de 1992.

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al entrar la Sala a proferir pronunciamiento de fondo sobre las normas cuya nulidad ha sido solicitada, por vulnerar disposiciones constitucionales y legales, encuentra que respecto de los artículos 1° y 3° del Decreto 1107 del 2 de julio de 1992, esta Sala ha de estarse a lo decidido en la sentencia del 29 de enero de 1993, Expedientes No. 4308 y 2280 ,acumulados, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lízcano, y en la que se decidió anular el inciso 1° del artículo 1°, en la parte que dice: "a partir del 1° de julio de 1992", y el inciso 1° del artículo 3° del decreto 1107 de 1992.

Igualmente, ha de estarse a lo decidido en la sentencia del 6 de agosto de 1993, Expediente No. 4723, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, en la cual se decidió no acceder a la nulidad del artículo 1° inciso 2° numerales 1° a 4° y el paragrafo 1° y el artículo 3° parágrafo, del decreto 1107 de 1992.

En cuanto a la nulidad del artículo 1°, inciso 1° y del artículo 3° inciso 1°, del decreto 1107 esta Corporación expresó en sentencia del 29 de enero de 1993, lo siguiente:

> "Es especialmente importante en este artículo (el 19 de la ley 6a.) su parágrafo 5° cuando al señalar la fecha de aplicación de la norma, expresamente dice: "El presente artículo rige a partir del 10 de enero de 1993". "Es decir, que a partir de esta fecha y en contravención con la norma superior, anticipó la aplicación de la ley 6a. de 1992, a partir del 1° de julio del mismo año para aquellos servicios gravados por la nueva ley, haciendo responsable del tributo a quienes los presten desde esta fecha, cuando expresamente el artículo 1o. parágrafo 5o., de la ley había señalado su aplicación a partir del 1o. de enero de 1993, con relación a todos los aspectos regulados por el artículo 19".
>
> "....."
>
> "De la confrontación de las disposiciones en estudio y sin necesidad de incurrir en malabarismos interpretativos, surge prima facie la violación ostensible por parte del artículo 1° inciso 1° del Decreto 1107 de 1992, de la norma superior que dijo reglamentar, tal como lo precisó la Sala en el auto del 4 de septiembre de 1992 (Exp.4308), razón por la cual debe retirarse del ordenamiento jurídico".

En relación con el inciso 1° del artículo 3° del mencionado decreto dijo:

"No es admisible pretender que éste, el inciso 1° del artículo 3°, no contraviene el artículo 19 de la ley por estar reglamentando el artículo 25, porque este último artículo comprende tanto los servicios gravados por la nueva ley como los que ya lo estaban, sin que pueda el reglamento con relación a los nuevos hechos generadores del impuesto y nuevos responsables, anticipar la aplicación de la ley en tiempo, ni incrementar la tarifa a aquellos que tenían una inferior y que solo en virtud del artículo 19 de la ley 6a. de 1992 quedo unificada".

Y concluye respecto de la potestad reglamentaria:

"No cabe duda entonces que el Presidente de la República al disponer en el reglamento, en los apartes de los artículos acusados 1° inciso 1° y 3° enciso (sic) 1°, cosa distinta a la señalada por el legislador, no solo transgredió la norma superior que Pretendió reglamentar sino que se arrogó atribuciones que de acuerdo con el ordenamiento positivo colombiano solo corresponde al legislador (Constitución Nacional, artículo 159), y por lo tanto deben ser anulados en lo pertinente, con miras al restablecimiento del orden juridico y al perfecto equilibrio en el ejercicio de sus atribuciones por las ramas del poder público".

Por otra parte, en la sentencia del 6 de agosto de 1993, en la que se declaró la legalidad del articulo 1° inciso 2° numerales 1° a 4°, parágrafo 1° y el parágrafo del artículo 3°, esta Corporación dijo:

"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, 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".

SECCION CUARTA

"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, desarrollo los artículos 19, 24 y 25 de la ley 6a. de 1992, y que el artículo 24 en su literal b), excepcionó como responsables del impuesto a I.as,personas que cumplen 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".

Y, más adelante continúa:

"...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 las profesiones liberales, salvo los expresamente excluidos, determinó quienes eran responsables por los servicios prestado; fijó en el 12% la tarifa general del impuesto sobre las ventas, previendo expresamente su aplicación para los servicios gravados".

"Resulta aplicable en el *sub-lite* el parágrafo 2° del artículo 25 (debe entenderse el 24) 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 tributarla haya excedido el límite de la facultad reglamentaria y violado el artículo 338 de la Constitución Nacional".

"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 de a otorgada por el artículo 24 parágrafo 2° de la ley 6a. de 1992, y constituyen desarrollo tanto de el la 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".

"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".

De lo anterior se concluye que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada respecto de las siguientes normas (artículos lo y 3° del Decreto 1107 de 1992) cuya nulidad se solicita en la presente demanda, así:

En los procesos cuyos expedientes fueron acumulados bajo los Nos. 4308 y 4280 se demandó la nulidad de los artículos 1° y 3° inciso 1° del Decreto 1107 de 2 de julio de 1992, que fueron declarados nulos en parte, mediante la sentencia del 29 de enero de 1993, con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano.

En la parte resolutiva de dictio fallo se decidió declarar nulo el inciso 1° del artículo 1° del mencionado decreto, en la parte que dice: "a partir del 1° de julio de 1992", quedando incólume pero juzgado el resto del artículo.

Igualmente, declaró nulo el inciso 1° del artículo 3° del mismo decreto, quedadando definitivamente decidido.

En el proceso radicado bajo el No. 4723 en el cual se solicitó la nulidad contra los artículos 1° a 4° y paragrafo 1° y el artículo 3° parágrafo, se decidio mediante sentencia del 6 de agosto de 1993, con ponencia de la doctora Consuelo Sarria Olcos, denegarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1.- Con respecto al artículo 1° del Decreto 1107 del 2 de julio de 1992, estese a lo decidido en las sentencias de 29 de enero y 6 de agosto de 1993.

2.- En lo referente al inciso 1o. del artículo 3o. del Decreto 1107 de julio 2 de 1992, estese a lo decidido en la sentencia del 29 de enero de 1993.

3.- En cuanto al parágrafo del artículo 3° del Decreto 1107 de julio 2 de 1992, estése a lo decidido en la sentencia del 6 de agosto de 1993.

Cópiese, notifíquese, comuníquese.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SALARIO INTEGRAL / FACTOR PRESTACIONAL - Determinación / RENTA EXENTA LABORAL

Es claro que el art. 26 del Decreto 835 de 1991 es una norma especial que contempla o desarrolla la forma de determinar el factor prestacional correspondiente a una empresa, cuando ésta lo tiene pactado en un nivel superior al 30% con sus trabajadores no sometidos al régimen de salario integral, evento en el cual permite pactar con estos últimos "hasta un porcentaje igual al promedio pactado con los trabajadores no sometidos al régimen de salario integral". Cuando la ley dice que el factor prestacional correspondiente a la empresa no puede ser "inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía" está refiriéndose a la primera parte del mismo inciso que prescribe que el salario integral no puede ser inferior a 10 salarios mínimo mas el factor prestacional. Luego la expresión "dicha cuantía" se debe entender referida al total de salarios mas prestaciones anticipadas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)-

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5120. DECRETO GOBIERNO NACIONAL - AUTO -Actor: MIKE BARACALDO RAMIREZ RAMIREZ.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. el ciudadano MIKE BARACALDO RAMIREZ demanda la nulidad y la suspensión provisional del parágrafo del artículo 26 del Decreto Reglamentario 836 del 26 de marzo de 1991.

SECCION TERCERA

La norma demandada forma parte del reglamento que dictó el Gobierno Nacional en el aspecto fiscal o tributario del salario integral establecido en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 -Reforma Laboral-, concretamente en lo que se relaciona con la determinación del factor prestacional que conforme a la ley no constituye ingreso gravable para el trabajador y por tanto, no está sometida a retención en la fuente.

La demanda será admitida por reunir loa requisitos formales y procede la Sala a decidir sobre la suspensión provisional que solicita el actor con base en el artículo 152 del C.C.A.

El mismo demandante confronta el texto demandado con la norma legal correspondiente, así:

Numeral 2o. Artículo 18 Ley, 50 de 1990

"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 ordinario 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. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de estos". (subraya de la demanda).

Parágrafo Artículo 26 Decreto 838 de 1991

"El factor prestacional anual a que se refiere este artículo, corresponde a la proporción que representa el monto total causado por prestaciones sociales en el año inmediatamente anterior, en el valor total de los costos y gastos laborales causados (el mismo período: excluyendo de ambos valores lo correspondiente a las pensiones patronales y aportes para la seguridad social. Cuando la empresa inicie actividades en el año o cuando la mayoría de sus trabajadores están sometidos al régimen de salario integral, el factor prestacional será del 30%". (subraya de la demanda).

El actor parte de la base de que la Ley 50 determinó como factor prestacional exento el porcentaje que la empresa reconoce como prestaciones a sus trabajadores, en relación con los salarios pagados sin que dicho porcentaje pueda ser inferior al 30%, pudiendo ser superior.

Considera que la norma demandada se aparta de los anteriores lineamientos de la ley que dice reglamentar con el siguiente razonamiento:

> "El parágrafo demandado, al señalar el procedimiento para obtener el factor prestacional que resulte superior al 30%, determinó que la proporción debe establecerse no en relación con los salarios sino con la totalidad de los costos y gastos laborales, es decir incluyendo las prestaciones sociales. De esta manera, se obtiene un menor porcentaje, lo que se traduce en el recorte de un beneficio fiscal establecido por la ley en favor de los trabajadores. Este procedimiento, se constituye en un desbordamiento de la potestad reglamentaría como quiera que en su ejercicio no puede entenderse el establecimiento de limitaciones inexistentes en la ley".

No puede analizarse así sea en forma superficial el parágrafo acusado sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 26 del cual forma parte. Por ello para la Sala es necesario tener en cuenta que el artículo 26 en su conjunto regula varios aspectos fiscales de la parte exenta del salario integral y que el parágrafo está íntimamente vinculado al resto del artículo, ya que como lo expresa al iniciarse, "el factor prestacional anual a que se refiere este artículo....". Es claro que es una norma especial que contempla o desarrolla la forma de determinar el factor prestacional correspondiente a una empresa, cuando ésta lo tiene pactado en un nivel superior al 30% con a sus trabajadores no sometidos al régimen de salario integral, evento en el cual permite pactar con estos últimos " ... hasta un porcentaje igual al promedio pactado con los trabajadores no sometidos al régimen de salario integral".

Lo que regula entonces el parágrafo en su primera parte, es un procedimiento para establecer dicho porcentaje promedio, el cual, entiende la Sala, en ningún caso puede ser inferior al 30% establecido en la ley.

Cuando la ley dice que el factor prestacional correspondiente a la empresa no puede ser "inferior al treinta por ciento (30%) **de dicha cuantía**". está refiriéndose a la primera parte del mismo inciso que prescribe que el **salario integral** no puede ser inferior a 10 salarios mínimos más el factor prestacional. Luego la expresión "dicha cuantía" se debe entender referida al total de salarios mas prestaciones anticipadas, que es en síntesis el concepto de "salario íntegral" contenido en el inciso anterior.

SECCION TERCERA

Si el sistema se aparta o no de la ley, no es aspecto que surja a primera vista, como lo entiende el demandante, sino que deberá ser motivo de mayor análisis propio del fallo de fondo, mas no de la medida inicial de la suspensión.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda de nulidad del parágrafo del artículo 26 del Decreto Reglamentario 836 del 26 de marzo de 1991 expedido por el Gobierno Nacional, entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. por el ciudadano MIKE BARACALDO RAMIREZ a quien se le tendrá como parte demandante. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Procurador Delegado ante esta Corporación.

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a su Delegado para recibir notificaciones.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la de da, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición del artículo 26 del Decreto Reglamentario 836 de 1991 (marzo 26).

Término cinco (5) días.

2o. No se accede a decretar la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / HECHO GENERADOR - Ambito espacial

La ley 14 de 1983 operó un cambio fundamental en el impuesto de industria y comercio, toda vez que el gravamen no se hizo depender de la existencia de un establecimiento comercial, como era antes, sino de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios dentro del territorio de un municipio. Trazó así la ley el marco legal del impuesto de industria y comercio pero omitió señalar normas con relación al lugar en donde debía entenderse realizado el ingreso por el contribuyente, especialmente cuando los sujetos pasivos desarrollan actividades en varios municipios y mas aún en casos como en el *sub-lite* cuando la actora para realizar su actividad necesariamente utiliza no solo el territorio de muchos municipios sino territorio extranjero.

CONTABILIDAD - Valor Probatorio / BASE GRAVABLE / TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO

Fue la misma ley la que designó la contabilidad del contribuyente como principal medio que permitiera determinar el *quantum* de la base en cada municipio sin que pueda ninguno de ellos sujetar al impuesto hechos generadores ocurridos fuera de su territorio, y menos aún, cuando al desarrollar su actividad la contribuyente utiliza no solo todo el territorio, nacional sino allende sus fronteras. Tampoco facultan las leyes a un municipio para imponer gravamen de industria y comercio a los ingresos no obtenidos en su territorio por la circunstancia de que la actora no haya declarado ni pagado en tales entidades territoriales el impuesto; porque del hecho de que éstos se abstengan de ejercer su facultad de imposición, no

puede colegirse que se autoriza prorrogar la jurisdicción de otros municipios sobre su territorio.

CONTABILIDAD - Ineficacia / BASE GRAVABLE / SANCION POR INEXACTITUD - Procedencia

El sistema empleado por la actora no permite verificar con certeza el monto de los ingresos no devengados en el Distrito Especial, lugar del domicilio y centro operativo en el país de las actividades desarrolladas en el territorio nacional por la sociedad extranjera, por lo que debe concluirse que en este aspecto el acto administrativo acusado no ha sido desvirtuado sin que pueda acusársele de haber incluído en la base gravable ingresos originados en otros municipios. No desvirtuadas en consecuencia las omisiones a la base gravable determinada por la Administración Distrital tampoco resulta procedente levantar la sanción por inexactitud impuesta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: EXPEDIENTE Nro. 4390 Actor: EASTERN AIR LINES INC NIT 890.110.473-1. Apelación de la sentencia del 31 de julio de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Industria y Comercio 1986 Vigencia 1987. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 31 de julio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad EASTERN AIR LINES INC NIT 890.110.473-1 contra el acto administrativo mediante el cual el Distrito Especial de Bogotá le determinó oficialmente el impuesto de industria y comercio para el año gravable de 1986, vigencia de 1987.

ANTECEDENTE

La actora, sucursal de compañía extranjera, presentó la declaración tributarla del impuesto de industria y comercio por el período fiscal de 1986, vigencia 1987, el día 25 de abril de 1987 en la ciudad de Bogotá en la cual

señaló como actividad de servicio la de transporte internacional de pasajeros y carga, código 301, y denunció como total de ingresos dentro y fuera de Bogotá por $9.241.589.462.oo, ingresos en Bogotá $1.093.453.380, base gravable sobre la cual liquidó impuesto de $2.186.940.

Mediante requerimiento No. 936 del 2 de noviembre de 1988 (Fl.102 del expediente) la Dirección Distrital de Impuestos exigió a la contribuyente la presentación de las pruebas pertinentes para comprobar el monto total de los ingresos brutos, y demostrar conforme con lo dispuesto en el artículo 20 parágrafo 1o. el Acuerdo 21 de 1983 las deducciones a la base gravable por $8.148.136.082, requerimiento al cual dió respuesta la sociedad manifestando que las deducciones efectuadas a la base gravable no correspondían a ingresos en Bogotá.

El 24 de febrero de 1989, la Dirección Distrital de Impuestos practicó a la sociedad la liquidación oficial No. 1332, en la cual determinó una base gravable mayor a la denunciada, como consecuencia de haber adicionado los valores excluídos por la contribuyente, al considerar que no fueron demostrados conforme con lo exigido en el requerimiento. Determinó así un mayor valor por concepto de impuestos y sanción por inexactitud en cuantía de $74.699.837.

Contra dicha liquidación la sociedad interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación, el primero de los cuales fue decidido según Resolución No. 844 del 7 de diciembre de 1989, que modificó parcialmente la liquidación recurrida al considerar que la determinación oficial del tributo se efectuó de acuerdo con lo investigado por la Administración que quedó especialmente consignado en el acta de visita No. 08-839 del 1° de septiembre de 1989 y que las sumas por concepto de ingresos percibidos en Barranquilla y Cali se aceptaban por haber tributado en esas localidades y haberlo demostrado conforme con lo exigido por el artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, como con las declaraciones de industria y comercio y los recibos de pago. Que el resto de ingresos por $7.679.513.198 se atribuían a Bogotá, por cuanto el accionante no había demostrado que sobre tales ingresos había declarado y pagado el impuesto en otra localidad de la República.

Admitió la improcedencia del gravamen liquidado por concepto del parágrafo en razón de haber sido suspendido por el Consejo de Estado. Determinó finalmente una base gravable de $8.772.966.576, impuesto de industria y comercio $17.545.933, de avisos $2.631.890 y sanción por inexactitud por $30.718.056.

Resolución que fué confirmada por la Junta Distrital de Hacienda mediante la resolución No. 171 de 1990 (julio 2), proferida al fallar la apelación subsidiariamente interpuesta.

SECCION CUARTA

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho al considerar que el acto administrativo de determinación oficial del tributo era violatorio de los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983; 1°, 15, 20 y 53 del Acuerdo 21 de 1983 y del artículo 981 del Código de Comercio, ya que se gravaron ingresos no percibidos en el Distrito Especial al confundir la entidad administrativa la venta de tiquetes con la actividad de servicio de transporte y al pretender, de otra parte, que se comprobara conforme al parágrafo del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 los ingresos obtenidos fuera del territorio nacional en cuantía de los $47.679.513.198, e imponer sanción por inexactitud.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar que el acto acusado no infringió:

1.- Los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 y 1° y 15 del Acuerdo 21 de 1983, porque era indudable que la actividad social de la actora era la prestación de servicios y su domicilio Bogotá y que el acervo probatorio presentado era insuficiente para demostrar los ingresos no realizados en este municipio, toda vez que el dictamen pericial, para determinar la renta extraterritorial se fundamentó en un concepto técnico sobre el número de millas voladas que ya el Consejo de Estado refiriéndose a similar documento, contentivo de la asignación de los impuestos que hace la casa matriz a la sucursal tomando como referencia las millas voladas en el territorio nacional, expresó que ese procedimiento carecía de respaldo legal "pues la fórmula empleada no era técnica ni práctica porque ello implicaría la medición del espacio aéreo (millas voladas) correspondiente a los municipios por donde atraviesan las aeronaves, que de ser así quedarían sin percibir la cuota parte del gravamen y que además mientras el peritazgo cuantificaba los ingresos obtenidos en Colombia en $1.562.076.258 la sociedad declaró $9.241.589.462.

2.- No se infringió el artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, al exigir la prueba específica al pretender aplicarla a ingresos de fuente extraterritorial , porque anulada la norma se imponía la libertad probatoria, pero analizada la valoración de la prueba especialmente la pericial ésta no fue suficiente para demostrar la base gravable en Bogotá, sin que pueda inferirse que por haber sido anulada la disposición que exigía la prueba específica, deba producirse al reconocimiento automático de la deducción efectuada a la base gravable.

3.- No hubo violación del artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, porque la declaración de industria y comercio presentada por la actora, contiene el dato incorrecto de demostrar ingresos que corresponden a otros municipios, sin que tal circunstancia realmente se dé, porque como se vé, es imposible determinar qué ingresos se obtuvieron en municipios diferentes de Bogotá, y además el artículo 647 del Estatuto Tributario debía aplicarse restrictivamente a los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia la critica por haberse fundamentado con violación de los artículos 4° y 230 de la Constitución Nacional en una sentencia que desconoció el concepto técnico para delimitar las millas voladas en el Distrito Especial de Bogotá, desconociendo que de acuerdo con los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 y 1° y 15 del Acuerdo 21 de 1983, lo que debe tenerse en cuenta como base gravable en la capital de la República es el ingreso producido por la prestación del servicio en Bogotá, y que el sistema adoptado por la sociedad era tan técnico y práctico que el mismo legislador lo aceptaba para evitar en este tipo de compañías de transporte internacional el gravamen sobre ingresos extraterritoriales.

Pide se efectúe nuevo estudio de la renta de la actora, reitera la violación del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 y que se dé aplicación al artículo 647 del Estatuto Tributario de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demandada al alegar de conclusión reitera la excepción propuesta al contestar la demanda por falta de identificación del demandado conforme con lo exigido por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, y solicita con fundamento en la sentencia del 22 de marzo de 1991 del Consejo de Estado, se confirme la sentencia apelada toda vez que la determinación de la base gravable por parte de la sociedad con base en millas voladas se considere antitécnica.

En cuanto a la violación del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, afirma que el cargo no es procedente toda vez que cuando se practicaron los actos acusados la norma aún se encontraba vigente y con plenos efectos lo que no permite ahora su inaplicabilidad, toda vez que los folios de nulidad solo tienen efectos hacia el futuro.

SECCION CUARTA

Reitera la precedencia de la sanción de inexactitud, debido a la omisión de ingresos en que incurrió la sociedad actora.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, considera que la sentencia apelada merece ser revocada puesto que la determinación de la base gravable en el Distrito Especial en el caso de las empresas de transporte internacional no resulta tan sencillo puesto que no es fácil allegar la prueba de los ingresos obtenidos en cada uno de los municipios que sobrevuele el avión al cumplir con el servicio encomendado. Imposibilidad que reconoce la propia Administración en la resolución que resolvió el recurso de reposición, para luego concluír que ante tal imposibilidad debía ser, el Distrito Especial quien incluyera en la base gravable de los ingresos obtenidos, cambiando en una forma lo previsto en la ley para reducir el hecho generador del impuesto a la actividad de venta de los tiquetes y a la celebración del contrato de transporte, sin tener en cuenta que el contrato de transporte tan solo se cumple cuando la mercancía o la persona transportada es colocada en el lugar de destino. Pues no se trata de establecer simplemente en donde se hizo la venta o donde se celebró el contrato ya que la Ley 14 de 1983 como el Acuerdo 21 del mismo año indican como tal, ejercicio o realización de cualquier actividad industrial, comercial o de servicio en determinado territorio, solicitando que la actividad se desarrolle o ejerza en la respectiva jurisdicción municipal.

Para la Procuraduría es claro que el impuesto de industria y comercio por razón de la actividad por servicio de transporte en Bogotá no se genera si dicho servicio no se inicia, se desarrolla y cumple en su totalidad dentro de los límites del Distrito Especial, ya que el propio Consejo de Estado descartó la Posibilidadad de que el impuesto tuviera como hecho generador el lugar en donde se recibe el precio por el servicio o se celebra el contrato correspondiente, tal como lo había concebido el parágrafo 4° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 del Distrito Especial, que fue anulado por la sentencia del 22 de junio de 1990 que en forma clarísima concretó como elemento fundamental del impuesto de industria y comercio la territorialidad en el ejercicio o en la realización de actividades comerciales, industriales o de servicios.

Concluye, que a la sociedad actora se le esta cobrando un impuesto por una actividad que no realizó dentro de los límites de la jurisdicción municipal de Bogotá, liquidado sobre el valor de los tiquetes vendidos sin que haya ocurrido el hecho generador del impuesto, sin que exista materia imponible y que por lo tanto la sociedad no puede ser sujeto pasivo del impuesto por razón de esa actividad.

Afirma que al Ministerio Público no le es indiferente que la aplicación de su tesis pueda afectar no solo los intereses del Distrito Especial sino los de los demás municipios de la República, por cuanto con ella se les niega una fuente de recursos de relativa importancia para las finanzas municipales, pero dicho interés o conveniencia no puede tener la fuerza suficiente para desconocer los textos legales, mediante una discutible interpretación que no se compadece con el estado de derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisa la Sala que efectivamente con la expedición de la Ley 14 de 1983 se operó un cambio fundamental en el impuesto de industria y comercio, toda vez que el gravamen no se hizo depender de la existencia de un establecimiento comercial , como era antes, si no de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicio dentro del territorio de un municipio. Trazó así la ley el marco legal del impuesto de industria y comercio pero omitió señalar normas con relación al lugar en donde debía entenderse realizado el ingreso por el contribuyente, especialmente cuando los sujetos pasivos desarrollan actividades en varios municipios y más aún en casos como el del *sub-lite* cuando la actora para realizar su actividad necesariamente utiliza no solo el territorio de muchos municipios, sino territorio extranjero, siendo imposible determinar si el ingreso se causa donde se vende el tiquete, el sitio de abordaje, el de destino de la nave y sí también se causa al sobrevolar el territorio de otros municipios, evento en el cual todos los municipios podían gravar proporcionalmente el ingreso.

Fue entonces necesario que el Gobierno Nacional a través de la potestad reglamentaria precisara lo relativo a la situación de estos contribuyentes que desarrollan actividades gravadas en varios municipios, disponiendo en el Decreto 3070 de 1983 artículo 1° inciso 1° que:

> "Los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipio, a través de sucursales o agencias constituidas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada Municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable. (Subraya la Sala).

En consecuencia, fue la misma ley la que designó la contabilidad del contribuyente como principal medio que permitiera determinar el *quantum* de la base en cada municipio, sin que puede ninguno de ellos sujetar al impuesto hechos generadores ocurridos fuera de su territorio, y menos aún, cuando al

desarrollar su actividad la contribuyente utiliza no solo todo el territorio nacional sino allende sus fronteras.

Tampoco facultan las Leyes a un municipio para imponer gravamen de industria y comercio a los ingresos no obtenidos en su territorio por la circunstancia de que la actora no haya declarado ni pagado en tales entidades territoriales el impuesto; porque del hecho de que éstos se abstengan de ejercer su facultad de imposición, no puede colegirse que se autoriza prorrogar la Jurisdicción de otros municipios sobre su territorio, como repetidamente lo ha señalado la Sala. Menos aún cuando la norma municipal que exigía tal prueba específica fue retirada del ordenamiento jurídico por infringir el ordenamiento legal superior.

En este orden de ideas era preciso dar aplicación al artículo 1° inciso 1° del Decreto 3070 de 1983, para determina con base en las pruebas, entre ellas las contables arrimadas al proceso, los ingresos obtenidos en el Distrito Especial de Bogotá, sin olvidar que es al actor a quien incumbe la carga de la prueba y que el demandado cuando excepciona también le corresponde demostrar los hechos y fundamento de su oposición, ya que con relación al aspecto probatorio no existe en la actualidad restricción alguna.

Bajo esta óptica analiza la Sala las pruebas presentadas por la actora, entro ellas, los antecedentes administrativos allegados en virtud de su petición, atendiendo especialmente a su condición de sucursal de sociedad extranjera obligada a cumplir las leyes tributarias en el país:

1) Acta visita y su ampliación que indican que analizados los libros de la contribuyente, los ingresos por 1986 se discriminan así:

Ingresos por venta de pasajes aéreos	
por transporte de pasajeros y carga	$ 8.442.768.024
Corrección monetaria	$ 43.609.314
Diferencia en cambio	$ 103.125.410
Ingresos financieros	$ 269.954.651
Ingresos por servicios de cocina	$ 382.142.063
Total Ingresos brutos	$ 9.241.589.462

Ingresos obtenidos en Bogotá

Venta de pasajes aéreos por transporte	
de pasajeros y de carga	$ 294.621.942
Corrección monetaria	$ 43.609.314
Diferencia en cambio	$ 103.125.410
Ingresos financieros	$ 269.954.651
Ingresos por servicios de cocina	$ 382.142.063
TOTAL	$ 1.093.453.380

Es decir, que coinciden los valores de ingresos, salvo el concerniente a la venta de tiquetes, en el cual se anota que el valor de los ingresos por $8.442.758.524 corresponde a tiquetes expedidos por las agencias de turismo en el territorio nacional a excepción de las agencias localizadas en Cali y Barranquilia, debido a que son ingresos diferidos por cuanto los servicios aún no se han causado por ser tiquetes pagados no utilizados y que la casa matriz determina los ingresos reales que son los que corresponden a los ingresos declarados en Bogotá.

2) La declaración de renta y patrimonio presentada por la sociedad (Fl. 105 del expediente) en la que figura el total de los ingresos obtenidos por $9.241.589.462 y deducciones por $9.286.757.854, para una pérdida contable de $45.160.392.

Es decir, que contrariamente a lo denunciado por la sociedad actora, los ingresos denunciados sí corresponden a rentas de fuente nacional, únicos que están obligadas a denunciar para efectos de tributación del impuesto sobre la renta, las sucursales de compañías extranjeras que funcionen en el país, según lo dispone el artículo 20 del Estatuto Tributario.

Si bien es cierto que como lo afirma el apoderado de la actora, también dicho estatuto prevé en su artículo 203 que:

> "Determinación de la renta líquida. Las rentas provenientes del transporte aéreo, marítimo, terrestre y fluvial obtenidas por sociedades extranjeras o personas naturales no residentes que presten en forma regular el servicio de transporte entre lugares colombianos y extranjeros, son rentas mixtas.

"En los casos provistos en este artículo, la parte de la renta mixta que se considera originada dentro del país, y que constituye la renta líquida gravable en Colombia, es la cantidad que guarde con el total de la ganancia neta comercial obtenida por el contribuyente, tanto dentro como fuera del país en el negocio de transporte, la misma proporción que existe entre sus entradas brutas en Colombia y sus entradas totales en los negocios de transporte efectuados dentro y fuera del país.

"Corresponde al Gobierno Nacional, en los casos de duda, decidir si el negocio de transporte se ha ejercido regularmente o sólo de manera eventual". (Subraya la Sala).

Tal previsión tiene por objeto determinar únicamente la renta líquida (ingresos-costos-deducciones) en el impuesto nacional sobre la renta, evento en el cual se hace necesario tal procedimiento para atribuirle el costo proporcional en el país, y en consecuencia no resulta aplicable en el impuesto de industria y comercio cuya base se integra por el monto de los ingresos brutos percibidos por el contribuyente en ejercicio de su actividad.

3. El concepto técnico que aparece a folio "21" del cuaderno de pruebas, que sirvió de fundamento a los peritos para exponer su criterio profesional, parte de la base de unos ingresos brutos totales no devengados en 1986 por $4.522.523 por concepto de: pasajes, fletes y equipos, correo y otros, para atribuir los gastos de operación de vuelo, mantenimiento, servicio a pasajeros, servicios a aeronaves y tráfico, promociones y ventas, etc, por $4.652.904.072, a fin de determinar una pérdida en el país de $130.760.549. Es decir, que sobre unos supuestos ingresos "no devengados" en el país se imputan gastos realizados, sistema que a todas luces no resulta procedente.

Tampoco existe un soporte técnico legal que permita a la Sala admitir que efectivamente las millas voladas en Colombia fueron de 617.344 para aplicar en el país el porcentaje de 0.17835%, que resulta como proporción entre estas millas y el total de las voladas según sistema (346.133.000) y menos determinar el monto de ingresos atribuibles al Distrito Especial de Bogotá.

Aparte de lo anterior, el dictamen pericial indica que el análisis contable se realizó **por muestra** de los registros contables de la empresa, para concluir que la actora llevó su contabilidad conforme a los artículos 48 a 66 del Código de Comercio, pero omite la verificación del total de operaciones y de los requisitos exigidos por las normas tributarlas especialmente las que gobiernan el impuesto de industria y comercio (Decreto 3070 de 1983 artículo 1° inciso 1°).

Ciertamente el sistema empleado por la actora no permite verificar con certeza el monto de los ingresos no devengados en el Distrito Especial , lugar del domicilio y centro operativo en el país de las actividades desarrolladas en el territorio nacional por la sociedad extranjera, por lo que debe concluirse que en este aspecto el acto administrativo acusado no ha sido desvirtuado, sin que puede acusársele de haber incluído en la base gravable ingresos originados en otros municipios toda vez que los provenientes de Cali y Barranquilia, lugares en donde también opera, fueron aceptados en la vía gubernativa al encontrarlas la Administración Distrital debidamente probadas tal como se infiere de la Resolución 844 de 1989 (FI. 30 cdno. ppal) que modificó la liquidación oficial 1332 del mismo año.

No desvirtuadas en consecuencia las omisiones a la base gravable determinada por la Administración Distrital tampoco resulta procedente levantar la sanción por inexactitud impuesta toda vez que al tenor del artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983 esta se causa:

> "... Cuando se establezca que las bases declaradas por el contribuyente contienen datos incorrectos, incompletos o inexistentes...."

Y ciertamente en el *sub-lite* no ha podido comprobarse que la base gravable denunciada en el Distrito Especial por la contribuyente se basara en datos correctos y completos, pues desafortunadamente el acervo probatorio allegado no permitió demostrar que la disminución de los ingresos que no correspondían a Bogotá, era real.

Tampoco es posible dar aplicación al artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, que determina que las diferencias de criterio entro las oficinas de impuestos y el contribuyente sobre una norma legal no es causal de inexactitud, porque la norma, es especial de procedimiento aplicable en los impuestos nacionales administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, pero si en gracia de discusión se admitiera que es aplicable, la norma exige que los hechos y cifras denunciados por el contribuyente sean completos y verdaderos, y como se anotó anteriormente, tal realidad no está demostrada en el expediente.

No existe en consecuencia fundamento para revocar la sentencia apelada 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,

ENTIDAD GREMIAL / REGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL.

La entidad demandante no se puede calificar como asociación gremial, pues, si la esencia de éstas es formar parte o pertenecer a los asociados a un "gremio" por éste ha de entenderse según el sentido natural y obvio de la palabra la corporación formada por personas que tengan la misma profesión u oficio (ejemplo el gremio de los cafeteros o de los médicos, los abogados y otros), y no simplemente un estado social, concepto mas amplio que bien podría entenderse referido por ejemplo a conceptos como los integrantes de la "clase media" de imposible aceptación para los electos del asunto que se debate. Es decir se descarta el calificativo de "asociación gremial" dado a la demandante además porque se aparta de la realidad jurídica ya que de acuerdo con sus estatutos y su denominación pública, es una "sociedad mutual de solidaridad".

SOCIEDAD MUTUALISTA - Naturaleza / ENTIDAD COOPERATIVA - Inexistencia.

Las sociedades mutualistas son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituídas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a los riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social. Es decir no es aceptable el planteamiento de que se le aplicará el régimen especial para las cooperativas previsto en el parágrafo 4o. del artículo 32 de la Ley 75 de 1986. No fueron las sociedades mutualistas consideradas como parte integrante del sector cooperativo al punto de que el artículo 132 de la Ley 79 de 1988 las facultó para que, pudieran "asociarse a cooperativas y a

organismos de segundo grado en instituciones auxiliares del cooperativismo".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4792. Actor: MUTUAL DE SOLIDARIDAD MEDICO ECONOMICA Y DE PROFESIONES UNIVERSITARIAS "SOMEC". Impuesto Renta -FALLO-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de febrero de 1993, por medio de la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto a la renta a cargo de la asociación, por la vigencia fiscal 1989.

ANTECEDENTES

El contribuyente presentó solicitud ante el Comité de Entidades sin Animo de Lucro a fin que se determinara que, de acuerdo con el artículo 19 numeral 3o. y 363 del Estatuto Tributario y artículo 12 del Decreto 868 de 1989, la asociación estaba exonerada de impuesto a la renta.

El Comité mediante Resolución 270 del 27 de diciembre de 1990 resolvió la petición aceptando la procedencia de los egresos registrados en 1989, pero consideró procedente gravar a la tarifa del 20% el beneficio neto obtenido en el año gravable de 1989 argumentando que la entidad solo beneficiaba a sus afiliados y no se hallaba abierta para la comunidad. El contribuyente recurrió esta decisión aclarando que la asociación estaba abierta a los profesionales que cumplieran con los requisitos estatutarios y adicionalmente, que no debe ser sometida al impuesto, por cuanto no tuvo, ingresos de actividades industriales y de mercadeo, además de no ser de competencia del Comité adoptar tal decisión.

DEMANDA. Disposiciones violadas: Estatuto Tributario, artículos 19 numeral 3o., 23 literal c), 363, 357, 358 y 359.

En primer lugar argumentó el demandante que si bien es cierto que de la calificación del Comité puede depender un gravamen, su determinación corresponde únicamente a la Administración por medio de liquidaciones oficiales de revisión.

Legalmente, el Comité debe limitarse a hacer las calificaciones que le asigna la ley, sin entrar a determinar los impuestos a pagar, ya que esto constituye extralimitación de funciones y abuso de poder. De otra parte SOMEC, por el hecho de no derivar sus ingresos de actividades industriales ni de mercadeo, no era contribuyente de impuesto a la renta.

En segundo lugar, consideró el actor, que por ser una asociación gremial, como tal, está exenta del impuesto de renta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 numeral 3o. y 23 literal c) del Estatuto Tributario.

En tercer lugar, objetó el demandante que de acuerdo con sus estatutos, SOMEC tiene como objetivos la salud, educación, bienestar y divulgación científica con carácter de protección económica a sus afiliados, finalidades éstas que corresponden a las beneficiadas por el artículo 359 del Estatuto Tributario, lo cual no se desvirtúa por el hecho de que exija ciertas condiciones para afiliarse a la asociación.

CONTESTACION DE LA DEMANDA. Solicitó la apoderada de la Nación, que se declarara inhibido el Tribunal de conocer de esta demanda por cuanto el acto administrativo recurrido es solo el trámite y no pone fin al proceso administrativo de determinación del impuesto, por cuanto generó en cabeza de la sociedad sólo la obligación de presentar declaración tributaria. Subsidiariamente pidió no acceder a las súplicas de la demanda porque, a pesar de estar estatuído como objeto social el interés social, SOMEC no realizó con el excedente de sus ingresos ninguna inversión que se tradujera en beneficio para la comunidad y en consecuencia resulta aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 5o. del Decreto 868 de 1989 que establece que el beneficio neto o exento no destinado a los fines previstos se hallan sometidos a la tarifa del 20%.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. Se denegó la petición de la parte demandada atinente a la declaración inhibitoria por parte del Tribunal, por considerar que a pesar de que la resolución acusada es previa a la liquidación, no es de simple trámite sino un acto completo.

En lo relativo a la competencia del Comité, estimó el Tribunal que no hubo extralimitación de funciones por cuanto la resolución impugnada se ajustó a la competencia del Comité.

Sin embargo, declaró la nulidad de los actos administrativos impugnados con fundamento en que por ser SOMEC un gremio de profesionales y por no derivar sus ingresos de actividades industriales y de mercadeo, se halla cobijada por el artículo 19 numeral 3o. del Estatuto Tributario que determina que no son contribuyentes del impuesto a la renta.

SECCION CUARTA

APELACION. Desvirtúa el apelante el argumento del Tribunal que sostiene que SOMEC es un gremio, diciendo que en el sistema jurídico colombiano la naturaleza de una entidad está determinada por su contrato social y en éste se establece que SOMEC es una sociedad mutual. Posteriormente hizo un análisis sobre el significado de ser una sociedad gremial y concluye que para poder constituir un gremio se requiere tener la misma profesión u oficio, en consecuencia y por definición SOMEC no podrá ser considerara como tal.

MINISTERIO PUBLICO. Solicitó revocar la sentencia apelada teniendo en cuenta que la asociación tiene un régimen tributario especial, tal como lo reconoció al solicitarle al Comité la calificación de procedencia de los egresos del período gravable y la exención sobre el beneficio neto, para abstenerse de pagar el impuesto de renta a la tarifa del 20%. En opinión de ese Despacho resulta claro que, la entidad desarrolla el objeto social previsto por la ley de interés social, sin embargo no es claro que los excedente manejados de acuerdo con este criterio como lo exige la ley y en consecuencia, la sociedad no se hizo acreedora del beneficio que ésta contiene.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

La controversia en este proceso está concentrada en determinar el régimen tributario que le corresponde a la entidad demandante en su condición genérica reconocida y aceptada por las partes de "entidad sin ánimo de lucro".

1. **ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO.** Régimen tributario aplicable a la actora.

a) **Como Asociación Gremial.**

El Tribunal, con apoyo en lo dispuesto por los estatutos sobre condiciones de afiliación que incluyen de acreditar ser profesional universitario, dedujo que el conjunto de las personas que lo integran gozan de un mismo estado social ("que en este caso es el de ser profesional") y por ende, resultaba aplicable el régimen tributario para las "asociaciones gremiales" contemplados en el numeral 3o. del artículo 19 y en concordancia el artículo 23 literal c) según el cual sólo son contribuyentes con respecto a los ingresos provenientes de las actividades industriales y de mercadeo.

No comparte la Sala la apreciación del Tribunal para calificar a la asociación demandante como entidad gremial pues si la esencia de éstas es formar parte o pertenecer a los asociados a un "gremio" por éste ha de entenderse según el sentido natural y obvio de la palabra la corporación formada por personas que tengan la misma profesión u oficio (ejemplo el gremio de los

cafeteros o de los médicos, los abogados y otros), y no simplemente un estado social, concepto más amplio que bien podría entenderse referido por ejemplo a conceptos como los integrantes de la "clase media", de imposible aceptación para los efectos del asunto que se debate.

En conclusión la Sala descarta el calificativo de "asociación gremial" dado a la entidad demandante pero no solo por la consideración expuesta sino porque se aparta de la primera y cierta realidad Jurídica cual fue la demostrada por la propia entidad con sus estatutos y su misma denominación pública, de ser una sociedad mutual de solidaridad...". Como acertadamente lo dice el defensor del Ministerio, en el sistema legislativo colombiano la naturaleza Jurídica de una entidad está determinada por las disposiciones que conforman el contrato social, o, se agrega, el acto de su fundación.

b) **Como Sociedad Mutualista.**

En este orden de ideas no se encuentra en los estatutos SOMEC en parte alguna la característica de ser una asociación "gremial" sino en forma expresa la de ser una "sociedad mutual de solidaridad" por lo que era obvio que lo procedente era determinar el régimen tributario aplicable este tipo de sociedades; llamadas "mutuales" por la Ley 24 de posteriormente "asociaciones mutualistas" por el artículo 131 de la Ley 79 de 1988 (Ley de cooperativas) y por el Decreto Extraordinario 1480 de 1989 que reguló su régimen jurídico.

La dificultad que ha impedido en el caso estudiado la calificación adecuada, radica, en que el problema está referido al año gravable de 1989, época para la cual no estaba suficientemente aclarado el régimen tributario aplicable.

En efecto el gran cambio en materia del impuesto sobre la renta para las entidades sin ánimo de lucro consagrado en el artículo 32 de la Ley 75 de 1986 que luego complementó la Ley 84 de 1988 (diciembre 29) no mencionó específicamente a las sociedades mutualistas cuya regulación apenas estaba autorizada por la Ley 79 de 1988 (de cooperativas) en su artículo 131 que le confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República y éste vino a ejercerlas mediante el Decreto 1480 de julio 7 de 1989, en el que determinó el régimen interno, naturaleza, características y otros aspectos de dichas "sociedades mutualistas".

Quedó allí establecido que estas sociedades son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a los riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante

la prestación de servicios de seguridad social. Aunque el reconocimiento de su personería jurídica, vigilancia y sanciones fueron atribuidos al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y en defecto de las normas especiales les es aplicable la legislación sobre cooperativas, no se les asignó puesto dentro de las formas asociativas del sector cooperativo (como sí lo fueron en el Decreto 1482 de la misma fecha del 7 de julio de 1989 las llamadas "administraciones públicas cooperativas").

Por tales motivos no era aceptable el planteamiento subsidiario planteado por la demandante en el sentido de que se le aplicara el régimen especial para las cooperativas previsto en el parágrafo 4o. del artículo 32 de la Ley 75 de 1986 (que vino a quedar incorporado en el artículo 15 del Estatuto Tributario en abril de 1989). No fueron las sociedades mutualistas consideradas como parte integrante del sector cooperativo al punto de que el artículo 132 de la Ley 79 de 1988 las facultó para que pudieran "asociarse a cooperativas y a organismos de segundo grado en instituciones auxiliares del cooperativismo".

c) **Como Entidad sin Animo de Lucro Común.**

Descartada esta segunda forma asociativa y su respectivo régimen tributario, no hay duda de que lo aplicable eran las normas generales para entidades sin ánimo de lucro prescritas en el nuevo estatuto de éstas. Por ello no es extraño, que la misma entidad así lo hubiera determinado al sentirse comprendida por el Decreto 868 de 1989 como obligada a formularle solicitud al Comité de Entidades sin Animo de Lucro para que se aceptara la deducción de egresos de 1989 y se declarara la exención del beneficio neto del mismo ejercicio.

En la etapa gubernativa la discusión central versó sobre la condición de ser una entidad cerrada para sus miembros, como lo sostuvo la Administración, frente a la posición de la actora que afirmó abierta a la comunidad; sólo en forma subsidiaria Tantearon los calificativos de asociación gremial y de asimilada a cooperativa, en esfuerzo dialéctico para tratar de ubicar a la actora en los presupuestos de regímenes tributarios de otra clase de entidades sin ánimo de lucro.

En ese orden de ideas y repasados los elementos determinantes, la Sala comparte el calificativo dado por el Comité según el cual no obstante que cumple objetivos de interés social, no es entidad abierta al servicio de la comunidad motivo por el cual, el excedente no puede gozar de la exención alegada. Y no lo es porque no hay ninguna prueba que así lo amerite en la realidad y formalmente según sus estatutos su objetivo es la prestación de servicios de interés social con carácter de protección económico, "a sus afiliados y a sus beneficiarios y

herederos" los excedentes cuando los hubiere, se destinarán a incrementar el auxilio por muerte del afiliado y "a la formación de reservas para protección de activos, cartera y futuros beneficios "(art.9o.); las reservas eventuales son de libre disponibilidad por la Junta Directiva y aunque sirvan para cubrir prestaciones distintas a los auxilios mutualistas, deben tener relación con los fines de SOMEC (Art. 14) y en caso de disolución y liquidación de la entidad, una vez cubiertos los pasivos, el sobrante pasará a la Asociación Médica Sindical Colombiana ASMEDAS, seccional Cundinamarca y ANMPES por partes iguales" (Art. 68).

No existe pues, prueba alguna sobre la circunstancia de que las actividades "sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad" como lo condiciona el artículo 359 del E.T. razón por la cual resulta equivocado el fallo de primera instancia cuando reconoció la exención.

2. **COMITE DE CALIFICACION de entidades sin ánimo de lucro. Sus funciones.**

Uno de los cargos formulados por la demanda consiste en la violación del artículo 363 del E.T. por parte del Comité cuando en la Resolución 270 de 1990 dispuso en su artículo 2o. "gravar a la tarifa del 20% el beneficio neto obtenido en el año gravable de 1989, en cuantía de $71'625.264....".

El cargo radica en haber incurrido en extralimitación de funciones, lo que fácilmente se pone en evidencia puesto que en ningún momento el legislador le dio facultades de determinación del impuesto al Comité de Entidades sin Animo de Lucro creado por el artículo 32 de la Ley 75 de 1986 (parágrafo 3o.) y reformado por el artículo 51 de la Ley 84 de 1988, hoy artículo 363 del Estatuto Tributario.

Sus funciones básicas son las de CALIFICAR varios aspectos de las actividades de las entidades sin ánimo de lucro pero en parte alguna se le ha dado la de "gravar" o declarar el gravamen directamente, función ésta reservada a la respectiva dependencia de la Administración de Impuestos.

En este sentido el cargo prospera pero como según lo decidido en el punto anterior no hay lugar a la exención del excedente, lo que procedía era asignar el calificativo de no exento al beneficio neto.

SECCION CUARTA

DECISION

Con arreglo a las anteriores consideraciones la sentencia apelada debe ser revocada y en su lugar modificar el artículo 21 de la Resolución 270 de 1990 para declarar que el beneficio neto de 1989 no goza de exención.

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

FALLA:

1°. **REVOCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta- el 9 de febrero de 1993 en el expediente 8572, objeto de apelación.

2o. En su lugar, **MODIFICASE** el artículo 2° de la Resolución 270 del 27 de diciembre de 1990 dictada por el Comité de Entidades sin Animo de Lucro (Ministerio de Hacienda) que fuera confirmada por la Resolución 027 del 7 de mayo de 1991 del mismo Comité, por el siguiente texto:

> "ARTICULO SEGUNDO. Declarar que no goza de la exención solicitada el beneficio neto obtenido en el año gravable de 1989 por la SOCIEDAD MUTUAL DE SOLIDARIDAD MEDICO ECONOMICA Y DE PROFESIONES UNIVERSITARIAS "SOMEC", NIT: 60.026.153, en cuantía de $71'625.264".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de orígen

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

*Jaime Abella Zárate,*Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos,* (ausente).

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

EXCEPCIONES / NULIDAD - Trámite

El Decreto 2304 de 1989 en su artículo 68 derogó el art. 163 del C.C.A. con el cual quedó subsistente solo la regulación de las excepciones de fondo del art. 164, lo cual quedó concordante con el art. 207 numeral 5 y el art. 144 num.3 en el sentido de que las únicas excepciones que pueden proponerse en el término de fijación en lista son las de fondo y que deben, resolverse en la sentencia. Esta supresión de trámite o aceptación de excepciones previas en el proceso contencioso administrativo, debe entenderse sin perjuicio de que si el hecho alegado constituye causal de nulidad ésta pueda alegarse, tramitarse y decidirse antes de la sentencia según el mecanismo consagrado en el art. 165, que no sufrió modificaciones en la reforma de 1989.

PARTES - Designación / DEMANDA - Requisitos

La obligación de "designación de las partes y sus representantes" no es un formalismo más, sino un requisito fundamental que necesariamente debe cumplir el actor, para que pueda entrabarse debidamente la relación jurídica que permita al juez dirimir la controversia entre las partes. Pero aunque en estricto rigor el actor ha debido citar al Director General de Impuestos Nacionales en lugar del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, el inconveniente se subsanó al proferirse el auto admisorio de la demanda. En este se ordenó notificar al Director de Impuestos Nacionales y así se surtió según el acta de notificación, acto en el cual constituyó apoderada que comenzó a intervenir en el juicio.

SECCION CUARTA

DECLARACION DE RENTA - Inexistencia / DECLARACION TRIBUTARIA - Corrección / SANCION POR NO DECLARAR

Sobre la sanción impuesta por no declarar el 5° bimestre de 1989, correspondiente al impuesto sobre las ventas, porque el formulario omitió los factores pertinentes a los renglones 1 al 4; pero para subsanar aquella anomalía no podía la Administración valorar la pretendida "corrección espontánea" que presentó la sociedad, acogiéndose al artículo 569 del E.T. porque si el formulario radicado no se tenía como declaración de renta presentada, por sustracción de materia, aquella tampoco como corrección y no era "espontánea" porque mediaba el emplazamiento que se le hizo a tal efecto. Además no es cierto que la Administración haya infringido el art. 589 del E.T. ya que este trata de las "correcciones" que es un tema diferente al regulado por el art. 643 *ibídem* que fue la norma con base en la cual se impuso la sanción por no declarar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4829. Actor: CONTINENTAL DE MANUFACTURAS LTDA. IMPUESTO VENTAS. - FALLO -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado Judicial de la sociedad CONTINENTAL DE MANUFACTURAS LTDA., como de la Dirección de Impuestos, contra la sentencia del 8 de marzo de 1993 por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de ventas, por el 5° bimestre de 1989.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

La contribuyente presentó la declaración de ventas correspondiente al 5° bimestre de 1989, en el Banco de Colombia de Ibagué, el 27 de diciembre del mismo año, radicada bajo el número 03432-01010677-5, pero en ella omitió consignar las partidas pertinentes a los renglones 1 al 4 del formulario oficial. Esto es, no informó "los factores necesarios para identificar las bases gravables" lo que dió lugar a no tener por cumplido el deber de declarar. Art. 580 E.T.

Previo emplazamiento para declarar de fecha octubre 1° de 1991 y sin tener en cuenta la solicitud de corrección de aquella declaración, presentada ante la Administración de Impuestos de Ibagué, el 17 de octubre de 1991, la División de Liquidación de la misma dependencia oficial, por Resolución 698 del 31 de diciembre de 1991, aplicó la sanción por no declarar prevista por el artículo 643 numeral 2° del mismo Estatuto.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División Jurídica por Resolución 00114 del 13 de mayo de 1992 con los mismos argumentos que sirvieron de respaldo a la recurrida confirmó en todas sus partes la decisión oficial.

Agotada la vía gubernativa, la apoderada judicial de la sociedad reclama ante la Jurisdicción, la nulidad de la operación administrativa, y como consecuencia de lo anterior que se tenga como declaración definitiva la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al 5° bimestre de 1989, presentada el 27 de diciembre de 1989, o en su defecto la presentada corregida el día 17 de octubre de 1991 "de la cual tomaron todas sus bases, con un total neto a pagar en el período de $259.000, valor éste que se concatena con el 6° bimestre de la misma anualidad, que está aceptado, aunque haya sido devuelta la corrección".

Cita como disposición violada entre otras, el artículo 589 del Estatuto Tributario.

Argumenta en síntesis la apoderada que hubo violación de aquella norma porque de acuerdo con sus postulados el contribuyente puede corregir las declaraciones tributarias, conducta que fué la que asumió su representada al enmendar las declaraciones del 5° y 8° bimestre de 1989 y 1° de 1990, correspondiente al impuesto sobre las ventas, empero la Oficina Liquidadora las desatendió. Sin darle trámite devolvió la documentación.

Se pregunta si la documentación devuelta correspondía a los tres bimestres, bajo la misma leyenda, qué ocurrió con los bimestres 6° de 1989 y 1° de 1990?. Por qué se sancionó por no declarar únicamente al 5° bimestre de 1989 y no a los demás?.

Finalmente entiende que la declaración tributaria como cumplimiento de un deber legal es indivisible, es una sola, de tal suerte que no se explica cómo "si la declaración del 5° bimestre se tiene como no presentada y se sanciona por eso, por qué sí se toman sus valores para sancionar a la sociedad"?.

Por lo anterior estima que la nulidad es absoluta y solicita se decrete.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia del 8 de marzo de 1993, negó las pretensiones de la sociedad. Para el a quo la Administración está facultada para determinar por todos los medios probatorios admisibles, los ingresos brutos base de la sanción por no declarar. En el caso que se atiende, la Oficina de Impuestos los obtuvo de la misma información que el contribuyente suministró, pues si el formulario en que los informó no podía tenerse como declaración tributaria presentada constituye una confesión que es utilizable como prueba según los términos del artículo 747 del Estatuto Tributario.

Por lo demás considera que no fue acertado señalar en la demanda, transgredido el artículo 589 del E. T. que trata de las "correcciones que no varíen el valor a pagar o que lo disminuyen, o aumenten el saldo a favor", pues sobre esta situación no están tomadas las decisiones preferidas en las resoluciones objeto de impugnación.

DE LA APELACION

La apoderada de la sociedad apela. Pide se revoque la sentencia y se acepten todas las pretensiones. Reitera que el fundamento de la demanda lo constituye la institución jurídica de la "indivisibilidad de la prueba", consagrado en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil. Insiste en que si la declaración de ventas fué el sustento de los factores para imponer la sanción, por qué no se tuvo la misma como declaración tributaria presentada?.

Agrega que si su contenido es indivisible por qué solamente se tuvo en cuenta lo perjudicial a la sociedad y no lo que la beneficiaba?.

Hace alusión a un caso análogo en el que la Administración dió una solución diferente, pasando por alto la igualdad de todos, consagrada por el artículo 13 de la Constitución Nacional. Solicita se tengan como pruebas los documentos, que demuestran lo anterior, enviados al contribuyente Olaya Torres Alirio identificado con la C.C. No. 2'284.060 como lo pidió dentro del término de práctica de pruebas. Art. 207 C.C.A. modificado por el artículo 46 del Decreto 2304 de 1989.

Dentro del término para alegar de conclusión el apoderado de la Dirección de Impuestos presenta y sustenta el recurso de apelación adhesiva, conforme lo prevé el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil.

Se muestra en desacuerdo con la sentencia porque en ella no se aceptaron las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, a saber, la de

inepta demanda por falta de requisitos formales. Se demandó a la Nación, representada en este caso por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, pero se omitió demandar al Director de Impuestos Nacionales, según lo consagrado por el artículo 149 inciso 4° del C.C.A.

Y la de falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con las pretensiones de la demanda, ya que alega hechos que no fueron objeto de contradicción en la etapa gubernativa.

En defecto de no prosperar aquélla se opone a la apelación interpuesta por el actor porque, considera que la sentencia se ajustó a los ordenamientos legales.

Acató en un todo el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil sobre la indivisibilidad del documento y la comparación con otros actos administrativos resulta improcedente. Solicita revocar el artículo 1° de la parte resolutiva del fallo impugnado y confirmar los artículos restantes.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación solicita se confirme la sentencia apelada.

Estima que no es cierto como pretende el actor, que la Administración de Impuestos haya violado el artículo 589 del E. T. puesto que éste trata de las correcciones de las declaraciones tributarias, cuando no se "varíen el valor a pagar, o que lo disminuyan o aumenten el saldo a favor" y la operación administrativa impugnada se fundamentó en el artículo 643 inciso 1° numeral 2° del mismo Estatuto, norma reguladora de la sanción por no declarar.

CONSIDERACION DE LA SECCION

1. EXCEPCIONES PREVIAS

El primer aspecto que debe avocarse de es el de las EXCEPCIONES PREVIAS en lo cual insiste la entidad demandada.

Sobre este particular cabe observar que el a quo, luego de analizarlas no las aceptó con el criterio de que "mientras no atente contra el derecho de defensa no habrá lugar a fallos inhibitorios que deben eludirse empleando los medios que la ley procesal le otorga al juzgador" criterio éste que concuerda con el que inspiró la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1989 (Dcto. 2282).

SECCION CUARTA

Pero se observa además, que el Código Contencioso Administrativo sufrió en esta materia una reforma no tenida en cuenta y que consistio en la derogatoria expresa del artículo 163, que regulaba lo relativo a las excepciones previas en forma muy criticada. El Decreto 2304 de 1989 en su artículo 68 derogó dicho artículo con lo cual, quedó subsistente solo la regulación de las excepciones de fondo del artículo 164, lo cual quedó concordante con el artículo 207 numeral 5 y el artículo 144 numeral 3 en el sentido de que las únicas excepciones que pueden proponerse en el término de fijación en lista son las de fondo y que deben resolverse en la sentencia.

Esta supresión de trámite o aceptación de excepciones previas en el proceso contencioso administrativo, debe entenderse sin perjuicio de que si el hecho alegado constituye causal de nulidad, está pueda alegarse, tramitarse y decidirse antes de la sentencia según el mecanismo consagrado en el artículo 165, que no sufrió modificaciones en la reforma de 1989.

Pero al no tratarse de ninguna causal de nulidad, las excepciones propuestas no podían ser objeto de pronunciamiento.

No obstante haberse presentado la demanda en mayo de 1992, es decir, dentro de la normatividad descrita, la Sala procede a referirse a las excepciones propuestas por la demandada tanto por haberse referido a ellas el Tribunal como por insistir en ellas la misma parte en la apelación adhesiva que se atiende.

a) AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

A pesar de que el enfoque para respaldar las pretensiones formuladas en el recurso de reconsideración presentado en la vía Gubernativa, no es muy coincidente con el utilizado en la demanda radicada ante la Jurisdicción, la divergencia de estilo y argumentación no es suficiente para proferir un fallo inhibitorio, por la alegada falta de agotamiento de la vía gubernativa. La Sala observa que en ambas oportunidades el fín perseguido por el actor fué el de obtener la nulidad de la actuación administrativa y la aceptación de la declaración de ventas presentada por la sociedad recurrente, por el 5° bimestre de 1989, el 27 de diciembre del mismo año o en su defecto la que ella dice ser una declaración de corrección, radicada el 17 de octubre de 1991.

b) DESIGNACION DE LA PARTE DEMANDADA

La Sala ha sostenido que la obligación contenida en el numeral 1° del artículo 137 del C.C.A., ésto es, "la designación de las partes y sus representantes" no es un formalismo más, sino un requisito fundamental que

necesariamente debe cumplir el actor, para que pueda entrabarse debidamente la relación Jurídica que permita al juez dirimir la controversia entre las partes.

Pero en el caso que se atiende, la Sala comparte la decisión proferida por el *a-quo* en cuanto consideró improcedente la excepción planteada con base en el alegado incumplimiento de aquel requisito. Porque, en efecto, aunque en estricto rigor el actor ha debido citar al Director General de Impuestos Nacionales en lugar del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, el inconveniente se subsanó al proferirse el auto admisorio de la demanda. En éste se ordenó notificar al Director de Impuestos Nacionales y así se surtió, según acta de notificación de fecha 18 de septiembre de 1992 (fl. 29 C.P.), acto en el cual constituyó apoderada que comenzó a intervenir en el juicio.

2. SANCION POR NO DECLARAR

Como quedó expuesto en el resumen de los antecedentes administrativos a la sociedad se le sancionó por no declarar el 5° bimestre de 1989, correspondiente al impuesto sobre las ventas, con fundamento en el artículo 643 del Estatuto Tributario, porque el formulario presentado el 27 de diciembre del mismo año omitió los factores pertinentes a los renglones 1 al 4, no podía tenerse como declaración de ventas presentada en los términos del artículo 580 *ibídem.* (numeral 4° "cuando no contenga los factores para identificar las bases gravables") y una vez emplazado para que cumpliera con el deber formal, no lo hizo.

Para subsanar aquella anomalía no podía la Administración valorar la pretendida "corrección espontánea" que presentó la sociedad el 17 de octubre de 1991, acogiéndose al artículo 589 del E.T., porque si el formulario radicado el 27 de diciembre de 1989, no se tenía como declaración de renta presentada, por sustracción de materia, aquélla tampoco como corrección y no era "espontánea" porque mediaba el emplazamiento que se le hizo a tal efecto.

De otra parte, no es cierto que la Administración Tributaría haya infringido los artículos 589 del Estatuto Tributario y 258 del Código de Procedimiento Civil. El primero, porque éste trata de las "correcciones que no varíen el valor a pagar, o que lo disminuyan, o aumenten el saldo a favor", que es un tema diferente al regulado por el artículo 643 *ibídem.*, que fué la norma con base en la cual se impuso la sanción por no declarar.

Tampoco que las Oficinas de Impuestos rompieran el principio de indivisibilidad de la prueba que resulta de los documentos público y privados, que consagra el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, porque una cosa es que aquéllas hubieran tomado para determinar la base de cuantificación

de la sanción impuesta, y otra los efectos legales como declaración tributaria oportuna que no son el resultado del valor probatorio de los datos contenidos en ella.

La Sala comparte el criterio del señor Procurador en el sentido de que no se observa desvío de la Administración en los procedimientos y en cambio, la actora se equivocó desde cuando recibió el emplazamiento y pudo actuar según el artículo 642 incluir en la supuesta declaración de corrección, la sanción por extemporaneidad allí contemplada, en cambio de insistir en "corregir" una declaración que legal y administrativamente ya estaba considerada como inexistente.

Por último respecto a los casos similares que invoca la actora y que tuvieron otro tratamiento por la Administración, ello no obliga a la Administración por cuanto el error no engendra derecho y menos aún puede comprometer el juicio que corresponde dar en cada caso a esta jurisdicción.

Por lo anteriormente anotado la Sala está de acuerdo con la decisión del Tribunal.

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 del Tolima, el 8 de marzo de 1993, en el juicio No. 9071 promovido por CONTINENTAL DE MANUFACTURAS LTDA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de orígen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos* (ausente).

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DEDUCCION POR SALARIOS - Requisitos / APORTES PARAFISCALES.

Para que proceda la deducción por sueldos, no basta que los pagos por ese concepto tengan relación de causalidad con la renta declarada, que sean necesarios y proporcionados de acuerdo con la actividad que desarrolla la empresa y relacione con identificación a los beneficiarios, es indispensable además que los contribuyentes obligados a pagar subsidio familiar y a hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y al Instituto de Seguros Sociales" deberán adjuntar los certificados de paz y salvo que por estos conceptos expidan las respectivas entidades, salvo que se trate de aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cuyo caso bastará con los certificados de consignación de tales aportes. Además "los certificados expedidos en cualquier tiempo con base en los pagos hechos dentro del plazo antes señalado, surten todos los efectos legales.

MEDIOS PROBATORIOS / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Con relación a las pruebas en el proceso contencioso el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, adopto el sistema previsto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la admisión de los medios de prueba, práctica y valoración, suprimiendo así la restricción en la Ley 167 de 1941 en el artículo 278, que solo permitía estimar las aducidas en la actuación gubernativa, o las que tuviera complementarlas, aclararlas o mejorarlas. Mientras que el nuevo procedimiento abre la posibilidad de presentar o pedir en la demanda todas las que considere conducentes.

SECCION CUARTA

DEDUCCIONES / IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

No se puede desconocer que tanto la suscripción de periódicos como los gastos médicos que por el personal a su servicio asume la empresa tiene relación de causalidad con la renta y son deducibles en la medida en que los mismos sean necesarios y proporcionados. En el mundo de los negocios no se puede ser ajeno a la información que suministran los primeros y si los gastos médicos convenidos en los contratos de trabajo se hacen para atender el personal que labora en la empresa o a la Familia de éste, no puede decirse que son indiferentes y que no inciden como empresa. En cuanto a la partida pagada por concepto de arrendamientos de un apartamento en donde se dice funcionan las oficinas de administración debe rechazarse ya que no existe prueba alguna que permita establecer la existencia real del contrato y que el apartamento sea útil a la actividad.

MERCANCIA EN TRANSITO / SISTEMA DE JUEGO DE INVENTARIOS.

El sistema de juego de inventarios para determinar el costo de las ventas efectuadas en el año, por ministerio de la ley, no podría incluirse dentro de aquel las mercancías en tránsito, las mercancías nacionalizadas en 1984 según da cuenta la misma certificación contable en el cual se efectúa la liquidación definitiva de aquellas y se da vía libre a la comercialización de las mismas. Luego tuvo razón la administración de aceptar únicamente el valor del costo de las mercancías nacionalizadas en el año 1983 como se comprobó entonces con las fotocopias autenticadas de los Manifiestos de Aduana y comprobantes de renta por cobrar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4891. Impuesto Renta. -Fallo-. Actor: LABORATORIOS HIGEA DE COLOMBIA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado Judicial de la Sociedad LABORATORIOS HIGEA DE COLOMBIA, como de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 27 de enero

de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en la declaración de renta, año gravable 1983, en el acta resultante de la inspección ocular practicada sobre los libros de contabilidad de la empresa demandante y en la respuesta al Requerimiento Especial 098 de diciembre de 1985, la Administración de Impuestos de Bogotá, practicó la Liquidación de Revisión 996 del 12 de septiembre de 1986.

De las deducciones y pasivos propuestos por la sociedad, la División de Liquidación desestimó:

1. Salarios por cuanto no allegó certificación de paz y salvo SENA	$15'432.156
2. Devoluciones y descuentos en ventas, por falta de prueba	9'714.514
3. Gastos cuya comprobación no fue presentada en la visita	36.418
4. Gastos correspondientes a otras vigencias	455.162
5. Gastos sin relación de causalidad	220.140
6. Por falta de requisitos depreciaciones solicitadas por	118.991
7. Compras de mercancías en tránsito y materia prima nacionalizada/84	6'368.194
8. Impuesto de renta, no deducible	16.698
9. Por falta de respaldo pasivos por	12'969.158

Finalmente aplicó sanciones por inexactitud y libros de contabilidad de acuerdo con lo previsto por los artículos 49, 50 y 56 del Decreto 3803 de 1982 y 83 y 84 de la ley 9a. de 1983.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios por Resolución 539 del 2 de diciembre de 1987, modificó la decisión oficial.

De las compras rechazadas Por valor de $6'368.194, aceptó $2'429.795 correspondiente a las mercancías importadas según Manifiestos de Aduanas números 13407, 14161, 6992, 34578 y 29218, nacionalizadas en 1983. Por falta de prueba, relación de causalidad o y no ser legalmente deducible, mantuvo la

desestimación de las demás erogaciones y pasivos solicitados y por ende las sanciones impuestas.

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 en firme la liquidación privada presentada por la sociedad.

Estima el apoderado en síntesis que:

-Habiendo aportado en repetidas ocasiones el paz y salvo del Sena, la sociedad tiene derecho a que se le acepten los salarios pagados. Con la respuesta al requerimiento especial dice, la contribuyente presentó una certificación expedida por la entidad parafiscal en el que consta que canceló la suma de $283.660,65 como aporte y que por lo anterior se le expidió el paz y salvo No. 69-8653. En esta oportunidad remite fotocopia autenticada del certificado No. 01743 expedido el 17 de diciembre de 1987, y certificación de Contador independiente en donde se relacionan los pagos y las fechas en que se efectuaron los mismos.

-En cuanto a las devoluciones y descuentos en ventas por $9'714.514 rechazados por insuficientes las pruebas, se remite a las copias debidamente autenticadas de las facturas que incluyen aquellas sumas, aportadas con la respuesta al requerimiento especial, y que la Administración desconoció aparentemente por ser extemporáneas. Envía igualmente certificación sobre el particular firmada por Contador Público.

-Insiste en que la contribuyente con la respuesta al requerimiento especial, acompañó la relación respectiva y los soportes debidamente autenticados que demuestran los pagos efectuados a José del Carmen Suárez, Efraín Prieto y a Productos Capri Ltda., por concepto de gastos de bodega, correría en Barranquilla e impuesto predial, por valor de $36.418. Aporta certificación contable al respecto, y fotocopia del contrato de trabajo celebrado con el segundo de los citados beneficiados con los abonos, que era el Supervisor Nacional de Ventas del Laboratorio.

-Con respaldo en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 recalca que los gastos rechazados por la Administración por valor de $455.162, argumentando que corresponden a otras vigencias, fueron contabilizados en 1983 como gastos causados. Además de la referencia a los comprobantes debidamente autenticados que acompañó con la respuesta al requerimiento especial, adjunta también certificación contable sobre los mismos.

-Manifiesta su desacuerdo en que no se le hayan aceptado, ni el valor de las suscripciones a los diarios El Tiempo y El Espectador, ni los pagos por gastos médicos a la Dra. Gloria del Carmen Suárez, quien es la Jefe del Departamento de Personal de la empresa y con quien se tiene pactado que los exámenes médicos propios y de sus hijos los asume la empresa.

Tampoco los arrendamientos de un apartamento en donde funcionan parte de sus oficinas de administración un depósito de productos terminados para la venta, gastos que en su conjunto ascienden a $220.140.

-En lo que se refiere al rechazo de las mercancías importadas por $6'368.194 y de las que finalmente la División de Recursos Tributarios admitió por comprobada la nacionalización en 1983 la suma de $2'429.795, solicita primero, se corrija el error en que tal oficina incurrió, puesto que dentro de la liquidación tomó aquella partida pero dentro del cuerpo de la Resolución 539 del 2 de diciembre de 1987, aceptó la suma de $2'898.504. Después, que se admita el saldo restante como quiera que todas las mercancías fueron entregadas y contabilizadas en 1983. La fecha de 1984 que aparece en algunos de los Manifiestos de Aduana dice no corresponde a la de nacionalización, sino a la que las Oficinas de Aduanas devuelven los Manifiestos y colocan el sello. Pide se tengan en cuenta además las pruebas contables que allegó con la respuesta al requerimiento especial.

-Critica que no se le haya aceptado el pasivo solicitado en la declaración de renta por la suma de $12'969.158 puesto que entiende que como la sociedad lleva libros de contabilidad debidamente registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá, no estaba obligada a presentar documentos de fecha cierta y con la respuesta al requerimiento especial remitió los documentos constitutivos de las declaraciones de los acreedores.

Reitera que las deudas fueron relacionadas en la declaración de renta firmada por Contador Público y pide se examine ésta.

Finalmente considera que ni la sanción por inexactitud, ni la sanción por libros de contabilidad son procedentes. La primera porque la sociedad no incluyó costos ni deducciones inexistentes y la segunda porque en su opinión no se quebrantó el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974. No se incurrió en ninguna de los distintos numerales de las anomalías de que tratan los distintos numerales de la citada disposición.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 27 de enero de 1993, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Aceptó por respaldadas con las pruebas allegadas, salarios por $14'183.032, transporte a Efraín Prieto $16.000, suscripciones de periódicos $7.800, gastos médicos por $109.340 y compras por $2'488.283. Mantuvo el rechazo de las demás erogaciones impugnadas y por insuficiencia en aquéllas o falta de las mismas, las demás erogaciones cuestionadas y el pasivo solicitado. La certificación contable, parte resultó ser incompleta por no hacer referencia a los soportes internos y externos que respaldan la contabilización del costo parte por certificar hechos que no son de competencia del profesional contable.

DE LA APELACION

La apoderada de la sociedad demandante apela. Pide se revoque en su totalidad las decisiones contrarias a las súplicas de la demanda. Con argumentos similares a los expuestos en aquélla critica la sentencia. Insiste en que las normas legales citadas por la Administración en apoyo del rechazo de la suma de $9'714.514 y acogidas por el Tribunal, no tienen nada que ver ni directa ni indirectamente con la oportunidad y procedencia de los medios probatorios, razón por la cual las Oficinas de Impuestos quebrantaron los Decretos 1495 de 1978, 3803 de 1982, 2821 de 1974 y el Código de Comercio en sus artículos 1, 15, 40, 51, 53 y 59 respectivamente.

Entiende que el Tribunal pecó de excesivamente formalista porque exigió la existencia del contrato de arrendamiento para probar la deducción, que por este concepto solicitó la sociedad, respecto del apartamento en donde funcionan parte de sus dependencias administrativas. Opina que si este contrato se puede respaldar con declaraciones extrajuicio, con mayor razón con certificado de Contador Público.

Igualmente porque no aceptó la deducción del impuesto predial, puesto que si bien es cierto que los recibos de pago se expidieron por la Tesorería Distrital a nombre de "Productos del Mar Ltda.", también lo es que, la demandante adquirió bienes de tal empresa que por su naturaleza implican la transferencia de documentos relacionados con tales bienes.

Cuestiona que el *a-quo* se haya inhibido para conocer de la impugnación de la partida de $455.162 por corresponder a otras vigencias, como quiera que la omisión respecto a la explicación del concepto de violación ha debido hacerse valer en la etapa previa a la admisión de la demanda y no en el momento de proferir el fallo.

En fin considera que en oportunidad, tanto en la respuesta del requerimiento especial, como con el recurso de reconsideración la demandante presentó pruebas idóneas, procedentes y conducentes, tendientes a demostrar cada una de las partidas rechazadas por la Administración. Dentro de éstas, además de las anteriores erogaciones, las correspondientes a las solicitadas por concepto de arrendamientos y depreciaciones del pasivo invocado en la declaración de renta.

De otra parte la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales también apela en lo que le es desfavorable a la Nación. Argumenta que la certificación de la entidad parafiscal además de que fue allegada ante la jurisdicción, simplemente constituye una constancia de aportes, pero en manera alguna reemplaza el paz y salvo que exigía el articulo 55 del Decreto 2053 de 1974, para el reconocimiento de la deducción por salarios.

Discrepa de la aceptación de los pagos efectuados a Efraín Prieto, suscripciones a los diarios El Espectador y El Tiempo y por los exámenes médicos de la Dra. Gloria del Carmen Suárez, porque en su concepto estas erogaciones no son necesarias, proporcionadas, ni tienen relación de causalidad con la actividad económica productora de renta de la compañía, que está relacionada con la elaboración de productos farmacéuticos.

Finalmente manifiesta su desacuerdo porque se admitió como costo mercancías en proceso de nacionalización, cuando el artículo 27 del Decreto 187 de 1975 lo prohíbe en los casos en que aquél se determine por el juego de inventarios.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Tanto la apoderada de la sociedad demandante como el apoderado de la entidad demandada se oponen a la apelación interpuesta por la contraparte y reiteran los argumentos expuestos en sendos recursos de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Como todos los puntos que fueron objeto de impugnación ante la jurisdicción se encuentran apelados, unos por la Administración Tributaría y otros por la Sociedad contribuyente, decide la Sala la inconformidad en el mismo orden en que aquéllos fueron desestimados.

SECCION CUARTA

1. SALARIOS POR $15'432.156

De acuerdo con el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, su reglamentario artículo 82 del Decreto 187 de 1975, artículo 70 Ley 21 de 1962 y artículo 16 numeral 17 del Decreto 80 de 1984, para que proceda la deducción por sueldos, no basta que los pagos por ese concepto tengan relación de casualidad con la renta declarada, que sean necesarios y proporcionados de acuerdo con la actividad que desarrolla la empresa y relacione con identificación a los beneficiarios; es indispensable además que los contribuyentes obligados a pagar subsidio familiar y a hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y al Instituto de Seguros Sociales ".... deberán adjuntar los certificados de paz y salvo que por estos conceptos expidan las respectivas entidades, salvo que se trate de aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuyo caso bastará con los certificados de consignación de tales aportes", según expresa la parte final del numeral 17 del artículo 16 del Decreto 80 de 1984. Anotándose además que "los certificados expedidos en cualquier tiempo con base en los pagos hechos dentro del plazo antes señalado, surten todos los efectos legales" (art.62 D.R.187/75).

La sociedad contribuyente para acreditar el pago de los aportes parafiscales remitió primero ante la Administración y después ante la jurisdicción, certificación del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, expedida el 28 de octubre de 1986, en la cual hace constar las fechas y valores de los aportes por el año de 1983, por un total de $283.660,65. Además de que por el mismo período se le expidió el paz y salvo No. 698653. También fotocopia autenticada del certificado No. 01743 del 17 de diciembre de 1967, en la cual se reitera la expedición del paz y salvo antes referenciado por la misma suma, y advierte que aquel pago corresponde al importe liquidado sobre una nomina de 14'183.032. Respalda los documentos en cita con certificación de Contador Público, en la que se anotan las fechas, los valores y los números de los comprobantes de aquellos pagos. Documentos éstos que la Sala considera son suficientes para atender a la pretensión hasta la partida en que fue comprobado el aporte parafiscal.

No resultan acertadas las apreciaciones de la apoderada de la Administración Tributaria de pretender que los cuestionados documentos son válidos para respaldar los soportes, pero no para suplir el paz y salvo de que trata el Decreto 2053 de 1974, ni que por haberse aportado ante la Jurisdicción no puedan aceptarse como prueba, puesto que la Corporación en reiterada jurisprudencia ha recordado con relación a las pruebas en el proceso contencioso que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, adoptó el sistema previsto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la admisión de los medios de prueba, práctica y valoración, suprimiendo así la restricción probatoria

contenida en la Ley 167 de 1941 en el artículo 278, que solo permitía estimar las aducidas en la actuación gubernativa, o las que tuvieran por objeto complementarlas, aclararlas o mejorarlas.

Mientras que el nuevo procedimiento abre la posibilidad de presentar o pedir en la demanda todas las que considere conducentes.

2. DEVOLUCIONES Y DESCUENTOS EN VENTAS POR $9'714.514

La Sala está de acuerdo con el Tribunal en que no es procedente aceptar como menor valor de las ventas, las devoluciones y descuentos solicitados por la empresa. En el acta de inspección contable los funcionarios visitadores dejaron constancia que para el control de tales factores les fué presentado "un libro de control de descuentos por pronto pago; éste solo está llevado hasta el mes de abril, parte del mes, y en otro libro aparecen registrados en forma diferente y a partir del mes de septiembre en adelante, es decir que parte de abril y los meses anteriores a septiembre no aparecen registrados". Al tratar de verificar estos descuentos y devoluciones a través de los recibos de caja, fué imposible por cuanto los citados recibos no tienen un orden numérico, ni alfabético, ni tampoco atendiendo la fecha de expedición. Es decir se hizo completamente imposible establecer la veracidad de tales operaciones...".

En la vía gubernativa y ante la jurisdicción la sociedad ha invocado para el reconocimiento de aquella partida, primero, en la respuesta al Requerimiento Especial 098 de diciembre 17 de 1985, "las fotocopias de los recibos en donde se registran los números y fecha de las facturas de ventas, valor bruto, valor del descuento y valor neto, acompañadas de los cuadros en donde se relacionan cada uno de tales recibos, mes por mes firmado por el Contador Alfonso González"; con el recurso de reconsideración se remite a las mismas y ante la Jurisdicción hace alusión a ellas, pero anotando que acompañó en aquella oportunidad copias debidamente autenticadas de las facturas que incluyen las devoluciones y descuentos por la suma de $9'714.514". Para comprobar más la veracidad y realidad de aquéllos, dice, aporta relación autenticada por Contador independiente, Ernesto Barrera, Matrícula Profesional N' 616-7 en donde informa los recibos por mes, el cliente, la ciudad y el valor de cada documento.

Sobre el particular advierte la Sala que dentro del expediente no aparecen ni las fotocopias debidamente autenticadas de las facturas contentivas de las devoluciones y descuentos que la sociedad solicita como menor valor las ventas, y que dijo aportó con la respuesta al requerimiento especial, ni tampoco los recibos, ni el certificado expedido por el Contador Alfonso González.

SECCION CUARTA

Notificado el 27 de abril de 1989 (fl. 236. C.P.) el auto que tuvo como pruebas loa documentos adjuntos a la demanda y los antecedentes administrativos allegados al proceso, no fue impugnado por la entidad demandante, razón por la cual la Sala limita el estudio a los documentos que obran dentro del mismo.

Esto es, a la certificación expedida por el profesional contable Ernesto Barrera, documento éste que si bien es cierto anuncia algunos datos sobre loas devoluciones, el numero de la nota débito, el mes, el nombre del cliente, la ciudad y el valor y sobre los descuentos el número del recibo, el mes, el nombre del cliente, la ciudad y el valor, éstos no son suficientes para tenerlo como prueba de lo que se pretende demostrar, puesto que como reiteradamente lo ha dicho la Sala para el efecto también es necesario que se haga referencia en el mismo a los registros contables y a los comprobantes de diario, máxime cuando en el caso la inspección administrativa dio cuenta de que hay omisión en los libros y desorden en los comprobantes externos, lo que le resta credibilidad.

3. GASTOS VARIOS POR $36.418.

a) Gastos de correría.....	$ 16.000
b) Gastos de bodega.....	10.000
c) Impuesto Predial.....	10.418

La Administración de Impuestos al resolver el recurso de reconsideración echó de menos las pruebas para respaldar aquellos pagos. Ante la jurisdicción, la contribuyente aporta para respaldar los dos primeros, certificación del Contador que informa en qué libros, en qué folios, los números de los comprobantes de diario, y de las subcuentas en que las erogaciones fueron registradas.

En cuanto a los gastos de correría pagados a nombre de Efraín Prieto, Supervisor Nacional de Ventas del laboratorio, adjunta fotocopia del contrato celebrado con el mismo a partir del 2 de octubre de 1982, y en relación con el pago de bodega indica el número y la fecha del comprobante de pago y alude a la cuenta de cobro que por tres días de alquiler se le abonó a la señora Lucía López de Cuan, documentos que estima la Sala son suficientes para el reconocimiento de los mismos.

En lo que se refiere al impuesto predial, no ocurre lo mismo, puesto que del recibo de la Tesorería Distrital, el certificado contable aducido omite suministrar las informaciones contables específicas que indicó respecto de los anteriores y el recibo oficial fue expedido a nombre de un tercero, sin que se haya demostrado la razón Justificativa de esta circunstancia.

4. GASTOS CORRESPONDIENTES A OTRAS VIGENCIAS POR $455.162.

Comparte la Sala la inhibición que para pronunciarse sobre este aspecto decretó el Tribunal. Dentro del cuerpo de la demanda la actora hace referencia al contenido del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, pero no explica cuál fué el concepto de violación. Esto es no satisfizo en cuanto a tal pretensión lo dispuesto por el artículo 137 del C.C.A.

5. GASTOS SIN RELACION DE CAUSALIDAD CON LA RENTA POR $ 220.140

a) Pagos por concepto de suscripción de periódicos y por exámenes médicos... $ 117.140

No puede desconocer la Sala que tanto la suscripción de periódicos como los gastos médicos que por el personal a su servicio asume la empresa tiene relación de causalidad con la renta y son deducibles en la medida en que los mismos sean necesarios y proporcionados.

En el mundo de los negocios no se puede ser ajeno a la información que suministran los primeros y si los gastos médicos convenidos en los contratos de trabajo se hacen para atender el personal que labora en la empresa o a la familia de este, no puede decirse que son indiferentes y que no inciden como un gasto de la empresa.

Dá cuenta el acta resultante de la visita contable que mediante los cheques números 1699885 y 169886 ambos del Banco Popular y en cuantía de $3.900 cada uno, fueron pagadas las renovaciones de las suscripciones a los diarios El Tiempo y El Espectador. Con el contrato de trabajo escrito con la señora Gloria del Carmen Suárez Crespo (fl. 74 C.P.) que se allega ante la Jurisdicción, la actora comprueba la obligación que asumió la empresa de responder por los gastos médicos que ocasionara aquélla o de sus hijos menores. En consecuencia adhiere la Sala a la decisión del a quo en el sentido de que es procedente aceptar como deducción la partida de $7.800 abonados por la suscripción de los primeros y la suma de $109.341 por os gastos médicos.

b) Arrendamientos por..... $103.000

En cuanto a dicha partida pagada por concepto de arrendamientos de un apartamento en donde dice la actora funciona parte de las oficinas de administración y tiene un depósito de productos terminados la compañía, es viable mantener el rechazo. No se evidencia dentro del proceso prueba alguna

que permita establecer la existencia real del contrato y que el apartamento objeto del mismo sea útil a la actividad que desarrolla la empresa.

6. DEPRECIACIONES POR $118.991

La Administración según lo expone la Resolución 539 de 1987, rechazó finalmente, del total de las depreciaciones solicitadas aquel valor porque los documentos aportados con la respuesta al requerimiento especial y sobre los cuales cabe hacer las mismas observaciones formuladas por la Sala en el punto 2o. de esta providencia, no subsanan las omisiones señaladas por los funcionarios visitadores respecto del monto glosado.

En la certificación contable se dijo:

"Certifico que los activos que estoy relacionando fueron los únicos que pueden constatar de acuerdo a las declaraciones de renta, debido a que no se encontró libros auxiliares, discriminando dichos activos.

Depreciación muebles y enseres verificados	90.000
Maquinaria y equipo.....	409.005
TOTAL.....	499.095

Referente al punto 8 del memorial, hago salvedad debido a que lo que pude constatar fueron $499.095 por depreciación"

Ante la Jurisdicción la certificación contable aportada omito pronunciarse al respecto y no se allega prueba distinta que subsane las deficiencias que se detectaron en relación con el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 59 del Decreto 2053 de 1974 y que fueron echadas de menos. Debe en consecuencia mantenerse la decisión del *a-quo* de no aceptar la deducción al respecto.

7. COMPRAS DE MERCANCIAS EN TRANSITO Y MATERIA PRIMA NACIONALIZADA POR $3'338.339

Prescribe el artículo 27 del Decreto 187 de 1975, que:

"Cuando el costo de lo vendido se determine por el sistema de juego de inventarios, no deben incluirse:

a) Las mercancías en tránsito

En el caso que se realicen ventas de tales mercancías, dichas ventas y sus costos provisionales se contabilizarán como diferidos. La utilidad o pérdida fiscal se determinará o incluirá en la renta del año en que se haga la liquidación completa y exacta del correspondiente costo".

En el asunto que se ventila la sociedad utilizó aquel sistema para determinar el costo de las ventas efectuadas en el año, según lo informa el formulario rentístico en el renglón 152; de tal suerte que por ministerio de la ley no podía incluirse dentro de aquél las mercancías en tránsito, las mercancías nacionalizadas en 1984 según dá cuenta la misma certificación contable al respecto, año en el cual se efectúa la liquidación definitiva de aquéllas y se dá vía libre a la comercialización de las mismas.

En sentido similar se pronunció la Sala en sentencia del 4 de diciembre de 1992, proferida en el expediente 4377, actor: Fábrica de Tornillos y Remaches Gutemberto Ltda., con ponencia del Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Consecuentemente tuvo razón la Administración de aceptar como lo hizo en la citada Resolución 539 de 1987, únicamente el valor del costo de las mercancías nacionalizadas en el año 1983, como se comprobó entonces con las fotocopias autenticadas de los Manifiestos de Aduana y comprobantes de renta por cobrar distinguidos los primeros como a continuación se relacionan.

No. 013407	Jul. 15/83 por.....	$ 823.315
014161	may. 16/83 por.....	548.778
06992	mar. 16/83 por.....	396.150
34578	dic. 16/83 por.....	192.843
29218	sep. 28/83 por.....	468.709

No puede acceder la Sala a la solicitud de corrección del error aritmético en que aparentemente incurrió la Administración de Impuestos en la resolución anteriormente referenciada, al aceptar la suma de $2'429.795 en lugar de $2'898.504 que es la que resulta de sumar los valores por aquel concepto relacionados como aceptados, puesto que es evidente que en lo que aquélla se equivocó no fue en la suma sino en la transcripción mecanográfica de tales valores, como quiera que relacionó doblemente la partida de $468.709 (pág. 16, Res. 539 de 1987 fl. 40 C.P.), pues eran cinco los Manifiestos de Aduana y no seis.

8. PASIVOS POR $12'969.158

Finalmente la Oficina de Impuestos desestimó aquella partida porque requerida la sociedad para que presentara los documentos de fecha cierta, en

defecto de éstos presentó algunas declaraciones de renta de los acreedores pero en aquéllas no se denunciaron los rendimientos financieros correspondientes, como lo dispone el artículo 14 del Decreto 3803 de 1982.

Sobre el particular es pertinente reproducir en esta oportunidad algunos apartes de la sentencia 1375 de octubre 19 de 1990, proferida en el expediente 2495, actor: Arrendadora y Administradora Citicol S.A., por la Consejera Consuelo Sarría Olcos.

> "....pese a estar sujeta la admisibilidad fiscal del pasivo, aparte de otros; requisitos, a la conservación, por el término la revisión oficiosa, de la documentación relativa su cancelación, y a la exhibición, tratándose de contribuyentes obligados a tener contabilidad registrada de los soportes y comprobantes idóneos, de acuerdo con los principios y normas contables, según los artículos 124, numeral 2 del decreto 2053 de 1974 y 13 del decreto 3803 de 1982, en ausencia de esos documentos, es viable la solución de un medio probatorio contable que mejore el originalmente censurado, de uno diverso de este o del específicamente indicado en el artículo 14 ib., esto es, la declaración de renta del acreedor.
>
> .....
>
> El correcto entendimiento del cuestionado articulo 14 no es el simplista que le atribuye la parte impugnadora, en el sentido de que si no se denuncian intereses, no es válida como prueba del pasivo, la declaración de renta del acreedor, porque ésto coloca al legislador de emergencia en el trance de haber violado los enunciados principales contractuales, sino el que se obtiene por mera deducción lógica.
>
> Si se probó la índole del acto o contrato que dió origen al pasivo (mutuo, deposito, compraventa a plazo, etc.), sobra, ciertamente la declaración de renta del acreedor, haya denunciado ésta, o no, el crédito mismo o sus rendimientos.
>
> Si no lo fué, se debe admitir sin reservas la prueba que emana de la declaración, a menos de estar acreditada una convención pura y simple sobre intereses, caso en el cual, la falta del denuncio de estos no solamente da lugar a la pertinente investigación por omisión de ingresos, sino a la desestimación de tal declaración, como prueba del pasivo.
>
> ....."

De acuerdo con lo anteriormente transcrito, la Sala acepta la viabilidad del pasivo desestimado por la Administración porque como la misma admite en la citada varias veces Resolución 539, (hoja No. 12 f. 350 Ant. Ad.) la contribuyente aporto con la respuesta al requerimiento especial, fotocopias autenticadas de las declaraciones de renta presentadas por los acreedores en donde si bien es cierto que se incluyeron rendimientos financieros percibidos de la demandante si los créditos a su favor con los correspondientes valores.

SANCION POR INEXACTITUD

Comparte la Sala también la decisión del Tribunal de mantener la sanción impuesta sobre la suma de $455.162 partida incluída como gasto en el mes de diciembre de 1983 no obstante haber sido causada en enero del siguiente año, por cuanto al contrario de lo que opina la apoderada de la sociedad, esta actuación no se origino como consecuencia de una diferencia de criterio entre las oficinas de Impuestos y el declarante relativos a la interpretación del derecho aplicable. La misma fué consecuencia de un flagrante quebrantamiento de las normas que rigen la contabilización por el sistema de causación de conformidad con lo preceptuado por el Decreto 2160 de 1989 armónico con el articulo 16 del Decreto 2053 de 1974.

SANCION POR LIBROS DE CONTABILIDAD

De acuerdo con lo previsto por el articulo 56 del Decreto 3803 de 1982 armónico con los artículos 83 y 84 de la ley 9a. de 1983, esta sanción se aplica entre otros casos, cuando existiera atraso en los libros de contabilidad o cuando los registros contables no cuenten con el suficiente respaldo en los documentos internos y externos, ni reflejen de manera razonable el movimiento del negocio o actividad del contribuyente. Para tal efecto se considera que los libros de contabilidad deben estar al día, a mas tardar, dentro de los tres meses siguientes de las respectivas operaciones.

Según el acta resultante de la visita contable terminada el 28 de mayo de 1985 no solo los libros Diario, Mayor y Balances, e inventarios de la sociedad recurrente se encontraban atrasados, como quiera que registraban el movimiento hasta el mes de diciembre de 1984, sino también que sobre algunos de los registros contables no se presentaron durante el termino de aquella comprobantes de orden interno y externo que les sirvieran de apoyo, de donde resulta que fue procedente la sanción impuesta, y debe mantenerse como lo decidió el Tribunal.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto procede practicar una nueva liquidación del impuesto de renta, la cual que dará en los siguientes términos:

SECCION CUARTA

RENTA		BASE	IMPUESTO
La gravada mediante Res. 539 del 2 de diciembre /87.....		50'493.878	
Menos: deducciones reconocidas así:			
Salarios.....	$14'183.033		
Gastos de Correría.....	16.000		
Gastos de Bodega.....	10.000		
Suscripciones.....	7.800		
Gastos Médicos.....	$ 109.340	14'326.173	
Renta Gravable.....		36'167.705	$ 6'510.187
Menos: Descuentos Tributarios.....			302
Impuesto Neto de Renta.....			6'509.885
Sanción por Inexactitud.....			163.859
Sanción por libros.....			60.156
TOTAL A CARGO.....			$ 6'733.900
Se acepta el pasivo desestimado en la liquidación por.....			$12'969.158

RENTA DISCUTIBLE

RENTA GRAVABLE.....	$36'167.705
MENOS IMPUESTO.....	6'509.885
DISTRIBUIBLE SOCIOS.....	$29'657.820

SOCIOS	%	RENTA GRAV.	SUPERAVIT POR PAS. RECH.
1. SUAREZ JOSE DEL CARMEN C.C# 85.266	60%	$ 17'794.692	-0-
2.CRESPO DE SUAREZ GLORIA C.C# 20'258.058	16%	4'745.251	-0-
3. SUAREZ CRESPO GLORIA C.C# 41'646.479	8%	2'372.626	-0-
4. SUAREZ CRESPO MIRYAM C.C# 41'649.777	8%	2'372.626	-0-
5. SUAREZ CRESPO J. EDISON C.C# 79'155.173	8%	2'372.626	-0-
TOTAL RENTA DISTRIBUIDA		$ 29'657.820	

NOTA: Los demás factores distribuidos en la liquidación no varían.

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

FALLA:

1o. **MODIFICASE** la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de enero de 1993, en el juicio No. 6196 y SUSTITUYANSE los numerales 2 y 3 por el siguiente:

2o. **FIJASE** en la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL NOVECIENTOS PESOS ($ 6'733.900) M/CTE., el valor del impuesto sobre la renta y sanciones que por el período gravable de 1983, debe pagar la sociedad LABORATORIOS HIGEA DE COLOMBIA LTDA., identificada con el NIT: 60.041.417. La distribución de renta y patrimonio a socios es la indicada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos,* (ausente).

Carlos Alberto Florez Rojas, Secretario.

CONTRATO DE COMPRA VENTA - Requisitos / FACTURA

Es indudable que la sola existencia de una factura no es prueba irrefutable de realización de una venta, pues para que la transacción realmente se configure, se requiere de la vinculación de dos partes: una que vende y otra que compra, además de los pasos subsecuentes, como la entrega de la mercancía y la conformidad de quien la recibe. Entonces el negocio jurídico de compra-venta no puede reputarse perfecto, sino cuando se dan todos los factores esenciales a su naturaleza. Al analizar en conjunto la prueba contable que da cuenta de no contabilización ni de la venta ni de la compra por parte de las dos sociedades involucradas, sin necesidad de profundizar en el análisis de la factura no existe duda alguna de que la transacción que inicialmente se registró, finalmente nunca se realizó.

VENTA - Inexistencia / REVOCACION / ANULACION / RESCISION

La nota débito que reversó la retención en la fuente inicialmente practicada en razón de la presunta compra, en lugar de no tener justificación como lo pretende la Administración, demuestra aun más que la operación nunca se realizó. No puede asignársele a la falta en que incurrió la actora de no anular la factura las consecuencias que pretende la Administración (realización de una venta). La revocación, rescisión o anulación de facturas, procede principalmente cuando las operaciones han sido objeto de registro contable y se requiere de tal formalidad, para dar soporte al comprobante que reverse la operación que a la postre no se realizó. Pero no puede exigirse la misma formalidad cuando se elaboró la factura, pero no fue llevada a la contabilidad, porque la venta no se efectúo.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente 4982 Actor: DISTRIBUIDORES DE ACEITES Y GRASAS BUCARAMANGA S.A. DACEGRA. Impuesto de Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, tanto por el apoderado de la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de 18 de marzo de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por la sociedad Distribuidora de Aceites y Grasas de Bucaramanga S.A. DACEGRA, contra los actos administrativos de determinación de impuesto de renta y complementarios, por el ejercicio fiscal de 1986.

ANTECEDENTES:

En el Acta de Inspección Ocular Contable, efectuada por la División de Fiscalización de la Administración de Bucaramanga, a la sociedad actora, se plasmaron glosas relacionadas con los valores informados en su declaración de renta de 1986, las cuales daban lugar a una adición a los ingresos por una venta no declarada y al rechazo de algunos costos y deducciones, por ausencia de requisitos para su procedencia fiscal.

Efectuado previamente al requerimiento especial y por cuanto las explicaciones dadas por la Sociedad no fueron totalmente satisfactorias, se produjo la liquidación de Revisión No. 042486000002 de 10 de mayo de 1990, en la que se adicionaron las ventas inicialmente declaradas en $11.486.098, se rechazaron compras por $2.175.915 y gastos generales por $8.225.407 igualmente se liquidaron sanciones por inexactitud y por libros de contabilidad.

En la Resolución No. 0019 de 18 de septiembre de 1990, por medio de la cual la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por DACEGRA S.A. contra la liquidación de revisión de 1986, se mantiene la adición al ingreso, pero únicamente en el valor de la factura no contabilizada, por la suma de $9.900.102, más no la rentabilidad que sobre este valor calculó la oficina de liquidación. Se mantuvo el rechazo de costos, por compras sin retención en la fuente y se reconocieron gastos que aunque aceptados en el

memorando explicativo de la liquidación de revisión, no fueron disminuídos al efectuar la nueva determinación del impuesto. Los demás rechazos de gastos generales se mantuvieron en la anterior resolución, que agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Acude la sociedad ante la jurisdicción, pretendiendo la nulidad de la actuación administrativa de determinación del impuesto de renta de 1986, con los siguientes argumentos:

1.- La adición al ingreso de la suma de $9.900.000, correspondiente a la factura 1451 de 24 de enero de 1986 y expedida a la sociedad Lloreda Grasas S.A. es totalmente improcedente, pues se trató de una venta no realizada, en donde la mercancía ni se despachó ni fué entregada a la sociedad presuntamente compradora. Existe prueba contable plasmada en certificaciones de los Revisores Fiscales de las dos sociedades y en las Inspecciones Oculares que sobre los libros de contabilidad de las mismas, se efectuaron en diferentes instancias.

2.- Sobre el rechazo de compras efectuadas por no haberse realizado la correspondiente retención en la fuente, desde la respuesta al requerimiento especial se ha demostrado la retención que por diversos conceptos efectuó la sociedad, dentro de los cuales se encuentran los objetados por la Administración. Además no se tuvo en cuenta, que a partir del mes de abril de 1986, los tres únicos proveedores fueron autorizados como autoretenedores, no estando ya obligada a efectuarla sobre las compras a ellas realizadas.

3.-La razón en que ha basado la Administración el rechazo de fletes por $5.569.903, se ha variado desde el requerimiento especial, hasta la resolución que agotó la vía gubernativa, lo que da lugar a la nulidad, conforme al artículo 730 del Estatuto Tributario. Por lo demás, las diversas argumentaciones esgrimidas por la Administración son totalmente improcedentes, por cuanto la deducción solicitada por este concepto, reúne todos los requisitos para su aceptación.

4.- Formula argumentos igualmente, para la procedencia de los gastos de traslado de personal y de los pagos en primas de seguros de vehículos, también del personal.

5.- Considera improcedente la aplicación de sanción por inexactitud con respecto a la adición del ingreso y de libros de contabilidad.

En cada uno de los conceptos anteriores menciona la norma que considera violada por la Administración, así como la configuración de dicha violación.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Santander, dividió en dos conceptos los cargos de violación de la demanda: el primero, referido a la presunta omisión del ingreso, por la no contabilización de la factura de venta No. 1451 de 24 de enero de 1986; y el segundo, sobre el análisis, en conjunto, de las otras determinaciones tomadas en la liquidación oficial.

Sobre la factura detectada por la Administración, en la que se refleja una venta de productos alimenticios a la sociedad Lloreda Grasas S.A. y que fué adicionada al ingreso inicialmente declarado, parte de la presunción de veracidad que ampara a las declaraciones tributarios, para establecer que en principio, la información allí suministrada debe darse por cierta, correspondiendo a la Administración desvirtuar dicha presunción. Sostiene que el hallazgo de la copia de la factura, no implica necesariamente que la venta allí registrada finalmente se realizó, sin que obre en ninguna de las etapas procesales, probatorios, como la prueba testimonial del despacho de la mercancía u otros medios, que realmente desvirtúen la presunción comentada. Encontró así procedente declarar la nulidad de esta adición al ingreso y concluir que quedaban sin fundamento legal las sanciones por inexactitud y por libros de contabilidad por ser situaciones accesorias, que dependían de la validez de la adición al ingreso.

En cuanto al rechazo de compras efectuadas por ausencia de la correspondiente retención en la fuente, sostuvo que en el dictamen pericial no se probaba suficientemente que las compras rechazadas o bien fueron realizadas en el primer trimestre de 1986 y a ellas corresponda la retención efectuada o bien se realizaron cuando los proveedores eran autoretenedores. La falta de claridad y precisión en la prueba, lo llevo a mantener el rechazo.

Sobre los gastos por concepto de fletes, por un valor de $5.569.903, que fueron rechazados por la Administración por tratarse de mercancías dadas en consignación por entidades socias, faltando así la relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad con el ingreso, estimó el Tribunal que la práctica comercial competitiva exige que los productos vendidos, sean de propiedad o dados en consignación, se ubiquen en el lugar que exija el comprador, constituyendo así los fletes por acarreo de mercancía, un gasto necesario para la retención de la renta, que guarda con ésta relación de causalidad. Sobre los gastos por traslados de personal, por el valor de $116.141 y por pagos de los seguros de vehículos de los directivos de la compañía, por $82.081, encontró acertado el rechazo oficial, por ser erogaciones que no guardan relación de causalidad con la renta obtenida.

SECCION CUARTA

Afirma que la modificación del anticipo debe realizarse en la medida que se modifique la liquidación privada, pero si a la fecha de la decisión ya se declaró y pagó el año siguiente, éste no debe ser objeto de cobro.

Procedió entonces a efectuar una nueva liquidación de impuestos, disminuyendo la adición efectuada en la liquidación oficial y disminuyendo los gastos generales inicialmente rechazados, a un valor de $2.655.504 y sin efectuar liquidación de sanciones.

EL RECURSO DE APELACION:

De la Nación.

Para la entidad demandada, el principio de veracidad que ampara las declaraciones tributarios se desvirtúa cuando al contribuyente se exige una comprobación especial de determinados hechos y si como resultado de una Inspección Contable la Administración determinó la existencia de una factura de venta, no puede restársele validez a la transacción allí registrada, por la existencia de un acta de anulación de la mencionada factura, expedida con posterioridad al requerimiento y a la liquidación oficial. No existe así la deficiencia probatoria por parte de la Administración como alega el Tribunal y por el contrario está suficientemente demostrada la inexactitud en que incurrió la actora.

Debió mantenerse igualmente, en su parte proporcional, la sanción por inexactitud, con respecto a las partidas cuyo rechazo se mantuvo en la decisión apelada, así como la sanción por libros, que no permitían establecer las bases para la liquidación de impuestos.

De la sociedad Distribuidora aceites y Grasas de Bucaramanga S.A.

Conocido el contenido de la sentencia de primera instancia, la demandante solicitó una corrección de la misma, por cuanto se incurrió en un error al practicar la nueva liquidación con base en los factores del requerimiento especial, pasando por alto así partidas aceptadas en la liquidación de revisión.

El Tribunal de Santander, por auto de 21 de mayo de 1993, rechaza la solicitud de corrección por improcedente, por cuanto la petición toca el fondo mismo del fallo, implicando una reforma a la sentencia misma.

En forma adhesiva recurre en apelación la sociedad e insiste en los planteamientos que motivaron la solicitud de corrección negada por el Tribunal, sosteniendo que en la liquidación efectuada en la sentencia, se mantuvo el rechazo

de gastos generales por 2.655.504 valor que ya había sido aceptado por la Administración, con motivo de la liquidación de revisión y como resultado de la valoración de las pruebas aportadas con el recurso de reconsideración. Ya así esta instancia, el valor de los rechazos que aún se mantiene, sólo asciende a un valor de $246.756, correspondientes a traslado de personal; gastos de seguros de vehículos y comisiones bancarias. Solicita entonces se modifique el primer punto de la sentencia recurrida, ajustando el verdadero impuesto a cargo de la sociedad por el ejercicio de 1986.

EL MINISTERIO PUBLICO:

Para el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, la sentencia apelada debe ser revocada y en su lugar confirmar la liquidación practicada en la Resolución que agotó la vía gubernativa. La factura que el vendedor entrega al comprador, no es un indicio de la operación, como sostiene el Tribunal, sino que se trata de la prueba real del hecho. La factura encontrada no fué objeto de anulación, circunstancia que demostraría la no realización de la operación.

Sobre la apelación de la actora, la considera improcedente, ante la petición del Ministerio Público de la confirmación de la actuación administrativa demandada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Apelación de la Nación.

Se concreta el recurso sometido a consideración de la Sala, al aspecto relativo a la aceptación del Tribunal de los argumentos expuestos por la actora, que lo llevó a disminuir del ingreso determinado en la liquidación oficial, el valor de la factura No. 1451 de 24 de enero de 1986, por valor de $9.900.102.

Para la Administración, el solo hecho de la existencia de la factura dentro de los archivos de la sociedad, es determinante para establecer que se realizó la operación, sí se tiene en cuenta que dicha factura no fué anulada, ni existe prueba de haberse rescindido el negocio que la originó. La sociedad argumenta en su defensa, que la transacción no llegó a realizarse, como se comprobó en la inspección ocular realizada a la presunta compradora y por ello, no se contabilizó dentro de las ventas del año.

Para la Sala, es indudable que la sola existencia de una factura no es prueba irrefutable de realización de una venta, pues para que la transacción realmente se configure, se requiere de la vinculación de dos partes: una que

vende y otra que compra, además de los pasos subsecuentes, como la entrega de la mercancía y la conformidad de quien la recibe. Entonces el negocio jurídico de compra-venta no puede reputarse perfecto, sino cuando se dan todos los factores esenciales a su naturaleza.

En el presente caso, se encuentra por una parte la afirmación de los visitadores de impuestos sobre la existencia de una factura de venta. Pero por otra parte, se encuentran las siguientes pruebas:

1.- Certificado del Revisor Fiscal de la sociedad actora, en donde consta que la factura 1451 de 24 de enero de 1986, a nombre de Lloreda Grasas, no figura contabilizada por la sociedad. (fl. 79 cuaderno principal).

2.- Certificado del Revisor Fiscal de Lloreda Grasas S.A. en donde se da constancia de que la mencionada sociedad, no tiene registrada la compra de que trata la factura 1451 de 24 de enero de 1986 y emitida por la demandante. (fl. 78 cuaderno principal).

3.- Dictamen Pericial surtido ante la jurisdicción, sobre los libros de contabilidad de la actora, en donde se da cuenta que dicha factura no se contabilizó, figurando la mercancía en el inventario inicial "...y durante el año de 1986 no se refleja una salida que represente dicha factura, ni existe un registro contable que la soporte." (fl. 283).

4.- Acta de Inspección Tributaria que por comisión realizó la Administración de Impuestos de Cali en los libros de la sociedad Lloreda Grasas, en la que se establece que la factura 1451 mencionada no fué contabilizada, ni sobre ella se pagó retención en la fuente, así como tampoco figura relacionada en el anexo de la declaración de renta de 1986, que da cuenta de los proveedores de dicho ejercicio.

Al analizar en conjunto la anterior prueba contable, que da cuenta de no contabilización ni de la venta ni de la compra por parte de las dos sociedades involucradas, pruebas que no solo provienen de Revisor Fiscal, sino que se originaron en las inspecciones realizadas en las contabilidades de las compañías, sin necesidad de profundizar en el análisis de si una factura es una prueba o solamente un indicio, para la Sala no existe duda alguna de que la transacción que inicialmente allí se registró, finalmente no se realizó y por ello no figuró en los registros contables de las sociedades.

Es por ello que la nota débito que versó la retención en la fuente inicialmente practicada por Lloreda Grasas, en razón de la presunta compra, en lugar de no tener justificación, como lo pretende la Administración, demuestra aún más que

la operación nunca se realizó y por ello fué necesario reversar la retención en la fuente inicialmente practicada. No puede asignársela a la falta en que incurrió la actora de no anular la factura, las consecuencias que pretende la Administración. La revocación, rescisión o anulación de facturas, procede principalmente cuando las operaciones han sido objeto de registro contable y se requiere de tal formalidad, para dar soporte al comprobante que reverse la operación que a la postre no se realizó. Pero no puede exigirse la misma formalidad porque la venta no se efectúo.

Comparte así la Sala los argumentos que sobre el punto expreso en Tribunal en la sentencia apelada a los cuales agrega la importancia de la prueba que obra en el informativo para respaldar la afirmación de la demandante; sobre la no realización de la venta objeto de adición. Procedía igualmente levantar la sanción por inexactitud y por libros de contabilidad, originadas en dicha adición.

Apelación de Distribuidora de Aceites y Grasas Bucaramanga S.A.

Para la actora, cuando el Tribunal de Santander efectuó la liquidación definitiva del impuesto, incurrió en el error de mantener como gastos generales rechazados, un valor que ya había sido aceptado en la actuación oficial.

Después de un análisis pormenorizado del movimiento de los gastos generales inicialmente rechazados y cuya procedencia fiscal fué demostrando la actora en las diversas etapas, la Sala concluye que le asiste la razón en este aspecto.

Los gastos cuyo rechazo se propuso en el requerimiento especial, estaban conformados por los siguientes rubros:

Fletes	$ 5.569.903
Sin formalidades	$ 2.655.504
De otras vigencias	$ 48.534
Sin relación de casualidad	$ 198.223
Suma	$ 8.472.154

Si bien en el memorando explicativo de la liquidación de revisión se afirmó que se aceptaban como deducibles gastos por $2.655.504, por haber probado su procedencia, al momento de efectuar la liquidación, no se detrajeron de la renta. La anterior omisión se corrigió en la Resolución No. 0019 de 18 de septiembre de 1990, en la que solo se mantuvo el rechazo de gastos generales por $5.816.660, suma conformada así:

Fletes	$ 5.569.903
Gastos de otras vigencias	48.534
Sin relación de causalidad	198.223
Suman	$ 5.816.660

Como en la sentencia objeto de apelación, se aceptaron gastos de fletes por $5.569.903, matemáticamente arroja como resultado que con relación a los gastos inicialmente rechazados ya no subsiste sino el desconocimiento de $246.757, y que efectivamente se equivocó el Tribunal al no tener en cuenta la partida ya demostrada en la vía gubernativa. Procede entonces a practicar una nueva liquidación, aclarando que no se efectuará la liquidación del anticipo, conforme a la jurisprudencia que sobre su determinación en esta oportunidad procesal, ha sentado la Corporación.

RENTA		IMPUESTO
Utilidad bruta en ventas, según sentencia apelada	$ 4.478.627	
Menos:		
Gastos generales según liquidación privada	$40.781.471	
Rechazados oficialmente	246.757	
Suman gastos generales aceptados	$40.534.715.	
Más:		
otros ingresos	$39.034.246	
Utilidad antes de impuestos	$ 2.978.158	**$982.792**

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

F A L L A :

Modificase la sentencia de 18 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el Proceso No. 7759.

Fíjase en la suma de (novecientos ochenta y dos mil setecientos noventa y dos pesos) $982.792 el valor del impuesto de renta y complementarios a pagar por la sociedad Distribuidora de Aceites y Grasas Bucaramanga

DACEGRA S.A., sociedad con Nit. 90.210.816, por el ejercicio de 1986.

Reconócese personería a la doctora Sandra Consuelo Rodríguez Almanza de acuerdo con poder visible a folio 358 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos* (ausente), *Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A Flórez, Secretario.

EXENCION - Clases / DERECHOS ADQUIRIDOS

Las exenciones son un beneficio fiscal por medio del cual el legislador de impuestos, bien sea a nivel nacional departamental o municipal dependiendo de la órbita de influencia del impuesto respectivos, concede un beneficio fiscal que exonera del pago del referído impuesto a quienes realicen una determinada actividad, perciben unos determinados ingresos o se encuentren dentro de las condiciones que en cada caso se señalen. Estas exenciones son de dos clases; las hay de carácter general, que benefician en forma indeterminada a quienes se encuentren dentro de los parámetros fijados en la ley para gozar de ella y en princípio no tienen un carácter temporal pero existen también unas exenciones tributarias que se pueden considerar de carácter individual encaminadas especificamente a incentivar un cierto tipo de actividades y con una aplicación temporal para ese grupo específico de beneficiarios

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso-Administrativo-Seccion Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5018 Actor: LLANO GAS S.A. NULIDAD DEL ACUERDO 047 DE 1989 DEL CONCEJO MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO. FALLO .-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procurador 48 Judicial ante el Tribunal Administrativo del Meta, contra la sentencia de 2 de julio de 1993, mediante la cual la anterior Corporación negó las súplicas de la

demanda interpuesta por la sociedad Gases del Llano S.A. Llano Gas S.A., encaminada a obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo 047 de 18 de agosto de 1989, del Concejo Municipal de Víllavicencio.

ANTECEDENTES:

1.- La Demanda.

Para la sociedad Llano Gas S.A., cuyo objeto social está encaminado, entre otros, a la construcción de gasoductos oleoductos, poliductos y redes de distribución , acometida a instalaciones domiciliarias, comerciales o industriales para la distribución de gas natural o cualquier tipo de combustible, cuando el Concejo Municipal de Villavicencio produjo el Acuerdo 047 de 1989, incurrió en violación de los artículos 2, 30, 43 y 197 de la Constitución de 1986; 171 y 172 del Decreto-Ley No. 1333 de 1986; 16 del Decreto 1056 de 1953 y del Decreto 850 de 1965.

En efecto, por medio del Acuerdo 031 de 13 de julio de 1988, el mismo Concejo Municipal de Villavicencio, había exonerado del pago del impuesto al uso del subsuelo en las vías públicas y excavación o rotura de calles y ocupación de vias, por el término de dos años, a las empresas dedicadas a la instalación redes domiciliarias de gas combustible para uso doméstico, siendo la única beneficiaria la sociedad demandante, por ser la que realiza ésta actividad en forma exclusiva en el municipio de Villavicencio, adquiriendo así el derecho a estar exonerada del pago del mencionado impuesto, durante el período fijado en el acuerdo.

Es por ello que al producirse la derogatoria del Acuerdo 031 de 1988 por disposición expresa del acto acusado, se incurrió en la violación de un derecho ya adquirido, consistente en el estímulo tributario por la exoneración del pago del impuesto al uso del subsuelo. Se violó flagrantemente el Código de Petróleos, que prohibe a los departamentos y municipios gravar el petróleo o sus derivados, como lo es el gas natural. Al proferirse el acuerdo acusado, se desbordaron también las facultades impositivas de que gozan los Concejos Municipales, al establecer el impuesto de rotura de calles y ocupación de vías, sin autorización legal.

Las normas constitucionales que se citan como violadas con la actuación, hacen relación al principio de legalidad y a la facultad impositiva de los Concejos Municipales, que fueron arbitraria e injustamente ignoradas, cuando se desconoció una situación jurídica subjetiva que había sido creada a favor de la empresa Llano Gas, en el Acuerdo 031 de 1988. Cuando se faculta al Alcalde de Villavicencio, para que los nuevos impuestos se negocien e inviertan en

acciones de la demandante, se está desconociendo el sistema de garantías Jurídicas para la expropiación, pues se está pretendiendo adquirir a propiedad de la empresa, en una forma abiertamente ilegal

El Acuerdo 047 de 1989 se produjo con manifiesta desviación de poder, pues su finalidad no estuvo encaminada a establecer una contribución para atender los gastos de la comunidad, sino a imponer una carga tributaria a Llano Gas S.A., como fórmula para mejorar la participación del Municipio de Víllavicencio en su capital social. Carece también el mencionado Municipio, de competencia legal para establecer o reglamentar el impuesto de "roturas de calles y ocupación de vías", gravamen para el cual no está autorizado por el legislador.

Solicita que además de la nulidad del acto, se declare al Municipio de Villavicencio responsable de reparar todos los daños sufridos por la actora y se le condene a devolver todas las sumas de dinero canceladas por concepto de los impuestos establecidos en el acuerdo acusado, en valores actualizados, desde la fecha de su pago hasta el momento de la ejecución de la sentencia.

2.- **La providencia del Tribunal.**

Precisa el Tribunal Administrativo del Meta, que lo pretendido por la sociedad demandante es obtener que mediante la nulidad impetrada, se ingrese al ordenamiento Jurídico el Acuerdo 031 de 13 de julio de 1988, que estableció una exención para un determinado grupo de empresas. Puntualiza también que cuando se suscribió el contrato de concesión con la Nación, la actora no estaba amparada con ningún tipo de exención de impuestos y la concedida posteriormente en el Acuerdo 031, lo fue de una manera general. No puede así pretenderse como restablecimiento del derecho, más que la garantía del reconocimiento del beneficio fiscal de la exención, pero no el aspecto económico de que tratan algunos puntos del libelo demandatorio.

Para el *a-quo*, el acto acusado contiene dos claras atribuciones de las corporaciones municipales: la de imponer contribuciones para el servicio municipal dentro de los límites que establece la ley y la de facultar a los alcaldes para celebrar contratos y negociar empréstitos, todo conforme al artículo 92 del Decreto 1333 de 1986. La contribución existía anteriormente y por ello en el Acuerdo 031 de 1988, se estableció la exención y en cuanto a las facultades del Alcalde, estas no tienen finalidades de expropiación, sino que se le está indicando la posibilidad de negociar e invertir, sin que sea algo obligatorio para la sociedad ofertada.

Afirma que no se configuran los derechos adquiridos alegados en la demanda, por cuanto el Acuerdo 031 de 1988 que creó la exención, no estaba expresamente dirigido a la hoy demandante sino de una manera general a las empresas que se dediquen a la instalación de redes domiciliarias. Adicionalmente, el mencionado Acuerdo fue proferido con posterioridad a la firma del contrato y por ello cuando la acta adquirió sus obligaciones, no tenía ningún derecho adquirido.

En cuanto a la violación de normas que establecen la prohibición de gravar a los derivados del petróleo, concluyó que es totalmente improcedente, pues el impuesto aquí discutido es el relacionado con el uso del subsuelo y la ocupación de vía públicas. Al encontrar que el Acuerdo demandado no había transgredido las normas citadas en la demanda, procedió a denegar las pretensiones allí formuladas.

3.- **La Apelación.**

Apela de la anterior decisión el Procurador 48 Delegado ante el Tribunal Administrativo del Meta, quien considera que una vez entró en vigencia el Acuerdo 031 de 1988, proferido legalmente por el Concejo Municipal, la empresa Llano Gas S.A. adquirió el derecho de quedar exenta de los impuestos allí señalados, por el término de dos y no podía el acto acusado terminar, ilegal y abruptamente, con un período expresamente estipulado en el acto administrativo del Concejo de Villavicencio.

Al derogar la exención, se ignoró una situación Jurídica consolidada, amparada por el artículo 30, hoy 58 de la Constitución Nacional y su desarrollo legal, el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

4.- **Alegatos de conclusión.**

Se destaca en esta oportunidad, que en ningún momento procesal, ni de la primera ni de la segunda instancia, el ente demandado -Municipio de Villavicencio representado por su Alcalde-, ha descorrido ninguno de los traslados para alegar, a pesar de habérsele notificado oportunamente de la admisión de la demanda, según diligencia que obra a folio 129 del cuaderno de antecedentes.

En escrito visible a folios 171 a 177 del cuaderno principal, la Procuradora Sexta Delegada ante el Consejo de Estado alega de conclusión. Después de analizar todos los elementos de juicio, afirmando que una vez celebrado el contrato de concesión con la sociedad Llano Gas S.A. , es presumible que el Concejo Municipal de Villavicencio, para facilitar la realización de las obras, hubiera concedido la exención de unos impuestos durante dos años, creando así

situaciones jurídicas subjetivas y concretas a favor de la sociedad demandante. Al derogar el Acuerdo 47 de 1989 el artículo lo. del Acuerdo 031 de 1988 que había concedido el beneficio, desconoció los derechos del particular y violó flagrantemente el artículo 58 de la Nueva Carta Fundamental, que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título. Solicita así se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El debate que se plantea a consideración de la Sala, está encaminado a determinar si cuando el Concejo Municipal de Villavicencio profirió Acuerdo 047 de 1989 incurrió en la violación de las normas citadas en la demanda y por tanto, debe ser objeto de anulación.

El acto acusado es del siguiente tenor:

"ARTICULO PRIMERO: Derogase el Acuerdo No. 031 de 1988 en todas y cada una de sus partes.

"ARTICULO SEGUNDO: Facúltase al Alcalde Mayor de Villavicencio, para que por el término de cinco años, contados a partir de la publicación del presente Acuerdo, proceda a negociar e invertir en acciones de la Empresa LLANO GAS, los valores correspondientes a los impuestos a que venía refiriéndose el Acuerdo No. 031 de 1988.

"ARTICULO TERCERO: El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias". (fl. 18)

Sostiene la sociedad demandante, que precisamente fue el mismo Concejo Municipal el que al proferir el Acuerdo No. 031 de 13 de julio de 1988, concedió una exención del impuesto de uso del subsuelo en las vías públicas y excavación o rotura de calles y ocupación de vías, con la única finalidad de beneficiarla, ya que es ella la empresa que suscribió con el Ministerio de Minas Energía, el contrato de concesión para la instalación de las redes domiciliarias de gas combustible de uso doméstico en el Municipio de Villavicencio. La posterior derogatoria del beneficio fiscal, antes de los dos años fijados en el primero de los acuerdos señalados, implica una violación de los derechos ya adquiridos por la sociedad.

Las exenciones son un beneficio fiscal por medio del cual el legislador de impuestos, bien sea a nivel nacional, departamental municipal, dependiendo de

la órbita de influencia del impuesto respectivo, concede un beneficio fiscal que exonera del pago del referido impuesto a quienes realicen una determinada actividad, reciban unos determinados ingresos o se encuentren dentro de las condiciones que en cada caso se señalen. La Sala ha tenido la portunidad de precisar en ocasiones anteriores, que estas exenciones son de dos clases : 1 hay de carácter general, que benefician en forma indeterminada a quienes se encuentren dentro de los parámetros fijados en la ley para gozar de ella y en principio no tienen un carácter temporal. Tal sería el caso de las indemnizaciones que se reciben por un seguro de vida, que son exentas para todo aquel que las perciba. Pero existen también unas exenciones tributarias que se pueden considerar de carácter individual, encaminadas específiciamente a incentivar un cierto tipo de actividades y con una aplicación temporal para ese grupo específico de beneficiarios. Para las primeras, puede el legislador, en cualquier momento y cuando las condiciones los señalen, eliminar para el futuro, sin requisitos especiales, la exención concedida. Para las segundas, por su naturaleza individual y específica para un determinado grupo, deberá reconocerse, previamente a su eliminación, los derechos adquiridos durante la existencia de la exención, por parte de aquellas personas que realizaron esa determinada actividad, bajo el presupuesto de gozar de la exención fiscal.

En el presente caso se concreta entonces la *litis* a definir la naturaleza de la exención concedida en el Acuerdo 031 de 1988, pues dependiendo de esta definición, se podrá establecer si podía posteriormente el Concejo Municipal proferir el acto acusado en el se deroga la exención o si por el contrario, tenía que conocer los posibles derechos adquiridos por las destinatarias de la exención.

Si bien conforme a la redacción del mencionado Acuerdo 031 de 1988, se concede un beneficio fiscal para las "empresas reconocidas", definición que en principio le da un carácter general, su contenido tiene unas limitaciones que le confieren la naturaleza de individual y concreta: el incentivo tributario es para una actividad determinada - instalación de redes - y, por un tiempo determinado - dos años -. Fué así como se estableció un estímulo para unas determinadas empresas y durante un plazo delimitado.

Y la naturaleza individual del Acuerdo 031 de 1988 se refuerza, al analizar las Actas el Concejo Municipal de Villavicencio, cuando se sometió a su consideración la aprobación del Acuerdo 047 de 1989, acto acusado, en las cuales se hace siempre referencia a la sociedad Llano Gas o se cita a declarar al Gerente de la misma, lo que demuestra suficientemente que para la época en que se profirieron los dos Acuerdos, la única destinataria del beneficio fiscal era la sociedad actora.

SECCION CUARTA

Teniendo entonces en cuenta, que el acto acusado al ser proferido no tuvo en cuenta la temporalidad de la exención concedida en el Acuerdo que estaba derogando, ni hizo mención alguna de la obligación de mantener y respetar los derechos, que por aplicación del Acuerdo 031 de 1988, hubiesen adquirido las sociedades beneficiarias, procede la anulación en su numeral primero.

En cuanto al numeral segundo, en donde se faculta al Alcalde de Villavicencio para negociar acciones de la sociedad actora, por el valor correspondiente los impuestos cuya exención se eliminaba, no observa la Sala transgresión alguna de la ley, sino el ejercicio de la facultad conferida a los Concejos Municipales en el numeral 7o. del artículo 92 del Decreto 1333 de 1986 y por ello se mantiene su vigencia.

No hace referencia la Sala a los otros cargos formulados en la demanda sobre las facultades del Municipio de Villavicencio para fijar un gravamen sobre rotura de calles y ocupación de vías, por cuanto no fueron objeto de apelación. Pero si se quiere resaltar que la entidad demandada, no utilizó ninguna de las oportunidades procesales para ejercer la defensa del municipio, al punto tal que no se dió contestación a la demanda, que fue oportunamente notificada.

En cuanto a las pretensiones de la demanda encaminadas a obtener indemnizaciones de carácter económico, se consideran totalmente improcedentes, al no haberse demostrado cuantificación alguna de impuesto a cargo y por tanto habrán de ser desestimadas.

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,

F A L L A:

1°.- REVOCASE la sentencia de 2 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en el proceso No. 2981.

2°.- ANULASE el artículo Primero del Acuerdo No. 047 de 18 de agosto de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio; del siguiente tenor:

"ARTICULO PRIMERO: Derógase el Acuerdo No. 031 de 1989 en todas y cada una de sus partes".

3o.- NIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos,* (ausente), *Guillermo Chaín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

IVA EN SERVICIOS EN CONSTRUCCION / BASE GRAVABLE

El valor total de la operación corresponden al valor total de la remuneración que obtenga el responsable por el servicio prestado lo cual resulta acorde con el hecho generador del impuesto en este evento relacionado con la actividad de "prestación de servicios" y con el nuevo tratamiento de la Ley 6ª dé a este hecho generador del impuesto a las ventas. Así las cosas el artículo 3º del Decreto 1372 de 1992 que establece la base gravable en los servicios originados en los contratos de construcción de bien inmueble,"en la parte de los ingresos correspondientes a los honorarios obtenidos por el constructor y cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad dela constructor" no modifica la base gravable que de manera general establece el artículo No. 447 del Estatuto Tributario.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D. C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4415. Actor: PEDRO SILVIO PULIDO PINTO AUTORIDADES NACIONALES. Fallo.

El ciudadano PEDRO SILVIO PULIDO PINTO en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 3º del Decreto Reglamentario No. 1372 del 20 de agosto de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se

reglamentó parcialmente la Ley 6a. de 1992, el Estatuto Tributario y se dictaron otras disposiciones.

No observándose causal de nulidad alguna en el proceso, entra la Sala a dictar sentencia.

1. EL ACTO ACUSADO

Se trata del artículo 3° del Decreto 1372 del 20 de agosto de 1992 que dispuso:

> "Artículo 3° Impuesto sobre las ventas en los contratos de construcción de bien inmueble.
>
> "En los contratos de construcción de bien inmueble, el impuesto sobre las ventas se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor. Cuando no se pacten honorarios el Impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor. Para estos efectos, en el respectivo contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad, la cual en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponda a contratos iguales o similares."
>
> "En estos dos eventos, el responsable sólo podrá solicitar impuestos descontables por los gastos directamente relacionados con los honorarios percibidos o la utilidad obtenida, que constituyeron la base gravable del impuesto; en consecuencia, en ningún caso dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas cancelado por los costos y gastos necesarios para la construcción del bien inmueble."

2. LA DEMANDA

La demanda pretende la nulidad del artículo antes descrito formulándose cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad, que se resumen así:

1. Violación de la Ley 6a. de 1992 y el artículo 447 del Estatuto Tributario.

> "La Ley 6a. de 1992 grava de manera general los servicios, entre ellos los de construcción de inmuebles, PERO NO SE REFIERE A LA **BASE GRAVABLE** por lo cual continua vigente a ese respecto el artículo 447 del Estatuto Tributario el cual señala expresamente que "en la venta y prestación de servicios, la base gravable será el **valor total de la operación**.

SECCION CUARTA

De manera que para el accionante la norma demandada está estableciendo una base gravable distinta a la consagrada en forma general por el Estatuto Tributario, al disponer que el impuesto sobre las ventas en los contratos de construcción de Inmuebles, la base gravable se genera sobre los honorarios o la utilidad del constructor y no sobre el valor total de la operación, tal como la fija la ley.

Sostiene que "el reglamento solo aporta confusión e imprecisión al plantear que en los contratos hay que indicar la utilidad como si este concepto económico fuera una labor de suposiciones. El impuesto debe ser cobrado sobre bases ciertas no sobre premoniciones."

Califica de "inquietante" y "ausencia de criterio definido en el ejercicio de la facultad reglamentaria", expedir dos decretos uno el 1107 del 2 de julio de 1992 que dispuso en el artículo 2° que en los servicios, la base gravable es el valor total de la operación y posteriormente expedir el decreto demandado estableciendo excepciones a la base gravable.

2. Violación de los artículos 485 y 498 del Estatuto Tributario reformados por los artículos 19 y 28 de la Ley 6a. de 1992.

Esto en cuanto que la norma acusada estableció "que los responsables no tendrán derecho al descuento del impuesto sobre las ventas cancelado por los costos y gastos necesarios para la construcción del bien inmueble, negando de esa manera el derecho al descuento que tiene el responsable de conformidad con la ley."

En consecuencia el demandante manifiesta la ilegalidad de la norma, por "extralimitación y consiguiente infracción de normas superiores que resultan no reglamentadas sino modificadas por la norma acusada."

3. SUSPENSION PROVISIONAL

Mediante auto del 23 de octubre de 1992, ésta Sección decidió no suspender provisionalmente los efectos jurídicos del acto demandado.

4. LA PARTE DEMANDADA

Concurrió a la defensa de la legalidad de la norma demanada la apoderada del Ministro de Hacienda y Crédito Público, para manifestar su oposición a la acción interpuesta, afirmando que:

a) No hay violación del artículo 447 del Estatuto Tributario. Señala que efectivamente éste artículo, el 447 del Estatuto Tributario, no fue modificado por la Ley 6a. de 1992 y en consecuencia "en la venta y **prestación de servicios**, la base gravable será el **valor total de la operación...**".Por lo tanto, lo que hizo el decreto reglamentario fue precisar "simplemente la base gravable en la prestación de servicios originados en contratos de construcción de bien mueble".(sic) (Fl.19 del Exp.)

"Como la legislación Tributarla está consagrando un gravamen sobre la prestación de estos servicios, y está señalando que para el efecto la base gravable está constituida por la totalidad de la operación, se hace necesario precisar en las distintas modalidades de contratación el valor de la remuneración del servicio, es decir, el valor de la operación sujeta a gravamen, porque de no hacerse así se estaría extendiendo el mismo a otros conceptos, resultando involucrados en la base gravable pagos de origen y destinación distintos a la remuneración obtenida por la prestación del servicio, que es el hecho generador del gravamen." (Fl.20 del Exp).

Y más adelante agrega "en los contratos de construcción de bien inmueble los servicios profesionales del constructor están sujetos al gravamen sin perjuicio de los términos en que pacte la remuneración de esos servicios, que en todo caso siempre será independiente y sin perjuicio de los costos y gastos imputables directamente al bien inmueble construido."Entonces, como el gravamen no recae sobre estos dos últimos conceptos, se hace necesario para efectos fiscales determinar claramente en los contratos los honorarios pactados por la prestación del servicio profesional, a efectos de poder determinar la base gravable sobre la cual recaiga el Impuesto, "que no es cosa distinta que el valor total de la operación para este tipo de hecho generador (servicios de arquitectura e ingeniería)".

b) Tampoco hay vulneración del artículo 493 del Estatuto Tributario.

Esta norma del Estatuto permite los descuentos en la prestación de servicios, pero siempre y cuando estos sean imputables a dicha actividad.

Frente a los costos y gastos de construcción del bien inmueble puede presentarse, que en unos contratos, éstos los asuma directamente el contratante, y en otros lo haga el contratista. De todas maneras, "En los dos casos el impuesto sobre las ventas pagado por la adquisición de bienes y servicios constituye un mayor costo del bien inmueble construido porque la venta de bien inmueble no está sujeta al gravamen del impuesto sobre las ventas."

SECCION CUARTA

De manera que "necesariamente los impuestos descontables para el responsable en la prestación del servicio cuando éste se origina en un contrato de construcción de bien inmueble están limitados a aquellos que son imputables directamente a la operación gravada, esto es la prestación del servicio."

Por lo mismo, queda demostrado la no viabilidad del descuento, cuanto éste deba imputarse como un mayor costo del bien.

5. ALEGATOS DE CONCLUSION

La demandada

En su escrito de conclusión la apoderada de la entidad demandada alega, que la base gravable en la venta y prestación de servicios, señalada en el artículo 447 del Estatuto Tributario, fue reglamentada por el decreto 1107 de 1992, artículo 2°, en los siguientes términos:

"Salvo las normas especiales consagradas en el Estatuto Tributario para algunos servicios y conforme a lo señalado en el artículo 447 del mismo estatuto, la base gravable en la prestación de servicios será en cada operación, el valor total de la remuneración que perciba el responsable por el servicio prestado, independientemente de su denominación "Subrayado fuera del texto)."

Entonces el reglamento acusado se ajusta a la previsión contenida en el artículo 447 del Estatuto Tributario al referirse al "valor total de la remuneración", "previniendo a la vez que otra puede ser su denominación".

Igualmente sostiene que la misma previsión se hace en el artículo 1° del Decreto 1372 de 1992 para efectos del IVA, al definir el "servicio" de la siguiente manera:

"Para efectos del impuesto sobre las ventas se considera servicio toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie independientemente de su denominación o forma de remuneración. "(Subraya fuera del texto)"

En conclusión, para la demandada la norma acusada no implica en manera alguna modificación a la definición anteriormente transcrita como tampoco establece una base gravable distinta a la dada por el artículo 447 del Estatuto Tributario, toda vez, que el contrato de confección de obra material en los términos

del Código Civil (artículo 2054) no es gratuito, pudiendo las partes pactar expresamente honorarios o señalar otra forma de remuneración.

"La calificación del contrato que hace la norma acusada supone de los elementos que la configuran un contrato de servicios, sin perjuicio de su denominación o forma de remuneración del servicio que pueda ser adoptada por las partes."

Frente a los impuestos descontables sostiene que "el impuesto a las ventas pagado por la adquisición de bienes y servicios imputables al bien inmueble construido constituyen en materia del impuesto sobre la renta un mayor costo del bien" y "esto porque la venta de bien inmueble no está sujeta al gravamen del impuesto sobre las ventas y por tanto no existe la posibilidad de solicitar impuestos descontables por los bienes y servicios adquiridos para la construcción del bien inmueble".

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado por el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, conceptúa que éste solo debe acceder a declarar la nulidad del artículo demandado en cuanto dice que el impuesto se genera sobre la parte de los ingresos correspondientes a los honorarios o utilidad.

Expresa que "la norma reglamentaria que acusa la demanda, limita los alcances del anterior precepto", ya que el artículo 447 del Estatuto Tributario, dispuso que la base gravable estaría constituida por "el valor total de la operación" y no como se estableció que fuera "sobre la parte de los ingresos correspondientes a los honorarios obtenidos por el constructor".

Por el contrario, no observa ninguna oposición entre los artículos 485 y 498 del Estatuto Tributario y el inciso 2° del artículo demandado, en cuanto, "el artículo 485, modificado por el artículo 19 de la Ley 62 (sic) de 1992, expresa, en sus literales a) y b) que los impuestos descontables son el impuesto sobre las ventas facturado al responsable por la adquisición de bienes corporales muebles...", y el artículo 498, modificado por el 28 de la mencionada ley, dice que los responsables que "presten los servicios gravados tendrán derecho a solicitar los impuestos descontables de que trata el artículo 485" y que la tarifa "para establecer los Impuestos descontabas a que tiene derecho los responsables que presten los servicios gravados, estará limitada por la tarifa del correspondiente servicio" además de que el exceso, en caso de que exista, se llevará como un mayor valor del costo o gasto respectivos."

SECCION CUARTA

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Entra la Sala a decidir de fondo sobre la norma cuya nulidad ha sido solicitada, por vulnerar disposiciones constitucionales y legales, así:

1°. Violación de la Ley 6a. de 1992 y Artículo 447 del Estatuto Tributario:

Entre las modificaciones efectuadas por la Ley 6a. de 1992, en el impuesto a las ventas, se encuentra la de gravar de manera general todos los servicios prestados en el territorio colombiano, salvo aquéllos servicios expresamente exceptuados en la ley, invirtiendo de esta manera la regia existente en esa materia, consistente en gravar solamente los servicios taxativamente señalados por el legislador.

Dentro de este nuevo contexto, y sin modificar el artículo 447 del Estatuto Tributario, que consagra la base gravable en las ventas y prestación de servicios, de manera general, puesto que la establece sobre el "valor total de la operación", el artículo 2° del Decreto 1107 de 1992, reglamentario de esta disposición y que también cita el accionante en la fundamentación de este cargo, reitera la regla general en esta materia pero referida en forma específica al hecho generador de la prestación de servicios, y partiendo del concepto consagrado en el artículo 447 del Estatuto Tributario, indica que la "base gravable en la prestación de servicios será en cada operación,**el valor total de la remuneración se perciba el responsable por el servicio prestado,** independientemente de su denominación".

Como se observa la expresión "valor total de la operación" corresponde al valor total de la remuneración que obtenga el responsable por el servicio prestado lo cual resulta acorde con el hecho generador del impuesto en este evento relacionado con la actividad de "prestación de servicios", y con el nuevo tratamiento que la Ley 6a. dá a este hecho generador del impuesto a las ventas. Así las cosas el artículo 3° del Decreto 1372 de 1992, que establece la base gravable en los servickos originados en los contratos de construcción de bien inmueble, "en la parte de los ingresos correspondientes a los honorarios obtenidos por el constructor" y "cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor", no modifica la base gravable que de manera general establece el artículo 447 del Estatuto Tributario, sino que por el contrario la precisa o determina en la parte que corresponde a la **contraprestación o remuneración por el servicio** que involucra éste tipo de contratos, llámese honorarios o utilidades para el constructor, con lo cual sigue la base gravable circunscrita al ingreso percibido por la prestación del servicio, sin sufrir modificación alguna, imprimiendo claridad y precisión, sobre el particular; no produciéndose ampliación de la base gravable

ni confusión, como lo afirma el accionante. Precisiones que contrariamente a lo que considera el accionante, evitan gravar conceptos de origen y destinación distintos a la remuneración obtenida por la prestación del servicio de ingeniería o arquitectura por parte del constructor, que es el hecho generador del impuesto a las ventas, en este caso, cuando no están vinculados a la vivienda hasta de dos mil trescientos (2.300) UPACS numeral 7°, artículo 25 de la Ley 6a. de 1992.

Entenderlo de otra manera, sería tanto como admitir que dentro de tal base gravable quedan involucradas otras operaciones ajenas a la prestación del servicio por parte del sujeto pasivo, para el caso, los costos y gastos imputables al bien construido, conceptos sobre los cuales, obviamente, no recae el gravamen al no ser objeto del impuesto la venta de bien inmueble.

En consecuencia, la base gravable establecida en el artículo 3° del Decreto 1372 de 1992, para los servicios originados en los contratos de construcción de inmuebles, no modifica la regla establecida en el artículo 447 del Estatuto Tributario, sino que como quedó visto, la aclara sin exceder los límites previstos en la mencionada disposición, motivo por el cual no es viable acceder a la nulidad incoada por el accionante, al respecto.

2° Violación de los artículos 485 y 498 del Estatuto Tributario modificados por los artículos 19 y 28 de la Ley 6a. de 1992:

En concepto del demandante, el inciso 2° del artículo 3° del Decreto 1372 de 1992, según el cual, "...el responsable solo podrá solicitar impuestos descontabas por los gastos directamente relacionados con los honorarios percibidos o la utilidad obtenida, que constituyeron la base gravable del impuestos; en consecuencia, en ningún caso dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas cancelado por los costos y gastos necesarios para la construcción del bien inmueble"; desconoce el derecho a los descuentos cancelado por los costos y gastos necesarios para la construcción del inmueble.

Es evidente, que el accionante parte de unas premisas equivocadas, como considerar que los costos y gastos imputables al bien construido forman parte de la base gravable en los servicios originados en los contratos de construcción de bien inmueble.

Como se observó en el punto anterior, dichos conceptos no son objeto de gravamen sino que los mismos constituyen un mayor costo del bien inmueble construido, ya que la venta de bien inmueble no está sujeta al impuesto a las ventas.

SECCION CUARTA

En este orden de ideas resulta diáfano que los impuestos descontabas procedentes en los contratos de construcción de inmueble, son aquéllos que se encuentran directamente relacionados con el servicio gravado, por lo que es acertada la conclusión de la norma acusada en el sentido de que los impuestos descontables que proceden por los gastos, son los directamente relacionados con los honorarios percibidos o la utilidad obtenida, que constituyen la base gravable en el servicio proveniente de la construcción de bien inmueble.

Lo anterior, lejos de ser violatorio de los artículos 486 y 498 del Estatuto Tributario, tal y como quedaron modificados por los artículos 19 y 28 de la Ley 6a. de 1992, es armónico con éstos, toda vez que de ellos emerge la permisibilidad de los descuentos en la prestación de servicios, siempre que el los sean imputables a dicho actividad, y explícitas al señalar que lo que exceda de dichas operaciones constituirá un mayor costo o gasto del respectivo bien o servicio.

Por tanto, no existe el supuesto desconocimiento de impuestos descontables, en la construcción de bienes inmuebles, porque como lo manifiesta con buen juicio la apoderada de la Nación, "ésta nunca ha estado autorizada por la Ley y su limitación a la remuneración percibido por la prestación del servicio tiene precisamente respaldo legal en las disposiciones del E.T.".

En corolario, tampoco se configura violación alguna de las disposiciones en mención, razón por la cual y de acuerdo con este punto con el colaborador fiscal, procede la Sala a negar la petición de nulidad incoada, la cual como ha quedado establecido no es procedente.

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:

Niégase, la petición de nulidad incoada contra el artículo 3° del Decreto 1372 de 1992, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

EXP. -4415

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos,*(ausente).

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

ASIENTO CONTABLE / SISTEMA DE COSTOS STANDAR / COMPROBANTE INTERNO / COMPROBANTE EXTERNO

Los asientos de ajuste son aquellos que se practican generalmente cierre del ejercicio para regularizar el saldo de las cuentas, ocasionado por factores que dan lugar a efectuar causaciones, lo que significa que dichos asientos corresponden a operaciones contables internas que lógicamente no pretenden aparecer soportadas mediante comprobantes externos. Como en el *subexámine* estos ajustes se originaron por la utilización del sistema de costos standar del cual permite determinar los costos durante el ejercicio con base en valores previamente determinados, se considera que dada la naturaleza y origen del ajuste, el asiento correspondiente no podía encontrarse soportado mediante comprobantes externos, sino mediante un comprobante interno, toda vez que el registro contable corresponde a la variación establecida por la utilización del costo standar.

Consejo de estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D. C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 3633. Actor: COMPAÑIA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. "COLMOTORES S.A." IMPUESTOS RENTA. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judiciaL de la Nación-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 22 de febrero de 1991, por el cual el Tribunal Administrativo de Curidinamarca,

acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la Compañía Colombiana Automotores S.A. "COLMOTORES S.A." Nit: 60.002. 304, contra la operación administra tiva que le determinó el impuesto de renta correspondiente al período gravable de 1982

ANTECEDENTES

La sociedad actora dentro de la oportunidad legal presentó la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1982, en cuya liquidación privada determinó un total de impuesto en cuantía de $22.978.285, por concepto de ganancias ocasionales, y por Impuesto de renta cero (0) debido a que declaró pérdida fiscal .

Sobre esta declaración de renta, la Administración de Impuestos de Bogotá practicó inspecciona contable, y con base en ella libro el requerimiento especial Nro. 000276 del 14 de agosto de 1985, el cual se modifica la liquidación privada como consecuencia del desconocimiento de los siguientes conceptos que disminuyeron la perdida fiscal. 1) Ajuste de material Importado CDK por valor de $9.735.947 (mayor costo solicitado) y 2) ajustes al inventario final del ejercicio por valor de $136.444.797. También se impusieron sanciones por inexactitud y libros de contabilidad por valor de $134.036.000.

Contra este acto liquidatario de los impuestos, la sociedad actora recurrió en reconsideración objetando tanto el desconocimiento de los costos en cuestión, como la aplicación de la sanción por inexactitud y libros de contabilidad, que se impusieron, y con el objeto de desvirtuar éste proceder, aportó diferentes elementos probatorios, como certificaciones contables y fotocopias de asientos contables para demostrar la naturaleza y origen de los ajustes contables cuestionados.

Por medio de la Resolución No. A-505-P del 5 de octubre de 1987, la División de Recursos Tributarios resolvió el recurso incoado modificando la liquidación de revisión recurrida, al reconocer la inconformidad del impugnante frente a la sanción por inexactitud. En todo lo demás confirmó el proceder objetado, liquidando en esta oportunidad el impuesto y sanción por libros de contabilidad a cargo en la suma de $40.069.691, para un mayor valor de $17.091.406 correspondiente a la sanción por libros.

Surtido el Grado de Consulta, al cual se encontraba sujeto la decisión anterior, ésta quedó confirmada en actuación plasmada en la resolución No. R-0953--H del 29 de diciembre de 1987, con la cual se agotó la vía gubernativa.

SECCION CUARTA

LA DEMANDA:

En desacuerdo con el proceder administrativo antes reseñado, la sociedad actora acudió en demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuyo libelo solícita la nulidad y el restablecimiento del derecho de los actos administrativos que le determinaron el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1982.

Con este proposito cita violación de las siguientes normas: artículo 92 del Decreto 1651 de 1961, 40 del Decreto 2821 de 1974, 15 y 57 del Decreto 3803 de 1982, y, 98 de la Ley 9a. de 1983.

Explica, que el rechazo del ajuste por material importado CKD, es ilegal, porque la presunción de veracidad de la inspección contable fundamento de la actuación administrativa ha sido desvirtuada al demostrar con la respuesta al requerimiento especial, que esa partida corresponde a ingresos por recuperación de gastos de años anteriores y que en ninguna forma afectaron el costo fiscal de 1 año gravable de 1982, mediante certificación contable y copia de los correspondientes asientos contables.

En la misma forma, estima que demostró el derecho que le asiste para solicitar los ajustes al inventario final, por la diferencia resultante entre el costo standar y el costo real, con las fotocopias autenticadas de los asientos de libro de cuenta y razón y los soportes contables que justifican los correspondientes ajustes y las fotocopias de las hojas de trabajo donde se analiza y determinan los ajustes. Hecho que en su concepto demuestra, que sí presentó los soportes que justifican los ajustes y que consisten en un comprobante interno que determina la sobre o subaplicación de los gastos reales y que hace referencia a las hojas de trabajo en donde se calcula y determina la diferencia.

Se refiere a las certificaciones contables presentadas con la respuesta al requerimiento especial, y para reforzar estas pruebas solicitó inspección contable con la intervención de peritos.

Finalmente, observa que desvirtuado el punto anterior, como consecuencia, se debe levantar la sanción por libros de contabilidad ya que los registros contables cuentan con suficiente respaldo en documentos Internos y externos.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 22 de febrero de 1991, se pronunció en sentido parcialmente favorable a las

pretensiones de la demanda, al aceptar los cargos propuestos contra el proceder administrativo relacionado con el ajuste a la cuenta inventarías (gastos indirectos de fabricación) por valor de $136.444.797.

Expresa el *a-quo* que la variación del sistema empleado por la sociedad entre el costo standar y el costo real , no puede estar amparado como lo exige la administración en documentos de orden externo sino interno, dada la naturaleza de dicho ajuste y del asiento correspondiente. Por tanto estima, que los certificados del Contador Púbilico y del Revisor Fiscal presentados por la sociedad, unido al dictamen pericial, dan la razón a la sociedad actora.

Consecuente con esta decisión, el Tribunal levantó la sanción por libros de contabilidad impuesta en consideración a la inexistencia de soportes que respaldaran los ajustes a la cuenta inventarios.

Respecto al punto relacionado con el ajuste de material Importado, CKD, por valor de $9.733.947, el Tribunal desestimó los cargos y confirmó la glosa, por considerar que si se trataba de un Ingreso por recuperación de costos de años anteriores, debió declararse como ingresos y no como costos como lo determinó la visita oficial.

En consecuencia, el Tribunal practicó nueva ,liquidación de impuestos para hacer efectivo el reconocimiento del ajuste a la cuenta inventarios, y la dec isión atinente a la sanción por libros de contabilidad, fijando en esta oportunidad los impuestos en la suma de $22.928.285, que corresponde al valor fijado en la liquidación privada del contribuyente.

LA APELACION:

En memorial de sustentación al recurso de apelación, la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales, manifiesta que discrepa de la decisión del Tribunal con relación al ajuste a la cuenta de inventarlos y a la exoneración de la sanción por libros de contabi1idad, argumentando en síntesis lo siguiente:

El método de valuación de inventarios adoptado por la sociedad, el de "costos standar" no es reconocido por las disposiciones tributarlas, artículo 21 del Decreto 2053 de 1974, 31 y 34 del Decreto 187 de 1975, que solo consagran los métodos lifo fifo y promedios.

Le correspondencia a la sociedad solicitar a la Dirección de Impuestos la autorización requerida por el artículo 21 ordinal 31 del Decreto 2053 de 1974, e informar en la declaración el sistema adoptado y cumplir con las condiciones técnicas administrativas y procesales que le permitieran a la administración

reconocer que el manejo de la valuación de los costos se ajusta a la ley. Estos requisitos dice la apelante no se han demostrado a lo largo del proceso.

El dictamen pericial, no es válido para desvirtuar el proceder administrativo, porque la competente para autorizar el sistema de valuación de inventarios utilizado por la sociedad es la Dirección de Impuestos Nacionales y además porque no pueden aducirse como fundamento aspectos técnicos no discutidos en la vía gubernativa.

La viabilidad de los costos está condicionada a que se encuentren plenamente respaldados en la contabilidad por comprobantes internos y externos. Los ajustes contables que se realizan "porque es necesario que el costo calculado se ajuste a su valor real", su cuantificación se realiza a través de documentos mediante los cuales se prueba el incremento en el valor de la adquisición de materia prima. Si es real el gasto se presume de ley la existencia del documento fuente en que se respalde tal erogación.

La sanción por libros se tipificó por dos irregularidades: la falta de suficiente respaldo en documentos de orden interno y externo, en relación con el rechazo de costos en cuantía de $136.444.797, y por no reflejar de manera razonada el movimiento del negocio, respecto al rechazo de costos en cuantía de $9.735.947 . Por ello considera inexplicable el proceder del Tribunal, al exonerar de la sanción por libros a la sociedad, con el argumento que desaparecieron los supuestos fácticos de la misma, cuando esta última glosa no fué desvirtuada por la sociedad. Además, porque la sanción por libros es independiente del hecho de que con posterioridad se prueben los rechazos, pues debe mantenerse sin perjuicio de esa comprobación.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandada:

La representante judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales reitera en su alegato de conclusión la petición incoada en el recurso de apelación en el sentido de que se revoque la sentencia apelada en la parte que desfavorece los intereses de su representada de acuerdo con los argumentos expuestos en la sustentación, los cuales adiciona con lo siguiente :

Que de conformidad con los artículos 51 y 53 del Código de Comercio y 17 del Decreto 1798 de 1990, es de la esencia contable la existencia de comprobantes internos y externos, y la eficacia probatoria de los libros depende de la existencia de los mismos, sin los cuales no es procedente reconocer costos, con base en simples registros contables, como equivocadamente lo considerá el

Tribunal, ya que su realización debe corresponder a los comprobantes de orden externo que comprueben la realidad de gasto.

Así mismo se refiere al ordenamiento legal contenido en el artículo 776 del Estatuto Tributario, y a la definición que de comprobante interno y externo trae el artículo lo del Decreto 1495 de 1978, para concluir que las operarciones realizadas con terceros, como son los costos, suponen la existencia de comprobantes de orden externo.

Parte demandante:

El apoderado judicial de la parte actora solicita en su alegato de conclusión se confirme la sentencia en la parte que reconoció los costos o gastos indirectos de fabricación por ajustes a la cuenta inventarlos, ya que:

A lo largo de la vía gubernativa y del proceso contencioso, Colmotores ha demostrado que los ajustes estaban soportados con los comprobantes necesarios de conformidad con la naturaleza del asiento contable, es decir los comprobantes internos del ajuste, los comprobantes de diario y el libro de cuenta y razón .

En la misma forma, demostró la realidad de los costos incurridos por la compañía en el año gravable, los cuales nunca fueron cuestionados por la administración, y el hecho de que el ajuste entre dichos costos reales y el costos estimado inicialmente bajo el sistema standar se trata de un procedimiento interno que no puede estar soportado por comprobantes externos.

La prueba pericial, unida a las certificaciones contables aportadas al proceso gubernativo, demuestra: que los costos reales se encuentran respaldados por comprobantes internos y externos, y que los ajustes por las variaciones en los mismos determinada por el sistema de costos standar se contabilizaron apropiadamente, y que su soporte son los comprobantes internos respectivos.

El argumento esgrimido por la apelante en el sentido de que el sistema de costos standar no se encuentra autorizado por la ley, es un hecho nuevo no planteado en la vía gubernativa.

La sanción por libros impuesta por la carencia de soportes externos y por no reflejar el movimiento del negocio, es improcedente, porque éstos hechos no se encontraban penalizados en el año gravable de 1982, por lo cual considera que si se aceptara en gracia de discusión la ocurrencia de tales irregularidades de todas maneras la sanción sería improcedente.

SECCION CUARTA

Por último, se refiere al punto relacionado con los ajustes al valor del material CKD importado por valor de $9.733.947, que desestimó el Tribunal, solicitando al respecto su reconocimiento mediante aclaración en la parte motiva de la sentencia.

El Ministerio Público:

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Procurador Sexto Delegado ante la Corporación, se muestra partidaria de modificar la sentencia del Tribunal de conformidad con lo pedido por la apelante, con la consideración de que el sistema de costos standar que utiliza la actora es diferente a los sistemas de juego de Inventario e Inventarios permanentes que consagra la legislación tributarla, y además porque no se demostró que se hubiera solicitado a la Dirección de Impuestos Nacionales, autorización para la utilización del mencionado sistema, según lo ordenado por el artículo 34 del Decreto 1651 de 1961, tal como lo manifiesta la apelante. Respecto a la sanción por libros aplicada a la sociedad se remite a los argumentos de la representante de la Nación, para concluir en que la misma debe confirmarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La inconformidad de la apelante-apoderada de la Nación Dirección de Impuestos Nacionales, tiene que ver entonces, con la decisión del Tribunal al punto relacionado con el ajuste a la cuenta de Inventarios (gastos Indirectos de fabricación) por valor de $136.444.797, cuyo reconocimiento por parte del *a-quo* considera improcedente, fundamentalmente por dos razones: porque es el resultado de aplicar el sistema "costos standar" no previsto en la ley tributaria, y porque el correspondiente asiento del ajuste, en su concepto si requiere de comprobantes externos. En la misma forma, su inconformidad también cobija la sanción por libros de contabilidad.

Con relación al primer argumento que esgrime la apelante, la Sala observa, que este no es válido para desvirtuar la decisión del Tribunal porque no puede pasarse por alto, que la Administración de Impuestos en ningún momento cuestionó el sistema de "costos standar" a través del cual la sociedad actora determinó el ajuste a la cuenta de inventario final, sino que como dan cuenta los antecedentes administrativos, el ajuste en cuestión se desestimó porque:

> "Estos ajustes no tienen un soporte contable que justifique su contabiliza zación para aumentar el costo de ventas, tal como lo exigen los arts. 48, 51, 53 del Código de Comercio, art. 11 del Decreto 1495 de 1978 y el art. 15 del Decreto 3803 de 1982"..."la empresa solamente se limitó a suministrarnos el cuadro en donde determinaron el costo de ventas..."

Esta situación ha sido explicada por la sociedad actora a lo largo del proceso gubernativo y también ante la jurisdicción contenciosa, con el argumento según el cual el asiento de ajuste a la cuenta del inventario final, por su naturaleza y origen, no puede estar soportado por comprobantes externos, sino mediante un comprobante interno y el libro de cuenta y razón; y para demostrarlo aportó certificaciones contables y solicitó inspección judicial con la intervención de peritos antela jurisdicción; con base en estas pruebas el a-quo aceptó el ajuste.

Los asientos de ajustes, son aquellos que se practican generalmente al cierre del ejercicio para regularizar el saldo de las cuentas, ocasionado por factores que dan lugar a efectuar causaciones, así aparecen definidos en el propio Concepto Unificado de 1.982, expedido por la Dirección de Impuestos (glosario-Pág.637) lo que significa que dichos asientos corresponden a operaciones contables internas que lógicamente no pueden aparecer soportadas mediante comprobantes externos, como lo pretende hacer ver la apelante.

En el *sub-examine*, estos ajustes se originaron por la utilización por parte de la sociedad actora del sistema de "costos standar", el cual permite determinar los costos durante el ejercicio con base en valores previamente determinados, sistema que conlleva, necesariamente, a tener que efectuar los ajustes para establecer el costo real, pues, como lo afirman los peritos-Fl-116- al explicar este procedimiento "el sistema de costos standar a través del cual se pre-establecen para un año, cuales son los costos de producción de las unidades que se pondrán en venta, pero esta estimación o proyección es comparada periódicamente con los valores reales para ajustar la información financiera de éstos últimos, surgiendo en el proceso de comparación una diferencia a la que se le denomina variación, que recibe el nombre técnico de subaplicación, cuando es desfavorable o sea que lo que se estimó fue inferior a lo real; y sobreaplicación cuando es favorable, o sea que lo que se estimó fue superior a lo real".

Lo anterior permite a la Sala, considerar que dada la naturaleza y origen del ajuste, el asiento correspondiente no podía encontrarse soportado mediante comprobantes externos, sino mediante un comprobante interno, toda vez que el registro contable corresponde a la variación establecida por la utilizacion del costo standard , que determinó un mayor valor por como costo de ventas, al comparar los costos reales con los costos estimados. Por tanto la objeción que al respecto formula la apoderada de la Nación tampoco es acertada, puesto que en el presente caso su representada cuestionó como se observó la falta de soporte contable del ajuste (asiento), no la comprobación de los costos reales que, por lo demás, según el dictamen pericial se encuentra debidamente contabilizados y soportados.

En efecto, el dictamen pericial (fi. 117 c.p.) establece que las operaciones contables realizadas para hacer los ajustes rechazados, están técnicamente elaboradas y convenientemente soportadas con los comprobantes que en este caso son internos, y, que los asientos contables mediante los cuales se contabilizaron los costos reales se encuentran debidamente respaldados por comprobantes internos y externos. Por tanto, como ya se dijo, la Administración de Impuestos no cuestionó la aplicación del sistema de "costo standar" utilizado por la actora, pues, fundamentó su discrepancia, únicamente en los soportes contables del ajuste efectuado.

En consecuencia, la Sala no acepta la objeción que formula la apoderada de la Nación a la decisión del *a-quo*, y por el contrario, considera de acuerdo con lo antes expuesto, que la misma debe ser confirmada.

En cuanto a la sanción por los libros de contabilidad, que el Tribunal levantó como consecuencia de la decisión favorable al punto anterior, la Sala observa, que en este punto sí le asiste razón a la apelante.

La sanción por libros de contabilidad se aplicó por cuanto los registros contables de la empresa no cuentan con el suficiente respaldo en los documentos internos y externos, y además, porque no reflejan de manera razonable el movimiento del negocio, de acuerdo con lo establecido por los artículos 34, 35 del Decreto 2821 de 1974, y 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982.Estas irregularidades se establecieron como consecuencia de las glosas formuladas así: 1) ajuste de material importado CKD, que confirmó el Tribunal y no fué objeto de apelación por la parte actora, y 2) ajustes a la cuenta inventarios, aceptada por el Tribunal y confirmada por la Sala.

Se colige, que fueron dos las irregularidades contables que estableció la Administración: la falta de respaldo contable de que trata el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, cargo que quedó desvirtuado ante la jurisdicción, y dos, "no reflejar el verdadero movimiento" consagrada por el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974, la cual se configuró por el rechazo de costos material importado C.K.D. correspondiente a ingresos por recuperación de costos de años anteriores, los cuales según la visita oficial se contabilizaron afectando los costos del año gravable de 1982.

Como el cargo anterior, lo confirmó el Tribunal, y ésta decisión no fué apelada por la parte actora, la sanción por libros debe mantenerse por la irregularidad dad consistente en "llevar los libros en forma que no reflejan su verdadero movimiento" erigida como irregularidad contable, en el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 (numeral 3) vigente para la época de los hechos.

Por tanto, en éste aspecto, la sentencia del Tribunal debe modificarse ya que es evidente que no han desaparecido los supuestos fáctivos de la sanción por libros de contabilidad.

Por último, cabe manifestarle al apoderado de la sociedad actora, que la oportunidad para impugnar la decisión del Tribunal, es la destinada al recurso de apelación directa o mediante apelación adhesiva; por ello, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre el punto que le fué desfavorable a la sociedad actora, que objeta con oportunidad de los alegatos de conclusión, momento en el cual ya no es posible formular reparos a la decisión del *a-quo,* si no fueron planteados en el correspondiente recurso.

En consecuencia, de lo decidido con respecto a la sanción por libros de contabilidad, se practica la siguiente liquidación de impuestos:

RENTA	BASE GRAVABLE	IMPUESTO
La gravada según Res.#A-005-P de octubre/87	$ 329.914.793	
Más:Gastos de fabricación acep	$ 136.444.797	
(Ajuste)		
Renta gravable: (Pérdida)	$ 466.359.590	
Más:Impuesto ganancias ocasionales		$22.978.285
Sanción por libros de contabilidad		$17.091.406
TOTAL A CARGO		$40.069.691

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

FALLA:

1°. Revócase la sentencia del 22 de febrero de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

2°. Anulase, la operación administrativa Integrada por los siguientes actos administrativos a través de los cuales se le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1982, a la sociedad

COLMOTORES S.A.; NIT 60.002.304; la liquidación de revisión No. 000620 del 16 de diciembre de 1985, Resolución No. A-0505-P del 5 de octubre de 1987, y la Resolución Nro. R- 0953-H del 29 de diciembre de 1987, expedidos por la Administración y Dirección de impuestos Nacionales.

3°. Fijase, en la suma de CUARENTA MILLONES SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE ($40.069.691.oo), el valor de los impuestos de renta, complementarios y sanción a cargo de la sociedad COLMOTORES S.A.; NIT. 60.002.304, por el año gravable de 1982.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario

DIVIDENDO / COSTO / RENTA PRESUNTIVA

En cuanto al castigo a los dividendos recibidos (que se determinan por aparte de la renta presuntiva) con unos intereses que se afirma tuvieron relación directa de causalidad para la obtención de las respectivas acciones se tiene que lo que se deduce del contrato de fiducia respectivo, no es la causación de intereses por préstamos para adquirir las acciones sino al contrario, intereses causados por dineros recibidos anticipadamente a su venta que si bien es cierto podían ser cubiertos con los dividendos recibidos, el principal recibido engrosaba las arcas comunes de la compañía convirtiéndose así su costo financiero en un gasto que afectaba el total de los ingresos y no solo el de los dividendos. En consecuencia no fue demostrada la causación directa del gasto con el ingreso por dividendos.

LIQUIDACION DE SOCIEDAD - Aprobación / PERDIDA OCASIONAL

Sobre la pérdida ocasional propuesta, originada por la diferencia entre lo que dice haber recibido con motivo de la liquidación social y el valor invertido en la compra de cuotas sociales se tiene que el art. 22 lit. Ley 52 de 1977 enseña que el año gravable o fiscal concluye en el caso de las sociedades vigiladas por el Estado "en la fecha en que se efectúe la aprobación de las respectivas actas de liquidación". Sobre el particular la Sección Primera de esta Corporación ha precisado que:"la aprobación que la Superintendencia de Sociedades debe darle a la liquidación de una sociedad sometida a su vigilancia no es automática, porque de ser así resultaría inútil la norma" contenida en el art. 279 del Código

de Comercio que le atribuye a la Superintendencia la facultad de aprobar la solicitud de los liquidadores.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D.C, veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia : EXPEDIENTE N° 4732. Actor: GESTIONAR S.A.

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida el 27 de noviembre de 1992 por medio de la cual dicha Corporación confirmó los actos administrativos contenidos en la Liquidación Oficial de Revisión 0045 de abril 21 de 1989 y en la Resolución 0043 de abril de 1990, correspondientes a la determinación del impuesto de renta y complementarios del período fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La Administración, por medio de Liquidación Oficial 0045 de abril de 1989 y posteriormente por medio de Resolución 0043 de abril de 1990 que confirmó la anterior liquidación, hizo una adición a los ingresos netos en el cálculo de renta presuntiva y desconoció como deducción de la ganancia ocasional la pérdida ocasional que sufrió la compañía al entrar en liquidación la Constructora Olcasa Ltda., en la cual se habían invertido $140'000.000 y se recuperaron únicamente $10'000.000.

DEMANDA

Disposiciones violadas:

-Estatuto Tributario artículos 683, 742 y 746

-Ley 9a. de 1983 artículo 98

-Decreto 353 de 1984 artículo 4°

-Ley 52 de 1977 artículo 22

-Ley 20 de 1979 artículo 6°

Consideró el actor que lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 9a. De 1983 debe aplicarse en concordancia con el Decreto Reglamentario 353 de 1984 artículos 3 y 4, que si bien establecen que en los casos en que el contribuyente determine su renta líquida por el sistema de renta presuntiva, deberá adicionar a dicha renta el valor de los dividendos que le sean abonados, pagados o abonados en cuenta en el correspondiente ejercicio gravable, también establecen que estas partidas estarán previamente afectadas por los costos y deducciones imputables a ellas, como son los intereses pagados a entidades crediticias sobre las obligaciones contraídas con el objeto de adquirir las acciones.

GESTIONAR S.A. invirtió en la compañía Olcasa Ltda. la suma de $140'000.000, que la hizo propietaria de 10.000 acciones de dicha compañía, con un valor unitario nominal de $1.000 y con un valor unitario comercial de $14.000.

A pesar de que se aportaron todas las pruebas que acreditaban la veracidad de este punto, sostiene el actor, la Administración consideró como invertida únicamente la suma de $10'000.000. Dentro del período gravable de 1985 la compañía Olcasa Ltda. entró en liquidación y sólo fué reconocido en favor de GESTIONAR S.A. el valor nominal del aporte, causándole de esta forma a GESTIONAR S.A. una pérdida de $130'000.000. Sobre este punto adujo el actor que si bien es posible de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 20 de 1979 artículo 6°, que se configuren ganancias ocasionales en la liquidación de una sociedad, a *contrario sensu*, se puede decir que cuando hay una diferencia por defecto, entre el capital aportado e invertido y el repartido, se produce una pérdida que puede ser deducida de las ganancias ocasionales obtenidas.

En opinión del actor, la sociedad cumplió con los requisitos exigidos por la ley para solicitar la pérdida, teniendo en cuenta que la compañía en la cual se invirtió tenía más de dos años de constituída y la inversión se había realizado en junio 19 de 1981. Con relación al requisito de la liquidación, dijo que la sociedad Olcasa Ltda. en la cual se realizó la inversión, para efectos fiscales estaba liquidada y lo prueba con la copia auténtica del Acta de liquidación de fecha agosto 15 de 1985, que afirma haber sido aprobada por la Superintendencia de Sociedades, con lo cual se cumplió el requisito exigido por la Ley 52 de 1977 artículo 22.

Consideró el actor que la Administración está violando la ley al crear una institución fiscal que no existe denominada "pérdida fiscal de capital", por cuanto las pérdidas y ganancias ocasionales están definidas por ley.

SECCION CUARTA

CONTESTACION DE LA DEMANDA

En primer término aclaró el apoderado de la Nación que, sí se le dió aplicación al Decreto 353 de 1984 cuando al establecer la renta líquida presuntiva, se tuvieron en cuenta las deducciones comunes a los ingresos, ya que éstos, los ingresos, fueron afectados mediante el resultado obtenido de multiplicar el monto de las deducciones comunes, por el porcentaje que representan los dividendos dentro de los ingresos netos totales de la sociedad.

En segundo término y teniendo en cuenta que el valor de cada cuota era de $1.000 y se adquirieron 10.000, el valor del aporte en opinión de la parte fué de $10'000.000, a pesar de lo realmente pagado haya sido $140'000.000. En consecuencia al dársele aplicación al artículo 6o. de la Ley 20 de 1979, solo resultaron deducibles $10'000.000, que correspondían al capital aportado o invertido, diferente del capital pagado.

Consideró que la pérdida ocasional por $130'000.000, no es deducible por provenir ésta del mayor valor pagado en la adquisición de los derechos sociales, lo cual constituye una pérdida de capital no deducible.

De otra parte, la sociedad Constructora Olcasa Ltda. a 31 de diciembre de 1985, tanto para efectos comerciales como fiscales, no se encontraba liquidada, simplemente en estado de disolución, en consecuencia no se dió cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 22 literal b) de la Ley 52 de 1977. Basó esta afirmación en el hecho que la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 28165 de octubre 1° de 1985 estableció como requisito para acceder a la solicitud del contribuyente, que se le presentara copia de la Escritura Pública en la cual se protocolizara el Acta de la cuenta final de liquidación, las diligencias de inventario de los bienes sociales y los demás documentos exigidos por la ley y por esta razón, argumentó la parte, no podía haber distribución de pérdidas o ganancias.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda argumentando que se debió dar aplicación al artículo 17 de la Ley 9a. de 1983, que establece que a la renta presuntiva determinada se le adicionará lo recibido por dividendos, sin depuración alguna; los artículos 3 y 4 del Decreto 353 de 1984 no pueden aplicarse por cuanto exceden la norma reglamentada.

No fué acogido el argumento con base en el cual, GESTIONAR S.A. dedujo como pérdida ocasional la suma de $130'000.000. por cuanto la sociedad

Olcasa Ltda. no cumplió con el proceso legal para su liquidación, no pudiendo por lo tanto repartir en 1985 ganancias o pérdidas.

APELACION:

Argumentó el actor que, si bien es cierto, el numeral 1° del artículo 3° del Decreto 353 de 1984 fué anulado se deben tener en cuenta dos cosas: a) Dicha nulidad es posterior a la presentación de la declaración de renta de la sociedad, en consecuencia no pudo tenerla en cuenta; b) El literal a) del numeral 3° del artículo 4° del citado decreto, no fué anulado y en él se establece que el valor de la renta presuntiva se obtendrá sumando, entre otros, el valor de los dividendos mencionados en el numeral 1°, previamente afectados con los costos y deducciones imputables a ellos.

Se ratificó el actor en lo referente a la desestimación que a su juicio dejó de hacer la Administración, al hacer distinción entre el capital aportado e invertido, porque cuando la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete.

En cuanto a la liquidación, consideró el recurrente que existe norma especial: Ley 52 de 1977 artículo 22 literal b), la cual fué cumplida a cabalidad al estar autorizada la liquidación por la Superintendencia de Sociedades.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1° COSTOS IMPUTABLES A LOS DIVIDENDOS:

Se ha centrado la discusión en la improcedencia del castigo a los dividendos recibidos (que se determinan por aparte de la renta presuntiva) con unos intereses que la actora afirma que tuvieron relación directa de causalidad para la obtención de las respectivas acciones (Dividendos recibidos $12'246.421 costos y gastos imputables $47.996.335).

En la apelación se insiste en que el contrato de fiducia que se presentó con la demanda respalda esta petición.

No acepta la Sala el argumento del actor por lo siguiente: analizado el contrato de fiducia (fl.182) se establece que el encargo fiduciario convenido con el Banco Cafetero entre varias dueñas de acciones del Banco de Bogotá, entre ellas la demandante con 2'419.625 acciones consistió primordialmente en vender las acciones entregadas y según normas de la Junta Monetaria (Res.42/ 83) el fiduciario podía entregar anticipos a los fideicomitentes, sobre los que se pactó un interés del 18% anual y unos mecanismos de pago por estar supeditado al pago de los dividendos de las acciones entregadas.

SECCION CUARTA

Entonces, lo que se deduce de este documento no es la causación de intereses por préstamos para adquirir las acciones sino al contrario, intereses causados por dineros recibidos anticipadamente a su venta que si bien es cierto podían ser cubiertos en primer lugar con los dividendos recibidos, el principal recibido por anticipo, engrosaba las arcas comunes de la compañía convirtiéndose así su costo financiero en un gasto que afectaba el total de los ingresos y no sólo el de los dividendos.

En consecuencia, no fue demostrada la causación directa del gasto con el ingreso por dividendos, luego según las reglas vigentes no podían descontarse de los dividendos recibidos menos aún cuando no mostraban una proporción normal, puesto que los superaban ampliamente.

No prospera el cargo.

2. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD

No se ha puesto en duda por la parte demandada la pérdida ocasional propuesta por la actora, como originada por la diferencia entre lo que dice haber recibido en 1985 con motivo de la liquidación social y el valor invertido en la compra de cuotas sociales.

El planteamiento de que así como el valor recibido en tales casos genera ganancia ocasional (art.6° Ley 20 de 1979), la situación inversa de que genera pérdidas que se absorven sólo con utilidades del mismo género, no ha sido cuestionado por la Administración.

La controversia ha radicado únicamente en el aspecto probatorio de la fecha de la liquidación social, pues para la Administración la circunstancia de que la Superintendencia de Sociedades no aprobó la liquidación en octubre de 1985 (Oficio 28185 fl. 169) y de que aún en el mes de marzo de 1989 la sociedad no se había liquidado aunque estaba disuelta, según lo certificó la Cámara de Comercio, confirman las razones que tuvo la oficina liquidadora para rechazar la pérdida solicitada.

De esta opinión fué también el Fiscal Sexto ante el Tribunal.

En la segunda instancia no hay pruebas nuevas y la actora insiste en que el presupuesto del artículo 43 del Decreto 2053 de 1974 numeral 1 no distingue entre capital aportado o invertido y la norma especial del literal b) del artículo 22 de la Ley 52 de 1977 permite concluir que se cumplieron los trámites de la liquidación social.

La norma invocada (art. 22 literal b) Ley 52 de 1977) enseña que el año gravable o fiscal concluye en el caso de las sociedades vigiladas por el Estado "en la fecha en que se efectúe la aprobación de las respectivas actas de liquidación".

Sobre este particular la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 8 de abril de 1983 (Exp.3924, ponente: Dr. Jacobo Pérez E.) precisó que "la aprobación que la Superintendencia de Sociedades debe darle a la liquidación de una sociedad sometida a su vigilancia no es automática, porque de ser así resultaría inútil la norma" contenida en el artículo 279 del Código de Comercio que le atribuye a la Superintendencia la facultad de aprobar la solicitud de los liquidadores.

Según Oficio 28165 de octubre 1° de 1985 del Primer Delegado de la Superintendencia (fl.169), aunque la cuenta contenida en el Acta de Junta de socios de agosto 15 de 1985, no dió lugar a observaciones Jurídicas ni contables, quedó pendiente su aprobación con base en la copia de la escritura para dar cumplimiento al artículo 247 inciso 31 del Código de Comercio diligencia que al parecer, hasta la fecha no ha cumplido la sociedad pues según constató la Oficina Liquidadora en marzo de 1989, en los registros de la Cámara de Comercio, continuaba en estado de disolución sin haberse liquidado.

En el oficio invocado como prueba, la Superintendencia informa que no tiene objeción al Acta de liquidación pero que para acceder a la aprobación solicitada era necesario allegar la copia de la Escritura de protocolización de que trata el inciso 3° del artículo 247 del Código de Comercio. Todo indica que no se completó este requisito y en consecuencia quedó pendiente la aprobación por parte de la Superintendencia y esa es la razón para no dar por cumplido el presupuesto que consagra la norma invocada por la misma demandante (lit,b) artículo 22 de la Ley 52 de 1977).

Como los argumentos expuestos por el apelante son los mismos ya desvirtuados y no hay modificación del aspecto probatorio, es del caso mantener el fallo del *a-quo*.

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

SECCION CUARTA

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de noviembre de 1992 en este negocio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano,* (ausente), *Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SISTEMA DE CAUSACION / COSTOS - Causación / CONTRATO DE COMPRA-VENTA - Causación

Tanto los ingresos que obtenga una empresa, como los costos y gastos en que ésta incurra deben contabilizarse sobre la base de su causación. En el *sub-lite* la demandante efectuó compra de pieles a su proveedor el 31 de diciembre de 1987, en consecuencia era en este período y no en el gravable de 1988 que ha debido registrarse tal erogación, por cuanto fue en aquel y no en este cuando surgió el hecho jurídico: la obligación de la cancelación. La transacción con el proveedor se perfecciona en la fecha en que para las partes convienen en cosa y precio (art. 1857 C.C.) que coincide, como parte el impuesto sobre las ventas, en la fecha de emisión de la factura o documento equivalente (art. 429 E.T.).

INTERESES MORATORIOS / EXPENSA NECESARIA / DEDUCCION EN IMPORRENTA - Improcedencia

La deducción de impuestos no corresponde al grupo de egresos calificados como "expensas necesarias para el negocio" sino a las que permite expresamente el legislador en consideración a principios de técnica fiscal, como el evitar impuesto sobre impuestos, evitar el traslado económico del impuesto y otros. Con el mismo criterio deben clasificarse los intereses pagados en razón de la demora en la cancelación de los impuestos: no forman parte de las expensas necesarias para producir la renta. Independientemente de la situación financiera y de los inconvenientes de orden económico que tenga la empresa, la mora en la cancelación de la obligación tributaria, tiene el carácter de sanción por incumplimiento de la ley y no de una expensa y por ello no se ha considerado como deducible.

SECCION CUARTA

LIBROS DE CONTABILIDAD - Irregularidades / ASIENTO CONTABLE - Correspondencia / FACTURA - Requisitos

En la inspección practicada a los libros de comercio de la sociedad se detectaron dos irregularidades de tipo contable, respecto de la adquisición de materia prima. Primero no estar respaldada por soportes de orden externo, como quiera que el utilizado fue elaborado en forma Minerva por la misma empresa, y sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 616, 617, 619 y 755 del varias veces mencionado Estatuto y segundo, que en aquel documento se registró como proveedor a uno distinto a quien se le hicieron los pagos ; de donde resulta que subsiste la falta de correspondencia que debe existir entre el asiento contable y el comprobante que le sirve de apoyo, según lo prevé el art. 59 del Código de Comercio.

DEDUCCION POR DEUDAS PERDIDAS - Requisitos / MERCANCIAS - Faltante

Para que la erogación por cuentas incobrables sea procedente se requiere que el solicitante satisfaga los presupuestos establecidos en el art. 80 del D. 187/75, entre los cuales está, que se demuestre la realidad de la deuda, se justifique su descargos, se haya tenido en cuenta al computar la renta declarada en años anteriores, o que se trate de créditos que hayan producido rentas denunciadas en tales años. Pero en el *sub-lite* se trató de un saldo a cargo de proveedores por anticipos sin que se hubiere despachado la mercancía comprada que, si bien guarda relación con la actividad productora de renta, no concuerda con el origen de las que la ley permite mediante castigo total o mediante provisiones que son aquellas originadas en venta de mercancía a crédito. Tal es el sentido de la expresión "operaciones productoras de renta" utilizada por la ley.

PASIVO - Comprobación / DOCUMENTO DE FECHA CIERTA / CONTABILIDAD - Valor Probatorio / DOCUMENTO EXTERNO

Con fundamento en el art. 283 del E.T. en principio se ha exigido la prueba del pasivo mediante documento de fecha cierta, con el debido pago del impuesto de timbre, para el reconocimiento de las deudas a cargo del contribuyente por cuando éste no está obligado a llevar libros de contabilidad. Pero cuando se trate de comerciantes no se exige la comprobación de la autenticidad y

fecha cierta de los documentos privados que forman parte de la contabilidad, como comprobantes externos pues en tal evento prevalecen las normas sobre valor probatorio de la contabilidad. Pero esa no fue la situación presentada en el *sub-lite* ya que en ninguna de las etapas se ha presentado soporte externo alguno que contenga la fecha de expedición, número de serie, detalle, valor y forma de pago si fuere pertinente (art. 1° D.1495/78).

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4842. Actor: CURTIEMBRES TERUEL S.A. IMPUESTO RENTA. -FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad CURTIEMBRES TERUEL S.A., contra la sentencia del 22 de febrero de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la sociedad contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la renta por el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa inspección general a los libros de contabilidad de la empresa cuyos resultados quedaran plasmados en el Acta del 6 de septiembre de 1989, notificada por correo certificado el 19 del mismo mes y año, emplazamiento para corregir la declaración de renta correspondiente al año gravable 1988 y Requerimiento Especial 046 del 7 de diciembre de 1989, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la Liquidación Oficial 004 del 31 de mayo de 1990.

Desestimó costos y deducciones propuestas en la declaración de renta por valor de $ 42'454.440 discriminadas así:

Costos y gastos de otras vigencias por.....	4'340.000
Intereses por mora en el pago de imptos.....	416.793
Compras por falta de soportes y correspondencia...	25'282.000
Provisión para cuentas incobrables.....	12'415.647

SECCION CUARTA

Igualmente obligaciones por pagar sin soporte por.. $36.648.162

Y finalmente aplicó sanción por inexactitud conforme a lo ordenado por el artículo 647 del Estatuto Tributario.

Interpuesto el recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 017 del 1° de abril de 1991 confirmó la decisión oficial.

Agotada la vía gubernativa el apoderado judicial de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad de la actuación administrativa y confirmar la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios, por el año gravable 1988, contenida en la declaración de renta presentada el 6 de junio de 1989.

Cita como normas violadas, entre otras, las siguientes:

- artículos 82, 107, 146, 283, 683 y 647 del E.T.

- artículos 48 y 68 del Código de Comercio

- artículo 15 del Decreto 2160 de 1986

- artículos 20 y 28 de la Constitución Nacional 1886

- artículo 79 del Decreto 187 de 1975 y

- artículo 2222 del Código Civil

Argumenta el apoderado en síntesis que la Administración Tributaria violó las anteriores disposiciones porque:

- Rechazó como costo la suma de $ 4'340.000 correspondiente a la compra de pieles efectuada al proveedor Jorge Yepes Cadavid, en diciembre de 1987, según factura de la fecha, puesto que lo que contablemente hizo la empresa fue registrar en 1988 las compras que efectivamente llegaron a las bodegas; proceder con el cual dice, no se quebrantaron las normas reguladoras de la materia, por el contrario se muestra en forma clara, completa y fidedigna los negocios de aquélla. Si se hubiera registrado de otra manera "implicaría que sus inventarios nunca coincidirían con los bienes que físicamente la sociedad posee.

- Desconoció como deducible los intereses de mora en el pago del impuesto de industria y comercio por valor de $416.793, no obstante éste tributo ser

deducible y no existir disposición alguna expresa que lo prohiba. Para la procedencia de los gastos, fuera de las limitaciones de ley sólo se exige que tengan relación de causalidad con la actividad productora de renta y en el caso la derogación solicitada por la empresa la tiene, como quiera que en desarrollo de sus actividades gravadas está obligada a cancelar aquel tributo que si no fue oportuno fue por motivos de orden financiero interno.

- Entiende que está comprobado con los libros y demás soportes contables, la adquisición de materia prima cueros salados, el ingreso de éstos a la empresa y el pago de los mismos al proveedor Frigorífico Vira Vira, por la suma de $25'282.000, de donde infiere no es procedente el rechazo de aquel costo. El hecho de que el proveedor hubiera omitido expedir la factura, dice, y de que la empresa le hubiera facilitado subsanar la omisión mediante "factura minerva", no es causal suficiente para su desestimación, como tampoco lo es que en la factura se hubiera registrado como proveedor al señor Miguel Angel Villegas en lugar de Frigorífico Vira Vira.

- Se muestra en desacuerdo igualmente con la desestimación de la provisión para cuentas por cobrar incobrables, por la suma de $12'415.647, porque no habiéndose hecho parte la sociedad en el proceso concordatorio preventivo obligatorio, decretado a la Hacienda Frigorífico Vira Vira S.A. por Auto OC-01519 del 7 de septiembre de 1988, proferido por la Superintendencia de Sociedades, empresa a quien se le pagó anticipos para adquisición de materias primas, no tiene derecho a intervenir en las deliberaciones, ni podrá intentar el juicio de quiebra u otro juicio para conseguir el pago de crédito alguno. Artículo 1917 del Código de Comercio.

- En cuanto al desconocimiento de las cuentas por pagar y a favor de Julio Acosta Bonilla y Andrés Sabogal Leiva, por valor de $36'648.162 rechazadas por carecer de documento soporte, letra o pagaré, arguye que no pueden ser desestimadas por esta razón, por cuanto no existe norma alguna que los exija como documentos necesarios para el perfeccionamiento del contrato de mutuo, según decir de los artículos 2212 y 2222 del Código Civil. Y en lo que se refiere a los intereses derivados de las mismas, tampoco son de la esencia de aquel contrato, por lo que las partes pueden o no acordarlos libremente.

- Finalmente y en lo que se refiere a la sanción por inexactitud impuesta a la sociedad, estima que ésta no es procedente de acuerdo a la definición que sobre la misma trae el artículo 647 del E.T. Se apoya en la sentencia proferida por esta Sección el 13 de marzo de 1989.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 22 de febrero de 1993, desatendió las pretensiones de la entidad demandante.

Esgrime el Tribunal que como la sociedad utiliza en su contabilidad el sistema de causación y la factura de Jorge Yepes es de diciembre de 1987, en este año y no en 1968 ha debido hacerse la contabilización de la compra de pieles y consecuentemente solicitarse la erogación, independientemente de la elaboración física de los inventarios. Y en lo que se refiere a los intereses por el pago extemporáneo del impuesto de industria y comercio, sostiene que la mora no es expensa necesaria para la producción de la renta sino una sanción por el retardo en el pago de la obligación tributaría.

De otra parte considera el *a-quo* que como para respaldar la contabilización de las compras por $ 25'282.000 fue la misma empresa adquirente la que expidió la factura, amén de que al registrarla se anotó un proveedor diferente al que figura en aquel documento, no es dable aceptar el costo porque además en el proceso no aparecen probadas las condiciones estipuladas en los artículos 1634 y 1635 del Código Civil que invoca el actor.

Por incumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 80 del Decreto 187 de 1975 y porque tampoco se ajusta a la ley la provisión del 100% efectuada por la empresa también inadmite la provisión para cuentas incobrables en cuantía de $12'415.647.

Finalmente mantiene el rechazo del pasivo a cargo por $ 36'648.162 y la sanción por inexactitud. El primero por falta de registros contables y la segunda porque ésta se impuso por solicitar deducciones, unas correspondientes a vigencias distintas y otras por improcedentes como lo son los intereses de mora.

DE LA APELACION

El apoderado de la sociedad discrepa de la sentencia porque, acepta como única prueba de los hechos lo expresado por los funcionarios visitadores en el Acta de inspección contable, hechos que posteriormente fueron reproducidos por la Administración con ocasión del requerimiento especial, la liquidación oficial de revisión y en la resolución que desató el recurso de reconsideración.

Con argumentos similares a los consignados en la demanda solicita se revoque la sentencia apelada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la empresa reclamante reitera lo expuesto en cada una de las etapas del proceso y el de la Administración Tributaria, los argumentos que le sirvieron de apoyo para proferir la liquidación oficial impugnada.

El Procurador Sexto Delegado ante la Corporación, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, solicita confirmar la sentencia apelada. Comparte la argumentación expuesta tanto por las Oficinas de Impuestos como por el *a-quo* para fundamentar el rechazo, de los costos, gastos y pasivos y también para mantener la sanción por inexactitud.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Decide la Sala los distintos puntos de inconformidad en el mismo orden en que fueron planteados por el actor, ante la jurisdicción.

1. COSTOS Y GASTOS DE OTRAS VIGENCIAS POR VALOR DE $ 4.340.000.

Interpretando los artículos 16 del Decreto 2053 de 1974, 1° y 33 del Decreto 187 de 1975, armónicos con el artículo 15 y siguientes del Decreto 2160 de 1986 es claro para la Sala que tanto los ingresos que obtenga una empresa, como los costos y gastos en que ésta incurra deben contabilizarse sobre la base de su causación.

En el caso que se atiende, la sociedad demandante efectuó compra de pieles a su proveedor Jorge Yepes Cadavid, según factura N° 30 de diciembre 31 de 1987, en consecuencia era en este período y no en el gravable de 1988 que ha debido registrarse contablemente y solicitarse la erogación, por cuanto fue en aquél y no en éste cuando surgió el hecho jurídico; la obligación de la cancelación.

No resulta válida la argumentación del actor respecto a que por prudencia sólo registró las 135 pieles efectivamente recibidas en 1987 y las restantes en 1988, por cuanto esto sería tanto como aceptar un sistema mixto de contabilización que además de no ser admitido ni legal ni contablemente, distorsiona los resultados financieros de la empresa. Además no existe ninguna demostración sobre el registro por número y valor en el inventario de fin de 1987 que como es sabido, constituye el inventario inicial de 1988. Sobre este aspecto y por tratarse de una compra de fin de año que se dice haber ingresado a inventario sólo parcialmente no hay ninguna aclaración.

SECCION CUARTA

La transacción con el proveedor se perfecciona en la fecha en que las partes convienen en cosa y precio (art.1857 C.C.) que coincide, como parte el impuesto sobre las ventas, en la fecha de la factura o documento equivalente (art. 429 E.T.). Si el número de pieles negociadas no fue acorde con la remisión que hizo el proveedor, la sociedad tuvo oportunidad de objetar la factura y consecuentemente con la nueva, efectuar los ajustes pertinentes o demostrar el registro de lo recibido en cada ejercicio, o cualquier otro sistema que la técnica contable tiene suficientemente establecidos para reflejar la historia fidedigna comercial de la empresa.

2. INTERESES POR MORA EN EL PAGO DE IMPUESTOS POR $ 416.793

La deducción de impuestos no corresponde al grupo de egresos calificados como "expensas necesarias para el negocio" sino a las que permite expresamente el legislador en consideración a principios de técnica fiscal, como el evitar impuesto sobre impuestos, evitar el traslado económico del impuesto y otros. Con el mismo criterio deben clasificarse los intereses pagados en razón de la mora en la cancelación de los impuestos: no forman parte de las expensas necesarias para producir la renta.

Tales intereses nacen con carácter forzado pero como una sanción por el incumplimiento de la obligación tributario, de ahí que su causación es distinta a la actividad productora de renta, así nazca de la obligación tributaria de ella.

Independientemente de la situación financiera y de los inconvenientes de orden económico que tenga la empresa, la mora en la cancelación de la obligación tributaria, tiene el carácter de sanción por incumplimiento de la ley y no de una expensa y por ello no se ha considerado como deducible.

Difieren sustancialmente aquellos intereses de los financieros que se originan en el desarrollo normal de una empresa comercial y a los que se refiere el artículo 117 del E.T. al establecer la deducción, previo cumplimiento de los presupuestos y requisitos allí señalados.

Como los intereses rechazado por la Administración a la contribuyente se originaron por el pago inoportuno del impuesto de industria y comercio al municipio de Soacha, tienen la naturaleza de una sanción, no deducible.

3. COMPRAS SIN SOPORTE NI CORRESPONDENCIA POR $ 25.282.000.

Como se anotó en el relato de los antecedentes administrativos, en la inspección practicada a los libros de comercio de la sociedad, los funcionarios visitadores detectaron dos irregularidades de tipo contable, respecto de la adquisición de materia prima. Primero, no estar respaldada por soportes de orden externo como quiera que el utilizado fue elaborado en forma Mínerva por la misma empresa, y sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 616, 617, 619 y 755 del varias veces mencionado Estatuto y segundo, que en aquel documento se registró como proveedor a uno distinto a quien se le hicieron los pagos.

Tanto en la vía gubernativa como ante la jurisdicción el actor se ha limitado a cuestionar el rechazo. Es decir, no ha presentado documento alguno que despeje las dudas y dé credibilidad al respecto. En cuanto al pago efectuado al señor Miguel Angel Villegas, no se ha demostrado la transacción celebrada con éste, ni la autorización para que aquél reciba el abono a nombre de Frigorífico Vira Vira; de donde resulta que subsiste la falta de correspondencia que debe existir entre el asiento contable y el comprobante que le sirve de apoyo, según lo prevé el artículo 59 del Código de Comercio.

Está pues de acuerdo la Sala con el Tribunal en que debe mantenerse el rechazo en cuestión.

4. PROVISION PARA CUENTAS INCOBRABLES $12.415.647

De conformidad con el artículo 61 del Decreto 2053 de 1974, hoy artículo 146 del E.T. "son deducibles para los contribuyentes que lleven libros de contabilidad por el sistema de causación, las deudas manifiestamente perdidas o sin valor que se hayan descargado durante el año o período gravable siempre que se demuestre la realidad de la deuda, se justifique su descargo y se pruebe que se ha originado en operaciones productoras de renta...".

"Se entiende por deudas manifiestamente perdidas o sin valor aquéllas cuyo cobro no es posible hacer efectivo por insolvencia de los deudores y de los fiadores, por falta de garantías reales o por cualquier otra causa que permita considerarlas como actualmente perdidas, de acuerdo con una sana práctica comercial" (art.79 del D.R. 187 de 1975).

Para que esta erogación sea procedente se requiere que el solicitante satisfaga los presupuestos establecidos en el artículo 80 del Decreto citado, entre los cuales está, que se demuestre la realidad de la deuda, se justifique su

descargo, y se haya tenido en cuenta al computar la renta declarada en años anteriores, o que se trate de créditos que hayan producido rentas denunciadas en tales años.

En el presente caso advierte la Sala que además de que fue la misma contribuyente reclamante la que elaboró en forma Minerva la factura de compra a su proveedor Frigorífico Vira Vira S.A. , como se anotó en el punto anterior, y en la cual se sustenta la deuda cuya deducción solicita el actor, este no efectuó ninguna diligencia tendiente a su cobro. El mismo acepta no haberse hecho parte dentro del proceso concordatario seguido a la proveedora, debido a las pocas posibilidades de recuperar el crédito.

Es evidente también según se establece en el Acta contable y lo respalda la compañía con sus explicaciones, que se trató de una cargo de proveedores por anticipos sin que se hubiere despachado la mercancía comprada que, si bien guarda relación con la actividad productoras de renta, no concuerda con el origen de las que la ley permite mediante castigo total o mediante provisiones que son aquéllas originadas en venta de mercancía a crédito y que por tal razón en su oportunidad fueron sometidas a impuesto. Tal es el sentido de la expresión "operaciones productoras de renta" utilizada por la ley.

El tratamiento contable y tributario al faltante de mercancía pagada y no despachada por el proveedor es completamente distinto. Como valor de "compra" juega en los costos y el faltante físico en inventarlos por no haber ingresado nunca queda automáticamente reconocido al determinar el costo, bien por juego de inventario y con mayor razón cuando se llevan inventarios permanentes.

En síntesis, no se encuentran satisfechos los presupuestos legales y técnicos para acceder a la pretensión. Pero además, como dice el Ministerio Público: "es inaceptable que contable y fiscalmente se le dé de baja al monto de los anticipos hechos al proveedor HACIENDA FRIGORIFICO VIRA VIRA sin haber intentado el trámite de cobro e invocado solamente las dificultades económicas de esa empresa y, sin probar la realidad de esos hechos, ni demostrar que ellos hubieran desencadenado en una declaratoria de quiebra o en la liquidación definitiva de aquélla".

5. OBLIGACIONES POR PAGAR SIN SOPORTE $ 36.648.162

La Sala está de acuerdo con el *a-quo*. La desatención de las disposiciones contables, comerciales y tributarias hacen improcedente el pasivo solicitado por la compañía por la suma de $36'648.162, a favor de Julio Acosta Bonilla y

Andrés Sabogal Leiva, por concepto de dineros que ingresaban a la misma y sobre los cuales no se ha demostrado la existencia de documentos soportes.

Según acta resultante de la visita contable, con oficio de julio de 1989, a la sociedad se le requirió para que presentara la totalidad de los documentos que sirvieron de base para registrar las transacciones contables, pero en respuesta a aquél el Gerente de la Compañía se limitó a contestar "...que el archivo de la sociedad incluyendo los documentos citados han estado y están a su disposición, ya que en la práctica comprende todo el archivo".

Sobre el particular los visitadores observaron: Si bien es cierto que estuvieron a disposición los libros y documentos que conforman la contabilidad por el período motivo de la verificación, no se encontraron en ellos los cuestionados. De otra parte observan " ... que la compañía en un porcentaje representativo que puede llegar al 90% elabora los soportes (facturas) correspondientes a la compra de materia prima.....".

Durante todo el proceso gubernativo y después ante la Jurisdicción, el actor ha sostenido que lo que se tipificó en el caso fue un contrato de mutuo, queriendo significar que se perfecciona con la entrega de la cosa. Es decir, que basta la entrega del dinero para que se repute perfecto; sin que pueda desconocerse entonces aquel pasivo por el hecho de no existir letra o pagaré que lo respalde porque hay un hecho cierto que admite la Administración que los dineros efectivamente ingresaron a la sociedad.

Con fundamento en el artículo 283 del E.T. la Sala en principio ha exigido la prueba mediante documento de fecha cierta, con el debido pago del impuesto de timbre, para el reconocimiento de las deudas a cargo del contribuyente, cuando éste no está obligado a llevar libros de contabilidad. Pero cuando se trate de comerciantes no se exige la comprobación de la autenticidad y fecha cierta de los documentos privados que forman parte de la contabilidad, como comprobantes externos pues en tal evento prevalecen las normas sobre valor probatorio de la contabilidad.

Pero esa no fue la situación presentada en el caso que se resuelve, puesto que la sociedad en ninguna de las etapas procesales ha presentado soporte externo alguno que contenga la fecha de expedición, número de serie, detalle, valor y forma de pago si fuere pertinente (art.1° Dcto.1495 de 1978). En la demanda hace referencia a los recibos de caja, pero sobre ellos no informa los requerimientos del citado artículo, motivo por el cual, la Sala estima, como el *a-quo*, que es inmodificable la decisión.

SECCION CUARTA

6. SANCION POR INEXACTITUD

De acuerdo con lo previsto por el artículo 647 del Estatuto Tributario, constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, entre otros el hecho de omitir ingresos, incluir costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, y en general la utilización en aquellas denuncias de datos falsos, EQUIVOCADOS, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto, o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente.

En el caso en cuestión, la sanción se aplicó porque la sociedad solicitó como costo, por compras efectuadas en 1987, por valor de $ 4'340.000, y una deducción por intereses moratorias por la suma de $ 416.793 datos equivocados que dieron lugar a un menor impuesto a pagar por la sociedad. Consecuentemente es viable mantener la sanción, si además se tiene en cuenta que en la visita contable quedó demostrado que la contabilidad en buena parte está respaldada en soportes elaborados por la propia contribuyente, que no reúnen los requisitos previstos por la ley.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de febrero de 1993, en el Juicio N° 8525.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano* (ausente), *Consuelo Sarria Olcos*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

FACTURA CONSULAR / FACTURA COMERCIAL IMPUESTO DE TIMBRE

En el caso de la factura consular extensamente regulada entre otras por los Artículos 409 a 425 de la ley 7a de 1931, el impuesto de timbre se causaba conforme a lo dispuesto por el artículo 232 del Decreto 444 de 1967, "en el momento de otorgarse el registro de importación" mientras que en el las facturas comerciales, la causación operaba por la simple presentación de facturas comerciales, la causación operaba por la simple presentación de éstas; los eventos en los que no se requería la presentación de factura consular y, consiguientemente, las comerciales se constituían previsibles elementos generadores del timbre, se hallaban igualmente contemplados en los artículos 409 y 416 de la citada Ley 79 de 1931.

FACTURA COMERCIAL / IMPUESTO DE TIMBRE

El "impuesto sobre legalización de la Factura consular" carecía de causa material, sencillamente por haberse eliminado expresamente tal documento; y de causa jurídica, porque la supresión de éste implicaba la derogación del numeral 34 del art. 14 de la Ley 29 de 1976, de suerte que no podía causarse, como había dicho la fracción del reglamento anulada, "con la presentación de la aduana de la factura comercial", Suprimida la factura consular y de suyo el timbre del 1% que se generaba por su "legalización" en adelante solo era susceptible de causarse en materia de dicho timbre, el previsto en el numeral 37 del art.14 citado, en consonancia con los artículos 12 y 32 *in fine*, del Decreto 608 de 1981, esto es, el proveniente de la "presentación de facturas comerciales ante las autoridades aduaneras".

SECCION CUARTA

IMPUESTO DE TIMBRE - Procedencia / FACTURA COMERCIAL / PAGO - Repetición

Si la demandante no niega haber presentado facturas comerciales ante las autoridades aduaneras dentro del trámite de importación, necesariamente admite la causación del impuesto de timbre sobre aquellas, de donde la pretensión de que se le restituya lo que legalmente debía, resulta absolutamente carente de fundamento, pues es evidente, a términos del artículo 2313 del Código Civil, que para que tuviera derecho a repetir lo pagado, tendría que probar que no debía. El hecho de que la Administración hubiera aducido un concepto erróneo del pago, con base en un reglamento igualmente erróneo, no liberaba a la deudora de la carga tributaria real, o que se encontraba vigente, ni la autorizaba a que"eligiera" la deuda que quería pagar.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D.C. veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Dra Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 4926. Apelación sentencia de abril 2 de 1993 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de timbre pagado dentro de los trámites de importación de equipos entre Mayo de 1981 y Junio de 1983. Actor: FABRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. "COLMOTORES". FALLO.

La FABRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A., COLMOTORES S.A., la actora, apela de la sentencia de primer grado, de 2 de abril de 1993, desestimatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto de timbre por importaciones realizadas entre mayo de 1981 y junio de 1983, promovido contra las resoluciones No. 780024 de 28 de febrero de 1990 y No. 00006 de 8 de febrero de 1991, expedidas por las unidades de recaudo y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá, por las que se denegó la devolución del impuesto y decidió el recurso existente.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES:

La pretensión de devolución, relativa a depósitos del impuesto de timbre en el Banco de la República, en cuantía de $ 69.056.020, "por concepto, de derechos consulares (...) sobre las facturas comerciales correspondientes a material CKD importado", fue rechazada, por la primera de las mencionadas providencias, por insuficiencia de la prueba documental aducida, ya que las facturas consulares mencionadas en la solicitud, no aparecían especificadas, "en el recuadro correspondiente" (de los manifiestos de importación), ni los certificados de depósito por derechos consulares obraban anexos, por lo que no se podían establecer, la realidad y el concepto del pago".

La actuación fue confirmada íntegramente en la vía gubernativa, pues, aunque la unidad de recursos tributarios admitió que el artículo 2° del decreto 608 de 1981 había eliminado la factura consular, sostuvo que, conforme a lo dispuesto por el artículo 3o. *ibídem* ("los impuestos que actualmente se causan en virtud de la factura consular, continuarán vigentes y su producto se destinará para los fines dispuestos en las normas respectivas"), que rigió durante el lapso de mayo de 1981 a junio de 1983 a que aludía la solicitud, el impuesto debía seguir pagándose, "Mediante la factura Comercial",. que había reemplazado a la consular, no habiendo sido afectado el citado decreto 608 por el fallo del Consejo de Estado invocado por la peticionaria (sentencia "del 16 de mayo de 1983").

LA DEMANDA:

Parte del supuesto de hecho de que, "la realidad y el concepto del pago" no son materia de *litis*, por así haberlo reconocido expresamente la resolución del recurso gubernativo.

Dice violados, del decreto 608 de 1981, los artículos 2°, por falta de aplicación, y 3°, por interpretación errónea; el 175 del decreto 01 de 1984, sobre el efecto de la sentencia de nulidad, y el 43 de la Constitución, sobre la facultad impositiva.

Explica, que lo que, en resumen, pretende la Administración, es que el timbre por legalización de facturas consulares, previsto por el artículo 14, numeral 34, de la ley 2a. de 1976, siguió vigente, pese a haberse suprimido tales facturas por el artículo 2° del decreto 608 de 1981, causándose por la presentación de facturas comerciales, suposición contraria a las indicadas normas de este decreto y que desconocería el alcance dado por el Consejo de Estado a las mismas, en sentencia de 16 de Mayo de 1983, que resolvió la demanda de nulidad promovida contra algunas disposiciones del Reglamento General de Aduanas 341 de 1981,

de las cuales fue anulado el literal f) del ordinal 2 del artículo 1° por violatorio del artículo 3° del decreto 608 de 1981 y del 43 de la Constitución.

Prosigue, que dicho numeral f) exigía anexar al manifiesto de importación, los comprobantes de pago, ante el Banco de la República, del impuesto sobre legalización de la factura consular previsto por el artículo 14-34 de la ley 2a. de 1976, y preveía que tal impuesto se siguiera causando con la presentación, a la aduana, de la factura comercial, a términos del artículo 3° del decreto 608 citado.

A esto habría dicho el Consejo de Estado, que suprimida la factura consular por el artículo 2° *ibídem* y habiendo dispuesto el inciso 2° del artículo 3° *ibídem*, que para cualquier efecto fiscal la factura comercial reemplazaría a la consular, se deducía que aquélla sí podía causar el impuesto, según el decreto 608, lo que estaba en consonancia con el artículo 14, numeral 37, de la ley 2a. de 1976 ("causan impuesto de timbre nacional (...), la presentación de facturas comerciales ante las autoridades aduaneras, cuando no se presenten como anexos de las consulares y el requisito de presentación sea necesario"), pero que la referencia de este mismo artículo, en sus numerales 35 y 36, a las facturas consulares, era inocua, pues regulaban algo inexistente, concluyendo igualmente, "que el numeral 2° del literal f) del artículo 1° acusado, debe ser anulado por violación del artículo 3° del decreto 608 de 1981, puesto que está reviviendo una clase de facturas, la consular, que fue suprimida por esta norma superior; y además, por violación del artículo 43 de la Constitución Nacional, puesto que está trasladando a la factura comercial un impuesto desaparecido. El hecho de que el artículo 3° del decreto disponga que para todos los efectos fiscales la factura comercial reemplaza a la consular, no quiere decir que se pueda trasladar a la comercial la causación de la consular, sino que ésta y su impuesto desaparecen, para quedar solamente el impuesto sobre la factura comercial establecido expresamente por el numeral 37 del artículo 14 de la ley 2a. de 1976 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de mayo de 1983, Consejero Ponente, Dr. Roberto Suárez Franco, expediente No.3948)".

En el fallo sería claro, pues, que desaparecido el impuesto sobre legalización de facturas consulares, por eliminación de éstas, no se podía revivirlo, aplicándolo a las facturas comerciales, como lo había intentado el numeral 2° del literal f) del artículo 1° del reglamento de aduanas en cuestión, razón de su anulación; y que como la interpretación que, en el caso, acogió la resolución del recurso gubernativo impugnado, era "exactamente igual" a la del reglamento anulado ("al querer trasladar a la factura comercial la causación del impuesto sobre la factura consularo"), se debe anular igualmente ésta.

Agrega, que por las importaciones realizadas bajo la vigencia del aludido reglamento, la sociedad, "pagó el impuesto de timbre por la legalización de facturas consulares a que se refería el numeral 34 del artículo 14 de la ley 2a. de 1976, impuesto que, en su, época, y por virtud de la norma posteriormente anulada, se causaba por la simple presentación ante la aduana de las facturas comerciales".

Asímismo, que la sociedad, por las importaciones dichas no había pagado ningún otro impuesto "por la presentación de facturas comerciales", pues el específicamente aplicable por la presentación de éstas, contemplado por el numeral 37 del artículo 14 de la ley 2a. de 1976, nunca le fue exigido, por existir "una norma especial, pero a la postre ilegal, que había trasladado a dicha factura comercial el impuesto de timbre que se causaba sobre la consular de conformidad con el numeral 34 del artículo 14 de la ley 2a. de 1976...."; y que resultaría claro que los impuestos establecidos en los numerales 34 y 37 del mencionado artículo 14, tenían hechos generadores totalmente diferentes, no pudiendo afirmarse que anulada la comentada disposición del reglamento de aduana, "las sumas injustamente pagadas deben aplicarse al impuesto establecido en el numeral 37".

El hecho generador del impuesto que pretendió revivir el reglamento, sería la legalización de las facturas consulares, mientras que el del numeral 37, lo sería la presentación ante la aduana de las facturas comerciales, que no se hubieran presentado como anexos de las facturas consulares, y cuando el requisito de la presentación fuera necesario, tratándose de dos formas de causación del impuesto, "en situaciones completamente distintas, con hechos generadores completamente disímiles y que por lo tanto deben seguir un proceso de determinación completamente independiente", como lo habría aceptado la Administración en el Concepto DIN No. 1138 de 15 de enero de 1986, algunos de cuyos apartes se transcriben.

Concluye haberse demostrado que COLMOTORES hizo el pago del impuesto por la legalización de facturas consulares, conforme al numeral 34 del artículo 14 citado, cuyo hecho generador se había trasladado ilegalmente, por el reglamento de aduanas, a la presentación de la factura comercial, pero que, anulado éste por el Consejo de Estado, en sentencia que producía efectos retroactivos, había lugar a la devolución de los impuestos indebidamente pagados, no habiendo sido aforado el impuesto a la sociedad, que sería el único medio de su recaudo, como se, habría considerado en el concepto DIN aludido.

SECCION CUARTA

LA SENTENCIA APELADA:

Sostiene que, desaparecida la factura consular por disposición del artículo 2° del decreto 608 de 1981, "quedó igualmente sin efecto el impuesto de timbre del 1° que sobre la misma contemplaba el ordinal 34 del artículo 14 de la ley 2a. de 1966 (sic)", por lo que, "no se podía trasladar a la factura comercial el impuesto de timbre que causaba la factura consular, como pretendió hacerlo el artículo declarado nulo por el H. Consejo de Estado", pero que, "de todos modos, el artículo 3 del decreto 608 de 1981 dejó vigente la factura comercial, la cual para efectos fiscales, reemplaza la factura consular..."

Concluye que sí, como en el caso, se pagó un impuesto de timbre por derechos consulares, "al pago debe forzosamente imputarse al impuesto de timbre sobre la factura comercial presentada, según lo previsto en el numeral 37 del artículo 14 de la ley 2a. de 1966 (sic) ("2° del valor neto FOB de la mercancía amparada por cada factura"), esto es, que fiel impuesto de timbre cancelado (sic) por la sociedad actora debe entenderse como causado por la factura comercial a que se refiere el libelo introductorio y por ende no tiene aquélla derecho a la devolución pretendida....".

EL RECURSO DE APELACION:

Repite, que el cuestionado derecho se sustenta en que la norma que fundamentaba el pago, fue anulada por el Consejo de Estado, que dijo ilegal la aplicación a las facturas comerciales del impuesto creado para las facturas consulares, suprimido por la ley, resultando equivocada la interpretación hecha de la sentencia anulatoria y completamente gratuítas las conclusiones que se dice hallar en ésta, pues la misma sería clara en cuanto a que no se podía trasladar a la factura comercial el impuesto que causaba la factura consular.

Se pregunta, si el Tribunal no está obrando en la misma forma censurada por el Consejo de Estado, cuando anuló la fracción acusada del reglamento de aduana, o si existe diferencia entre trasladar repudiado por la sentencia anulatoria, e "imputar, acogido sin problemas por el Tribunal".

Agrega, que la razón del pago cuya devolución se pretende, "fue la existencia del ordinal 1°, literal f), del artículo 1° del Reglamento General de Aduanas N° 341 de 1981, que señaló, ilegalmente, que las facturas comerciales debían cancelar (sic) el impuesto de timbre previsto para las facturas consulares, el cual había sido suprimido", no habiendo manifestado jamás, la contribuyente, hacer el pago conforme al numeral 37 del artículo 14 de la ley 2a. de 1976, porque el reglamento de aduanas que regía entonces, no lo preveía, de modo que se habría pagado, "sobre facturas comerciales, el impuesto previsto en la

ley para las facturas consulares, porque a pesar de haber sido legalmente suprimido, el Reglamento General de Aduanas la obligó" (a la contribuyente).

En el alegato de conclusión, se expresan ratificados los argumentos de la sustentación del recurso de apelación.

ALEGATO DE LA DEMANDADA:

Resalta que, si bien el artículo 2° del decreto 608 de 1981 suprimió la factura consular, a continuación dispuso que los impuestos que se causaban en virtud de ésta, continuaban vigentes y se destinarían a los fines dispuestos en las normas respectivas, y también, que para todo efecto fiscal, la factura comercial reemplazaría a la suprimida, de lo cual se deduciría que el impuesto que se causaba en la factura consular, se había trasladado a la comercial, debiendo pagarse el mismo por la contribuyente para hacer sus importaciones ("de material CKD"), y que los pagos realizados por ésta solo significaban el cumplimiento de un deber legal, por lo que mal se podría pretender su devolución, con base "en una equivocada interpretación de los alcances de la sentencia de nulidad" de algunas de las disposiciones del Reglamento General de Aduanas mencionado.

Añade, que la afirmación de que los pagos se hubieran realizado con fundamento en una norma anulada, es equivocada, "por que desconoce que los pagos se efectuaron en virtud de las disposiciones establecidas por el decreto 608, independientemente de las formalidades establecidas por el Reglamento General de Aduanas (...). Es claro, entonces, que lo que se anuló fueron algunas de (las) formalidades (del reglamento) pero nunca el impuesto establecido, no por éste, sino por el Decreto reseñado, en virtud del reemplazo de la factura consular por la comercial....".

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Señora Procuradora Sexta Delegada, se pronuncia por la confirmación del fallo recurrido, encontrándolo acertado.

Estima, al respecto, que la sentencia que anuló el inciso 2° del literal f) del artículo 1° del Reglamento General de Aduanas, "tiene el sentido de que no es posible gravar las facturas comerciales 2 veces por razón del mismo impuesto, ante la circunstancia de haberse suprimido la factura consular, que era el documento necesario para la legalización de la mercancía desde la ley 79 de 1931, quedando por lo tanto vigente tan solo el impuesto del 2% que causa la factura comercial al ser presentada"; y que al pagar el importador el 1% del impuesto de timbre, erróneamente clasificado "como aplicable a una factura

consular inexistente, es necesario entender que el pago hecho tiene que abonarse al impuesto de timbre causado por la presentación de la factura consular, quedando pendiente por recaudar el 1% para completar el total del impuesto de timbre causado por la factura comercial...."; igualmente, que pretender la devolución de lo pagado, significaría que la contribuyente quiere eximirse totalmente del pago del impuesto correspondiente a las facturas comerciales, "lo cual contraría la equidad, el derecho a la ley, por cuanto no se puede perder de vista que la suma pagada corresponde a la parte de un impuesto que tiene la misma naturaleza del establecido para la factura consular....".

LA SALA CONSIDERA:

El sistema normativo de la ley 2a. de 1976 preveía, en los numerales 34 y 37 del artículo 14, respectivamente, la causación del impuesto de timbre por la «legalización de facturas consulares (a la tasa del 1% del "valor neto FOB de la mercancía amparada por cada factura") y la presentación de facturas comerciales ante las autoridades aduaneras cuando éstas no obraran como anexos de las consulares y su presentación constituyera un requisito (a la tasa del 2% del "valor neto FOB de la mercancía amparada por cada factura").

Como bien lo advierten las partes, se trataba de hechos generadores diferentes, dado que, en el caso de la factura consular, extensamente regulada, entre otras, por los artículos 409 a 425 de la ley 79 de 1931, el impuesto de timbre se causaba, conforme a lo dispuesto por el artículo 232 del decreto 444 de 1967, "en el momento de otorgarse el registro de importación", mientras que en el de las facturas comerciales, la causación operaba por la simple presentación de éstas; los eventos en los que no se requería la presentación de factura consular y, consiguientemente, las comerciales se constituían en previsibles elementos generadores del timbre, se hallaban igualmente contemplados en los artículos 409 y 416 de la citada ley 79 de 1931.

Así las cosas, desde la promulgación del decreto 608 de 1981 (Diario Oficial No. 35729, marzo 26 de 1981), a quienes importaran "mercancía a la República de Colombia" solo les era exigible la presentación, por disposición de su artículo 1° de "la factura comercial correspondiente ante las autoridades aduaneras competentes"; más explícitamente, el artículo 2° *ibídem* dijo; "Suprímese la factura consular establecida en la ley 79 de 1931", y el inciso último del artículo 3°, dispuso que para todos los efectos fiscales, la factura comercial reemplazaría a la factura que se suprime por el presente decreto".

No cabe duda, pues, de que, en vigor el decreto 608 de 1981, no solamente no era exigible la presentación de facturas consulares, sino que, obviamente, no podía causarse, en razón de las mismas, el impuesto de timbre que generaban;

esto, sin embargo, es estrictamente cierto solo respecto del impuesto del 1% que fijaba el numeral 34 del artículo 14 de la ley 2a. de 1976, por la "legalización" de la factura, no así respecto del que se tenía previsto en los numerales 35 y 36 del mismo artículo 14, a saber, el original de cada factura consular" y "y cada copia extra de facturas consulares", pues era perfectamente previsible que tanto el original como las copias de las facturas en cuestión, producidas, naturalmente, antes de empezar a regir el decreto 608 de 1981, se requirieran para algún efecto posterior, como el de servir de medio de prueba.

Ello explica, por qué el inciso 1° del artículo 3° *ibídem*, dice que "los impuestos que actualmente se causan en virtud de la factura consular, continuarán vigentes y su producto se destinará para los fines dispuestos en las normas respectivas"; y también, por qué esta Corporación anuló el numeral 2 del literal f) del artículo 1° del decreto 341 de 30 de marzo de 1981 (contentivo del Reglamento General de Aduanas), según el cual, al manifiesto de importación se debía acompañar el comprobante de depósito provisional para el pago del «impuesto sobre legalización de la factura consular previsto en la ley 2a. de 1976, el cual se causará con la presentación a la Aduana de la factura comercial, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 608 de 1981 ...".

El "impuesto sobre legalización de la factura consular", carecía de causa material, sencillamente por haberse eliminado expresamente tal documento; y de causa jurídica, porque la supresión de éste implicaba la derogación del numeral 34 del artículo 14 de la ley 2a. de 1976, de suerte que no podía causarse, como había dicho la fracción del reglamento anulada, con la presentación a la aduana de la factura comercial".

Suprimida la factura consular y, de suyo, el timbre del 1% que se generaba por su "legalización", en adelante solo era susceptible de causarse, en materia de dicho timbre, el previsto en el numeral 37 del artículo 14 citado, en consonancia con los artículos 1° y 3°, *in fine*, del decreto 608 de 1981, esto es, el proveniente de la "presentación de facturas comerciales ante las autoridades aduanera", como acertadamente lo observa la Procuraduría, y, eventualmente, el antes aludido, contemplado en los numerales 35 y 36 del mismo artículo 14 de la ley 2a. de 1976, por la presentación de originales o copias de las extinguidas facturas consulares, pero, en todo caso, no en el trámite ordinario de la importación, pues no subsistía norma alguna que así lo dispusiera.

Ahora bien, frente a las pretensiones de la actora, la Sala no encuentra que en el proceso obre prueba alguna de que el impuesto de timbre cuya devolución reclama se hubiera causado por la legalización de facturas consulares; es que si los timbres en cuestión se dicen pagados, "en el lapso comprendido entre mayo de 1981 y junio de 1983", es decir, en un período en el que ya no

eran exigibles las facturas consulares, tampoco era físicamente posible que se presentaran tales facturas como requisito de la importación, luego, es absolutamente incontrovertible que el impuesto recaudado en primera instancia por el Banco de la República, tenía como causa jurídica la presentación, por la importadora, de las facturas comerciales relativas a la mercancía que pretendía nacionalizar, así el importe total del recaudo, no cubriera sino una parte del impuesto debido.

La circunstancia de que en los comprobantes de depósitos, expedidos por el Banco de la República, se digan efectuados éstos por concepto de "derechos consulares", no es más que una afirmación ligera, carente de respaldo fáctico o jurídico, pues a tiempo de la expedición de los comprobantes no existían ya tales "derechos"; se trata de un defecto de forma, tal vez inducido por el erróneo criterio del reglamento de aduana anulado, que en modo alguno desvirtúa la materialidad del hecho de que la causación del impuesto pagado, había tenido lugar exclusivamente por la presentación de facturas comerciales a la autoridad aduanera; tampoco demuestra el supuesto de que el timbre pagado lo hubiera sido por concepto de "legalización de facturas consulares" que se hubiera "trasladado" a las facturas comerciales, sencillamente porque, como se dijo antes, no obran, ni podían obrar, en el proceso dichas facturas consulares, ni se ha demostrado procedimiento de "legalización" de ninguna clase ante funcionario consular colombiano alguno.

El artículo 1626 del Código Civil, dice del pago, que es "la prestación de lo que se debe", y el 1627 *ibídem*, que el mismo debe hacerse, "en conformidad al tenor de la obligación".

Si la demandante no niega haber presentado facturas comerciales ante las autoridades aduaneras dentro del trámite de la importación, necesariamente admite la causación del impuesto de timbre sobre aquéllas, en los términos del artículo 14, numeral 37, de la ley 2a. de 1976, en conexión con los artículos 1° y 3°, i fine, del decreto 608 de 1981, de donde la pretensión de que se le restituya lo que legalmente debía, resulta absolutamente carente de fundamento, pues es evidente, a términos del artículo 2313 del mismo ordenamiento civil, que para que tuviera derecho a repetir lo pagado, tendría que probar que no debía.

El hecho de que la Administración hubiera aducido un concepto erróneo del pago, con base en un reglamento igualmente erróneo, no liberaba a la deudora de la carga tributaria real, o que se encontraba vigente, ni la autorizaba a que "eligiera" la deuda que quería pagar.

En conclusión, no está llamado a prosperar el recurso.

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

FALLA :

Confírmase la sentencia apelada.

Los Doctores MICHAEL ANDERSON GOMEZ y LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS tienen personaría para obrar, respectivamente, en nombre de la parte demandante y de la parte demandada, en los términos en los que, al primero, se sustituye poder, y, al segundo, se otorga.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los Consejeros,

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano,* (ausente)*; Consuelo Sarria Olcos*

Carlos Alberto Florez Rojas, Secretario

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO / SUJETO PASIVO / MATERIA IMPONIBLE / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La venta de mercancías en principio es actividad "comercial", salvo cuando se trate de la venta de las mercancías producidas por el mismo sujeto o persona, pues siendo "industrial" su actividad continúa siéndolo, como lo ordena la salvedad hecha por el art. 35 de la Ley 14 de 1983 al describir las actividades comerciales. La interpretación de este parte final del art. 35 y las definiciones de actividad industrial y de servicio dadas en los arts. 34 y 36. indican que la comercialización de sus productos hecha por el industrial en la sede fabril, al por mayor o al por menor, no se convierte en actividad comercial sino que conserva su nota característica de ser industrial. Es decir habiendo tomado la ley como medida del gravamen el producto de las ventas, no por ello convierte en comercial la actividad de quien las fabrica.

ACTIVIDAD INDUSTRIAL / ACTIVIDAD COMERCIAL / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Para los efectos de la labor de interpretación de la Ley 14 de 1983 no se considera acertado separar la "venta" como un hecho aparte distinto de la "producción" para justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas por el mismo sujeto. La venta del producto es la culminación del proceso económico del industrial, pero no es actividad adicional o diferente de la fabricación del mismo. El producir por producir no es actividad industrial en sentido económico o fiscal; la actividad es industrial y la medida del

impuesto adoptada por el legislador es la venta de productos, pero ello no significa que de industrial que es, lo convierta en comercial.

Consejo de Estado-Sala de lo contencioso administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 4960. ACTOR: LEGISLACION ECONOMICA S.A. Apelación de la sentencia del 26 de marzo de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Industria y Comercio 1986 Vigencia 1987. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado Judicial de la actora contra la sentencia del 26 de marzo de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para un pronunciamiento de fondo en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad LEGISLACION ECOMONICA S.A. contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de industria y comercio a cargo para el año fiscal de 1986, vigencia de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó la declaración de industria y comercio correspondiente al ejercicio gravable de 1986, el dia 6 de mayo de 1987, liquidó privadamente el impuesto anual de industria y comercio en $8.014.657, que determinó sobre una base gravable por actividad industrial de $2.003.664.204, avisos y tableros en $1.202.199, y el recargo anual establecido por el parágrafo artículo 8° del Acuerdo 7 de 1986, del Concejo de Bogotá y solicitó deducciones por $75.716.502.

Mediante el requerimiento No. 139 de junio 20 de 1989 la Dirección Distrital de impuestos solicitó a la contribuyente la demostración del monto de los ingresos brutos obtenidos durante 1986, comprobar deducciones por $75.716.502 y los ingresos no incluídos en la base gravable por $46.125.131 y posteriormente, el 22 de agosto practicó visita administrativa.

Oída la respuesta al requerimiento la Dirección de impuestos Distritales, practicó la liquidación oficial del impuesto de industria y comercio N°. 1203 del 16 de diciembre de 1988, mediante la cual modificó la liquidación privada de la

sociedad contribuyente, imponiéndole adicionalmente la obligación de tributar sobre el 50% del total de ingresos declarados en el Código 12, incrementó la base gravable en la suma de $46.125.131, con fundamento en el artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, reliquidó el valor del parágrafo transitorio, modificó el de avisos y tableros e impuso sanción por inexactitud.

Contra dicho acto administrativo, la contribuyente interpuso el 13 de enero de 1989 el recurso de reposición y subsidiario de apelación, alegando la nulidad de la liquidación por imponerle la obligación de tributar adicionalmente sobre el 50% de los ingresos brutos por la actividad industrial, en contravención a lo dispuesto en la Ley 14 de 1983 que estableció como tope de tributación el 100% de los ingresos brutos y que por lo tanto no podía el Concejo Municipal determinar una base superior y que tampoco podía incrementarse la base gravable con los ingresos de $46.125.131, por corresponder a ventas de activos fijos, CERT y diferencia en cambio por ventas de exportación y reclamó la improcedencia de la sanción por inexactitud.

La Dirección de impuestos Distritales mediante la Resolución 496 del 2 de junio de 1989, modificó el acto administrativo recurrido únicamente en cuanto a la no determinación del 1%, con base en el parágrafo transitorio, toda vez que habia suspendido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Concedida la apelación subsidiariamente interpuesta, ésta fue fallada por la Junta Distrital de Hacienda que mediante la Resolución 036 de 1990, modificó la resolución recurrida para reconocer $979.736.34 por concepto de diferencia en cambio por exportaciones pero no al valor de $1.287.734.61 al estimar que por provenir de diferencia en cambio por reintegro de viajeros, redención de certificados de cambio y de dólares depositados en el Banco de Nueva York, no podían considerarse exportaciones, admitió en resumen deducciones por valor de $8.148.267.45 así:

CERT's	$ 1.401.640.12
Corrección monetaria	$ 3.265.305.65
Ajuste en cambio por exportación	$ 979.736.34
Utilidad en venta de activos fijos	$ 2.141.585.34

LA DEMANDA

Acudió la contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación por parte de los actos acusados de los artículos 26 y 33 de la Ley 14 de 1983 y 16, 24, parágrafo 1°, 53 y 64 del Acuerdo 21 de 1983 del Distrito Especial de Bogotá.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró inepta la demanda y se inhibió para conocer de las suplicas formuladas al considerar que la actora no habia acompañado al libelo demantario el acuerdo municipal que invocó transgredido por el acto administrativo.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela el fallo inhibitorio por considerar:

1.- Que se violó el derecho fundamental al debido proceso, y acusa al Tribunal de no haber dado oportunamente aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil para declarar la nulidad del proceso antes de dictar sentencia.

Estima que además se violó el debido proceso, al no habérsele dado el trámite de adición a la demanda al memorial presentado dentro del término de fijación en lista, en el cual se requería al magistrado conductor del proceso para que solicitara las copias de las normas de carácter local, conforme lo establecían los artículos 139 inciso 4°, 141, 207 numeral 5° y 208 del Código Contencioso Administrativo, normas que por ser de carácter nacional, no estaba obligado a citar como fundamento de su adición a la demanda, porque esta norma debió ser interpretada y aplicada por el magistrado.

Que además, el Tribunal se basó en una simple inferencia, una suposición de que se trataba de solicitud de pruebas para negar la solicitud, anteriormente formulada olvidando que la ley permite que con la adición a la demanda se soliciten las pruebas o se aporten las anunciadas en la misma. Cita en apoyo el salvamento de voto de la doctora María Inés Ortiz Barbosa.

2.- Que la sentencia viola el derecho fundamental del acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitucional Nacional y 169 del Código Contencioso Administrativo que prohíben las sentencias inhibitorias en el proceso contencioso administrativo, pues acceso a la justicia no solo significa presentar demandas y acciones, sino que el juez falle de fondo sus pretensiones o las excepciones planteadas, porque significa lo mismo no poder iniciar un trámite Judicial que iniciarlo para que al cabo de un tiempo el juez decida que no puede fallar de fondo por la existencia de vicios procesales, que podían haberse evitado bien al momento de admitir la demanda o bien aplicando las disposiciones que exigen que un juez participe del proceso cuya finalidad es garantizar la prevalencia del derecho sustancial sin que se viole el derecho procesal.

SECCION CUARTA

Estima que una vez admitida la demanda el fallo debió ser de fondo y no inhibitorio como lo exige el artículo 229 de la Carta Política.

Píde se de aplicación al artículo 214 numeral 3° del Código Contencioso Administrativo y se soliciten a la Secretaria del Concejo de Bogotá la fotocopia autenticada de los Acuerdos 21 de 1983, 90 de 1985 y 70 de 1986, ya que estima que en el proceso se presenta la causal de fuerza mayor por las razones expuestas en el cargo primero.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes no presentaron en esta oportunidad alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como en repetidas oportunidades lo ha reiterado la Sala el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo dispone: "si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente". Es decir, la ley trata las normas de carácter local como hechos sujetos a pruebas y frente a esta categórica disposición, no es dable al juzgador cambiar la necesidad de demostración en hecho probado.

Por lo que es obligación del demandante dar aplicación al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil aplicable en el proceso contencioso administrativo, según el cual las pruebas requieren ser regular y oportunamente allegadas al proceso, actividad probatoria que corresponde al actor sin que le sea dable descargarla en el juez de conocimiento, salvo el caso de que la entidad municipal demandada se niegue a expedir copia auténtica de la norma local.

No puede por lo tanto pretenderse, que ante el desconocimiento del artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, por parte del actor, deba el juez, por el hecho de no haber detectado la ausencia de la prueba, previamente al auto admisorio de la demanda, proferir fallo de fondo, porque no se trata de una nulidad del proceso que se haya saneado, sino de la falta de un requisito esencial cuya ausencia impide jurídica y físicamente la confrontación del acto acusado con la norma superior que se dice violada, y desde este punto de vista la sentencia sobre una demanda que se fundamenta en la violación de normas locales sin que las mismas se hayan allegado al proceso debe ser inhibitorio.

No obstante, observa la Sala que en el *sub-lite* el apoderado judicial de la actora también invocó como violado el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, norma que por ser de alcance nacional y de obligatorio conocimiento del juez, le

imponían la confrontación del acto administrativo demandado frente a dicha disposición, resultando inexcusable un fallo inhibitorio cuando media normatividad de carácter nacional.

Procede por lo tanto revocar la sentencia apelada para efectuar el estudio de la supuesta violación de los actos acusados frente al artículo 33 de la Ley 14 de 1983, norma que dispone:

> "El impuesto de industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones -ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el estado y percepción de subsidios.
>
> "Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicara la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:
>
> 1.- Del 2 al 7x 1.000 mensual para actividades industriales, y
>
> 2.- Del 2 al 10x 1.000 mensual para actividades comerciales y de servicios.
>
> "Los municipios que tengan adoptados como base del impuesto los ingresos brutos o ventas brutas podrán mantener las tarifas que en la fecha de la promulgación de esta ley hayan establecido por encima de los límites consagrados en el presente artículo....".

Es decir establece la norma la base gravable del impuesto de industria y comercio de las personas que se indican en el artículo 32 *ibídem.*

Disposición ésta que en conjunto con los demás artículos de la misma ley que gobiernan impuesto de industria y Comercio fue objeto de análisis por la corporación al conocer de la demanda contra el artículo 1° del Decreto 3070 de 1983, reglamentario de la ley. Fue así como en la sentencia del 25 de Septiembre de 1989, proceso 0082, con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate, para proceder a anular el inciso 2° del artículo 1° del mencionado decreto, dijo la Sala:

> "En primer lugar, se destaca que el impuesto es único y de esa unidad se derivan consecuencias jurídicas y prácticas como es aquélla de que, no obstante que los sùjetos activos del mismo son los municipios (entes administrativos para un territorio dado), no significa que unos lo puedan

considerar como impuesto de industria y otros como impuesto de Comercio. No. el gravamen es uno solo, local y directo denominado de industria y comercio, heredero del de patentes autorizado por la Ley 97 de 1913 y convertido con el tiempo en quizá la más importante fuente de ingresos tributarios de los municipios colombianos.

"Entendida la Ley 14 de 1983 como el marco dentro del cual se debe desarrollar la actividad tributarla local, se anota como una primera limitación a la facultad impositiva de los Concejos Municipales, la de no poder gravar actividades que se ejerzan en otras jurisdicciones municipales; esta limitación que es apenas obvia, surge de los límites territoriales de su competencia dada por el artículo 5° de la Constitución que consagra la división territorial de la Nación y del 196, cuando dispone que en cada Distrito Municipal habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominara Concejo Municipal y cuyas atribuciones enumeradas en el artículo 197 se ejercerán, como en el caso de las contribuciones, de conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas.

"En segundo lugar, recuerda que para nuestro ordenamiento jurídico, de raigrambre latina, los únicos sujetos pasivos son las personas y solo excepcional o expresamente algunas áreas como la del Derecho Tributario, han designado a otros antes como capaces de contraer obligaciones tributarías y ser titulares de derechos, como las sociedad de hecho, las sucesiones ilíquidas y otras.

"En la regulación legal del impuesto de industria y Comercio este principio no está desvirtuado ni desconocido, sino al contrario, sobre él está montado el sistema autorizado por la Ley 14 de 1983, como puede observarse en los siguientes apartes: las actividades allí mencionadas como "hechos gravables" están vinculadas al sujeto que las realiza artículo 32) e igualmente la 'base' al decir que está constituída por los ingresos brutos, se refiere a los obtenidos por las personas y las sociedades de hecho (artículo 33), o sea, las mismas reconocidas como sujetos pasivos.

"Sirve esta observación introductoria para criticar el enfoque de quienes por desligar el concepto del sujeto, del de la actividad que realiza y los ingresos que de ello se obtienen, pretenden radicar el gravamen mirando primordialmente al "establecimiento" en donde se ejerce una actividad, con independencia o sin consultar las características y limitaciones de su dueño que es en definitiva el sujeto pasivo o contribuyente.

"La Sala destaca además de lo anterior, los siguientes elementos de la Ley 14 de 1983 que intervienen en la interpretación de la norma acusada:

"Según el artículo 32 la materia imponible en este gravamen está constituida por el ejercicio, en una jurisdicción municipal de una actividad mercantil en cualquiera de sus manifestaciones industrial, comercial o de servicio por parte de personas (naturales o jurídicas) y sociedades de hecho, en forma permanente u ocasional, con o sin establecimientos e independientemente del factor de "ánimo de lucro" que conscientemente fue suprimido.

"Con relación a este elemento, la limitación a la cual están sujetos los Consejos es la surge de la circunstancia de que las actividades que constituyen la materia imponible están descritas o definidas en la misma ley y por lo tanto se trata de conceptos obligatorios, sin que sea dable a los municipios variarlos. Tales definiciones de aplicación general están contenidas en las siguientes disposiciones:

"El artículo 36 dice que son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad, como las que allí señala.

"El artículo 34 considera como actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamble de cualquier clase de materiales o bienes y,

"El artículo 35 define como comerciales las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, siempre y cuando no estén consideradas por el Código de Comercio o por esta misma ley, como actividades industriales o de servicios.

"De acuerdo con esta definición o descripción legal, la venta de mercancías en principio es actividad 'comercial', salvo cuando se trate de la venta de las mercancías producidas por el mismo sujeto o persona, pues siendo 'industrial' su actividad continúa siéndolo, como lo ordena la salvedad hecha por el artículo 35 al describir las actividades comerciales.

"La interpretación de esta parte final del artículo 35 y las definiciones de actividad industrial y de servicio dadas en los artículos 34 y 36, indican que la comercialización de sus productos hecha por el industrial en la sede fabril, al por mayor o al por menor, no se convierte en actividad comercial sino que conserva su nota característica de ser industrial. En otras palabras, habiendo tomado la ley como medida del gravamen el producto de las ventas, no por ello convierte en comercial la actividad de quien las fabrica.

"Esta aclaración es necesaria además para efectos de determinar la tarifa aplicable en cada municipio, y para interpretar el caso de los industriales que comercializan por sí mismos su producción en otros municipios, que es el punto central de la controversia aquí planteada.

"Según el artículo 33 la base para cuantificar el impuesto, está constituida por el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, obtenidos por los sujetos indicados que, se repite, son las personas o las sociedades de hecho.

"Del calificativo de 'obtenidos' por el contribuyente dado por la ley a los 'ingresos', se deduce que no pueden jugar como tales los 'no obtenidos'. Esto se refuerza si se observa que las exclusiones que establece el artículo 33, con excepción de los ingresos por exportaciones y subsidios (que tiene un sentido de fomento económico) los demás conceptos excluidos corresponden a factores que no son en realidad ingresos propios, como las devoluciones de mercancías, los derivados de la venta o reposición de activos fijos y la percepción de algunos impuestos.

"La característica de los ingresos de ser sólo 'los obtenidos' por el contribuyente, se deduce de que están destinados a calcular la base consistente en un promedio mensual, el cual matemáticamente sólo se puede calcular sobre un total y ésto no puede ser otro que los obtenidos.

"No contempló especialmente la ley 14 de 1983 el caso del sujeto que ejerce actividades gravables en distintos municipios, razón por la cual y de acuerdo con la técnica constitucional correspondía al reglamento complementarlo, como lo hizo el Decreto 3070 de 1983 en el artículo 1o que procede la Sala a analizar a la luz de los principios deducidos anteriormente.

"Dada la importancia del debate y las encontradas interpretaciones a que ha dado lugar, la Sala opta por transcribirlo de nuevo:

"Artículo 1°. Los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipio, a través de sucursales o agencias, constituidas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable.

"El gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentra ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción."

"En primer lugar, se observa que el artículo se refiere a los contribuyentes que realicen actividades gravadas (incluída la industrial) en más de un municipio, pero no en cualquier forma, sino a través de sucursales, agencias o establecimientos comerciales. Como este aspecto le dá significado especial al artículo, conviene recordar algunas nociones elementales de las formas mencionadas por el reglamento, aunque en estricto rigor todas ellas son 'establecimientos comerciales' en el sentido utilizado por el Código de Comercio.

"Según el artículo 263 del Código de Comercio, son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrado por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

"Según el artículo 263 del mismo Código de Comercio, son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla y,

"Según el artículo 515 por establecimiento de comercio se entiende un conjunto de bienes organizado por el empresario para realizar los fines de la empresa.

"En el caso de un contribuyente cuyo objeto social principal o su actividad personal es la industria, debe convenirse en que la norma analizada es la aplicable, por cuanto contempla precisamente el evento de que tal industrial ejerza su actividad, mediante cualquiera de los tres canales indicados.

"Para los efectos de la labor de interpretación de la Ley 14 de 1983 que se hace en esta providencia, no se considera acertado separar la 'venta' como un hecho aparte distinto de la 'producción', para justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas por el mismo sujeto.

"Para la Sala, la venta del producto es la culminación del proceso económico del industrial, pero no es actividad adicional o diferente de la fabricación del mismo. El producir por producir no es actividad industrial en sentido económico o fiscal; la actividad es la industrial y la medida del impuesto

adoptada por el Legislador es la venta de productos, pero ello no significa que de industrial que es, lo convierta en comercial. Lo que sucede es que cuando el industrial abre sucursal o agencia en otra ciudad, distinta a la sede de su planta, con el fin de comercializar su producción, ejerce en ellas la actividad comercial y ese municipio tiene derecho a cobrar el gravamen con relación a las ventas realizadas en su jurisdicción como comercial....".

"Por esta razón se concluye que para los efectos de regular la situación que se planteó el Ejecutivo, o sea, la del ejercicio de actividades en más de un municipio a través de sucursales o agencias, el primer inciso es suficiente y suministra los factores para la cuantificación del gravamen en cada uno de ellos.

"En cuando al segundo inciso, que es el objeto de acusación, en primer lugar puede afirmarse que resultaba innecesaria la afirmación de que 'el gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica', porque el artículo 32 de la ley señala como materia imponible el ejercicio en la respectiva jurisdicción de las actividades indicadas, y siendo una de ellas la 'industria' que consiste en producir, extraer, fabricar, ensamblar, etc., según la definición del artículo 34 ibidem, se deduce que el municipio en cuya jurisdicción esté ubicada la fábrica o planta, es el sujeto activo con relación al contribuyente industrial.

"Pero la parte final en cuanto complementa lo anterior al disponer que teniendo como base gravable los ingresos provenientes de la comercialización de la producción, modifica lo expuesto en el inciso anterior sin justificación ni razón aparente porque ya habla expresado que el sistema operaba por igual para los contribuyentes que realizaron actividades industriales, comerciales o de servicio; de haber querido el Ejecutivo hacer una excepción hubiera bastado con dedicar el primer inciso a las actividades comerciales y de servicios, sin incluir las industriales, para regularlas en el segundo.

"Pero además, se observa un sutil pero definitivo cambio al señalar como 'base gravable' un concepto diferente al de la ley. En el artículo 32 de 'ésta se señala como tal "el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior"; este concepto no es lo mismo que 'los ingresos provenientes de la comercialización de la producción' puesto que el calificativo de "provenientes" hace relación al origen en tanto que el de "obtenidos por las personas" está vinculado a un volumen total de los devengados por el

sujeto pasivo. De ahí que una de las interpretaciones que se le ha dado es la de que no importa la procedencia física del ingreso, aún la obtenida a través de sucursales o agencias, para considerarlo gravable en el municipio de la fábrica, sin respeto al derecho de los municipios en donde a través del ejercicio de la actividad comercial (mediante sucursal o agencia) también se obtienen ingresos susceptibles de ser gravados en ellos.

"Y, de ahí también que se viola la ley cuando ésta señala como base el promedio de los ingresos obtenidos y mediante el citado texto del segundo inciso, se grava a los contribuyentes sobre los no devengados, que es a lo que conduce tal norma, que por otra parte ignora el sistema del "promedio mensual". Y se produce sobre ingresos no obtenidos, cuando como fue demostrado en el proceso, los municipios en conjunto determinan cada cual su base sobre las ventas realizadas en su jurisdicción y aquél en donde está ubicada la fábrica también computa los mismos ingresos dentro de la base, con lo cual resultan en total aumentados en forma ficticia con relación al 100% de los verdaderamente obtenidos por el mismo contribuyente.

"Este aumento además de ficticio resulta contrario a la ley por varios motivos:

"1°. Porque desconoce el carácter unitario del impuesto y lo disgrega bajo el falso concepto de que se trata de un impuesto de Comercio para Sucursales y agencias y otro distinto, de industria para la fábrica.

"2°. Porque desconoce la estrecha vinculación que existe entre el hecho gravado y el sujeto pasivo que lo realiza, que es uno solo y no varios en distintos municipios.

"3°. Porque la base gravable, que está relacionada con un solo sujeto pasivo con un limite del 100% o total de los ingresos obtenidos por él, la convierte en bases independientes entre si para sumarlas con absoluto olvido de aquella relación.

"4°. Porque permite que un municipio liquide el impuesto sobre las bases que otros también graban con respaldo legal.

"En todo ello la Sala encuentra un quebranto de los fundamentos consagrados en los artículo 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 y consecuencialmente un desbordamiento en el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3" del artículo 120 de la Constitución

Política, por todo lo cual procede anular la disposición acusada." (Subraya la Sala)

Ahora bien, como en el *sub-lite* los actos acusados incrementan la base gravable excediéndola del 100% de los ingresos brutos del contribuyente evidentemente violan de manera ostensible el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, y es preciso proceder entonces a su anulación en cuanto imponen además del gravamen sobre el monto de los ingresos brutos provenientes de la actividad industrial declarados por el contribuyente, una suma adicional sobre el 50% del mismo monto a título de actividad comercial, pues en vigencia del artículo 33 de la Ley 14 de 1983 no podía la base gravable exceder el 100% de los ingresos brutos del contribuyente, excluyendo según ordena el mismo artículo el valor de las devoluciones, ingresos por venta de activos fijos, exportaciones, subsidios y recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado, atendiendo así mismo a la territorialidad de los ingresos.

Analizada la Resolución 036 de Marzo 16 de 1990 se observa que (página 7) admite la deducción de los ingresos por CERT por $1.401.640.12, el ajuste en cambio por exportaciones, la utilidad en venta de activos fijos y la corrección monetaria, por lo que ha de concluirse que frente a la norma general invocada el acto administrativo se ajustó en este aspecto a la ley.

Pero no es posible en esta oportunidad estudiar la improcedencia de la adición de ingresos en $46.125.131 y el silencio administrativo de efectos positivos, frente a las normas de carácter local pues esas no fueron probadas en el proceso en la forma y oportunidad debida como acertadamente lo anota el *a-quo*.

Procede entonces la práctica de una nueva liquidación que se ajuste a las anteriores consideraciones, que quedará así:

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

CODIGO	BASE GRAVABLE MENSUAL	NUMERO MESES	BASE GRAVABLE ANUAL	TARIFA	IMPUESTO ANUAL
112	$ 166.972.017	12	$2.003.664.204	4%o	$8.014.657
Mas ingresos omitidos según liquidación oficial			$ 46.125.131	4%o	$ 184.501
Sub-Total					$8.199.158
Impuesto avisos			$ 8.199.158	15%	$1.229.874
Total Impuesto Industria y Comercio y avisos					$9.429.032

Sanción por inexactitud
Porcentaje % aplicado en los actos acusados:
% 8.383.680 / 4.191.829 = 2%
Inexactitud (9.429.032 - 9.216.856) x2
= 212.176 x2 $ 424.352
Total impuesto industria y Comercio, avisos y sanción. $ 9.853.384

Valor sobre el cual se imputaran los pagos que por el mismo período haya efectuado la contribuyente.

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.- ANULANSE la liquidación oficial No. 1203 del 16 de Diciembre de 1988 y la Resolución 496 del 2 de junio de 1989 expedidas por la Dirección Distrital de impuestos y la Resolución No. 036 de marzo 16 de 1990 expedida por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.

3.- FIJASE en la suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/cte. ($9.853.384) el valor total del impuesto de industria y Comercio, Avisos y Tableros y Sanción por inexactitud que por el año gravable de 1986, vigencia de 1987, corresponde pagar a la sociedad Legislación Económica S.A. NIT 860.001.498, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase, al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

CERT / EXPORTADOR / PRODUCTOR / SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL.

La Ley 48 de 1983 y los Decretos 634 y 1519, ambos expedidos en 1984, que la desarrollan, consagran el beneficio del CERT tanto para el exportador del bien como para el productor, que sin exportar, vende sus productos a la sociedad Comercializadora Internacional con destino a la exportación estableciendo la ley, la presunción a favor del productor, de efectuar la exportación en la fecha que transfiere a título de venta los productos terminados a la Sociedad de Comercialización Internacional, y el certificado de compra que el exportador expide al productor, sustituye el certificado de reintegro de divisas; por tanto, desde la fecha de su expedición, el productor puede solicitar al Banco de la República la entrega del CERT que le corresponde. Tienen derecho al CERT tanto la sociedad comercializadora como el productor de bienes de exportación que a cada uno otorga la ley.

SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL / CERT - Improcedencia.

La actora exportó productos elaborados por sus socios situación esta a que a la luz del art. 15 del Decreto 1519 de 1985 no la hace acreedora al beneficio solicitado, y por lo tanto habrá de debe negarse la demanda en este aspecto, pues no hay prueba que configure la situación excepcional consagrada en el art. 16 del precitado decreto, consistente en otorgar el CERT a la Sociedad de Comercialización Internacional, a pesan de exportar bienes producidos pon sus socios o accionistas, cuando previo concepto favorable de la Junta de Comercializadoras, acredita que cumple con los requisitos de los literales a), b) y c) del art. 16.

EXP. - 4357

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá D. C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: EXPEDIENTE No.4357 Actor: C.I. DE AZUCARES y MIELES S,A./BANCO DE LA REPUBLICA AUTORIDADES NACIONALES. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación Interpuesto por la actora contra la sentencia del 17 de junio de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se declaró inhibido para decidir en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las decisiones 907 de noviembre 16 de 1988, 965 de noviembre 25 de 1988, 1003 de 1988 160 y 320 de 1989 y SGOB-04 de 1990 del BANCO DE LA REPUBLICA que desconocieron a la sociedad C.I. AZUCARES Y MIELES S.A., el derecho al Certificado de Reembolso Tributario por concepto de las exportaciones amparadas con los registros 00085 de enero 13 de 1988, Manifiesto de Exportación 0134 de enero 15 de 1988 expedido por la Aduana de Buenaventura y 00971 del 14 de marzo de 1988, formulario único de exportación A-232041 de marzo 14 de 1988, Manifiesto 001006 de marzo 14 de 1988 Aduana de Buenaventura y su modificación 093126 del 25 de abril de 1988 registro 443 de 25 de abril de 1988.

ANTECEDENTES

La Sociedad Comercializadora Internacional de Azucares S.A., presentó los días 31 de octubre y 22 de noviembre de 1988, a través del Banco de Occidente oficina de Cali solicitudes al Banco de la República, de reconocimiento y liquidación de Certificado de Reembolso Tributario "CERT" en razón de las exportaciones que hizo con destino a Puerto Rico a Uníted Molasses Co. de las mercancías amparadas con los registros de exportación y formularlos únicos de exportación antes mencionados.

La solicitud fue despachada desfavorablemente por el Banco de la República, Sucursal Cali, que a través de las comunicaciones No. 907 de noviembre 16 de 1988, 965 de noviembre 25 y 1003 de diciembre 7 de 1988, negó la entrega de los CERT's, considerando que de acuerdo a las Instrucciones de la Junta Comercializadora sobre la elaboración del certificado de compra al productor, no eran aceptables por ningún motivo dichos certificados expedidos con fecha posterior a la que aparece en el documento único de exportación.

SECCION CUARTA

Contra la decisión anterior la actora interpuso los recursos de reposición y apelación que fueron resueltos en forma negativa por el Banco de la República.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho acudió la Comercializadora Internacional de Azúcares y Mieles S.A. para demandar el acto administrativo al considerar que con él se infringió el ordenamiento superior contenido en los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional ; 1° y 6° de la Ley 67 de 1979; 2° y 3° de la Ley 48 de 1983; 2° y 3°, 4°, 11 y 19 del Decreto 636 de 1984; 73 del Decreto 01 de 1984; 1° del Decreto 107 de 1987 y 10, 15, 17 y 18 del Decreto 1519 de 1984.

Luego de exponer cómo en las Leyes 67 de 1979 artículos 11 y 60 y 48 de 1983 artículos 2° y 3° se establece el incentivo tributario para fomentar las exportaciones y como se desarrolla en el Decreto 636 de 1984 un sistema general para obtener el Certificado de Reembolso Tributario (CERT) como incentivo que genera un derecho a favor del exportador y una obligación a cargo del Banco de la República cuando las exportaciones se realicen en forma legal y efectivamente se efectúe el reintegro de las divisas provenientes de esas exportaciones y se haya presentado la respectiva solicitud al Banco de la República con los requisitos que el mismo decreto exige para el exportador, las que fueron cumplidas a cabalidad dentro de la oportunidad legal.

Acusa al Banco de creer erróneamente que el CERT a las exportaciones sólo puede darse cuando se utiliza el sistema de excepción del certificado de compra al productor previsto en el Decreto 1519 de 1984 para negarle en forma arbitraria e ilegal el CERT.

Considera que éste es un sistema de excepción y que el exportador puede acogerse a él o nó, ya que ninguna norma le impide o le prohibe que en lugar del sistema del certificado de compra al productor se acoja al sistema general del Decreto 636 de 1984, que no ha sido derogado por norma alguna y menos por el Decreto 1519 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se inhibió para un pronunciamiento de fondo al considerar que la actora no agotó debidamente la vía gubernativa en razón de que el Banco de la República emitió los actos administrativos contenidos en las comunicaciones 907, 965 y 1003 del 16 y 25 de noviembre y del 7 de diciembre de 1988 respectivamente, que generan en

derecho una consecuencia negativa para la sociedad en el año de 1988, actos que fueron rebatidos o mejor impugnados y que la entidad demandada tuvo oportunidad de volver a estudiarlos para confirmarlos. Pero que la sociedad en lugar de agotar en dedida forma la vía gubernativa lo que hizo fué entablar una correspondencia extensa sobre su situación. Y si bien la entidad bancaria le dió a uno de sus últimos actos el carácter de resolución que desataba un recurso no instaurado en calidad de tal, no quiere decir que la vía gubernativa se agotó en debida forma. Porque la Administración no puede entrar en un juego donde los actos que ha emitido y que se encuentren en firme sean objeto de nueva discusión en virtud de recursos inexistentes o ya agotados por el ciudadano. Quiere decir lo anterior, que cuando el Banco emitió el oficio SGOB-04 del 5 de enero de 1990, ya dicha decisión la había tomado el 20 de enero de 1989 con todos los efectos legales, decisión que fué conocida por parte del afectado, tanto que la enjuició y la misma contiene una determinación con efectos en derecho, determinación suficientemente motivada, y conocida por el administrado que ejerció su derecho de defensa.

LA APELACION

La apoderada judicial de la actora al apelar la sentencia califica de errada la decisión del Tribunal al dar a la comunicación del Banco del 23 de enero de 1989 una calidad que no tiene, como es la de pretender que es una decisión con la cual se agotó una vía gubernativa "con todos los efectos legales" cuando en dicha carta no se resolvió ningún recurso ni el Banco agotó la vía gubernativa; y al mismo tiempo desconoce el efecto de agotar la vía gubernativa pero los reconoce para considerar que no hubo caducidad de la acción.

Pide se revoque la sentencia y se acceda a las peticiones de la demanda con base en los argumentos expuestos en ella sobre el derecho al CERT

ALEGATOS DE CONCLUSION

De la Demandada

La demandada al formular el alegato de conclusión afirma que de definitivamente no podía el Banco de la República expedir sendos actos de reconocimiento y entrega de Certificados de Reembolso Tributario (CERT's) con ocasión de las solicitudes que presentó la actora por cuanto ésta solicitaba el reconocimiento del beneficio tributario que le correspondia al productor de los bienes que exportaba la Comercializadora.

Expone que el decreto 1519 de 1984 al preveer que no siempre el productor de bienes nacionales con destino a la exportación era el productor de los mismos,

estableció dos clases de reconocimiento de CERT, uno para el productor y otro para la sociedad Comercializadora, a quien el productor le vendía los bienes para exportarlos, quien debía expedir el documento denominado "Certificado de Compra al Productor" definido en el artículo 21 del Decreto 1519 de 1984.

Dado que tanto el productor nacional como la sociedad realizaba la exportación tenían derecho a diversos porcentajes (90%, 20% o 30%) el reconocimiento del CERT se creó a favor del productor nacional en virtud de lo que se denominó "presunción de exportación" y la Comercializadora al expedir el "Certificado de Compra al Productor" se obligaba a realizar la exportación y todo el trámite que ello implica, liberando al productor de tales obligaciones en el mismo instante en que entregaba en venta los productos con destino a la exportación, por lo que el reconocimiento del CERT para éste no estaba sujeto a la actividad de aquella y mal podía entonces quedar pendiente su derecho con quien, para efectos de la exportación no se encontraba ligado, por lo que cualquier interpretación sustentada en la validez del reintegro, se opone al régimen legal previsto.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece ser revocada para proveer de fondo y denegar las súplicas de la demanda porque es innegable que los actos administrativos contenidos en las comunicaciones 907, 965 y 1003 de 1988, en respuesta a las solicitudes de CERT formuladas por la actora al ser recurridas dieron lugar a la expedición de las comunicaciones SGOB-34 y 663 de 1990, emanada del subgerente de Operaciones Bancarias y del Gerente del Banco de la República en Cali que contienen decisiones que, al comprometer la voluntad de la Administración desataron los recursos principal y subsidiaríamente interpuestos. Comunicaciones que encabezan su razonamiento indicando que proceden al resolver la reposición y apelación, y concluyen diciendo que asi se resuelven los recursos. Por lo que en tales condiciones no es posible llegar a la conclusión a la que arribó el Tribunal, y que procede por lo tanto, fallo de mérito.

Sobre el aspecto de fondo, luego de exponer que el CERT constituye un Instrumento de promoción de exportaciones señala que para su reconocimiento se requiere por lo general el cumplimiento de los requisitos señalados en el Decreto 636 de 1984, pero que el sistema general de reconocimiento y expedición de los CERT alli consagrados sufrió una variante con la expedición del Decreto 1519 de 1984 al establecer un CERT para el productor que vende sus productos a la sociedad Comercializadora y otro para ésta, que los exporta y que la gestión para su reconocimiento es independiente para cada uno de ellos, por lo que no

puede la Comercializadora pretender solicitar los CERT que corresponden al productor y que aquél debía formular en el plazo de seis (6) meses contado a partir del momento de la transacción, pues para éste el Certificado de Compra, sustituye el Certificado de Reintegro de Divisas expedido por el Banco de la República.

Sin que se desconozca que la Comercializadora que exportaba los bienes, también podía solicitar el reconocimiento y entrega de los CERT en equivalencia al 20% del nivel que señalaba el Gobierno para la posición arancelaria respectiva.

Pero la acumulación del derecho solo es dable cuando el productor cede sus derechos al exportador, hecho que no se establece debidamente dentro del proceso.

Y que aún en el caso de que hubiera habido cesión de derechos del productor al exportador, en las solicitudes planteadas por la Comercializadora Internacional de Azúcares y Mieles S.A., el certificado de reintegro de divisas expedido por el Banco de la República se sustituye por el Certificado de Compra al Productor y en tal evento se considera exportador, y desde ese momento empezaba a correr el término de los seis (6) meses para solicitar y recibir los CERT y no desde la fecha de embarque de las mercancías exportadas por la Comercializadora.

Estima que si los Certificados de Compra al Productor ostentan una fecha posterior al embarque de las mercancías, no se cumple con lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 1519 de 1984. Independientemente del derecho que tiene la actora para solicitar y recibir como exportador de mieles, los Certificados de Reembolso Tributario del CERT, de acuerdo con los correspondientes reintegros de divisas, pero no a los CERT originados por las compran hechas de acuerdo con los Certificados de Compra al Productor Nos. 5601 al 5611 de febrero 10 de 1988 y certificados 5623 al 5633 de marzo 23 de 1988.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Agotamiento de la vía gubernativa

De acuerdo con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, para acudir ante la Jurisdicción Contenciosa contra un acto particular en acción de nulidad y restablecimiento del derecho es necesario que éste haya agotado previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

SECCION CUARTA

Vía gubernativa que de acuerdo con los artículos 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo queda agotada cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso, o cuando existiendo, éstos se hayan interpuesto y decidido.

En el *sub-lite* no hay duda alguna que la interesada por no estar de acuerdo con la desición del Banco de la República que le negó el reconocimiento del CERT solicitado, recurrió el 8 de marzo de 1989, pidiendo que antes de llevar la controversia a decisión judicial , se dejará sin efecto la negativa y asi lo entendió y admitió la entidad administrativa que avocó el reconocimiento de la reposición en sede gubernativa de las inconformidades del administrado, aún cuando su manifestación de Inconformidad no se hubiera matriculado bajo el acápite "recurso de reposición" y posteriormente ante la decisión del Banco de la República expuesta en la comunicación SGOB-34 de enero 5 de 1990 dice expresamente la actora en escrito del 18 de enero de 1990 que interpone el recurso de apelación (Fls. 47 a 52 cdno. ppal.) que fué decidido por el Banco de la República en la comunicación No. 663 del 26 de marzo de 1990 (Fls. 37 a 42), la que fue notificada el 27 del mismo mes y año y con la cual quedó agotada la vía gubernativa, como claramente se expresa en el procedimiento. Mal hizo entonces el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al proferir fallo inhibitorio por considerar Indebidamente agotada la vía gubernativa para unos efectos y para otros no, como claramente lo expresa el agente del Ministerio Público.

De otra parte, no resulta lógico que siendo el procedimiento gubernativo una tramitación que puede adelantar directamente el interesado sin el recurso de abogado se le exija al administrado que cumpla determinadas formas o que emplee determinado léxico cuando de la expresión de sú inconformidad resulta claramente resulta que impugna el acto administrativo que le es desfavorable.

No puede admitirse que de esta manera, exigiendo formas y expresiones estrechas no previstas en la ley se restrinja el derecho de acción porque quien interpuso los recursos carecía de una técnica para formular en términos jurídicos una pretensión de carácter económico, negando de esta manera el derecho de defensa que ante la jurisdicción concede la ley al administrado para impugnar el acto que considera lesivo a sus intereses.

2.- El Certificado de Reembolso Tributario para el Productor.

La Ley 48 de 1983 y los Decretos 634 y 1519, ambos expedidos en 1984, que la desarrollan, consagran el beneficio del CERT tanto para el exportador del bien como para el productor, que sin exportar, vende sus productos a la sociedad Comercializadora Internacional con destino a la exportación, estableciendo la ley, la presunción a favor del productor, de efectuar la exportación

en la fecha que transfiere a título de venta los productos terminados a la sociedad de Comercialización Internacional, y el certificado de compra que el exportador expide al productor, sustituye el certificado de reintegro de divisas; por tanto, desde la fecha de su expedición, el productor puede solicitar al Banco de la República la entrega del CERT que le corresponde.

En efecto, de acuerdo con el artículo 4° literal c) del Decreto 636 de 1984 "para los efectos previstos en la Ley 48 de 1983 y con relación al Certificado de Reembolso Tributario se consideran exportadores:

> "c)...Las personas naturales o jurídicas que venden o entreguen en el país bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional a condición de que los bienes sean efectivamente exportados. En tal evento y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 19 el Certificado de Reembolso Tributario se liquidará una sola vez por cada exportación y podrá ser recibido por la sociedad de comercialización y por quienes vendan o entreguen los bienes en el país" (Subraya la Sala).

El contexto literal claramente indica que tienen derecho al CERT tanto la sociedad comercializadora como el productor de bienes de exportación, en la proporción que a cada uno otorga la ley.

Por su parte el artículo 17 del Decreto 1519 de 1984, señala:

> "ART. 17. Certificado de Reembolso Tributario para las operaciones efectuadas a través de las Sociedades de Comercialización Internacional. Los pruductores de las Sociedades de Comercialización Internacional tendrán derecho a percibir el noventa por ciento (90%) del valor del CERT que determine, el Gobierno Nacional para los bienes objeto de la exportación, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 48 de 1983". (Subraya la Sala).

Del contenido de las precisadas disposiciones queda claro que el derecho al CERT está consagrado tanto para el Exportador como para el Productor; en consecuencia, en el *sub-lite* si el exportador (Comercializadora Internacional de Azúcares y Miel es S.A.) pretendía reclamar los CERTS que por ley correspondían a los productores de los bienes objeto de las exportaciones, como en efecto lo hizo, debió acreditar en sede gubernativa que estaba facultada para solicitar su entrega, bien exhibiendo un mandato para tal fin, o acreditando con el negocio jurídico de la cesión, ser el titular de los derechos, ésto último ha debido ser realizado, pues como está probado-folios 17-27, cuaderno pruebas demandada-, las solicitudes de entrega de los CERTS fueron efectuadas por el Banco de Occidente a nombre de los productores y no de la exportadora, y en

el la claramente se indica que lo solicitado es el 90% del 9% equivalente a un porcentaje del 8.1,que es, precisamente el correspondiente al productor; al exportador se le asignó el 20% del 9%, lo que equivale a un porcentaje del 1.8, que no es el porcentaje que aparece en los documentos referidos.

3.- Derecho del Exportador: Comercializadora Internacional de Azúcares y Mieles S.A. el reconocimiento del CERT.

Es preciso entonces determinar el derecho de la actora al reconocimiento del CERT, por parte de la jurisdicción frente a la Ley 48 de 1983 y el, Decreto 1519 de 1984, que en principio le otorgan el beneficio fiscal, siempre que cumpla las exigencias establecidas en la ley.

Para el efecto dispone el artículo 15 del Decreto 1519 de 1985:

"Certificado de Reembolso Tributario para las sociedades de comercialización internacional.

"Cuando quiera que una sociedad de comercialización internacional exporta bienes producidos por personas naturales o jurídicas que no sean socios o accionistas de las mismas tendrá derecho a percibir un Certificado de reembolso Tributario equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del CERT que señale el Gobierno Nacional para los bienes objeto de exportación. (Subraya la Sala)

A folio 35 del cuaderno de antecedentes No. 3, figura la relación de los accionistas de la sociedad Comercializadora Internacional certificada por su propio presidente y en la cual consta que son socios.- Central Castilla, Riopaila, Mi Seinjent, Carmelita S.A., Cauca, Central Tumaco, Manuelita, Mayaguez, Pichichi, Providencia, Risaralda y San Carlos, es decir que la actora exportó productos elaborados por sus socios situación esta que a la luz de la norma transcrita no la hace acreedora al beneficio solicitado, y por lo tanto habrá de denegarse las súplicas de la demanda en este aspecto, pues no hay prueba que configure la situación excepcional consagrada en el artículo 16 del precipitado decreto, consiste en otorgar al CERT a la Sociedad de Comercialización Internacional, a pesar de exportar bienes producidos por sus socios o accionistas, cuando previo concepto favorable de la Junta de Comercializadoras, acredita que cumple con los requisitos siguientes:

"a) Que estén formadas por productores nacionales que, individualmente considerados, no hubieren logrado mantener unas exportaciones estables y que, por tal razón, requieran de la Comercializadora como medio de

ventas al exterior.

"b) Que los socios o accionistas de la Sociedad de Comercialización Internacional sean pequeños o medianos empresarios cuyas limitaciones les hubieren impedido colocar sus productos en los mercados internacionales y que la finalidad de la Comercializadora sea la consolidación de su oferta exportable, y

"c) Que la participación social del socio o accionista cuyos bienes se pretendan exportar no sea superior al treinta por ciento (30%) del capital total de la Sociedad de Comercialización Internacional".

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

FALLA:

1.- REVOCASE LA SENTENCIA APELADA.

2°.- DENIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

CADUCIDAD - Cómputo / ACTO ACLARATORIO / ACCION DE RESTABLECIMENTO DEL DERECHO.

La acción de restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro(4) meses contados a partir del día de la notificación de la providencia que puso fin a la vía gubernativa. Asimismo la providencia aclaratoria que puso fin a la vía gubernativa precisamente por haber accedido a la aclaración (o en su caso a una corrección constituye la última expresión de la voluntad administrativa, precisa su sentido de lo cual puede depender el sentido o la necesidad de acudir a la Jurisdicción y por tal motivo el término de caducidad debe contarse a partir de su notificación y no de la diligencia de notificasión de la inicial y no de la misma Administración reconoce que fue incompleta o ambigua.

PRUEBAS EN LO CONTENCIOSO

Resultan infundadas las críticas que formula la Administración a la sentencia del Tribunal porque aceptó certificaciones y testimonios traídos ante la jurisdicción y no propuestas desde la vía gubernativa, puesto que como se ha reiterado con relación a las pruebas en el contencioso que el art. 168 del Código de Procedimiento Civil en lo tocante a la admisión de los medios de prueba, práctica y valoración, suprimió la restricción probatoria contenida en la Ley 167 de 1941 en el artículo 278, que sólo permitía estimar las aducidas en la actuación gubernativa, o las que tuvieron por objeto complementarlas, aclararlas o mejorarlas. Mientras que en el nuevo procedimiento abre incluso la posibilidad de decretar de oficio las que el fallador estime necesarias para establecer la verdad.

EXP. -4881

REQUERIMIENTO ESPECIAL - Ampliación / NULIDAD DE LIQUIDACION OFICIAL

Según las prevenciones del art. 703 armónico con el 709 del Estatuto Tributario el funcionario que conozca de la respuesta al requerimiento especial PODRA dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para responderlo, ordenar su ampliación por una sola vez y decretar las pruebas que estime necesarias. De lo anterior se infiere que la ampliación del requerimiento es potestativo, puede o no hacerse sin que la omisión genere nulidad. La nulidad se genera según el art. 730 del citado Estatuto, entre otros casos "cuando se omita el requerimiento especial previo a la liquidación de revisión o se pretermita el término señalado para la respuesta", pero no para el caso que se omita la ampliación de aquel porque, éste es facultativo para la Administración.

DECLARACION DE RENTA - Corrección / CORRECCION PROVOCADA / CORRECCION ESPONTANEA / SANCION POR CORRECCION.

La Corrección efectuada a la declaración de renta, en forma no espontánea por el contribuyente sino provocada por requerimiento especial, o pliego de cargos, tienen connotaciones distintas a las establecidas por los arts. 588 Y 589 del Estatuto Tributario. La corrección prevista en éstos, debe efectuarse dentro de los dos años siguientes al vencimiento para declarar y antes de que se notifique requerimiento especial o pliego de cargos; la provocada dentro del término de la respuesta al pliego de cargos, al requerimiento especial al de su ampliación o dentro del señalado para interponer el recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión,según el caso. En la corrección provocada por el requerimiento al contrario de lo que sucede con la espontánea, el contribuyente no puede corregir la declaración, tributaria libremente.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4881. Actor : JOSE AULY LOPEZ CHACON. IMPUESTO DE RENTA -FALLO-.

SECCION CUARTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, como del señor JOSE AULY LOPEZ CHACON, contra la sentencia del 31 de marzo de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en la declaración de renta y en las respuestas a los requerimientos ordinario y especial números 044 del 25 de abril de 1989 y 049 del 19 de mayo del mismo año, la administración de Impuestos de Bogotá practicó la Liquidación Oficial 60027 del 7 de diciembre de 1989. Por falta de prueba rechazó deducciones por la suma de $16'667.246 e impuso sanción por inexactitud de conformidad con las prevenciones del artículo 44 del Decreto 2503 de 1987.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 5002 del 9 de enero de 1991, aclarada por la Resolución 8003 del 2 de mayo del mismo año, modificó la decisión oficial. Aceptó por comprobadas con certificaciones contables la suma de $2'736.601, y por las mismas razones la compra de 100 rollos de alambre por $550.000 y de nutrientes e insumos al Centro Agropecuario La Florida Ltda., por valor de $538.924. Esto es, reconoció deducciones por $3'825.525 y consecuentemente redujo la sanción por inexactitud de acuerdo a lo decidido.

Agotada la vía gubernativa el apoderado judicial del demandante reclama ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cita y "como consecuencia de lo anterior se deje en firme la Liquidación Privada 03299 de agosto 18 de 1989, presentada como corrección con ocasión del Requerimiento Especial 049 del 19 de mayo de 1989".

Como disposiciones violadas cita entre otros los artículos 589, 692, 711, 683, 703, 707, 742 y 767 del Estatuto Tributario.

Argumenta el actor que con la actuación administrativa en cuestión se vulneraron aquellas disposiciones porque:

a) Sin ampliación del Requerimiento Especial 49 del 19 de mayo de 1989, la Oficina de Impuestos practicó la liquidación oficial teniendo en cuenta la declaración de corrección que presentó con la respuesta a aquél. Era necesario

según él antes de producir el acto liquidatario, requerir nuevamente, ampliar el anterior requerimiento para incluir los hechos y conceptos no contemplados en el inicial.

b) Desconoció el valor probatorio que tienen los documentos que aportó ante las Oficinas de Impuestos, para la procedencia de los costos y deducciones representados en los siguientes pagos: Centro Agropecuario $5'951.823, La Genética Superior Ltda. $800.000, Agrovet $1'825.882, Laboratorios V.M. y Distribuidora Ricaurte por $55.000 y $23.500, Alejandro Garzón y Ferretería Los Planes por $146.130 y $110.000, Compañía General de Aceros $310.000, Almangel de la Sabana $1'454.978, Lubricantes Industriales Ltda. $714.060, Móvil La Texana $256.700, Estación de Servicios Las Vegas $743.300 y Planta de Abastos A. Guevara y Cía. Ltda. por $468.000, Electro Manufacturas S.A. $4.448 y Ochoa A. Cía. Ltda., por $245.000.

Pide se tenga en cuenta la calidad de agropecuario que tiene el contribuyente, la no obligación de éste de llevar contabilidad y por lo tanto las facturas, las certificaciones de los beneficiarios de los pagos y declaraciones de terceros son los únicos medios probatorios con los que aquél cuenta. Dentro de acápite de pruebas, solicita hacer comparecer bajo el apremio del artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, al señor Oscar Bravo P. Representante Legal de la sociedad Centro Agropecuario Bogotá Ltda. y recibir declaraciones de terceros que cita con el correspondiente domicilio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 31 de marzo de 1993 atendió parcialmente las pretensiones de la demanda. Por improcedente negó el *a-quo* la excepción de caducidad de la acción propuestas por la parte demandada, como quiera que en su entender la Resolución 8003 del 2 de mayo de 1991, notificada el 7 del mismo mes y año, hace parte de la Resolución 5002 del 9 de enero de 1991, la aclara. En tal virtud como el término de cuatro meses para acudir ante la Jurisdicción se inició el 7 de mayo de 1991 y la demanda ante el Tribunal Administrativo se radicó el 6 de agosto del mismo año, se actuó dentro del lapso a que hace referencia el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto al fondo del asunto, desestimó la nulidad propuesta contra la actuación administrativa por ausencia de la ampliación del requerimientos especial, porque en su opinión según las prescripciones del artículo 703 del Estatuto Tributario, el requerimiento es uno sólo, y éste fue el que produjo la corrección de la declaración de renta.

SECCION CUARTA

En relación con los costos y gastos, aceptó por comprobados con los distintos documentos que allegó el demandante, los abonos hechos a las siguientes entidades:

Centro Agropecuario Bogotá por.....	$ 5'951.823	
Agrovet (Alirio Pineda Avila).....	1'825.882	
Alejandro Garzón.....	$ 146.000	
y Ferretería Los Planes.....	110.800	256.930
Compañía General de Aceros		310.000
Almangel de la Sabana S.A		1'454.978
Lubricantes Industriales Ltda.....		714.060
Móvil La Texana		256.700
Estación de Servicios Las Vegas.....		743.300
y Planta de Abastos A. Guevara y Cía. Ltda.....		468.000

Esto es, rechazó por deficientes las pruebas allegadas para respaldar las erogaciones correspondientes a:

Genética Superior por.....	$ 800.000
Laboratorios V.M	55.000
Distribuidora Ricaurte	123.500
Electro Manufacturas S.A.....	4.488
y Ochoa y Cía Ltda. por	245.000

DE LA APELACION

El apoderado de la Dirección de Impuestos Nacionales apela. Pide se revoque la sentencia y se confirme la actuación administrativa. Critica la sentencia porque dá alcance probatorio a testimonios que además de haberse aportado extemporáneamente, no son admisibles para demostrar hechos que de acuerdo a normas generales o especiales suponen la existencia de documentos o registros escritos. También porque se admitieron certificaciones y testimonios no aportados en la vía gubernativa.

De otra parte, el apoderado del demandante se muestra en desacuerdo con la sentencia porque, desconoció costos y deducciones argumentando ausencia de pruebas que se aportaron con el proceso, como es el caso de las declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Luis Alejandro Ochoa y Rodrigo Villamil, distribuidores de la sociedad Genética Superior y facturas certificadas por el Gerente de Manufacturas S.A. y Ochoa y Cía Ltda.

Insiste en la nulidad de la actuación impugnada por omisión de la ampliación al requerimiento especial, previo a la liquidación oficial.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado del contribuyente reitera los argumentos expuestos en la demanda y en las distintas etapas del proceso.

La Administración Tributaria recalca que el término de cuatro meses para acudir ante la jurisdicción había precluído, porque la Resolución 8003 del 2 de mayo de 1991 es simplemente aclaratorio de la Resolución 5002 de enero 9 de 1991, en consecuencia el término se debe contar a partir de la notificación de ésta y no de aquélla.

Estima que el Tribunal se equivocó en la valoración de las pruebas. A unas les asignó un valor que no tenían y otras las admitió sin que hubieran sido aducidas ante la Administración.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Como apelan tanto el apoderado judicial de la entidad demandada como del demandante, la Sala se pronuncia en el mismo orden en que fueron presentadas, y teniendo en consideración que, el demandante se dedica a la actividad agropecuaria, que fundamentalmente sus ingresos corresponden a ventas de leche y que en los términos del artículo 23 del Código de Comercio no está obligado a llevar libros de contabilidad.

A. APELACION DE LA ADMINISTRACION

Corresponde a la Sala establecer primero, si la demanda se interpuso o no dentro del término de caducidad previsto por el artículo 136 del C.C.A. y en caso positivo si con los documentos allegados es posible o no aceptar los costos y gastos propuestos por el actor, y aceptados por el Tribunal.

1. CADUCIDAD DE LA ACCION

La acción de restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la notificación de la providencia que puso fin a la vía gubernativa (art.136 C.C.A.).

Como la Resolución 8003 del 2 de mayo de 1991 se notificó el 7 del mismo mes y año, la acción instaurada ante la jurisdicción radicada el 6 de agosto de 1991, fue oportuna.

Pretende la Administración de Impuestos que el término debe contarse a partir del 17 de enero de 1991, fecha de la notificación de la Resolución 5002

expedida el 9 de enero de igual vigencia y no la de la notificación de la Resolución aclaratorio 8003 de 1991.

Entiende la Sala que la providencia aclaratoria que puso fin a la vía gubernativa, precisamente por haber accedido a la aclaración (o en su caso a una correccion) constituye la última expresión de la voluntad administrativa, precisa su sentido de lo cual puede depender el sentido o la necesidad de acudir a la jurisdicción y por tal motivo el término de caducidad debe contarse a partir de su notificación y no de la diligencia de notificación de la inicial y que la misma Administración reconoce que fue incompleta o ambigua.

Si la Administración hubiera entendido que no era procedente la corrección de su providencia porque no se configuraba, "el error aritmético, ni de transcripción y mucho menos conceptual". puede entenderse que tal petición solo fue utilizada como mecanismo para restituir un término ya vencido lo cual resultaría inadmisible. En tal caso el auto inadmisorio de una petición en tal sentido, por ser improcedente, no viene a formar parte del acto administrativo impugnado y por tanto no incide en el cómputo del término de caducidad.

En el caso que se debate se contempló la situación analizada en el párrafo anterior, por lo que considera la Sala que la decisión del Tribunal fue acertada.

2. COSTOS Y DEDUCCIONES

CENTRO AGROPECUARIO BOGOTA $5'951.823.

La Sala está de acuerdo con el Tribunal, en que la constancia expedida por el entonces Representante Legal del Centro Agropecuario Bogotá Ltda., identificado con el NIT:60.066.523, y en la cual aquél hace constar la compra de insumos agropecuarios que le hizo el demandante por la suma de $5'951.823, unida al testimonio rendido ante el Tribunal por el mismo señor Oscar Bravo Peláez, quien ostentaba la calidad de tal, constituyen pruebas suficientes para la procedencia de la erogación, puesto que complementaron la relación de la misma que hizo en anexo de la declaración de renta oportunamente presentada el 27 de mayo de 1987, aunque por suma superior a la que posteriormente solicitó en la corrección que presentó con la respuesta al requerimiento especial (fl.7 Ant. Ad.).

El hecho de que en el cruce de información inicial efectuado por la Administración con la beneficiaria del pago, no hubiera aparecido el reclamante como comprador no constituye prueba penal y no desvirtuable como para mantener la glosa, puesto que son atendibles las pruebas allegadas durante el

proceso para desvirtuar la información del tercero que tiene el valor de un testimonio (art. 750 E.T.).

AGROVET - ALIRIO PINEDA AVILA $1'825.882.

Como en el punto anterior, también esta erogación aparece dentro de las deducciones solicitadas por el contribuyente en el cuadro No. 8 del formulario rentístico y relacionadas en anexo adjunto al mismo, por la suma de $24'470.382.

Respalda la información la constancia expedida por el señor Alirio Pineda Avila, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 4'091.657 en la cual éste dice haber vendido al demandante insumos agropecuarios por $1'825.882. E igualmente la declaración extrajuicio rendido por el mismo, ante la Notaría Unica del Círculo de Simijaca Cundinamarca, en la cual se destaca además que la razón de su negocios es la de AGROVET, la verificación de la transacción con el contribuyente y que el producto de la venta también la incluyó en su declaración de renta por el año 1986 (fl.69), pruebas éstas que calificadas en conjunto dan credibilidad a la negociación efectuada.

ALEJANDRO GARZON Y FERRETERIA LOS PLANES $146.130 Y $110.800

Para la Sala es evidente que no obstante haber sido solicitados estos gastos en la declaración de renta presentada inicialmente el 27 de mayo de 1987, fueron eliminados de las deducciones al ser corregida aquélla en la respuesta al requerimiento especial; de donde resulta inocuo hacer un pronunciamiento al respecto.

COMPAÑIA GENERAL DE ACEROS LTDA. $310.000.

Como ocurre con los casos anteriores, tanto en el denuncio rentístico como en la corrección presentada al mismo, la contribuyente relacionó la compra de repuestos a la Compañía General de Aceros Ltda. identificada con el NIT: 860.069.182-1

Esta erogación fué desestimada por la Administración porque la factura 01438 de febrero 18 de 1986, fué expedida a nombre del señor Hernando Córdoba pero el actor ante la jurisdicción aporta certificación expedida por el Contador Daniel Rodríguez Rincón, matrícula 26406-T, con la cual se hace claridad al respecto. Informa aquél que en la contabilidad de la compañía se encuentra registrada la factura a nombre de aquél y/o JOSE AULY LOPEZ. CHACON, por la suma de $310.000 (fl.71 C.P.). Se desvirtúa el cargo.

SECCION CUARTA

ALMANGEL DE LA SABANA S.A. $1'454.978

Esta partida relacionada inicialmente en el formulario oficial por la suma de $889.000 fué incrementada a $1'454.978 en la corrección al mismo.

Se encuentra respaldada por constancia expedida por el Gerente de la entidad debidamente autenticada y ahora ante la jurisdicción con certificación del Revisor Fiscal, Contador, Rodrigo Villa con Matrícula 3953-1 en la cual éste, en su calidad de tal, certifica que "durante el año de 1986, se realizaron ventas de repuestos e implementos (específicamente) a Inversiones J.L José López identificado con la Cédula No. 4'094.918 por un valor de $1'454.978 y según nuestras facturas números 1709, 1781, 2206, 4501, 5659 y 5660" (fl.72 C.P. 125 Ant. Ad.), documentos éstos que la Sala como el Tribunal, admite como suficientes para respaldar la erogación.

Lubricantes Industriales Ltda.....$714.060
Móvil La Texana 256.700
Estación de Servicios Las Vegas 743.300
Planta de Abastos A. Guevara y Cía. Ltda ...468.000

El demandante admite que estas partidas no fueron probadas en la vía gubernativa. Aporta ante la jurisdicción declaraciones extrajuicio rendidas por Néstor Jesús Camacho y Mario José Vargas, ante la Notaría 11 del Círculo de Santafé de Bogotá (fls. 74 a 80 C.P.) en las que se dá cuenta que aquéllos cancelaban las cuentas de lubricantes y combustibles a las estaciones de servicios a nombre del demandante. Que el gasto tenía íntima relación con la actividad desarrollada por aquél, por cuanto se originaba para los vehículos en que se movilizaba la leche producida y vendida por él y además fueron inicialmente relacionados en el anexo complementario de la declaración de renta, con identificación oportuna de los mismos beneficiarios (fl. 5 marcador negro, Ant. Ad.), se considera que tales testimonios complementaron la declaración. Prospera el cargo.

Resultan infundadas las críticas que formula la Administración a la sentencia del Tribunal porque aceptó certificaciones y testimonios traídos ante la jurisdicción y no propuestas desde la vía gubernativa, puesto que esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha recordado con relación a las pruebas en el proceso contencioso que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo al remitirse al sistema previsto en el Código de procedimiento civil en lo tocante a la admisión de los medios de prueba, práctica y valoración, suprimió la restricción probatoria contenida en la Ley 167 de 1941 en el artículo 278, que sólo permitía estimar las aducidas en la actuación gubernativa, o las que tuvieran por objeto complementarlas, aclararlas o mejorarlas. Mientras

que en el nuevo procedimiento abre incluso la posibilidad de decretar de oficio las que el fallador estime necesarias para establecer la verdad.

Consecuentemente fué ajustada a la ley la aceptación y valoración de las pruebas traídas ante la jurisdicción y también los testimonios recibidos en ésta y en cuya práctica no intervino la Administración (fls. 133 a 140 y 146 C.P.).

Los testigos pueden ser contrainterrogados dentro del ejercicio de la facultad de contradicción de las pruebas por parte de la Administración, pero ésta no se pronunció al respecto dentro de la oportunidad procesal y sólo al final se limitó a cuestionarlos en general, pero no a objetarlos o contradecirlos en cada caso particular.

B. APELACION DEL ACTOR

Frente a la inconformidad planteada por el actor, debe dilucidar la Sala primero, si es viable o no la nulidad de la actuación administrativa por falta de ampliación del requerimiento especial y después sí con las pruebas allegadas es procedente reconocer las deducciones rechazadas por el Tribunal.

1. AMPLIACION DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL

Según las prevenciones del artículo 703 armónico con el 709 del Estatuto Tributario, antes de efectuar la liquidación de revisión, la Administración enviará al contribuyente un requerimiento especial que contenga todos los puntos que se proponga modificar, con explicación sumaria de las razones en que se sustenta.

El funcionario que conozca de la respuesta PODRA, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para responderlo, ordenar su ampliación por una sola vez y decretar las pruebas que estime necesarias.

De lo anterior se infiere que la ampliación del requerimiento es potestativo, puede a no hacerse sin que la omisión genere nulidad. La nulidad se genera según el artículo 730 del citado Estatuto, entre otros casos, "cuando se omita el requerimiento especial previo a la liquidación de revisión o se pretermita el término señalado para la respuesta", pero no para el caso en que se omita la ampliación de aquél porque, como anteriormente se anotó, éste es facultativo para la Administración.

SECCION CUARTA

La corrección efectuada a la declaración de renta, en forma no espontánea por el contribuyente, sino provocada por requerimiento especial, o pliego de cargos, en los términos de los artículos 590, 709 y 713 del citado Estatuto, tienen connotaciones distintas a las establecidas por los artículos 588 y 589 ibidem. La corrección prevista en éstos, debe efectuarse dentro de los dos años siguientes al vencimiento para declarar y antes de que se notifique requerimiento especial o pliego de cargos; la provocada dentro del término de la respuesta al pliego de cargos, al requerimiento especial, al de su ampliación o dentro del señalado para interponer el recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión, según el caso.

En la corrección provocada por el requerimiento especial, al contrario de lo que sucede con la espontánea, el contribuyente no puede corregir la declaración tributario libremente. Puede hacerlo pero concretamente para disminuir los valores de los factores glosados o para eliminarlos, no para incrementar las cuantías, ni menos para incluir otros no relacionados.

Por eso la sanción para uno y otro caso también es diferente. Mientras que en la corrección espontánea se aplica la prevista por el artículo 644 del mencionado Estatuto de las provocadas se impone la sanción por inexactitud prevista por el artículo 647 *ibídem*, pero reducida, según que la corrección se efectué con la respuesta al pliego de cargos, al, requerimiento especial o a su ampliación, o dentro del término para interponer el recurso de reconsideración.

La corrección de la declaración tributario bajo circunstancias forzadas no hace surgir la obligatoriedad de practicar un nuevo requerimiento (como pretende el demandante al dar el carácter de obligatorio a la ampliación del especial) para incluir nuevos factores que surjan de la corrección efectuada, porque como se anotó en aquélla no se aceptan afectaciones distintas a las que tienen que ver con las glosas del requerimiento especial.

2. DEDUCCIONES

GENETICA SUPERIOR LTDA. $800.000

La Oficina Liquidadora rechazó la suma de $800.000 pagada por concepto de drogas veterinarias e insumos, por compras efectuadas a Luis Alejandro Ochoa y Rodrigo Villamil Ruiz, proveedores de la sociedad Genética Superior Ltda., fundamentalmente porque las constancias expedidas por éstos carecían de fecha cierta y la División de Recursos Tributarios mantuvo la desestimación por cuanto aquéllas no eran suficientes pruebas.

Con referencia a la sentencia del 14 de diciembre de 1972 proferida por esta Sección echó de menos el *a-quo* el testimonio que debió rendirse por aquéllos ante funcionario competente, deficiencia con base en la cual el Tribunal ratificó la improcedencia de la deducción:

Sobre el particular advierte la Sala que a folios 133 a 135 del expediente, aparecen los testimonios rendidos ante el Tribunal, el 31 de marzo de 1992 por los terceros en cita y en los cuales quedó claro que cada uno de aquéllos vendió como proveedor de la sociedad Genética Superior Ltda., productos pecuarios, consistentes en semen congelado para bovinos, por un total de $800.000, gastos que como algunos de los cuestionados anteriormente, aparecen relacionados por la sociedad con identificación de la beneficiaria directa de los pagos, tanto en anexo de la declaración de renta presentada inicialmente como en la corrección que radicó el 18 de agosto de 1989; razón por la cual considera la Sala resulta aceptable esta erogación con base en el conjunto de las pruebas aportadas.

LABORATORIO V.M. Y DISTRIBUIDORA RICAURTE $55.000 Y $123.500.

Tanto en la liquidación de revisión como en la resolución que desató el recurso de reconsideración interpuesto contra aquélla, la Administración Tributaria limitó, la procedencia de las deducciones formuladas por compra de insumos agropecuarios a Laboratorios V.M. y de repuestos a Distribuidora Ricaurte, a las sumas que relacionó en la declaración de renta presentada, el 27 de mayo de 1987. Esto es a $345.570 y $76.500 respectivamente (fl. 6 marcador negro, Ant. Ad.).

Vale decir, desconoció el mayor valor que por los mismos conceptos relacionó en la declaración de corrección, porque aceptarlas sería admitir modificaciones extemporáneas a la liquidación privada, según expresó.

El Tribunal mantuvo la decisión porque el contribuyente no desvirtuó la glosa que en su momento le formuló la Administración.

La Sala está de acuerdo con la decisión de la Oficina de Impuestos que aparentemente comparte el Tribunal. Como antes, se dijo, en la respuesta al requerimiento especial el contribuyente podía corregir la declaración tributaría presentada el 27 de mayo de 1987, pero en relación con las glosas Formuladas en aquél. Es decir disminuir el valor de algunas de las deducciones propuestas y eliminar otras, pero no incrementar la cuantía de las mismas o incluir unas nuevas, puesto que admitir éstas últimas modificaciones sería aceptar cambios

a la liquidación privada por fuera del término legal. Esto es, después de los dos años siguientes al plazo para declarar. No prospera el cargo.

ELECTROMANUFACTURAS S.A. Y OCHOA Y CIA LTDA $4.488 Y $245.000

Las deducciones solicitas por compra de repuestos a Electromanufacturas S.A. por $4.488 y a Ochoa y Cía. Ltda. por $245.000 fueron desestimadas por la Oficina Liquidadora, la primera porque la factura 5436 de febrero 4 de 1986 fue expedida a nombre del señor Alberto Morato y la segunda porque el oficio de junio 30 de 1989, enviado por la sociedad beneficiaria del pago, carecía de fecha cierta e identificación del Representante Legal. La División de Recursos Tributarios mantuvo el rechazo de la primera porque no obstante haberse aportado el recibo de caja No 13419 de febrero 4 de 1986 por $4.488 debidamente autenticado a nombre de Alberto Morato y adjunto una certificación del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Boyacá, en donde se establece que aquél se encontraba asegurado al ente por cuenta del demandante, no existía certeza de la compra efectuada por aquél a nombre del contribuyente.

La segunda porque, la prueba aportada inicialmente analizada por el a quo resultaba incompleta como quiera que quien la suscribe no se identifica, ni se encuentra autenticada. Deficiencias éstas que subsisten en relación con los demás casos, como quiera que ante la jurisdicción no se han mejorado, ni complementado aquellas pruebas, razón suficiente para confirmar la decisión del Tribunal en cuanto declaró improcedentes tales erogaciones.

En virtud de lo anterior se practicará una nueva liquidación del impuesto de renta correspondiente al año gravable 1986, que consulte con lo decidido.

RENTA	BASE	IMPUESTO
La determinada en la Resolución 08003 del 2 de mayo de 1991	16'849.882	
Deducciones reconocidas así:		
Centro Agropecuario de Bta.....	5'951.823	
Agrovet.....	1'825.882	
Alejandro Garzón	146,130	
Ferretería Los Planes.....	110,800	
Cía. General de Aceros	310,000	
Almangel de la Sabana S.A.....	1'454.978	
Lubricantes Industriales.....	714.060	
Móvil La Texana	256.700	

RENTA	BASE	IMPUESTO
Estación de Servicios Las Vegas.....743.300		
Planta de Abastos A. Guevara y cía 468.000		
Genética Superior Ltda 800.000	12'781.673	
Renta Gravable.....	4'068.209	734.150

PATRIMONIO

El gravable determinado en la Resolución 8003 del 2 de mayo de 1991 no varía .....52'179.506		905.346
TOTAL IMPUESTO RENTA Y PATRIMONIO		.1'639.496

Sanción por inexactitud determinada así:		
Impuesto renta aquí determinado 734.150		
Determinado en liquidación privada 429.150		
Diferencia base sanción.....305.000		
Mayor impuesto aceptado respuesta al requerimiento 290.000		
Base 160% 15.000		24.000
TOTAL A CARGO.....		$1'663.000

Consecuente con lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,. administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

1. **REVOCASE** la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de marzo de 1993, en el juicio N° 8498.

2. **ANULANSE** los actos administrativos contenidos en laLiquidación de Revisión 60027 del 7 de diciembre de 1989 y en las Resoluciones números 05002 del 9 de enero de 1991 y N° 8003 de mayo 2 del mismo año, expedidos por la Administración de Impuestos de Bogotá y correspondientes al impuesto de renta y complementarios año gravable 1986 del señor JOSE AULY LOPEZ CHACON.

SECCION CUARTA

3. En su lugar, FIJASE en la suma de UN MILLON SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS ($1'663.496) M/CTE. el valor del impuesto de renta y complementarios y la sanción por inexactitud, que por el citado año gravable 1986, debe pagar el señor JOSE AULY LOPEZ CHACON, identificado con la Cédula N° 4.094.918 de Chiquinquirá.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de orígen.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACTIVIDAD COMERCIAL / ACTIVIDAD DE SERVICIOS / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El art. 198 del Decreto 1333 de 1986 es el que sienta en materia de clasificación de las tres actividades básicas que se adoptaron, la regla general de el expendio de bienes así como las demás definidas por el Código "se entienden por actividades comerciales" salvo que (y en esto consiste la excepción a la regla anterior), estén consideradas como actividades industriales o de servicios por el Código de Comercio o por el mismo Decreto 1333 de 1986. De manera que en principio según el art. 198 "el expendio de bienes o mercancías (alimentos) tanto al por mayor o al por menor" se entiende que es actividad comercial, a menos que se trate de la actividad consistente en "..expendio de bebidas y comidas:servicio de restaurante, cafés.." que está calificada como actividad de servicio por el artículo 199.

CONTRATO DE CONCESION / CONTRATO DE SUMINISTRO / ACTIVIDAD COMERCIAL / ACTIVIDAD DE SERVICIOS

La entrega de establecimientos comerciales en concesión para su explotación a concesionarios que son personas jurídicas o naturales totalmente independientes que son las que se dedican directamente al ejercicio de la actividad de venta al público, lo cual constituye actividad de servicio de restaurante. En cambio el contrato adicional de suministro mediante el cual se comprometía a vender una serie de productos con lo cual el actor aparece en las declaraciones de los concesionarios como uno de los varios proveedores de alimentos y que se considera como una actividad claramente "comercial".

SECCION CUARTA

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4899. Actor: PRODUCTORA Y COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS LTDA. IMPUESTO DE INDUSTRIA COMERCIO Y AVISOS -FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad PRODUCTORA Y COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS LTDA., contra la sentencia del 26 de marzo de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos, por el año gravable 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en la declaración de industria y comercio radicada el 24 de abril de 1987, en la respuesta al Requerimiento 670 del 16 de septiembre de 1988 y en la investigación tributaria cuyos resultados quedaron plasmados en el Acta 05-707 del 1o. de noviembre del mismo año, la Administración Distrital practicó la Liquidación Oficial 1185 del 9 de diciembre de 1988.

Los ingresos declarados como actividad de comercio, los clasificó como "actividad de servicio", incluyó dentro de la base gravable la suma de $5.799.362 utilidad en venta de activos fijos; incrementó proporcionalmente el impuesto previsto en el "parágrafo anual" y aplicó sanción por inexactitud de conformidad con lo preceptuado por el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, la fijó en $57.992.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el Director Distrital de Impuestos, por Resolución 586 del 23 de junio de 1989, resolvió el primero y la Junta Distrital de Hacienda, por Resolución 297 de diciembre 21 del mismo año el de apelación. La primera modificó la decisión oficial impugnada.

Con apoyo en los artículos 1, 15, 16 y 53 del citado Acuerdo 21 de 1983, confirmó las bases gravables y por ende los impuestos de industria, comercio y avisos. Disminuyó el mayor valor determinado en relación con la liquidación privada respecto del "parágrafo anual" y proporcionalmente redujo la sanción por inexactitud a $46.394.

La resolución 297 de 1989, aún cuando en el artículo 1o. de la parte resolutiva revocó el "parágrafo anual" determinado por la contribuyente en la Liquidación Privada por $813.434 y en el artículo 2o. confirmó todos los demás factores de la Resolución 586 de igual año, en el parágrafo del mismo artículo dejó en firme el total de las diferencias a favor de la Tesorería de $4.290.110 el total de las sanciones de $46.394 para un total de diferencias y sanciones de $4.336.504.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad pide ante la jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos en cita y que consecuentemente se restablezca el derecho de la empresa efectuando una nueva liquidación en la que se determine principalmente la declaratoria del silencio administrativo positivo, en los términos del artículo 64 del Acuerdo 21 de 1983 y por consiguiente en firme la liquidación privada.

Subsidiariamente que sus operaciones en el Distrito Especial de Bogotá sean clasificadas como "Actividad Comercial", de conformidad con el artículo 198 del Decreto Legislativo 1333 de 1986 y por ende los ingresos gravados a la tarifa del 2% establecida para la distribución al por mayor de productos alimenticios, conforme con el artículo 22 del mismo Acuerdo.

"En todo caso que su actividad es estrictamente comercial y de ningún modo de "servicios" como lo pretenden los actos impugnados".

Adicionalmente que se corrijan las cifras definitivas de la Resolución 297 de 1989 por error aritmético.

Invoca primero el apoderado judicial de la demandante, la ocurrencia del silencio administrativo positivo porque entiende que en los términos del artículo 64 del Estatuto Local, la Administración notificó personalmente la Resolución 297 de 1987 con pretermisión del término previsto por aquél, para fallar el recurso de apelación. Esto es, que el 15 de enero de 1990 fecha en que se surtió la diligencia procesal, el plazo máximo de los seis meses había precluído, habida consideración de que notificada la Resolución 586 el 28 de junio de 1989, el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente al de reposición ha debido fallarse el 12 de enero de 1990.

Argumenta que los actos administrativos impugnados igualmente resultan nulos puesto que, la Administración Distrital despachó los recursos interpuestos contra el acto liquidatorio, sin decretar las pruebas solicitadas en aquéllos, ni referirse a éstas en las resoluciones pertinentes; incurriendo así en la causal prevista en el artículo 152 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil y violación de los artículos 56, 57 y 58 del C.C.A.

SECCION CUARTA

De otra parte afirma que la empresa por él representada, según la razón social, está constituida para comercializar al por mayor los alimentos, los distribuye a otros minoristas que, los expenden al público en sus propios establecimientos; lo que significa que la actividad de aquélla es comercial y la de los minoristas es una actividad de servicios.

La actividad de la demandante dice, no es de servicios, porque los contratos de concesión celebrados entre ésta y los establecimientos comerciales "Presto", demuestran que los concesionarios adquieren con exclusividad y al por mayor los alimentos (papas, verduras, carnes, almuerzos, empacados, café, etc.) y previa preparación los venden directamente al consumidor en sus propios establecimientos.

En síntesis, una es la actividad comercial del distribuidor mayorista de los productos denominados "Presto" y otra la actividad de servicios del concesionario que; satisface la necesidad de consumo de tales productos por la comunidad.

Son las partes "dos personas jurídicas distintas con actividades diferentes, como distintas y diferentes son sus obligaciones frente a cualquier legislación de carácter tributario de orden nacional o local".

Acepta el yerro en que incurrió la sociedad en la operación aritmética para deducir equivocadamente el valor de $5.799.362 como venta de activos fijos y en consecuencia también la sanción de inexactitud impuesta por esta concepto.

Finalmente pide se tenga en cuenta el error aritmético en que se incurrió en el parágrafo del artículo 2o. de la Resolución 297 de 1989, pues si esta providencia revocó el parágrafo anual por valor de $813.434 liquidado y pagado por la demandante, resulta evidente que de la diferencia determinada por dicha Resolución, deberá substraerse el valor citado, para una diferencia definida de $3.523.070.

DE LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 26 de marzo de 1993 denegó las súplicas de la demanda. Con fundamento en el mismo artículo 64 del Acuerdo 21 de 1983, que el actor considera transgredido, niega la ocurrencia del silencio administrativo positivo y con apoyo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil derecha la nulidad por omisión de la práctica de pruebas.

De acuerdo a las definiciones de lo que por actividad comercial y de servicios debe entenderse, en los términos de los artículos 8 y 9 del Acuerdo 21 de 1983 y 36 de la Ley 14 de 1983. considera que la venta de comidas y bebidas es de servicio y no comercial.

Al respecto dice: "No distinguiendo las normas aludidas en la manera como se prestan los servicios, si al por mayor o al detal, sino fijándose en la índole o naturaleza de la actividad, es forzoso concluir que la actividad que desarrolla la actora es de servicios y no comercial y, en consecuencia no prospera este cargo.

Finalmente considera que en la Resolución 297 de 1989 la entidad gubernativa no incurrió en error aritmético alguno.

DE LA APELACION

El apoderado de la sociedad demandante apela. Pide se revoque la sentencia y en su reemplazo declarar que la actividad de la actora es comercial.

Al contrario de lo que opina el Tribunal estima que en los términos del artículo 8° del Acuerdo 21 de 1983 y 198 del Decreto Legislativo 1333 de 1986, se entienden por actividades comerciales, las destinadas al expendio compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por menor como al por mayor y las demás definidas como tales por Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por la ley como actividades industriales o de servicios. De donde infiere que demostrado que la sociedad vende al por mayor bienes relacionados con comidas rápidas no preparadas, a propietarios de establecimientos comerciales que prestan a la comunidad el servicio de restaurante, su actividad es comercial.

Se remite a lo argumentado sobre el particular en los numerales 3 y 4 de la demanda y literales A, B, C y D de los alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la entidad demandada reitera los argumentos que sirvieron de apoyo a la actuación oficial impugnada.

De acuerdo con el contenido de los contratos de concesión, para él es claro que la actividad de servicio la desarrolla la empresa de manera indirecta, a través de "Presto" que expende alimentos y bebidas.

SECCION CUARTA

El Procurador Tercero Delegado de esta Corporación, Dr. Jaime Ossa Arbeláez, solicita despacharse en forma adversa las súplicas de la demanda. En consecuencia se confirme la sentencia apelada.

Está de acuerdo en un todo con los argumentos del *a-quo* en los cuales se respalda para adherirse al fallo.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Para la Sala el punto fundamental de la controversia es el de determinar la clasificación que corresponde a la actividad que desarrolla la demandante, puesto que ésta clasifica su actividad en la "comercial" mientras que la Oficina Distrital considera que corresponde a la de "servicios", lo que a su turno implica diferencia de la tarifa aplicable.

La disposición que concreta el ejercicio de una actividad como hecho generador es a nivel local del hoy Distrito Capital es el artículo 1 del Acuerdo 21 de 1983 que se sustenta en el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986 y que dispone:

"El hecho generador de los impuestos de industria, comercio y avisos está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá ya sea que se cumpla en forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimientos de comercio o sin ellos" (art. 1o., Acuerdo 21 de 1983).

La mención de directa o indirectamente hace relación a la forma como puede ejercerse una actividad dentro de la respectiva Jurisdicción municipal pero no puede implicar cambio de la actividad que real y efectivamente le corresponde al contribuyente.

El artículo 198 del Decreto 1333 de 1986 (que se incorporó en el art.8 del Acdo.21/83) es el que sienta en materia de clasificación de las tres actividades básicas que se adoptaron, la regla general de que el expendio de bienes, así como las demás definidas por el Código, "se entienden por actividades comerciales", salvo que (y en ésto consiste la excepción a la regla anterior), estén consideradas como actividades industriales o de servicios por el Código de Comercio o por el mismo Decreto 1333 de 1986.

De manera que en principio, según el artículo 198, "el expendio de bienes o mercancías (alimentos) tanto al por mayor o al por menor" se entiende que es actividad comercial, a menos que se trate de la actividad consistente en

"...expendio de bebidas y comidas; servicio de restaurante, cafés. . . " que está calificada como actividad de servicio por el artículo 199, cuya característica general distintiva es que están destinadas "a satisfacer necesidades de la comunidad" como es la de oferta de bebidas y comidas en establecimientos que se conocen como "restaurantes".

En el caso que se atiende, según se establece de los contratos de concesión y suministro, la reclamante es propietaria de la marca comercial "Presto" y de una serie de establecimientos comerciales apropiados para servir de restaurantes (equipos de cocina, estufas. neveras, mesas, mostradores. etc.), que entrega en concesión para su explotación a concesionarios que son personas jurídicas o naturales totalmente independientes que son las que se dedican directamente al ejercicio de la actividad de venta al público, lo cual sí constituye actividad de servicio de restaurante.

La propietaria de los establecimientos PRESTO mediante contrato adicional de suministro se comprometía a vender una serie de productos con lo cual PRESTO aparece en las declaraciones de los concesionarios como uno de los varios proveedores de alimentos.

En conclusión, el análisis de los contratos y de las declaraciones tributarias llevan a la Sala a determinar que los concesionarios, son los que ejercen la actividad de preparar los alimentos y suministrarlos al público consumidor y que la actividad que ejerce la reclamante claramente es la "comercial", así como la que ejercen los concesionarios es la de "servicio de restaurante".

El compromiso de mantener un flujo regular de suministro de materia prima en bruto o semielaborada, así como la concesión o arrendamiento de un establecimiento mercantil, son actividades comerciales. No alcanzan a clasificar como de servicio, porque no expende alimentos al consumidor final.

En el parágrafo del artículo 2o. de la parte resolutiva de esta Resolución, la Junta Distrital de Hacienda incurrió en error como quiera que si en el artículo 1o. lo revocó, lo correspondiente al "parágrafo" por valor de $813.434, también ha debido afectar con el mismo guarismo la diferencia resultante a favor de la Tesorería.

Empero, como de acuerdo a lo decidido en el punto anterior los actos administrativos deberán declararse nulos, tal equivocación resulta irrelevante.

Por lo expuesto es procedente practicar una nueva liquidación del impuesto de industria, comercio y avisos, por el año gravable 1986, con modificación únicamente en las actividades y por ende de la tarifa aplicable sobre los ingresos.

SECCION CUARTA

CONCEPTO	BASE MENS.	ACT.	TARF	IMPTO-MENS.
(1) La fijada oficialmente	44'134.940	201	2	88.270
(2) Por la DIN	24'134.518	210	4	96.538

	IMPTO.ANUAL	**AVISOS**
(1)	1'059.240	158.886
(2)	1'158.457	173.768
Total Impuestos	2'217.697	332.654
Total Impto. Industria, Comercio y Avisos		2'550.351
Más: Sanción por inexactitud que no varía.		46.394
TOTAL A CARGO DE LA SOCIEDAD		2.596.745.

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. **ANULANSE** la Liquidación Oficial 1185 del 9 de diciembre de 1988, la Resolución 586 del 23 de junio de 1989 y la Resolución 297 de diciembre 21 del mismo año, proferidas por la Administración Distrital, mediante las cuales se determinó oficialmente el impuesto de industria, comercio y avisos por el año gravable 1986.

3. En su lugar **FIJASE** en la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($2.550.351) M/CTE- el valor del impuesto de industria. comercio y avisos y en CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS ($46.394) M/CTE. la sanción por inexactitud que por el año gravable de 1986,

debe pagar la sociedad PRODUCTORA Y COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS LTDA. identificada con el NIT: 60.077.207, por el año gravable 1986.

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 Zárate, Presidente; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SANCION POR INEXACTITUD / CERTIFICADO BIMESTRAL / SANCION MULTIPLE / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

La inexactitud en cualquiera de los datos del denominado certificado oficial del pago bimestral, hace procedente la sanción, independientemente del período en que se produzca la irregularidad; lo que no es cierto es que ésta deba sancionarse tantas veces como se refleje o proyecte en períodos posteriores, que es el clásico evento de la sanción multiple por una misma causa. Lo que se pretendió sancionable por el 4°. bimestre de 1984, no fue la "infracción diferente" que sostiene la apelante, sino el mismo desajuste numérico producido en el bimestre anterior, por el rechazo, en éste,, de un "descuento improcedente" que es la causa única común y que solo podía dar lugar a sanción en el período en que originalmente sobrevino resulta desde todo punto de vista inaceptable suponer que el legislador deba hacer distinsiones sobre lo obvio.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de mil novecientas noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5047. Apelación sentencia de 2 de julio de 1993 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto sobre las ventas. Actor: PELAEZ HERMANOS S.A. F A L L O.

El Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, debidamente representado, apela de la sentencia de primer grado, de 2 de julio de 1993, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, en los contenciosos de restablecimiento fiscal acumulados referentes al impuesto sobre las ventas de los bimestres 3°, 4° y 6° de 1984 y 1o, 2o y 3o de 1985, promovidos por PELAEZ HERMANOS, S. A., primero (expediente No. 6243, bimestre 6o/84), contra la liquidación de revisión No. 100124 de 24 de agosto de 1987 y la resolución 901265 de 30 de diciembre del mismo año, expedidas por las unidades de liquidación y recursos,tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá; segundo (expediente No. 6913, bimestres 3o, 4o y 5o/84 y 1°, 2o y 3o/85), contra el pliego de cargos 9004 de 21 de noviembre de 1985 y las resoluciones No. 185020 de 27 de enero de 1987 y No.0224 de 8 de noviembre de 1988, actos expedidos, los dos primeros, por el Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá, y el último, por la unidad de recursos tributarios de la misma administración.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES:

En el primer proceso, el acto liquidatario desestimó impuestos descontables del 6° bimestre de 1984, en cuantía de $1.115.060, en tanto que la resolución reseñada denegó la "amnistía de requerimiento especial" impetrada.

En el segundo, el pliego de cargos se formula, "por inexactitud del certificado bimestral de pagos", en relación con los bimestres 3o, 4° y 6° de 1984 y 1°, 2° y 3° de 1985, señalándose las respectivas irregularidades e importe de las "diferencias", mientras que la primera resolución citada (No. 185020, enero 27/87) fija las multas por cada bimestre, y la segunda (No. 0224, noviembre 8/88), que decide la reposición, confirma íntegramente tal actuación.

LAS DEMANDAS:

La del primer proceso, dice violados los artículos 6, 17 y 18 del decreto 260 de 1987, en cuanto se denegó una pretensión de amnistía a que legalmente tendría derecho la sociedad.

La del segundo, los artículos 6 y 17 del mismo decreto 260 de 1987, 49, inciso 2°, del decreto 3803 de 1982, 31 de la ley 52 de 1977 y 57, inciso 3°, del Código de Comercio, explicándose, haber aceptado la Administración, por resolución No. 0005 de 24 de febrero de 1988, proferida por la unidad de recursos tributarios, la solicitud de amnistía presentada por la sociedad con respecto al rechazo de impuestos descontables por los bimestres 1°, 29 y 3° de 1985, y revocado, mediante dicha providencia, la liquidación oficial (No. 100125, agosto 24/8a), por lo que, desaparecida "la figura del desconocimiento de impuestos

descontables", debería serlo también, la sanción por inexactitud que tal circunstancia motivaba sin embargo de lo cual, la providencia impugnada (resolución No. 00224, noviembre 8/88) mantuvo aquélla, por los tres bimestres en cuestión, en suma total de $261.650, contra lo dispuesto por el artículo 6° del decreto 260 de 1987, en conexión con el 49, inc. 2°, del decreto 3803 de 1982.

Prosigue, que la contabilización de los certificados de pago bimestral o trimestral, es posterior y distinta de la de las operaciones que sirven de base, por disposición de los artículos 1° del decreto 1627 de 1984 y 34 del decreto 570 del mismo año, conexo éste con el 7°, parágrafo 2°, *ib.*, por lo cual, "la contabilización llevada a cabo por la empresa en agosto de 1984, afecta las operaciones abril, mayo, junio, como lo prevé la disposición correspondiente, siendo jurídica y fiscalmente correcta", y que aún de persistiese en el supuesto de la inoportunidad de la contabilización del descuento, se podría afirmar, "que se dio un error de apreciación con respecto a la fecha de contabilización del señalado descuento y existe por lo tanto una diferencia de criterio con las autoridades tributarios toda vez que el artículo 57 del Código de Comercio en su numeral 3° señala (que) "cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advirtiere" (...) (así que) la supuesta omisión en la contabilización del descuento durante el período comprendido entre el 1° de abril y el 30 de junio de 1984, fue salvado (sic) con su contabilización en agosto, hecho probado por los funcionarios investigadores, en consecuencia, no se da la inexactitud de que trata la ley tributaria" adicionalmente, el investigador habría errado la base para aplicar el artículo 7° del decreto 570 de 1984, en cuanto el monto del descuento concedido", pues anotó, como inventario final de mercancías a 31 de diciembre de 1983, $337.672.079, en lugar de $377.672.079; y "al no configurarse la inexactitud en el descuento por inventarias (...), es lógico concluír que tampoco se presenta tal inexactitud en el 4° bimestre de 1984, cuando se da un saldo a favor resultante de la operación precedente y con respecto al cual no cabe aplicar calificación alguna de inexactitud al tenor del art. 49 del decreto 3803 de 1982 ..."

LA SENTENCIA:

En lo concerniente a la primera demanda, considera que, referido el requerimiento especial objeto de la amnistía (No. 22200014, enero 30/87), no solo al 6° bimestre de 1984, sino al 1er. trimestre y al 2° bimestre del mismo año, por aplicación del artículo 62, numeral 1°, del decreto 260 de 1987 ("... presentar antes del 1° de mayo de 1987, ante la oficina de recursos tributarios, grupo de amnistías, de la Administración de Impuestos Nacionales que hubiere proferido el requerimiento especial, un memorial por medio del cual desistan totalmente de las objeciones a tal requerimiento y acepten deber el mayor impuesto que se deriva del mismo"), no era viable pedir el beneficio en forma parcial (únicamente

por el bimestre 6°/84), sino que se debían cumplir los requisitos de la amnistía respecto de todos los períodos materia del requerimiento, de modo que al haber desistido la contribuyente de objetar solo el 6° bimestre, su petición no se ajustaba a las exigencias del numeral citado, aparte de que la negativa a levantar la sanción por dicho bimestre (aplicada mediante resolución No. 185020, enero 27/87, objeto de la segunda demanda), no implicaba el "cambio sustancial de tesis administrativa" o la formulación de "exigencias con base en una interpretación ajena a las normas que consagran la amnistía", a que se aludía en la demanda, pues la Administración había sido clara en el sentido de que el acto por el que se había impuesto la sanción, no dependía del requerimiento especial cuestionado.

Por lo que hace a la segunda demanda, niega prosperidad al cargo de nulidad por violación del artículo 6° del decreto 260 de 1987 ("amnistía de requerimiento especial"), en consideración a que, no obstante haberse aceptado la amnistía con relación al requerimiento especial No. 222000,13 de 30 de enero de 1987, y revocado la liquidación de revisión No. 100125 de 24 de agosto de 1987 (que determinó el impuesto de ventas por 1985), tales decisiones no afectaban las sanciones por inexactitud de los certificados de pago de los bimestres 1°, 29 y 3° de 1985, tratándose de "dos hechos completamente diferentes e independientes" y no habiendo hecho uso la contribuyente de la "amnistía de inexactitud del certificado bimestral de pago", prevista por los artículos 11 y 12 *ib.*; o, en otros términos, que la amnistía del requerimiento no se podía extender a las sanciones por inexactitud de los certificados de pago bimestral, por ser "dos procesos diferentes e independientes".

Rechaza, asimismo, el cargo de ilegalidad de la sanción por inexactitud del certificado de pago del bimestre 3° de 1984, pues, "no obstante que el inciso (sic) 2° del artículo 7 del decreto 570 de 1984, no señala la fecha de contabilización de los impuestos descontables, el parágrafo 2° del mencionado artículo dispone que el impuesto descontable debe reputarse a las operaciones que se realicen durante el período comprendido entre el 1° de abril y el 30 de junio de 1984. Para tal efecto, este descuento deberá, registrarse como un débito en la cuenta "impuesto a las ventas por pagar", significando esta disposición que el registro contable también debe hacerse en el mismo período...", alcance que tendría, igualmente, el artículo 14 del decreto 3139 de 1984 ("las certificaciones a que se refiere el artículo 33 del decreto 570 de 1984, deben corresponder a las operaciones del respectivo bimestre, las cuales deben estar registradas en la contabilidad del responsable"), estando regulada la sanción de que se habla por el artículo 55 del decreto 3541 de 1983 y habiéndose configurado la inexactitud, en el caso, por inconsistencia entre lo declarado y lo contabilizado, por concepto de impuestos descontables, provenientes del inventario a marzo 30 de 1.984 los cuales fueron contabilizados en agosto del mismo año y solicitados en el 3er

bimestre de 1984, es decir, descuentos por operaciones aún no registradas contablemente sin tener en cuenta que los asientos contables debían concordar cronológicamente con las operaciones realizadas, para mostrar fielmente el movimiento diario de las actividades del comerciante, según los artículos 53 del Código de Comercio y 33 del decreto 2821 de 1974 no pudiendo entenderse violado el artículo 49 del decreto 3803 de 1982 invocado, además, por no ser ésta la norma sustentatoria del acto acusado.

De otro lado, no considera que el hecho de que la omisión "se haya salvado con su contabilización en agosto, fundándose en el artículo 57 del Código de Comercio", pueda convalidar la inexactitud del cuestionado certificado de pago bimestral, pues la sola falta de concordancia configuraría el supuesto de hecho del artículo 55 del decreto 3541 de 1983, "así la declaración anual sea correcta y los asientos contables al final del año tengan correspondencia a (sic) dicha declaración ..."; tampoco, que el error en que incurrió el funcionario investigador al determinar la base del descuento contemplado por el artículo 7° del decreto 570 de 1984, afectara "el fondo de *litis*, por cuanto la diferencia de $40.000.000 no tiene incidencia para determinar el beneficio, pues todo obedece al incremento del inventario poseído por el contribuyente a 31 de marzo de 1984, que arrojó la suma de $15.068.319 ya que la diferencia determinada no sufre alteración dentro del estudio de los porcentajes aplicados por las oficinas de impuesto fuera de que al tomarse como base la suma de $337.672.079, se habría incurrido solo en un error de transcripción, según "el proyecto de la resolución No. 185020" (sic).

Con todo, en lo atinente al 4° bimestre de 1984, estima que pese a no haber prosperado "el cargo anterior" (contra la sanción por el 3er bimestre *ib.* la sanción debe levantarse, "por cuanto la inexactitud en este bimestre se originó por la desestimación del descuento de inventarias solicitado por la actora en el bimestre anterior por improcedente, por consiguiente, si no fuera por este desajuste, al certificado del cuarto bimestre de 1984 resultaría correcto", no teniendo así "ningún fundamento legal o aritmético el arrastre aplicado por la Administración; sobre el particular, transcribe apartes de la sentencia de la Sala, de 26 de abril de 1991, expediente No. 2965, actor, Comercial Calzamundo, Ltda., Consejera Ponente, Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Finalmente, por lo que respecta al 6° bimestre de 1984, encuentra que el cargo, "es análogo al primer cargo discutido en este proceso, por lo tanto, lo considerado en él es totalmente aplicable a éste, además, ya fue objeto de estudio por esta Corporación cuando se resolvió el proceso No. 6243 al inicio de esta sentencia, por lo tanto y para no caer en redundancias, la decisión que fue tomada en aquel proceso, no tiene ninguna incidencia para la decisión de la legalidad de la sanción de inexactitud del certificado bimestral de pago ..."

EL RECURSO:

Disiente de la decisión estimatoria referente al 4° bimestre de 1984, en cuanto la misma habría desconocido el alcance de los artículos 23 y 55 del decreto 3541 de 1983, conexos con el 49 del decreto 3803 de 1982, pues la inexactitud se daría por el solo hecho de que los datos enumerados por el artículo 23 citado, entre los cuales figuran los saldos a favor de períodos anteriores, "no corresponden a la realidad", sin que importe "si el error tuvo su origen en éste o en períodos anteriores, la norma es muy clara al sancionar el hecho sin hacer excepción alguna"; y que no se trataría "de sancionar un (sic) una infracción dos veces, sino que se trata de dos infracciones diferentes, puesto que aún cuando el dato erróneo surgió de un cálculo equivocado de los impuestos descontables en el período inmediatamente anterior, lo que se sanciona en este período (sic) es la inclusión de un valor inexistente en la información referente al saldo a favor del período anterior que conlleva como resultado un mayor saldo a favor del contribuyente...", debiendo tener aplicación en el punto el artículo 26 del Código Civil, pues, "si el legislador no distinguió en el caso de inexactitud en el saldo a favor de períodos anteriores cuándo daba lugar a sanción y cuándo no debe entenderse que siempre que exista un dato erróneo en este *ítem* hay lugar a aplicarse la sanción...".

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La demandante pide "un detenido estudio del expediente y las argumentaciones contenidas en los memoriales por medio de los cuales se instauraron las acciones de anulación y restablecimiento del derecho (...), con miras a la proyección de un fallo ajustado realmente a la ley"; seguidamente, se dedica a expresar diversos puntos de discrepancia frente al fallo de primer grado.

A su vez, la señora Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso, manifiesta compartir íntegramente los planteamientos del *a-quo*, estimando que, sancionada en el 3er bimestre de 1984 la inclusión de descuentos por operaciones no contabilizadas, "ese mismo hecho no puede dar lugar a una pluralidad de sanciones impuestas sucesivamente, según el mismo proyecto sus efectos en cada uno de los bimestres subsiguientes", pues ello acarearía la imposición de multitud de sanciones sobre un mismo hecho, "lo que abiertamente violenta el principio del "*non bis idem*" (sic), en atención al cual, ninguna persona puede ser sancionada más de una vez por la misma acción ..."

Pide confirmar la sentencia recurrida.

SECCION CUARTA

LA SALA CONSIDERA

La apelante tiene razón en cuanto a que la inexactitud, en cualquiera de los datos del denominado certificado oficial de pago bimestral, hace procedente la sanción, independientemente del período en que se produzca la irregularidad; lo que no es cierto es que ésta deba sancionarse tantas veces como se refleje o proyecte en períodos posteriores, que es el clásico evento de la sanción múltiple por una misma causa, que acertadamente advierta la señora Procuradora Delegada y sobre la que se pronunció la Sala en la providencia invocada por el *a-quo*.

En efecto, lo sancionable por el 3er bimestre de 1984, según el pliego de cargos y la resolución sancionatoria, fue el hecho de que la declarante solicitara un descuento sobre operaciones aún no contabilizadas, en cuantía de $15.068.319, que, desestimado por improcedente, no solo afectó aritméticamente este bimestre, sino el subsiguiente, en el sentido de hacer igualmente improcedente el saldo a favor, por $1.859.749, registrado en el mismo.

Consiguientemente, lo que se pretendió "sancionable" por el 4° bimestre de 1984, no fue la "infracción diferente" que, erróneamente sostiene la apelante, sino el mismo desajuste numérico producido en el bimestre anterior, por el rechazo, en éste, de un "descuento improcedente", que es la causa única común y que solo podía dar lugar a sanción en el período en que originalmente sobrevino; la cuestión es tan clara que resulta desde todo punto de vista inaceptable suponer que el legislador deba hacer distinciones sobre lo obvio.

Por lo demás, puesto que la demandante no concurre como apelante, sus argumentaciones contra el fallo de primer grado, que implican el desconocimiento de la preclusividad de los términos, no ameritan un particular pronunciamiento, debiendo mantenerse aquél en todas sus partes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por.medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Delio Gómez Leyva, Guillermo Chahín Lizacano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez, Secretario.

Nota de Relatoria: En igual sentido se reitera la providencia de 28 de octubre de 1993, Exp. 0337, Ponente: Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, actor: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

ERROR DE TRANSCRIPCION / ERROR ARITMETICO / LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA.

No forman parte de la definición legal el art. 697 del Estatuto Tributario los posibles errores de transcripción en que incurra el declarante sobre los datos básicos de su declaración, pues ello implica una información incorrecta de los hechos imponibles o bases gravables, cuya modificación por parte de la Administración en una liquidación oficial, exige a ésta la realización de todo un movimiento previo de fiscalización a fin de establecer la realidad económica y por ende fiscal del declarante. Reflejándose el error cometido en la transcripción de los datos básicos de la declaración tributario no podía la Administración modificar la liquidación privada del impuesto por medio de una liquidación de corrección aritmética cuando no se encontraba configurada ninguna de las tres causales que dan lugar a su aplicación.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5096. Actor: NEMOVISION LTDA. C/ LA NACION. APELACION SENTENCIA DEL 23 DE JULIO DE 1993. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA.FALLO.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación contra la sentencia del 23 de julio mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquía aceptó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad Nemovisión

Ltda. Nit. 890938617, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de renta y patrimonio por el año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

Mediante la sentencia apelada el Tribunal Administrativo de Antioquía tomó la decisión de aceptar las súplicas de la demanda considerando que no se presentaba error aritmético, sino, error en la transcripción de los datos en la declaración de renta del período gravable de 1987 porque "Nemovisión Ltda. no cometió un yerro al efectuar una suma, una resta o una división... su informalidad consistió en consignar la cantidad de $19.964.040 en una *acápite* inadecuado.".

Trae como referencia una sentencia del Consejo de Estado, Magistrado Ponente doctora Consuelo Sarria, en donde se dice que "si el error de transcripción es probado mediante los anexos de la declaración o por otros medios, la liquidación de corrección hecha por los funcionarios liquidadores se queda sin piso legal".

Precisa el Tribunal que, en este caso, el actor adjuntó copias auténticas del libro Mayor y de Balance, además de certificación del Contador Público en que se corrobora la veracidad de las ventas, la inexistencia de otros ingresos y el registro de los libros mencionados.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Medellín, al apelar la sentencia pide que se revoque la sentencia y se confirme la actuación administrativa por estar ajustada a derecho, manifestando que el objeto de la liquidación de corrección fue el de corregir un error aritmético de suma, presentado en la declaración privada que implicó el determinarse un menor impuesto a pagar por la sociedad demandante; además que, la certificación del Contador Público aportada a fin de desvirtuar la existencia del error, adolece de los requisitos exigidos por la ley para considerarse prueba idónea.

CONSIDERACIONES

El punto central de la controversia con el acto impugnado se concreta en establecer sí, como lo sostiene la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Medellín era procedente la liquidación de corrección aritmética pues el contribuyente al presentar su liquidación privada cometió un error de suma que implicó la determinación de un menor impuesto a pagar, o si por el

contrario, como lo alega el Tribunal Administrativo de Antioquia se cometió un simple error de transcripción.

Debe dilucidar entonces la Sala si en el caso materia controversia se configuró el error aritmético que predica la Administración para establecer luego, si el acto administrativo que la corrigió estuvo o no ajustado a las prevenciones de la ley para tales eventos.

En el caso en estudio el contribuyente informó en su declaración privada que sus ingresos por ventas había ascendido a la suma de $19.964.040; en el aparte 14, relativo a otros ingresos diferentes a los anteriores colocó el mismo valor y en, el renglón 16 total ingresos netos, anota nuevamente el mismo valor $19.964.040.

Examinado el expediente encontramos que efectivamente el contribuyente presentó copias auténticas del libro Mayor y Balances y la certificación del Contador Público para comprobar que realmente sus ingresos por ventas fueron de $19.964.040, lo cual nos lleva a considerar que en su declaración privada hubo una información incorrecta de los hechos imponibles o bases gravables.

En numerosas oportunidades la Sala ha fijado un criterio sobre los elementos esenciales para llegar a una liquidación de corrección aritmética, que por su naturaleza misma de enmendar errores simplemente matemáticos, no exige la realización previa de una fiscalización, con la concurrencia y conocimiento del contribuyente o responsable. Por esto se parte de la premisa cierta que quien cumple el deber formal, ha declarado correctamente los valores correspondientes a los hechos imponibles o bases gravables, pero incurriendo en errores en los valores resultantes de las operaciones aritméticas efectuadas con estos datos, o al momento de aplicar las tarifas o en el resultado del movimiento de sumas o restas de la cuenta corriente del impuesto.

No forman parte entonces de la definición legal del artículo 697 del Estatuto Tributario, los posibles errores de transcripción en que incurra el declarante sobre los datos básicos de su declaración, pues ello implica una información incorrecta de los hechos imponibles o bases gravables, cuya modificación por parte de la Administración en una liquidación oficial, exige a ésta la realización de todo un movimiento previo de fiscalización a fin de establecer la realidad económica y por ende fiscal del declarante.

Reflejándose el error cometido en la transcripción de los datos básicos de la declaración tributaría no podía la Administración modificar la liquidación privada del impuesto por medio de una liquidación de corrección aritmética cuando no se encontraba configurada ninguna de las tres causales que dan

lugar a su aplicación, imponiéndose por el contrario la verificación de los datos erróneos que tocaban lo concerniente al procedimiento mismo de depuración del impuesto a cargo.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 23 de julio de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo del Antioquia en el juicio de nulidad y restablecimiento de derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y patrimonio por el año gravable 1987.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

BENEFICIO DE AUDITORIA - Requisitos

Los arts. 9o. y 10o. del Decreto 3834 de 1985 consagran el beneficio de auditoría para el contribuyente que cumpla con el incremento de tributación establecido en el artículo 9o. transitorio, observando el limite mínimo en relación con los ingresos netos del ejercicio, condicionando además tal beneficio al cumplimiento, por parte del interesado de las obligaciones relacionadas con la retención en la fuente. Obviamente que la Administración no está facultada para verificar la procedencia del beneficio. Una vez verificado el cumplimiento de las exigencias para la viabilidad del beneficio éste no opera de pleno derecho, sino que para tal efecto, se requiere además, que no esté el contribuyente por debajo del índice de tribulación que establece la Administración por actividad y sectores económicos.

CONTRATO - Elementos / INGRESO FISCAL - Causación / HECHO GENERADOR / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Por norma general, existe contrato cuando las partes se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio sobre los cuales versa el acuerdo de voluntades, independientemente de que los contratantes dan determinada forma externa a tal consentimiento. Si a eso se agrega la prestación de la obligación acordada por uno de los contratantes indudablemente surge para el otro la obligación de cumplir la suya. Ahora bien si el contratista llevaba si contabilidad por el sistema de causación, era su obligación declararlo en el año en que nació el derecho a exigir su pago, aunque no se hubiera hecho efectivo el cobro, independientemente de que las partes hubieren acordado modalidades o plazos para el pago, pues producido el hecho generador

los acuerdos contractuales no tienen la virtualidad de aplazar la causación del ingreso fiscal a otra vigencia fiscal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta- Santa Fe de Bogotá D.C. trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. 5052. Apelación sentencia del 30 de junio de 1993. Tribunal de Cundinamarca. Renta 1985. Actor: DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A. F A L L O.

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la actora y de la demandada contra la sentencia del 30 de Junio de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A. NIT 60.014.659, contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1985.

ANTECEDENTES:

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta N. 05317-DIN correspondiente al año gravable de 1985, el 2 de mayo de 1986 en el cual se determinó privadamente el impuesto sobre la renta en $173.067.896, la que corrigió el 2 de julio de 1985 para reducir la renta liquida y la ganancia ocasional declaradas y en consecuencia disminuir el impuesto a cargo.

Mediante el requerimiento especial No. 093 del 25 de julio de 1988, la Administración propuso a la sociedad contribuyente la modificación de su liquidación privada, como consecuencia de la adición de ingresos por concepto de asistencia técnica, no declarados por $25.830.000; otros ingresos misceláneas reversados sin soportes contables; no aceptación de la reversión de ingresos por intereses; rechazo de las deducciones solicitadas por concepto de salarios; rechazo del mayor valor por contribuciones parafiscales, y la imposición de la sanción por inexactitud, teniendo en cuenta la investigación que le sirvió de fundamento proveniente de selección basada en programas de computador.

Lo anterior se concretó en la liquidación oficial de revisión No. 00028 del 8 de septiembre de 1988, en la que determinó la renta gravable por el

sistema de depuración ordinaria en $509.429.929, incrementó el impuesto en $1.732.760, sancionó por inexactitud en cuantía de $37.002.244, reliquidó la sanción por error aritmético en $4.718.701 y el anticipo.

La sociedad interpuso el recurso de reconsideración y la administración, mediante la resolución 000106 del 4 de diciembre de 1989 modificó la liquidación, para levantar la sanción de corrección y modificar el anticipo.

LA DEMANDA:

La contribuyente, ante la jurisdicción administrativa demandó el acto administrativo por ser violatorio de los artículos 10 del Decreto 3834 de 1985; 84 del Código Contencioso Administrativo; 57 numerales 1 y 6 de la Ley 52 de 1977; 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974; 3 y 17 de la Ley 21 de 1982 y 44 del Decreto 2503 de 1987, pues en su concepto la liquidación era nula por incompetencia de la Administración para practicarla en razón de que la sociedad se había acogido al benéfico de auditoría, consagrado en la ley, por haber cumplido con el incremento del impuesto en un porcentaje mayor del 29% con relación al del ejercicio anterior, frente a lo cual la Administración no demostró que la contribuyente había sido seleccionada con un programa de computador, basado en índices de tribulación, ni que la sociedad se encontrara por debajo de dicho índice.

Alegó que, igualmente se violó el concepto de ingreso, al adicionar los supuestamente causados a su favor por asistencia técnica, toda vez que sí bien se prestó el servicio, por no existir un contrato con DOW QUIMICA MEJICANA el asiento se reversó. Que también violó las normas que regulan las deducciones y la imposición de la sanción por inexactitud, artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, la que no se causaba en razón de que la declaración tributario era el reflejo fiel de los libros de contabilidad.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 30 de junio de 1993 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda al considerar:

Que no hubo por parte de la Administración violación del artículo 10 del Decreto 3834 de 1985, ni del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, porque no correspondía a la realidad acreditada en el proceso, la afirmación de la parte actora en el sentido de que no se había demostrado que la sociedad había sido seleccionada por un programa de computador basado en índices de tribulación conforme a lo exigido por el artículo 10 del Decreto 3438 de 1985, porque, en

primer término, en el propio memorando explicativo anexo a la liquidación de revisión se advirtió sobre la existencia del programa, y a folios 384 y 385 del. expediente obraba la comunicación fechada el 8 de marzo de 1991, suscrita por el Jefe de la División de Programación y Control de la Subdirección de Fiscalización de la Dirección de Impuestos Nacionales, que hace constar el hecho de la selección por el programa de auditoría por índices y folios 385 a 389, obraba el boletín correspondiente a la sociedad actora por el año gravable de 1985 fechado, el 22 de octubre de 1987.

Que era válida la adición de ingresos por concepto de la asistencia prestada a QUIMICA DOW DE MEJICO, en razón de lo señalado en la cláusula cuarta del contrato celebrado por la accionante, que no dejaba duda que la asistencia técnica tuvo plena operancia durante el año gravable de 1985.

Dio prosperidad el cargo de adición de otros ingresos misceláneas de $8.051.020, porque el retiro del costo de la importación cedida a IMUSA, debió ser coetáneo con el ingreso contabilizado, y por tal razón las reversiones en las cuentas resulta neutra, no produciéndose desequilibrio alguno por la renta líquida, con o sin reversión. Pero, no ocurría lo mismo con la recersión del ingreso, para abonarlo a cuentas por pagar entre compañías, porque las cuentas afectadas no se correlacionan en los efectos del asiento.

Aceptó el menor valor por concepto de intereses recibidos en exceso al considerarlo probado con el certificado expedido por el contador, y los salarios rechazados, porque en las pruebas presentadas surgía que el valor causado excedía del efectivamente pagado, sobre el cual, no había duda que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 debían pagarse los aportes.

Como consecuencia de lo anterior, redujo la sanción por inexactitud en proporción a las partidas aceptadas.

LA APELACION:

De la actora.

Insiste en lo siguiente:

1) La nulidad del acto administrativo acusado, no solo porque violó las normas en que debió fundarse, sino porque se expidió en forma irregular, porque el requerimiento que fue practicado a la sociedad no provino de un programa de computador y es anterior al boletín fechado el 22 de octubre de 1987.

SECCION CUARTA

Que tal boletín no aparece en los antecedentes administrativos de la liquidación de revisión, ni en la etapa gubernativa del recurso de reconsideración y además si la causa para formular el requerimiento especial estaba basada en un programa de computación, dicha circunstancia debió expresarse en el requerimiento especial tal como lo prescribe el artículo 711 del Estatuto Tributario (antes artículo 46 de la Ley 52 de 1977) vigente al momento de formularse el requerimiento.

Reitera el beneficio de auditoría que no concedió el Tribunal porque:

a) La Administración no demostró en su oportunidad legal que el índice de tributación la actora se encontraba por debajo de los índices determinados oficialmente por el año gravable de 1985.

b) La sociedad tuvo un aumento del impuesta en un porcentaje del 244% con relación al año anterior.

c) La renta obtenida y declarada fue del 77.76% del patrimonio líquido del ejercicio fiscal.

2) Que existe errada interpretación sobre la omisión de ingresos, pues no se entendió el asiento de reversión de los ingresos por asistencia técnica, los cuales no se causaron por no existir contrato.

3) Los ingresos misceláneas por $8.862.092; que rechazó el Tribunal corresponden a los asientos reversados que se hicieron con el propósito de cancelar valores a pagar entre compañías del exterior, todo lo cual se probó con el certificado del revisor fiscal y las notas crédito.

4) No era procedente la imposición de la sanción por inexactitud pues la empresa no tuvo ingresos por asistencia técnica y tampoco ocultó ingresos misceláneos.

De la demandada:

Dice no compartir la decisión del Tribunal en cuanto:

1) Acepta el cargo contra la partida de $8.051.020, rechazada por la Administración,con la cual disminuía los ingresos sin que existiera soporte interno o externo, ni razón alguna para la reversión contable, desconociendo que de conformidad con los principios contables generalmente aceptados no pueden "netearse" los ingresos, esto es, presentar el ingreso una vez disminuido el costo o gasto; pues de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2053 de

1974, el contribuyente está obligado a realizar la depuración en la forma prevista en la ley y además, como bien destaca la Administración en la resolución que decidió el recurso de reconsideración, "no es cierto que se produzca un efecto neutro, ya que es lógico que al efectuarse la recuperación de un costo, éste sea descargado al no ser procedente su aplicación; pero no ocurre lo mismo con la disminución de los ingresos toda vez que no se configura menor ingreso con dicha operación y en ninguna cuenta de ingresos se ha registrado tal transacción, como lo estableció la visita contable por lo que no había lugar a reversión alguna.

2) No podía el Tribunal aceptar como prueba el certificado del contador público, puesto que la sociedad no aportó la prueba contable cuando se le solicitó por parte de la Administración con ocasión de la visita administrativa, ni con la respuesta al oficio de junio 27 de 1988, por lo que no puede aceptarse posteriormente, según lo enseña el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, un medio probatorio que emane de la misma contabilidad del contribuyente, salvo que demuestre que no presentó los libros por fuerza mayor o caso fortuito.

3) No es procedente la deducción por salarios que aceptó el Tribunal, porque al llevar la empresa su contabilidad por el sistema de causación, mal puede admitirse que el paz y salvo que obligan los artículos 55 del Decreto 2053 de 1974 y 17 de la Ley 55 de 1985 corresponda a los salarios y vacaciones pagados desconociendo el sistema de causación.

4) Pide que en la medida en que se modifique la sentencia impugnada en los puntos apelados, se aplique a cada uno la sanción por inexactitud.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La actora al alegar de conclusión (folios 471 a 478) reitera los argumentos expuestos en la sustentación de la apelación y en el memorial demandatorio sobre la nulidad de la liquidación, la improcedencia de la supuesta omisión de ingresos y de otros ingresos misceláneos por $8.862.092, y la improcedencia de la sanción por inexactitud.

Se opone a los argumentos expresados por la Administración en contra de los reconocimientos que hizo el Tribunal sobre ingresos misceláneas por $8.051.020, alegando que con la reversión del asiento se disminuyeron los ingresos y costos por concepto de la mercancía importada y cedida a IMUSA y, que no es veraz la afirmación hecha por el apoderado de la Nación de no haberse registrado la transacción en ninguna cuenta de ingresos, cuando de la lectura de las páginas 13, 14 y 15 del acta de visita se concluye todo lo contrario.

SECCION CUARTA

Alega que el registro de intereses cobrados en exceso a LEPETIT DE COLOMBIA S.A, fue reversado según comprobante de contabilidad 5000-1 de Junio 16 de 1985 y documento de trabajo adjunto, por haberse originado en un error de cómputo para cuya corrección no era necesario un documento externo, que no podía existir y que no es cierto que el contribuyente no aportara la prueba contable cuando el acta de visita páginas 16 y 17 da razón de ella.

No era procedente el rechazo que hizo la Administración de la suma de $18.374.692 que correspondían al concepto de vacaciones y bonos de vacaciones, no pagados, y no a salarios, que la oficina liquidadora incluyó por error dentro de la base del cálculo para determinar los aportes parafiscales, cuando de conformidad con los artículos 3 y 17 de la Ley 21 de 1982, se infiere sin lugar a dudas que para efectos de la liquidación de aportes parafiscales, se entiende por nómina mensual de salarios los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral y que solo cuando las vacaciones se incluyen en nómina debe liquidarse el aporte sobre las mismas, ya qué de lo contrario se liquidaría dos veces el aporte: cuando se causa y cuando se paga. Pide se confirme en estos puntos la sentencia apelada.

La demandada al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos tanto al contestar la demanda como al sustentar la apelación, y se opone a los planteamientos hechos por la actora sobre las súplicas de la demanda no aceptadas por el Tribunal porque:

El beneficio de auditoría establecido por el artículo 18 de la Ley 50 de 1984, no se aplica según lo señala en el parágrafo del artículo 10 *ibídem* "cuando los rechazos de costos y deducciones provengan del no pago de la retención en la fuente, de acuerdo con lo previsto en los artículo 68 y 72 del Decreto 3803 de 1982 y demás normas concordantes, o cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipas o saldos a favor inexistentes o en cuantías superiores a las reales".

A su juicio, es claro que, dicho beneficio solo se refiere a la exoneración de la investigación que puede dar origen a una liquidación de revisión, por lo que no impide a la Administración adelantar otro tipo de investigaciones tendientes a verificar el cumplimiento de otras obligaciones fiscales, ni la posibilidad que tiene la Administración de solicitar información a todos los contribuyentes o responsables, incluso a los no responsables.

En este orden de ideas el auto comisario del 9 de diciembre de 1985 y el requerimiento ordinario 070 del 14 de octubre de 1987, mediante el cual se

solicitó la relación de costos y deducciones, no constituyen investigación que haya dado origen a la liquidación de revisión.

Muy diferente es el que, a partir de tal verificación, surja la improcedencia del beneficio de auditoría por el incumplimiento de la exigencia de la retención en la fuente e impida la aceptación de los costos y deducciones por pagos sujetos a retención, lo que indica que la verificación hecha por la Administración respecto de este concepto era necesaria para establecer la viabilidad del beneficio de auditoría. Y una vez establecida su procedencia, se sometió a la sociedad a la selección que prevé el inciso 1 del artículo 10 del citado ordenamiento, encontrándose que su tribulación era inferior al promedio del respectivo índice, como está probado en el proceso con el boletín de 22 de octubre de 1987. Solo a partir de esta verificación se produjo el auto comisario del 4 de marzo de 1988 que ordenó la visita de fondo en relación con el impuesto de renta del año gravable de 1985 y como resultado de esta verificación contable se formula el requerimiento especial de manera autónoma.

Estima que carece de incidencia para la legalidad de la actuación administrativa la referencia que hiciera el requerimiento especial 093 de julio 23 de 1988 a los actos de verificación de retención en la fuente.

Reclama la autenticidad del boletín del 22 de octubre de 1987, anterior al auto comisorio que ordenó la investigación del impuesto sobre la renta como suficiente para desvirtuar el cargo propuesto.

Se opone a la petición que formula la actora de darle reconocimiento al asiento contable que reversó el ingreso por asistencia técnica, argumentando que sí no existe contrato escrito no era posible la exigibilidad del pago, porque por una parte el artículo 2o. del Decreto 2123 de 1975, que define la asistencia técnica, no exige solemnidad alguna respecto del mismo, sin perjuicio de que las partes puedan formalizar con posterioridad el contrato, y por otra aparte, existe expreso reconocimiento de la sociedad contribuyente del hecho de haber prestado la asistencia técnica en el año de 1985.

Además, si el precio fijado en la prestación de los servicios se pacto en dólares le era aplicable el artículo 32 del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 115 del Decreto 187 de 1975, por lo que debe mantenerse la adición del ingreso de $25.830.000 efectuado por la Administración y no sólo por la suma de $17.250.239 que corresponde a los ingresos contabilizados e indebidamente reversados por la actora.

Así mismo la reversión del asiento "otros ingresos misceláneos" en cuantía de $8.862.092 no era procedente por haberse hecho sin los soportes de

orden externo exigidos por la naturaleza del hecho jurídico, esto es la venta o prestación de un servicio que supone la existencia de un tercero, con quien se proponía realizar la venta o prestar el servicio.

Alega que el hecho mismo del registro del ingreso con contrapartida en las "cuentas por pagar" entre compañías, no puede generar para la sociedad el derecho al reconocimiento de una suma como costo, porque este concepto implicaría no solo un registro contable sino el cumplimiento de unos requisitos legales que condicionan su viabilidad. Además dadas las circunstancias observadas en el proceso, exige la comprobación plena del gasto, sin olvidar que la sociedad contaba con el mecanismo legal para corregir su denuncio rentístico y modificar el monto de los costos solicitados del que hizo uso.

Con relación a la sanción por inexactitud, afirma que la pretensión de la actora, en el sentido de que ésta se levante, es improcedente porque no existe la diferencia de criterio que alega, sino que hubo omisión de ingresos.

Pide se revoque la sentencia y se denieguen las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO:

No presentó alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- Beneficio de auditoría

Afirma la actora que por haber cumplido los requisitos exigidos por la ley para hacerse acreedora al beneficio de auditoría, la Administración solo podía proferir liquidación de revisión, en el caso de que la investigación que diera origen al Requerimiento especial proviniera de una selección basada en un programa de computador elaborado mediante la aplicación de índices de tribulación, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 3834 de 1985, y siempre y cuando el contribuyente se encontrara por debajo de dicho índice, y que la Administración no solo violó dicha norma en la que debió fundarse, sino que expidió el acto en forma irregular puesto que no expresó en el oficio 070 de octubre 14 de 1987, ni en el auto 000040 de marzo 14 de 1988, ni en el requerimiento especial 0093 que la investigación que se adelantaba provenía de dicha selección y mucho menos, demostró que la sociedad estuviera por debajo de tal índice.

Disponen los artículos 9o. y 10o. del Decreto 3834 de 1985:

"**Artículo 9°**. Cuando los contribuyentes incrementen su impuesto a cargo por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio por el año gravable de 1985, por lo menos en un 29% con relación al impuesto autoliquidado por los mismos conceptos en el año gravable de 1984, solamente deberán prestar la información tributario a que se refieren los siguientes artículos del Decreto 3410 DE 1983:

"1) La solicitada en el numeral 1 del artículo 1°.

"2) La solicitada en el numeral 3 del articulo 1° en cuanto se refiera a pagos que constituyan costo o deducción efectuados a un mismo beneficiario, sobre los cuales no se hubiere practicado retención en la fuente y cuyo valor anual acumulado exceda de $290.000.

"3) La solicitada en el numeral 1° del artículo 2°.

"4) La solicitada en el numeral 3° del artículo 2°, en cuanto se refiera a pagos o abonos en cuenta que constituyan costo o deducción efectuadas a un mismo beneficiario, sobre los cuales no se hubiere practicado retención en la fuente y cuya cuantía individual exceda de $430.000.

"5) La solicitada en los literales b) y f) del numeral 1° y en los numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 3°.

"Para que opere el beneficio previsto en este artículo, el impuesto a cargo por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio, que se autoliquiden las sociedades anónimas y asimiladas no podrá **ser inferior al 1% de los ingresos netos obtenidos o el 0.5% de tales ingresos cuando se trate de sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas** ...

"**Artículo 10.** Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad cuyo impuesto a cargo cumpla los requisitos establecidos en el artículo anterior y presenten su declaración de renta firmada por contador público o revisor fiscal, según corresponda, solamente podrán ser objeto de liquidación de revisión cuando la investigación que sirvió de fundamento al requerimiento especial provenga de una selección basada en programas de computador elaborados mediante la aplicación de índices de tribulación y siempre y cuando el contribuyente se encuentre por debajo del promedio del respectivo índice.

SECCION CUARTA

"Los contribuyentes que no presenten su declaración de renta firmada por contador público o que no estén obligados a llevar libros de contabilidad gozarán del beneficio establecido en este artículo y cuando incrementen su impuesto cargo por lo menos en un 34% y cumplan los demás requisitos previstos en el artículo anterior.
"Parágrafo. El beneficio contemplado en este artículo no se aplicará en los siguientes casos:

1) Cuando los rechazos de costos y deducciones provengan del no pago de la retención en la fuente de acuerdo con lo previsto en los artículos 68 y 72 del 1982, y demás normas concordantes, y cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipas o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a las reales. (Subraya la Sala).

"2) Cuando el momento de producir el requerimiento especial, el contribuyente tuviere deudas de plazo vencido con la Administración de Impuestos Nacionales.

"3) Cuando no se cumplan los requisitos exigidos en el presente artículo, con ocasión de la declaración inicial presentada en forma oportuna, o a más tardar dentro del término previsto para presentar la corrección oportuna."

Las normas transcritas consagran el beneficio de auditoría para el contribuyente que cumpla con el incremento de tribulación establecido en el artículo 9 transitorio, observando el límite mínimo en relación con los ingresos netos del ejercicio, condicionando además tal beneficio al cumplimiento, por parte del interesado, de las obligaciones relacionadas con la retención en la fuente.

Obviamente que la Administración está facultada para verificar la procedencia del beneficio, pues si el contribuyente no cumple con los requisitos exigidos no puede hacerse acreedor al mismo.

Una vez verificado el cumplimiento de las exigencias para la viabilidad del beneficio éste no opera de pleno derecho,sino que para tal efecto, se requiere además, que no esté el contribuyente por debajo del índice de tributación que establece la Administración por actividad y sectores económicos.

Ahora bien, en el *sub-lite* la Administración asevera en el memorando anexo a la liquidación oficial que "la investigación que sirvió de fundamento al requerimiento especial, provino de una selección basada en programa de computador, elaborado mediante la aplicación de índices de tributación (artículo

10 del Decreto 3834 de 1985) seleccionado con el número 23" (fl. 29 cdno. ppal.).

Cuestionada tal afirmación a lo largo del proceso, el Tribunal, atendiendo a la petición de pruebas de la parte actora decretó mediante auto del 23 de noviembre de 1990 (folio 380 cuaderno principal), que por la secretaría se librara oficio a la Administración (División de Recursos Tributarios y Subdirección de fiscalización - División de Selección de casos y cruces de información de la Dirección General de Impuestos Nacionales Carrera 7 N. 6-45) para que enviara con destino al proceso el programa de computador, elaborado mediante la aplicación de índices de tribulación seleccionado con el N. 23, que sirvió de base para practicar la liquidación de revisión No. 00028 de noviembre 8 de 1988 a la demandante, y la Administración cumplimiento del auto dio respuesta mediante el oficio 006741 de marzo 8 de 19891 anexando en cinco folios útiles el boletín de 22 de octubre de 1987 código de actividad de la actora su número de orden, la secuencia y se anota una diferencia en el crecimiento del ingreso calculado, frente al declarado de $2.161.358.270 y una posible mayor deducción de $311.639.893.

Dicha prueba no ha sido cuestionada ni tachada de falsa en el proceso y permite inferir que realmente la investigación que sirvió de fundamento al requerimiento especial, **sí** tuvo como antecedente la selección basada en un programa de computador, elaborado mediante la aplicación de índices de tribulación.

En consecuencia el acto administrativo de liquidación oficial no violó el ordenamiento superior contenido en el artículo 10° del Decreto 3834 de 1985, ni puede afirmarse su nulidad del hecho de que en la liquidación oficial se haya hecho referencia a la investigación practicada para efectos de verificar el cumplimiento de la obligación relacionada con la retención en la fuente, pues tal factor era premisa necesaria para deducir el derecho o no al beneficio tributario, y además del hecho de su mención, no puede concluirse, como lo hace la actora, que tal investigación generó el requerimiento oficial.

En consecuencia la sentencia del Tribunal que así lo reconoce merece confirmación ya que la actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo en este sentido.

2. **Omisión de ingresos por asistencias técnica.**

La glosa de la Administración tuvo su razón de ser en el hecho de haber encontrado que la sociedad, a pesar de haber contabilizado como causado un

ingreso por concepto de asistencia técnica prestada a DOW QUIMICA MEJICANA, no lo declaró, utilizando para el efecto el sistema de reversión del ingreso.

La contribuyente pretende justificar tal omisión alegando que si bien prestó la asistencia técnica en cuestión, el ingreso era inexistente porque no se causó, y que por no ser exigible su pago, al no existir contrato escrito, se vió en la obligación de reversar tal ingreso.

En este aspecto también comparte la Sala la decisión del *a-quo*, toda vez que por norma general, existe contrato cuando las partes se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio sobre los cuales versa el acuerdo de voluntades, independientemente de que los contratantes den determinada forma externa a tal consentimiento.

Si a lo anterior se agrega la prestación de la obligación acordada por uno de los contratantes (contratista) indudablemente surge para el otro la obligación de cumplir la suya y de no hacerlo, aquél tiene la facultad de exigir su cumplimiento.

Ahora bien si el contratista llevaba su contabilidad por el sistema de causación, era su obligación declararlo en el año en que nació el derecho a exigir su pago, aunque no se hubiera hecho efectivo el cobro, a términos del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, independientemente de que las partes hubieren acordado modalidades o plazos para el pago, pues en todo caso, producido el hecho generador del tributo por imperio de la ley, los acuerdos contractuales para definir el pago no tienen la virtualidad de aplazar la causación del ingreso a otra vigencia fiscal, y resultan por lo tanto inoponibles al fisco.

Como acertadamente lo anota el a quo el contrato de asistencia técnica celebrado entre la actora y DOW QUIMICA DE MEJICO, cuya cláusula 4a. expresa:

> "D.Q.M" se obliga a pagar a "D.Q.C." por los servicios aquí convenidos la cantidad de $150.000.oo dls. por cada año de vigencia del contrato.
>
> " No obstante lo dispuesto anteriormente, considerando que por causas ajenas a las partes, durante el año de 1985 no se formalizó un contrato y a pesar de ello, "D.Q.M.I" recibió los servicios convenidos, "D.Q.C." está de acuerdo con que el costo de dichos servicios le sean pagados durante el transcurso del primer semestre de 1986.

"DQC" facturará los servicios correspondientes a 1986 y de ahí en adelante, por los años subsecuentes de vigencia de este contrato, "D.Q.M." pagará exclusivamente la cuota fija anual prevista en el primer párrafo de esta cláusula". (Subraya la Sala),

No deja ninguna duda de que la asistencia técnica tuvo plena operancia durante el año gravable de 1985 en y tales condiciones la suma pactada y causada por suministro, en esta vigencia, debió declararse como ingreso de la sociedad. Establecida la causación del ingreso en dólares en el año de 1985, para efectos de su conversión a pesos era indispensable dar aplicación al artículo 32 del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 115 del Decreto 187 de 1975, como en efecto lo hizo la Administración.

No prospera entonces el cargo que en este aspecto formula la actora contra la sentencia de primera instancia.

3. **Otros ingresos misceláneos por $16.913.112**

Analizado el memorando explicativo del acto administrativo de liquidación, se observa que en él se indica que la adición corresponde a $8.051.020, los cuales fueron disminuidos de los ingresos, como recuperación de costos de una importación cedida a IMUSA, pero sin documentos internos o externos que respaldaran tal registro y $8.862.092 debitando la cuenta de ingresos "DOEZ CHEMICAL INT INC", con la explicación: se hizo con el propósito de cancelar valores por cobrar y pagar entre compañías del exterior, sin ninguna prueba documental que respalde o justifique la operación, según datos consignados en el acta de visita y en el requerimiento.

El *a-quo* aceptó el cargo relacionado con la reversión del ingreso al estimar que sí se detraía una misma cantidad del ingreso y del cargo simultáneamente, se neutralizaba su efecto en materia de impuestos, pero la Administración por su parte considera improcedente tal aceptación, porque "es claro, que según el Acta de Inspección Contable la sociedad no presentó los soportes en virtud de los cuales procedió a reversar los ingresos contabilizados". Esta omisión ha persistido durante todo el proceso, es decir hasta ahora la Sociedad no ha probado el hecho que aduce para la reversión, como es la cesión de la importación a IMUSA S.A. Si éste es el hecho a demostrarse, no puede aceptarse la posición de sencillez y aparente lógica que adopta el Tribunal para desvirtuar la glosa, es decir, que si se retira el ingreso, y el costo simultáneamente, se neutraliza el efecto, porque en primer término el contribuyente está obligado a denunciar la totalidad de los ingresos brutos, los conceptos y cuantías por los cuales éstos son rebajados, y obtener así los ingresos netos como lo dispone el artículo 26 del Estatuto Tributario, y de otra parte, está obligado a conservar y exhibir a la Administración los soportes que

respaldan todos y cada uno de los registros contables sin que se excluyan de ellos los registros a través de los cuales se hace la reversión, pues éstos suponen el registro inicial de una operación que debió ser anulada o resuelta con efectos sobre los soportes internos y externos en que se sustenta.

En las circunstancias anotadas el simple registro de reversión, tanto de los ingresos como de los costos, no puede aceptarse para desvirtuar la adición de ingresos propuesta por la Administración, porque en todo caso, si ellos se registraron como causados en la vigencia fiscal objeto de revisión debían ser denunciados, sin perjuicio del tratamiento diferido que pudiera darse a los costos imputables a dichos ingresos, circunstancia que tampoco aparece desvirtuada en el proceso.

A juicio de la Sala si bien es cierto lo alegado por la Administración en relación con la necesidad del soporte contable que permita reversar el ingreso que desconoce y la necesidad de prueba del hecho alegado por la sociedad contribuyente, también lo es, que la misma razón impera para la reversión del costo, ya que siendo la contabilidad la prueba única en cuya virtud se fundamentó el rechazo de la reversión del asiento de ingreso, también ella debió servir de fundamento para hacer el rechazo o ajuste de la disminución del costo reversado por idéntica cantidad, porque mal puede la Administración practicar la inspección administrativa y no dar valor a la contabilidad para negar el hecho que beneficia a la actora, pero sí dárselo en las mismas circunstancias (sin soporte) para admitir la reversión del costo, con lo cual indebidamente se incremento la renta líquida del contribuyente. .

No se desconoce la obligación que tiene el contribuyente, de observar las normas fiscales, en cuanto a la forma de declarar y depurar el ingreso y la necesidad de prueba de los hechos alegados, solo que, al valorar la prueba contable frente a unos mismos hechos debe analizarse de manera objetiva atendiendo especialmente el artículo 775 del Estatuto Tributario (antes Decreto 1651 de 1961 artículo 78) que enseña que cuando haya desacuerdo entre la declaración de renta y patrimonio y los asientos de contabilidad de un mismo contribuyente, prevalecen éstos; por lo anterior, mal puede pretenderse la división de la prueba para darle valor diferente a los hechos que favorecen o perjudican al contribuyente, más aún, cuando dado el sistema contable, la reversión de un asiento implica por lo menos la afectación de dos cuentas y está probado como lo admite la propia Administración en la resolución que falló el recurso gubernativo, que mediante el comprobante de contabilidad 1010-802 30 de diciembre de 1985 se disminuye el costo.

En consecuencia también en este punto la decisión del a quo merece confirmarse, pero por las razones aquí expuestas.

En relación con la supuesta reversión de ingreso a la cuenta "ingresos misceláneas" con débito a la misma por $8.862.092 y con abono a "cuentas por pagar"entre compañías por similar cantidad, estima la Sala que el sistema de compensación de cuentas entre compañías no está permitido para disminuir los ingresos de la contribuyente en Colombia y pagar con el importe de tales servicios las deudas que existan entre ésta y otras vinculadas del exterior, pues de esta manera, compensando ingresos contra cuentas por pagar, indudablemente se omiten ingresos para efectos fiscales, más aún cuando no es posible establecer la correlación que existe entre las cuentas afectadas, ni que efectivamente el cargo a cuenta por pagar entre compañías, así corresponda a una cuenta de costos por suministros de bienes o servicios tenga relación con el ingreso debitado.

De otra parte, la circunstancia de que en un momento determinado las compañías resulten acreedoras y deudoras entre sí por la línea de servicios y suministros mutuos, no las habilita para dejar de declarar sumas que deben hacer parte de su ingreso bruto, para luego, si efectivamente el costo reúne los requisitos exigidos por la ley para que tenga reconocimiento fiscal, de traerlo del ingreso, pues como en repetidas ocasiones ha precisado la Corporación no basta que el gasto se haya registrado contablemente para que proceda su reconocimiento, sino que se requiere que además de que el gasto sea real, se cumplan los requisitos de causalidad, proporcionalidad, y necesidad exigidos por la ley, siempre que además no exista disposición legal que prohíba su reconocimiento fiscal, que esté limitado como sucede con los pagos entre compañías en Colombia con otras entidades del exterior de que -tratan los artículos 122 a 124 del Estatuto Tributario, o con gastos que corresponden a otras vigencias. No prospera el cargo.

4. En relación con la reversión de ingresos por concepto de intereses recibidos, estima la Sala acertada la decisión del *a-quo,* toda vez que, si bien el motivo que tuvo la Administración para su rechazo fue la ausencia de aporte de los comprobantes que permitieran justificar el registro, tal reversión se efectuó con el comprobante interno 500-01 del 16 de julio de 1985, y de tal hecho da fe el certificado del contador público, que como lo anota el Tribunal, se halla a folio 136 del cuaderno de antecedentes, en donde hace constar el cobro en exceso por concepto de intereses y la nota crédito enviada a LEPETIT de Colombia S.A. , los cuales dan certeza a la Sala sobre la existencia del error de cómputo, o error aritmético, en el cálculo de intereses que debió corregir la actora.

5. Así mismo, en relación con la aceptación del mayor valor causado por concepto de vacaciones y bonos de vacaciones no pagados, que rechazó la

Administración al estimar que sobre ellos no se efectuó el pago de aportes parafiscales, estima la Sala acertada la decisión del *a-quo* toda vez que el artículo 17 de la Ley 21 de enero 22 de 1982, establece que:

> "Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-, Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por economía mensual de salarios **la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley laboral,** cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley, y convencionales o contractuales ...." (Subraya la Sala).

Dicha norma limitó el monto de los aportes a la nómina, entendiendo por tal la mensual de los pagos efectivamente hechos por el patrono, y no los causados. No puede afirmarse como lo hace el apoderado de la Nación que tal interpretación solo es viable cuando el contribuyente lleve su contabilidad por el sistema de caja, y no cuando se lleva por el sistema de causación, porque es la misma ley la que en múltiples ocasiones combina este sistema con el del pago efectivo tal como sucede por ejemplo en la deducción de impuestos, en donde solo se acepta los "que efectivamente se haya pagado durante el año o período gravable", la deducción de intereses que se determina con base en los efectivamente pagados. (artículos 48 y 47 del Decreto Ley 2053 de 1974).

6. **Sanción por inexactitud:**

Como consecuencia de lo expuesto en los puntos anteriores no es procedente acceder a la petición formulada por el apoderado de la actora en el sentido de que se levante la sanción por inexactitud, porque los valores adicionados por la Administración para determinar la renta gravable del contribuyente no tienen origen en errores de interpretación, ya que, como bien lo expresa la apoderada de la demandada, no puede invocarse diferencia de criterio cuando es evidente que la actora omitió en su declaración tributario ingresos que por ley estaba obligada a denunciar, y que, mediante el sistema de reversión de asientos, detrajo costos cuya existencia no se probó en el proceso.

No encuentra así la Sala fundamento legal que le permita revocar la sentencia apelada y en consecuencia ésta habrá de confirmarse.

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

F A L L A:

1. CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de junio de 1993 en el juicio 7627.

2. RECONOCESE a la doctora Elizabeth Whittingham García, como apoderada de la demandada a términos del poder que obra a folio 490 del cuaderno principal.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Diego Gómez Leyva, Guillerno Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SECCION QUINTA

MUNICIPIO - Creación / ORDENANZA - Sanción / MUNICIPIO - Inexistencia / ALCALDE ENCARGADO - Elección / SUSPENSION PROVISIONAL

El artículo 40 Transitorio en que se apoya el Decreto 3926 de 21 de diciembre de 1992 alude precisamente a la creación de municipios hecha por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990 y, en el presente caso, para la época en que se profirió el citado Decreto, tal como se desprende del contenido de la certificación de fecha 12 de febrero de 1993 expedida por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Antioquia, el Municipio de La Pintada no tenía existencia jurídica, por no estar sancionada la ordenanza que determinaba su creación (art. 81 del decreto 1222 de 1986), es obvio que el Gobernador de Antioquia no podía nombrar Alcalde encargado para un ente territorial inexistente desconociendo el requisito que consagra el mencionado artículo 40 transitorio de la Carta referente a la creación del Municipio.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 1064. Actor: DARIO JOSE PALACIO PALACIO.

Conforme lo dispone el artículo 155 subrogado por el artículo 33 del Decreto 2304 de 1989, decide de plano la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Darío Antonio Zapata León contra el auto proferido el 16 de abril

de 1993 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, pero solo en cuanto dispuso en su numeral segundo suspender provisionalmente el artículo 1o. del decreto No. 3926 de diciembre 21 de 1992 emanado del gobernador de Antioquia.

ANTECEDENTES

El ciudadano Darío J. Palacio Palacio, actuando en nombre propio ejercitó la acción pública electoral encaminada a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 3926 de 21 de diciembre de 1992 por medio del cual el señor Gobernador de Antioquia designó Alcalde, en calidad de encargado para el municipio de la Pintada, al señor Darío Antonio Zapata León.

LA SUSPENSION PROVISIONAL

Solicitó el demandante la medida cautelar del acto acusado por cuanto estima que al hacerse la designación de alcalde encargado de La Pintada (Antioquia), en cumplimiento del artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional, dá por supuesta la creación de dicho municipio antes del 31 de diciembre de 1990, pero "no dice el decreto de nombramiento, cuando y en que forma ocurrió esa CREACION, porque al no haberse efectuado ésta por medio de Ordenanza en legal forma, su fundamento es una suposición irreal, que lo hace abiertamente nulo" (fl. 37).

Considera que se presenta coexistencia de alcaldes en los municipios de Valparaíso y Santa Bárbara y el supuesto municipio de La Pintada con jurisdicción y competencia por lo que se quebrantan los artículos 128, 129, 130, 131 y 132 del Código de Régimen Municipal.

También se viola claramente el artículo 305 de la Constitución Nacional que no asigna a los gobernadores la facultad de suplir a las Asambleas en la función de crear municipios y segregar territorios Municipales.

Además anota que el artículo 13 de la ley 78 de 1986 determina los casos de falta absoluta de los alcaldes populares y por fuera de estos es inadmisible otra situación, no estando contemplada la inexistencia del cargo, así sea con el pretexto de que se espera su creación futura.

Acompañó copia del acto acusado y el certificado del Secretario General de la Asamblea según el cual el proyecto de Ordenanza que creaba el municipio de La Pintada recibió los tres debates reglamentarios pero no fue sancionado.

EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo de Antioquia estimó que de acuerdo con los documentos allegados, el municipio de La Pintada no existe jurídicamente y por lo mismo el acto acusado carece de causa. Por esta razón consideró procedente acceder a la medida cautelar impetrada.

LA APELACION

El demandado sustentó el recurso aduciendo que el artículo 40 transitorio de la Constitución exige que las Asambleas hayan creado los municipios antes del 31 de diciembre de 1990. Que la creación del municipio de La Pintada tuvo ocurrencia mediante el Proyecto de Ordenanza No. 80 que obtuvo 23 votos afirmativos según consta en el Acta 26 de 1989 de esa Corporación, con lo cual se cumplen los requisitos del citado artículo 40 transitorio de la Carta, y en cuanto a la falta de sanción que es otra parte del acto complejo que implica la actuación del ejecutivo, no la exige la norma en modo alguno.

Consideró que es inadmisible un municipio sin Alcalde y como en él no concurren causales de incompatibilidad ni de inhabilidad, ni existe solicitud expresa de autoridad competente para separarlo del cargo, no es procedente la suspensión provisional del artículo 1o. del decreto 3926 del 21 de diciembre de 1992.

Para resolver,

SE CONSIDERA

De conformidad con el artículo 152 del C.C.A., si la acción es de nulidad, será viable la suspensión provisional cuando "....haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

El artículo 40 transitorio de la Carta que ha sido invocado por el peticionario preceptúa que " ... son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas departamentales antes del 31 de diciembre de 1990".

El Decreto 3926 de 21 de diciembre de 1992 que se acusa, dictado por el Gobernador del Departamento de Antioquia con invocación del artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional, dispone en su artículo 1o. designar Alcalde en calidad de encargado para el municipio de La Pintada al señor Darío Antonio Zapata León.

SECCION QUINTA

Conforme a la certificación expedida por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Antioquia con fecha 12 de febrero de 1993, allegada con la demanda, "...el Proyecto de Ordenanza mediante el cual se creaba el Municipio de La Pintada, recibió los tres debates reglamentarios pero no fue sancionado. El proyecto fue objetado por la señora Gobernadora doctora Elena Herrán Montoya.

Por lo expuesto, no es posible certificar la existencia de la Ordenanza, ni el número, así como tampoco la publicación como tal". (Fl.44).

Si se considera que la norma superior en que se apoya el citado Decreto 3926 de 21 de diciembre de 1992 alude precisamente a la creación de municipios hecha por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990 y, en el presente caso, para la época en que se profirió el citado Decreto, tal como se desprende del contenido de la certificación de fecha 12 de febrero de 1993 expedida por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Antioquia, el Municipio de La Pintada no tenía existencia jurídica, por no estar sancionada la ordenanza que determinaba su creación (art. 81 del decreto 1222 de 1986), es obvio que el Gobernador de Antioquia no podía nombrar Alcalde encargado para un ente territorial inexistente desconociendo el requisito que consagra el mencionado artículo 40 transitorio de la Carta referente a la creación del Municipio.

De la simple confrontación entre la norma superior y los documentos Públicos aducidos con la solicitud, surge de manera clara y explícita que al actuar como lo hizo, el Gobernador de Antioquia quebrantó en forma directa y manifiesta el artículo 40 transitorio de la Constitución, por lo que se estima procedente la medida cautelar adoptada por el *a-quo* y en tal virtud habrá de confirmarse la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Confirmar el auto de fecha 16 de abril de 1993 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto dispuso suspender provisionalmente el artículo 1o. del Decreto 3926 de diciembre 21 de 1992 proferido por el Gobernador de Antioquia.

Devuélvase a la Oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL / EXCEPCIONES PREVIAS - Improcedencia

Es improcedente la formulación de excepciones previas en los procesos contencioso administrativos por la expresa derogatoria del art. 163 del C.C.A.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos / TERNAS - Elaboración / ACTO COMPLEJO - Inexistencia / ACTO PREPARATORIO

No se observa irregularidad en el trámite de los procesos electorales acumulados, como para sustentar la alegada inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio por no haberse rechazado las demandas conforme al supuesto del art. 143 del C.C.A., en atención a que no fueron acompañadas con el oficio admisorio de las ternas. Ello sería valedero si la elaboración y remisión de las citadas ternas hicieran parte, como acto complejo, de los electorales acusados, que no lo es porque la elaboración de las ternas por el Gobierno Nacional es administrativo preparatorio y conexo con los de elección producidos por el Congreso, pero independiente de estos últimos.

MAGISTRADOS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Sala Disciplinaria / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA -Facultades / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades

Tuvo carácter provisional y transitorio la designación de magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que efectuó el Presidente de la República mediante el Decreto 2871 de 23 de diciembre de 1991. La atribución, que

para ello le otorgó el art. 25 transitorio de la Carta, obedeció a la necesidad de poner en funcionamiento esa institución de la nueva Constitución Política cuya integración le fue atribuída de modo permanente al Congreso de la República, en receso a partir de la vigencia de aquella para la totalidad del ejercicio de sus atribuciones por mandato del art. 3o. transitorio y hasta cuando se instalara el nuevo Congreso; y porque correspondiendo a este la atribución ordinaria y permanente de elegir la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resultaría ilógico que solo despues de ocho (8) años entrara en funcionamiento la nueva institucionalidad, y que hasta entonces ese órgano estuviera integrado en forma excepcional.

CONGRESO DE LA REPUBLICA / SESIONES CONJUNTAS / MAGISTRADOS CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / SALA DISCIPLINARIA - Elección

El sistema bicameral hace relación fundamentalmente a la función legislativa del Congreso y, entre nosotros, al juzgamiento por responsabilidad política de los altos dianatarios del Estado con fuero ante el Senado de la República. Para el cumplimiento de las atribuciones administrativas antes de la Carta de 1991 existían dos precisas excepciones a ese sistema, al disponer la sesión conjunta de las dos Cámaras del Congreso para la posesión del Presidente de la República y la elección de designado, excepciones incrementadas por la nueva Carta conforme a la previsto en los arts. 141 y 163, inciso 2o., y por la ley en materia legislativa al disponer la sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes homólogas en los casos previstos en el art. 169 de la Ley 5a. de 1992. Ese régimen excepcional tiene entera lógica, a diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, que el Presidente de la República instalara y clausurara la Cámaras separadamente, suministrando el mismo informe con intervalo de minutos. Y si para funciones meramente administrativas, como las de elegir Contralor General de la República y Vicepresidente cuando sea menester, debe reunirse el Congreso en un solo cuerpo, sería contra el sentido común afirmar que no pueda, para facilitar el acto, reunirse en la misma forma para elegir magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, siendo así que esa elección está atribuída al Congreso y no a una u otra de sus Cámaras, o a ambas separadamente.

SECCION QUINTA

RAMA JUDICIAL - Integración / REPRESENTACION DE LOS PARTIDOS POLITICOS - Abolición / AUTONOMIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA / SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL - Inexistencia

La Constitución Política vigente abolió el principio de la representación proporcional de los partidos políticos en la integración de la Rama Judicial, como sí lo preveía el art. 173 de la anterior Constitución (art. 59 del Acto Legislativo No. 1 de 1945), y que tornó paritaria, de los partidos liberal y conservador, el plebiscito de 1957 en cuanto a la Corte Suprema y el Consejo de Estado (art. 12), pues estimó contrario ese criterio a la autonomía de la administración de justicia y a la independencia de los jueces. Formalmente, porque esas elecciones debe realizarlas el Congreso Nacional "... de ternas enviadas por el gobierno ...", o sea, de siete ternas para elegir uno de cada terna, y no de lista de 21 nombres. Solo cuando se vota en una corporación pública o en elección popular por dos o más personas con el procedimiento de listas es forzoso aplicar el sistema del cuociente electoral, para garantizar la representación proporcional de los partidos que prescribe el art. 263 de la Carta Política.

DEMANDA ELECTORAL - Anexos / MAGISTRADOS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / SALA DISCIPLINARIA - Calidades / PRUEBA / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia

Los documentos echados de menos por los demandantes se requieren para la calificación de los requisitos que debe efectuar la comisión de Acreditación Documental de cada una de las Cámaras. Por ello no es indispensable que se los acompañe a las ternas sino que se los presente con antelación suficiente para que la respectiva Comisión pueda evaluarlos, en orden a establecer si los candidatos reúnen las calidades exigidas. La falta del informe de la Comisión Evaluadora de Documentos del Senado es irregularidad que no puede nulitar la elección, puesto que en caso contrario la producción del acto eleccionario y su misma validez quedarían condicionados a los que decidiera la Comisión, determinación sin duda inaceptable.

EXP. 0822 Acumulados

MAGISTRADOS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / CONFIRMACION - Improcedencia

Las elecciones acusadas no requerían confirmación por tratarse de acto de simple elección con base en las ternas enviadas por el Gobierno Nacional. Y por no podérselo Asimilar al régimen del Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público (Dec. 250 de 1970), precisamente por no estar incluídos en la Carrera Judicial (Dec. 052 de 1987) los cargos por no existir ese órgano judicial a la fecha de promulgación de los mencionados estatutos. También los requisitos o calidades para el desempeño de las magistraturas se debieron acreditar antes de la elección, como ocurrió según el informe de la Comisión de Acreditación Documental de la Cámara de Representantes tomado en cuenta implícitamente por el Congreso Pleno para proceder a la elección.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá D.C., veintidos (22) de octubre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: PROCESOS ACUMULADOS Nos. 0822, 0809 y 0823. Actores: HERNANDO ALFONSO PRADA GIL, JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO Y HUGO ESCOBAR SIERRA. Respectivamente.

Los actores de la referencia, en procesos separados, pretenden la declaratoria de nulidad de los actos de elección de los integrantes de la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA del Consejo Superior de la Judicatura, efectuados por el Congreso en Pleno en seción del veintiséis (26) de agosto de 1992, publicados en la Gaceta del Congreso No. 65, año I, del martes 15 de septiembre del mismo año.-

Por auto de fecha junio cuatro (4) de 1993, proferido en el expediente No. 0822, se dispuso la acumulación de los tres procesos mencionados tomando fundamento en la causal prevista en el numeral 1), artículo 238 del C.C.A.

En diligencia de sorteo del consejero conductor de los procesos acumulados correspondió a quien redacta esta ponencia continuar la tramitación. Concluida, con aporte de alegatos de los actores Pérez González-Rubio y Escobar Sierra, de los mandatarios Judiciales de los impugnadores Edgardo José Maya Villazón, Amelia Mantilla Villegas, Myriam Donato de Montoya, Leovigildo Bernal Andrade y Enrique Camilo Noguera Aaron, así como del concepto de la

señora Procuradora Octava Delegada en lo contencioso adverso a las pretensiones de los actores, 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 los tres procesos y de los particulares de cada uno.-

I.- **Aspectos Generales.-**

I.1.- Siendo la electoral una acción pública de simple nulidad, todo ciudadano tiene legitimidad en la causa y capacidad de postulación.-

I.2.- Las demandas mediante las cuales se incoaron las acciones electorales fueron presentadas antes de transcurrir el término de caducidad de la acción, previsto en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en el que fueron notificados legalmente los actos de elección -en estrados por tratarse de acto público-, pues lo fueron el 17 y el 23 de septiembre.-

I.3.- Por reunir los requisitos exigidos en el Art. 137 y sgtes. del C.C.A. y estar acompañadas con la copia de la GACETA DEL CONGRESO en la que se publicó el acta correspondiente a la sesión del Congreso pleno en la que se produjeron las elecciones acusadas, se admitieron las demandas oportunamente.-

II.- **Particularidades de los procesos acumulados.-**

Referencia: EXPEDIENTE No.0822 ACTOR: HERNANDO ALFONSO PRADA GIL

II.1.1.- Solicita el actor, en su propio nombre:

"Que es nula y por lo tanto sin efecto la elección de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, efectuada por el Congreso de la República en sesión Plenaria, el día 26 de agosto de 1992 para el período constitucional 1992-2000, en la cual se dieron por elegidos a los doctores MYRIAM DONATO DE MONTOYA, LEOVIGILDO BERNAL ANDRADE, AMELIA MANTILLA DE VILLEGAS (sic), EDGARDO JOSE MAYA VILLASON, ROMULO GONZALEZ TRUJILLO, ENRIQUE CAMILO NOGUERA AARON Y ALVARO ECHEVERRI URUBURU. Acto éste complejo, integrado por el oficio de agosto 1 de 1982 (sic), mediante el cual el Presidente de la República y el Ministro de Justicia, doctores César Gaviria Trujillo y Andrés González Díaz enviaron al Presidente del Senado de la República y al Presidente de la Cámara de Representantes, doctores José Blackbunr

(sic) y César Pérez siete ternas para dicha elección, la elección misma llevada a cabo en la fecha anotada, la declaración como personas elegidas de los ya nombrados, que se hizo en el mismo acto o sesión plenaria, y sin que haya habido expresa ratificación posterior de los elegidos por parte del Congreso y previa a su posesión.-" Que por lo tanto la posesión como Magistrados de dichas personas queda igualmente sin efecto."

Para fundamentar las pretensiones expresa que el Gobierno Nacional, con oficio de fecha 1o. de agosto de 1992, envió a los presidentes de Senado y Cámara de Representantes siete ternas para la elección de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, sin remitir con ellas las copias auténticas que acreditaran los requisitos exigidos para el ejercicio de ese cargo.

A su vez el Congreso de la República, en sesión plenaria del 26 de agosto de 1992, eligió a las personas atrás nombradas para integrar dicha Sala Jurisdiccional Disciplinaria para el período 1992-2000, y las declaró electas inmediatamente después de verificado el escrutinio, habiendo tomado ellas posesión de los cargos el 3 de septiembre siguiente.- Que el Presidente del Senado, como presidente del Congreso, citó a sesión plenaria para "la elección aquí atacada" primero para el 6 de agosto de 1992 y luego para el 26 del mismo mes "... sin señalar o relacionar los nombres de los candidatos a dicha elección...".

Agrega que la Comisión de Acreditación Documental del Senado de la República informó a la plenaria, antes de la elección , que no rendía informe acerca de los documentos acompañados para acreditar las calidades o requisitos del cargo de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria por cuanto no había podido revisarlos, razón por la que pidió aplazamiento de la elección; otro miembro de la citada comisión expresó en sesión del 25 de agosto que "... hasta ese instante se iba a instalar la comisión de acreditaciones que estudiaría las hojas de vida de los mentados candidatos..."

En el capítulo de normas violadas y concepto de la violación señala los artículos 141 y 114 de la Constitución Política, 21 y 60 de la Ley 05 de 1992 (Reglamento del Congreso). Aduce que las elecciones dichas, por habérlas efectuado el Congreso pleno, desconocieron el régimen bicameral; también a la primera de esas normas, en cuanto señala taxativamente las ocasiones en que pueden reunirse conjuntamente las dos Cámaras del Congreso.-

Las legales, por no haber acompañado el Gobierno Nacional las pruebas de los requisitos para desempeñar las magistraturas en mención, y porque la citación que hizo el presidente del Congreso a sesión conjunta para la elección no incluyó los nombres de los candidatos postulados.- También, en atención a

que la Comisión de Acreditación Documental del Senado no rindió el informe exigido en el Numeral 3 del Art. 60 en cita.-

II.1.2.- Notificado el auto admisorio personalmente y por edicto, se inadmitió la corrección de la demanda encaminada a obtener la vinculación del Ministro de Gobierno como representante legal de la Nación.-

Como impugnador concurrió el Dr. Leovigildo Bernal Andrade por conducto de apoderado, quien al contestar la demanda propuso excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y cualquiera otra que se derive de los hechos, de las pruebas y de los textos legales.- Aportó y solicitó la practica de numeroso caudal probatorio.-

Igualmente el Dr. Enrique Camilo Noguera Aarón mediante apoderado, quien se limitó a solicitar la práctica de pruebas.- Y conjuntamente los doctores Amelia Mantilla Villegas, Edgardo José Maya Villazón y Myriam Donato de Montoya, cuyo mandatario judicial propuso como excepción de fondo la de "Inexistencia de nulidad de los actos demandados o cualquier otra que sea su denominación".- Se opuso a la prosperidad de lo demandado con apoyo en el principio de la eficacia del voto, en el hecho de reunir sus patrocinados y los demás miembros de la Sala Disciplinaria las calidades exigidas para el desempeño del cargo y en la pertinencia del procedimiento asumido por el Congreso Nacional para efectuar las elecciones acusadas.-

II.1.3.- En oportunidad fuerón decretadas las pruebas aportadas y algunas de las que se solicitó practicar. - Las ordenadas se allegaron al proceso en legal forma.-

II.2.1.- En su propio nombre el abogado Jesús Pérez González Rubio solicita se hagan las siguientes declaraciones:

> "1o. Que es nula o que no tiene efecto alguno la elección de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, realizada por el Congreso de la República en pleno, el día 26 de agosto de 1992 para un período que se inicia el primero 1o. de septiembre del mismo año, la cual recayó en las personas de Myriam Donato de Montova, Leovigildo Bernal Andrade, Amelia Mantilla Villegas, Edgar (sic) José Maya Villazón. Rómulo González Trujillo, Enrique Camilo Noguera y Alvaro Echeverri Uruburu.-
>
> Entendiendo como comprendido dentro de dicho acto el envío de las ternas que hizo el Presidente de la República para tal elección, mediante

comunicación de fecha 1o. de agosto de 1992, suscrita también por el Ministro de Justicia.-

2o. Que en consecuencia queda sin efecto alguno la respectiva posesión de las personas mencionadas, en el cargo para el cual fueron elegidos en el citado acto electoral.-

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones resultan similares a los del proceso antes relacionado, no obstante lo cual se los sintetiza seguidamente, así: el Congreso de la República, en sesión conjunta de sus dos cámaras eligió a las personas ya nombradas como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y las declaró electos en el mismo acto.- Pero el Presidente de la República, mediante Decreto No. 2871 de diciembre 23 de 1991 y en ejercicio de la competencia que le confirió el artículo 25 transitorio de la Constitución, había nombrado en propiedad, por primera y única vez, dentro de los 30 días que le fijó el Art. 33 del Decreto 2652 de 1991, a los ciudadanos Alvaro Echeverri Uruburu, Jaime Buenahora Febres- Cordero, Jaime Giraldo Angel, Hernando Herrera Vergara, Jesús Pérez González-Rubio, Oscar Sanchez Giraldo y Jaime Enrique Sanz Alvarez como magistrados de la Sala mencionada, quienes tomaron posesión el 16 de marzo de 1992.

Estaban ellos, entonces, en el primer año de su periodo de ocho (8).- Además, que al momento de la elección impugnada no había vacante en la mencionada Sala.- Cita el texto del numeral 2o. del Art. 254 de la C. Política y proveído de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, esta última para sostener que elegir y nombrar son términos sinónimos.-

Finalmente afirma que los elegidos por el Congreso en pleno tomaron posesión de las magistraturas el 3 de septiembre de 1992, "...sin haber sido previamente ratificados ni haber acreditado el lleno de las calidades..." (fol. 27).-

Señaló como violados los artículos 114, 141 y 149 de la Constitución Política, concerniente la primera al sistema bicameral, desconocido por el Congreso al reunirse en sesión plena para efectuar las elecciones acusadas por fuera de las excepciones estatuídas en la segunda de las aludidas normas, lo cual conlleva la invalidez del acto.-

Y reitera: "Cada vez que la Constitución dice que una función corresponde al Congreso, éste ha de ejercerla con participación de sus dos (2) cámaras en sesiones separadas..."(fol. 29).

Igualmente el Art. 27 inciso segundo, de la Ley 5a. de 1992, por cuanto el Congreso no podía proveer los referidos cargos al no darse ninguno de los dos supuestos de hecho previstos en esa norma. "No había, ni hay aún, vencimiento del período, ni tampoco falta absoluta en ninguno de ellos. El período de los que estaban ejerciendo el cargo se vence el 16 de marzo del año 2000..." (fol. 32).-

En adición a la demanda indicó igualmente como infringidos el preámbulo y los artículos 1,3 y 263 de la C.P. y el 21 de la Ley 5a. de 1992.- Así lo infiere de la falta de aplicación del sistema del cuociente electoral, con lo cual, a su vez, se desconoció el marco Jurídico democrático y participativo de nuestras instituciones políticas señalado en el preámbulo y en el Art. 1o. de la Carta; y el 3o., porque los representantes del pueblo en el Congreso ejercieron sus funciones por fuera de los términos que la Constitución establece.-

El 21 de la Ley 5a., en razón a que el Gobierno no adjuntó "copias auténticas de los documentos que acrediten las calidades exigidas para desempeñar el cargo..." no pudiendo calificarlas la Comisión de Acreditación Documental; asimismo, porque la citación para elegir no contuvo los nombres de los postulados.-

III.2.2.-Admitida la demanda con denegatorio de la suspensión provisional de los actos acusados, el apoderado del Dr. Enrique Camilo Noguera Aaron compareció a solicitar pruebas y el reconocimiento de la personaría; el del Dr. Leovigildo Bernal Andrade contestó la demanda y propuso excepciones previas y de mérito y solicitó pruebas; y el de los doctores Amelia Mantilla Villegas, Edgardo José Maya Villazón y Myriam Donato de Montoya contestó la demanda y propuso excepciones de fondo, que denominó de inexistencia de la nulidad de los actos demandados o cualquier otra que sea su denominación que resulte probada - Expresa argumentos jurídicos en pro de la legalidad de los actos en cuestión.-

II.3.1.- En ejercicio de la acción pública de carácter electoral "consagrada en los artículos 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo...", pide el actor de la referencia:

> "... la nulidad del acta de la sesión especial del Congreso Pleno de Colombia del día miércoles veintiséis (26) de agosto de 1992 pero sólo en cuanto declaró la elección de los doctores Myriam Donato de Montoya, Leovigildo Bernal Andradel Amelia Mantilla Villegas, Edgardo José Maya Villazón, Rómulo González Trujillo, Enrique Camilo Noguera Aaron y Alvaro Echeverri Uruburu como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para el período constitucional 1992

- 2000; como consecuencia de lo anterior el H. Consejo de Estado - Sección Quinta - declarará nulas las actas de posesión correspondientes a los precisados Magistrados asentadas y registradas en el Despacho del Señor Presidente de la República, doctor César Gaviria Trujillo, distinguidas con los números 540, 541, 537, 538, 535 y 539, respectivamente, todas de fecha tres (3) de septiembre del presente año de 1992....-

Fundamenta las pretensiones relacionando el contenido de las disposiciones constitucionales atañederas al Consejo Superior de la Judicatura.- Anota que el Presidente de la República, con apoyo en lo preceptuado por el Art. 25 Transitorio de la Carta y con la firma del Ministro de Justicia, expídió el 23 de diciembre de 1991 el Decreto No. 2871 para designar a los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, cumpliendo el Art. 33 del Decreto 2652 del mismo año.- Los así designados, previa confirmación de los nombramientos, se posesionaron en propiedad el 16 de marzo del 1992.-

Agrega que previa expedición del Reglamento del Congreso, la ley 5a. de 1992. "... y al parecer según lo preceptuado por los artículos 18 numeral 6), 20 y 28 de dicha ley, el 21 de julio de 1992 el Senado aprobó la proposición No. 03 para solicitar al presidente del Congreso convocar Congreso Pleno para el 5 del siguiente mes de agosto, con el fín de elegir los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para el período "... establecido por las disposiciones vigentes...".- El 4 de agosto se presentó la proposición distinguida con el # 1, que señalaba el 26 de agosto para efectuar la susodicha elección, la que discutida NO SE APROBO.-(Rayas y mayusculas del texto de la demanda).- El gobierno envió siete ternas con el objeto anotado, mediante comunicación dirigida a los presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes, que no a los signatarios del Congreso Pleno.-

El Ministro de Justicia certificó que con el oficio remisorio de las ternas envió las hojas de vida de los integrantes de las mismas, y también comunicó a cada uno de los postulados la obligación de presentar ante la Secretaría del Congreso los documentos a examinar por las Comisiones de Acreditación Documental.- El Congreso en pleno eligió el 26 de agosto a los magistrados cuya elección acusa, previo el informe de la Comisión de Acreditación Documental de la Cámara y la matifestación de la del Senado de abstenerse de rendirlo por cuanto no se acreditaron las calidades constitucionales y legales (rayas de la demanda), por lo que pidió el aplazamiento de la votación.-

Que además de bochornosa la elección referida fué contraria a lo previsto en el Art. 263 de la Constitución, por haberse efectuado sin dar aplicación al sistema del cuociente electoral, sino sufragando siete (7) veces cada congresista "... lo cual significa que se escrutó un gran total 1.476 votos (sic) cuando el

Congreso Nacional está integrado por 102 Senadores y 161 Representantes, o sea un total de 263 Congresistas..." (fol. 15).-

De ese modo, agrega, también se violó el numeral 2 del artículo 136 del Reglamento del Congreso.- Los magistrados así elegidos tomaron posesión de sus cargos el 3 de septiembre de 1992, anotando que el Secretario del Senado certificó que en la misma sesión del 26 de agosto "... fue confirmada la elección por el Congreso en pleno...", lo que el mismo funcionario rectificó en oficio No. 781 de 17 de septiembre de 1992.-

Como disposiciones violadas señala los artículos 29, 114, 136, 141, 263 y 25 transitorio de la Constitución Política, así como los artículos 21, inciso 1°., 60 inciso 3o. y 27 de la Ley 5a de 1992; 19, 20, 21 y 22 del Decreto 250 de 1970.-

Procesalmente pide nulitar las elecciones acusadas con apoyo en las causales previstas en los numerales 4 y 5 del Art. 223 del C.C.A. (Ley 62 de 1988, art. 17).-

II.3.2.-Admitida la demanda y su corrección, aquella con la denegación de la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados, fue contestada por el apoderado de los doctores Edgardo José Maya Villamizar (sic), Myriam Donato de Montoya y Amelía Mantilla Villegas (fol. 82), quien se opuso a las pretensiones con extensa exposición en apoyo a la legalidad de las elecciones acusadas.- También fue contestada por el apoderado del Dr. Leovigildo Bernal Andrade, quien además de oponerse a las pretensiones propuso excepciones previas y solicitó la práctica de pruebas.-

El Dr. Rodrigo Noguera Calderón compareció para que se le tenga como impugnador, y solicitó pruebas.-

III.- **Alegaciones de las Partes.-**

a) El actor Jesús Pérez González-Rubio, en un primer escrito, solicita se remita el proceso a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, porque dada la importancia y trascendencia del caso se amerita pronunciamiento "...del Consejo de Estado en pleno...", dentro del ámbito de su competencia constitucional y legal (fl. 209-212).

En segundo memorial reitera los cargos formulados y amplía los razonamientos expuestos en relación a las normas que señala violadas.- Con citas jurisprudenciales enmarca la competencia del Consejo de Estado para conocer y decidir el proceso y la prosperidad de las pretensiones fundamentadas en la violación de lo prescrito en el Art. 25 transitorio de la C.N. por parte del

Congreso de la República, al desconocer con la elección los nombramientos que en propiedad había efectuado el Gobierno Central y a los que es aplicable el período determinado en el Art. 254 de la Carta.- La violación, agrega, se hace extensiva al Art. 27 de la Ley 5a. de 1992, porque el Congreso no podía elegir Magistrados estando otros posesionados de esos cargos en propiedad.- Refuerza su demanda sosteniendo que se desconoció el régimen bicameral de la Rama Legislativa (Art. 114 C.N.) y la excepción establecida en el canon 141 de la Carta; por ello la elección realizada por el Congreso, en sesión plena, es nula ante lo taxativo de la disposición, la que debe aplicarse, como lo ordena el Art. 4o. *ibídem*, de preferencia a la Ley 5a. de 1992, artículos 18-6 y 20, disposiciones cuya declaración de exequibilidad por la Corte Constitucional es apenas cosa juzgada relativa.- Concluye predicando que el Art. 21 de la ley enunciada igualmente resultó infringido con la falta del informe de la Comisión de Acreditación Documental del Senado, pues no se acompañaron los documentos acreditativos de las calidades exigidas para acceder al cargo.-

b) El doctor Hugo Escobar Sierra presenta como alegato de fondo, textual transcripción de lo expuesto en el libelo demandatorio.

c) Rodrigo Antonio Durán Bustos, obrando como mandatario judicial y también en su condición de parte impugnadora, ratifica y amplía sus argumentos en favor de la denegación de las pretensiones, porque la elección se hizo por el órgano competente y en la forma dispuesta por la ley, recriminando a los demandantes el hecho de confundir "la taxatividad con la inclusión en un único artículo" cuando interpretan los textos de los artículos 141 y 254 # 2 de la Constitución. - Sostiene que los magistrados nombrados en virtud del Art. 25 transitorio de la Carta no podian regirse por la preceptiva del Art. 254 # 2o., pues tenían la calidad de provisionales hasta tanto el Congreso se integrara y asumiera el ejercicio pleno de sus atribuciones.- Respalda su acerto con cita de la Corte Constitucional, así:

> "Es de la esencia de la facultad transitoria estar sujeta a un término o a una condición. De lo contrario se convertiría en permanente y, tratándose de la Constitución, aplazaría indefinidamente la vigencia efectiva de aquellas normas permanentes cuya entrada en vigor depende de su agotamiento".

Respecto del mecanismo de cuociente electoral predica que se presenta imposibilidad absoluta para su aplicación en el caso cuestionado, porque tratándose de siete (7) cargos a proveer por el sistema de ternas se debe entender que es ontológicamente distinta una elección de otra, más cuando el Presidente cumplió efectivamente su obligación Constitucional de enviar al Congreso siete (7) ternas, una para cada cargo.-

Y en cuanto a la nulidad de la elección de los Magistrados por no reunir las calidades del cargo, sostiene que lo alegado, no demostrado en autos, es distinto de la situación prevista en el numeral 5o. del Art. 223 del C.C.A., fuera de militar el concepto de la Comisión de Acreditación Documental de la Cámara de Representantes acogido por el Congreso Pleno.-

Finalmente, que pretender la nulidad por la no confirmación de los elegidos es desconocer el principio electoral de la eficacia del voto (Art. 3o. Ley 96 de 1985), en apoyo de lo cual cita aparte jurisprudencias de la Sala con ponencia de quien elabora la presente.-

d) El doctor Rodrigo Noguera Calderón, como representante judicial del Dr. Enrique Camilo Noguera Aaron, compila su alegato diciendo que la elección de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se ajustó plenamente a la Constitución y a la Ley, más cuando la Corte Constitucional declaró exequible las disposiciones presuntamente violadas con ese acto en fallo cuya copia adjunta como integrante de su escrito. Se opone a la pretendida nulidad por la no confirmación de los elegidos ante lo formal de la exigencia, cuya falta en nada afecta lo sustancial del acto acusado que, por lo demás, no la requería dado el carácter constitutivo de éste y no declarativo, como lo supone el actor.-

e) El Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, vocero judicial de los Drs. Amelia Mantilla Villegas, Myriam Donato de Montoya y Edgardo José Maya Villazón, pide denegar las pretensiones después de prolijo análisis de los hechos y el derecho en que las demandas se sustentan, para replicar apoyándose en el fallo de la Corte Constitucional que declaró constitucionales las normas de la Ley 5a. de 1992 aducidas como violadas.- Del Art. 25 transitorio de la Carta expresó: "Esa provisión se radicó excepcionalmente en el Primer Mandatario de la República, dada la urgencia de poner en acción las reformas introducidas por la Carta de 1991 y en la circunstancia, no menos significativa, de no existir Congreso al entrar a regir la nueva Carta Política, de modo que no podía ejercer inmediatamente esa función".

En cuanto al No. 2o. del Art. 254 de la C.N., anotó: "La elección de dichos magistrados fué efectuada por el Congreso Nacional, con la plena participación de los integrantes de ambas Cámaras, sin que se haya incurrido en ninguna causal de nulidad (Artículo 223 del C.C.A.) es decir, el derecho al voto de los integrantes del Congreso fué ejercido con absoluta y plena libertad democrática, como manifestación de la libre y espontánea voluntad de los Senadores y Representantes".

Para demostrar la legalidad de la función ejercida por el Congreso en pleno cuando aplicó el artículo 254 No. 2o. de la Carta Fundamental, dice:

> "...Las disposiciones constitucionales deben interpretarse en un sentido que permita el desenvolvimiento y desarrollo de las instituciones, puesto que el pensamiento constituyente, en últimas, no tiene finalidad distinta, y no en la óptica de entrabar el cumplimiento de la función, que es lo que se produce como consecuencia la tesis de la demanda"

En su criterio, las normas transitorias no pueden alterar ni obstruir el ejercicio de las funciones permanentes del Congreso, a quien corresponde por disposición constitucional la elección, ajena al sistema del cuociente electoral, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Se opone a la alegada violación de las disposiciones legales invocadas, porque la convocatoria a la elección satisfizo las exigencias del Art. 21 de la Ley 5a. de 1992 y la prueba de lo contrario, que correspondía al actor, no obra en el plenario; además, porque efectuada la elección no se requería de confirmación.-

Tampoco cabe buscar apoyo en la alegada violación de normas del Decreto 250 de 1971 que estatuye procedimiento totalmente distinto del establecido en la Ley 5a. de 1992. En conclusión, encuentra ajustado a derecho el acto atacado.-

f) El abogado Clímaco Giraldo Gómez, apoderado del Dr. Leovigildo Bernal Andrade, reitera sus planteamientos defensivos partiendo de la constitucionalidad, declarada en sentencia de la Corte Constitucional, de la Ley 5a. de 1992 contentiva del Reglamento del Congreso.- Da por ajustada a la norma constitucional la reunión del Congreso pleno para ejercer la atribución propia del Art. 254 No. 2 de la Constitución.- A grandes rasgos presenta similar argumentación de la propuesta a nombre de los otros impugnadores para solicitar se desestimen las pretensiones.-

IV.- **Concepto de la Procuradora Delegada.-**

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso presenta sinóptico estudio de los procesos acumulados en cuanto a los hechos, las normas transgredidas y el concepto de la violación para solicitar finalmente desestimar la pretensiones, porque el alcance de las acusaciones respecto del acto demandado no enerva su presunción de legalidad.-

SECCION QUINTA

V.- CONSIDERACIONES:

Tratándose de procesos acumulados que Presentan coincidencia en las disposiciones que se dicen infringidas y en el concepto de la violación, se hará por método su estudio integral, lo cual permite atender a los cargos en conjunto y de manera correlacionada.-

En las tres acciones publicas propuestas se solicita la nulidad de los actos declaratorios de la elección de la totalidad de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Doctores Miryam Donato de Montoya, Leovigildo Bernal Andrade, Amelia Mantilla Villegas, Edgardo José Maya Villazón, Romulo González Trujillo, Enrique Camilo Noguera Aarón y Alvaro Echeverri Uruburu, efectuada por el Congreso de la República en sesión conjunta de sus dos cámaras el 26 de agosto de 1992 para el periodo de ocho (8) años iniciado el 1o. de septiembre del mismo año.- Por consecuencia, de acoger esa pretensión, que igualmente se nulite y deje sin efectos la posesión de esos magistrados.-

Pero, con antelación al examen de la cuestión de fondo se impone la dilucidación de algunos aspectos de orden procedimental, de especial relevancia.-

V.1.- El actor Dr. Jesús Pérez González-Rubio (fl. 209-212), pide se definan los procesos acumulados por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, a la que atribuye competencia para conocer del asunto " por la importancia jurídica de las materias sujetas a consideración" y "por el impacto social que tendrán para la Administración de Justicia".- El peticionario en la especial solicitud que en ese sentido presentó, y en su alegato de fondo, es consciente de la precisa asignación de la competencia a esta Sección para conocer de los procesos electorales, la que no le fué conferida, como sucede con la de las otras Secciones de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, por delegación reglamentaria sino directamente de la ley (Ley 14 de 1988 Art. 6o., subrogatorio del Art. 67 de la Ley 96 de 1985) por lo que no es aceptable, como en el caso en examen, que un interés subjetivo la haga variar, asi se estime de gran importancia jurídica el asunto a resolver.- Además, aunque el Art. 21 del Decreto Ley 2304 de 1989 (Art. 130 del C.C.A.) dispone que corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo "... decidir los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social,. si por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia... ", esa remisión es potestativa de la Sección, de oficio y no a petición de parte.-

Tratándose de asuntos electorales cuya dilucidación debe hacerse con especial prontitud dada la naturaleza del asunto, por una parte, y la competencia que la ley le da a la Sala con exclusividad, no la estima esta Sala procedente.-

V.2.- En los tres procesos acumulados se propusieron excepciones por algunos de los impugnadores, denominadas, así:

I.- En el proceso No. 0822

a) De inepta demanda, por indebida acumulación de pretensiones;

b) Las que se deriven de los hechos, de las pruebas y de los textos legales;

c) Inexistencia de la nulidad de los actos demandados o cualquiera otra que sea su denominación.-

II.- Proceso No. 0809

a) De inepta demanda, por falta de los requisitos formales;

b) De inepta demanda, porque no se la acompañó con la copia del acto de envio de las ternas al Congreso por parte del gobierno;

c) De inepta demanda, por indebida acumulación de pretensiones;

d) Inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio contencioso electoral o falta del debido proceso;

e) Cualquiera otra que se derive de los hechos, de las pruebas o de las normas legales;

f) Inexistencia de la nulidad de los actos demandados o cualquiera otra que sea su denominación.

III. Proceso No. 0823

a) Incompetencia del Consejo de Estado:

b) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales;

c) Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.-

En relación a esos medios exceptivos, previos unos (proceso No. 0822, lit. a; proceso No. 0809. lit. a,b,c y d; y proceso No. 0823, lit. a,b, y c) y de mérito otros (Proceso No. 0822 lit. b,c; proceso No. 0809, lit. e, f) basta decir

que e improcedente la formulación de excepciones previas en los procesos contenciosos administrativos por la expresa derogatoria del Art. 163 del C.C.A.- Por tanto, no ameritan pronunciamiento las propuestas con ese rango y solo se hará breve comentario a los motivos que les sirven de apoyo, para efectos de determinar si se puede fallar de mérito.-

Revisadas cada una de las demandas a la luz de las normas adjetivas pertinentes (Arts. 137 y sgtes. del C.C.A.), se las encuentra ajustadas a derecho, esto es, con precisión en cuanto a lo que se demanda, los hechos u omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones, la individualización de los actos acusados y la copia de los Anales del Congreso en el que fueron publicados, requisitos de presentación y corrección.- Por tanto, no se dan los defectos formales que a ellas se atribuyen.- Tampoco indebida acumulación de pretensiones, como que las distintas acciones se encaminan a obtener la declaración de nulidad de los actos de elección realizadas por el Congreso respecto de los cuales concurren los tre requisitos de la acumulación consagrados en el inciso primero del Art. 82 del C. de P. Civil (modificado por el D.E. 2282 de 1989. art. 1o., numeral 34), sin que resulten aplicables, como lo pretende el Sr. apoderado del Dr. Leovigildo Bernal A., los presupuestos excepcionales que la misma disposición estatuye en el inciso tercero, puesto que ellas dan cabida a la acumulación aunque no concurran los tres factores del inciso primero y solo por los motivos allí señalados.- Tampoco se observa irregularidad en el trámite de los procesos electorales acumulados, como para sustentar la alegada inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio por no haberse rechazado las demandas conforme al supuesto del Art. 143 del C.C.A., en atención a que no fueron acompañadas con el oficio remisorio de las ternas.- Ello sería valedero si la elaboración y remisión de las citadas ternas hicieran parte, como acto complejo, de los electorales acusados, que no lo es porque la elaboración de las ternas por, el Gobierno Nacional es acto administrativo preparatorio y conexo con los de elección producidos por el Congreso, pero, independiente de estos últimos.- Allí no se da acto complejo, como tuvo oportunidad de explicarlo la Sala al fallar los procesos acumulados Nos. 0946 y 0957, con ponencia de quien elabora la presente (sentencia de septiembre 30 de 1993).-Finalmente, la alegada excepción de incompetencia porque antitécnicamente se pidió la nulidad del acta de la sesión del Congreso pleno y no de los actos de elección, así como de las actas de posesión de los magistrados elegidos, resulta inocua ante la claridad de las pretensiones , que conciernen a los actos de elección.-

En cuanto a las de fondo o mérito denominadas "Por no existir nulidad de los actos acusados" y "Cualquiera otra que resulte de las pruebas, de los hechos o de las normas legales", atañederas como son a las cuestiones de fondo

sometidas a fallo su análisis se hará en la medida que se adelante el examen de estas.-

V.3.- De las cuestiones de fondo.-

Son fundamento de las pretensiones la violación de disposiciones constitucionales y legales indicadas de modo coincidente en las tres demandas.- La acción es la especial electoral del Capítulo IV, Titulo XXVI del Libro 4o. del C.C.A., con referencia especial a la de nulidad de la elección prevista en el Art. 228 del C.C.A. y a las causales de, numerales 4o. y 5o. del Art. 223 ibídem, subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988.-

Los cargos contra los actos de elección de magistrados para la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, efectuada por el Congreso pleno en sesión del 26 de agosto de 1992, puede sintetizarse así:

1o.- No podía el Congreso producir las elecciones acusadas con apoyo en lo previsto en el inciso segundo del Art. 254 de la Constitución Política y en los artículos 20, 27 y 28 de la Ley 5a. de 1992, por cuanto el Presidente de la República había designado en propiedad a los magistrados de esa Sala "... por primera y unica vez...", cumpliendo lo ordenado en el Art. 25 transitorio de la Constitución.- Esa designación la efectuó mediante Decreto 2871 de 23 de diciembre de 1991, producido en el término prescrito en el Art. 33 del Decreto 2652 de 1991 Noviembre 25).- Por este mismo aspecto se alega violación del Art. 27 de la Ley 5a. en mención, por cuanto el Gobierno no podía enviar ternas para que el Congreso efectuara esos actos toda vez que en la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no se habían presentado faltas absolutas y escasamente se habían cumplido cinco (5) meses del período de ocho (8) años de los magistrados designados por el Presidente de la República.-

2o.- Los actos de elección acusados son nulos porque los produjo el Congreso de la República en sesión conjunta de sus dos Cámaras, desconociendo el sistema bicameral de organización y funcionamiento de la Rama Legislativa del poder público consagrado en el Art. 114 de la Constitución Política, solo excepcionado en los casos determinados en el art. 141 *ibídem.* La forma de producción de los actos dichos obedeció a lo previsto en el Art. 18, numeral 6o... de la Ley 5a. de 1992, norma que incluye como atribución del Congreso Pleno la elección de magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, inaplicable conforme al Art. 4o. de la Constitución porque consagra otra excepción al régimen de funcionamiento bicameral del Congreso no prevista en el citado Art. 141 de la C. Política.- Con ello, agrega el Dr. Pérez González-Rubio, se violaron también los preceptos 149 y 144 de la Constitución.-

3o.- Son nulos los actos acusados por cuanto en el proceso de elección no se aplicó el sistema del cuociente electoral, establecido en el Art. 263 de la Constitución Política y en el numeral 2o., art. 136 de la Ley 5a. de 1992.-

4o.- La invalidez de esos actos dimana, igualmente, del desconocimiento de las previsiones contenidas en los artículos 21, inciso 1o., y 60., inciso 3o., de la Ley 5a. de 1992, pues el Gobierno Nacional no adjuntó a las ternas que envió al Congreso los documentos demostrativos de las calidades exigidas para ser magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en razón de lo cual la Comisión de Acreditación Documental del Senado no rindió informe al respecto y pidió el aplazamiento de la elección.-

5o.- La citación de los congresistas no se hizo del modo previsto en el inciso tercero del Art. 21 de la Ley 5a. de 1992, pues no incluyó los nombres de los candidatos ternados por el Gobierno Nacional.-

6o. - También se incurrió en infracción de los artículos 19, 20, 21 y 22 del Decreto 250 de 1970, por cuanto los magistrados elegidos por el Congreso no fueron confirmados.-

Para la dilucidación de los primeros cargos se impone acudir a lo resuelto por la H. Corte Constitucional en fallo de febrero 4 del cursante año, al decidir los procesos acumulados por demandas de inexequibilidad de los artículos 18 (parcial) 20, 27 y 28 de la Ley 5Sa. de 1992. por cuanto tratándose de sentencia dictada "... en ejercicio del control Jurisdiccional..." hizo tránsito a cosa juzgada constitucional. -

Esa cosa juzgada constitucional es absoluta cuando el fallo versa con temas de fondo o materiales, al punto que las normas declaradas exequibles o inexequibles "... no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta-.." Sentencia C-131 de abril 1o- de 1993. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).-

En ese mismo fallo expresó la Corte que los efectos de la cosa juzgada constitucional se extienden no solo a la parte dispositiva de la sentencia, como se inf iere del Art. 243 de la Constitución sino a la motiva en cuanto deba acogerse para guardar concordancia con el sentido que la Corporación da a la norma "... para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución ... ": - Ello es así por cuanto "...si la norma es declarada inexequible. ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de' la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte

motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo..." Aduce en respaldo de esa posición la tradición jurídica nacional, toda vez que el Consejo de Estado y la Corte Suprema han considerado que hace tránsito a cosa juzgada no solo "lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella...", es decir "... todas las cuestiones cuya solución sean lógicamente necesarias para llegar a la solución expresada en la decisión" .

Es en cuanto el fallo de constitucionalidad se ocupe solo del trámite impuesto por la Constitución para la expedición de la norma donde el tránsito a la cosa juzgada es relativa, admitiendo el reexamen de la disposición por otros motivos lormales. -También, claro es, por aspectos materiales.-

Pero en cuanto a los formales examinados en el fallo que declara exequible una norma, también "...la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexequibilidad por tales vicios. Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento ..." (apartes de la Sentencia C-113/93, por la cual la Corte Constitucional declaró exequible el inciso lo. , Art. 21 del Decreto 2067 de 1991, transcritos en la sentencia C-131 de abril lo. de 1993).

La situación así prevista es la que se da respecto de los dos primeros cargos de las demandas acumuladas, pues con solicitud de inaplícabilidad de los artículos 20, 27, 28 y 18 numeral 6o. de la Ley 5a. de 1992, que se alegan violatorios de los artículos 114, 141, 144, 149, 254 y 25 transitorio de la Constitución Politica, se pide la declaración de nulidad de las elecciones dichas.-

Esa excepción de inconstitucionalídad es, sin embargo, improcedente, precisamente porque la Corte Constitucional declaró constitucionales las citadas normas de la Ley 5a. de 1992 en su fallo de 4 de febrero del cursante año en consideración de los mismos cuestionamientos de fondo que ahora se alegan, y del de forma en cuanto a la insuficiente votación que como norma orgánica alcanzó en ambas Cámaras del Congreso el Art. 27 en mención.-

Basta observar la relación que en ese fallo se hace de los cargos aducidos contra las citadas normas, para concluir en su total similitud con los que ahora se esgrimen en apoyo de su ínaplicación por contradicción con lo previsto por los cánones constitucionales invocados como violados.-

Así lo consignó el fallo de constitucionalidad:

"Artículo 18: Se considera violatorio del artículo 141 de la Carta, porque establece la reunión en un solo cuerpo del Congreso para la elección de

los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, evento no previsto en la norma constitucional, de interpretación taxativa . Igualmente viola el artículo 149 de la Constitución, que dispone la invalidez de cualquier acto del Congreso realizado por fuera de las condiciones constitucionales, asi como el 144, *ibídem.*

.....

Articulo 20: Se considera inconstitucional por violar los artículos 141, 144 y 149 de la Carta, al incluir un evento distinto a los previstos por la Constitución para la reunión del Congreso en un solo cuerpo, además de violar el período constitucional de los Magistrados ya nombrados, señalado por la Constitución en los artículos 254 y 25 transitorio.-

.....

Artículo 27: Los demandantes consideran que esta disposición viola la Carta Política en razón de la falta de competencia del Congreso para elegir a la primera Sala Disciplinaría del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo dispone el artículo 25 transitorio de la Constitución, en concordancia con el artículo 254- 2.- Además, esta norma, por regular un aspecto de la Administración de Justicia, debió haber sido aprobada por medio de una Ley estatutaria y ser revisada previamente por la Corte Constitucional, como lo ordena el artículo 152 de la Carta y no por una las orgánica relativa al reglamento del Congreso.-

La modificación del período de los Magistrados, sostienen algunos demandantes, debió efectuarse por medio de un Acto Legislativo. Se señala también que esta norma de carácter orgánico modificó irregularmente una disposición de carácter estatutario, como lo es el artículo lo. del Decreto 2652 de 1991. De igual forma viola los artículos 158 y 169 por constituir materia ajena a la del Reglamento del Congreso y contraviene los artículos 113, 121 y 136, dado que el Congreso se inmiscuyó en funciones propias del Ejecutivo.-

.....

Artículo 28: Sostienen los demandantes, entre ellos el Doctor Jesús Pérez González-Rubio, que esta norma por ser propia de una ley orgánica, requería mayoría absoluta de votos para ser aprobada, mayoría que no se alcanzó. En efecto, en el Senado sólo obtuvo 51 votos afirmativos cuando debían ser 52 y en la Cámara de Representantes sólo logro 62 votos afirmativos cuando requería de 81 como mínimo.

Desconoce igualmente el artículo 25 transitorio que atribuyó al Presidente, por primera y única vez, la designación de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. El demandante en el expediente D-150 sostiene que es claro que la elección de los Magistrados era por un término de ocho años, porque la Constitución no estableció una elección provisional, como sí lo hizo para los Magistrados de la Corte Constitucional en el artículo 22 transitorio. En su opinión. la disposición acusada también atenta contra el principio de igualdad. Los Magistrados de la Sala Administrativa, que se posesionaron en sus cargos el mismo día que los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, fueron elegidos por ocho años, mientras que los últimos, por decisión del Congreso, sólo resultaron elegidos provisionalmente.

Además, sostienen, el Congreso se excedió en el ejercicio de sus facultades al dictar una norma ajena a la materia de la Ley de Reglamento del Congreso. Se violan por esta vía los artículos 151 y 158 y, en consecuencia los artículos 113 y 136-1.- La norma acusada contraría el artículo 161, dado que este mecanismo se previó para normas sobre las que hubiere discrepancias y no para normas improbadas. También se acusa a la norma de contravenir los artículos 2o. , 4o. , y 40 de la Carta por violar el derecho al ejercicio de cargos públicos...".

A las argumentaciones así resumidas, por la Corte Constitucional, que son similiares a las formuladas in extenso en este proceso en la demanda del Dr. Jesús Pérez González-Rubio y en su alegato de conclusión, aunque sintéticamente también se encuentran en la del Dr. Hernando Alfonso Prada Gil, cabe responder con apoyo en el principio de cosa juzgada, aplicable a lo decidido por la Corte Constitucional en el fallo de 4 de febrero del año en curso.-

Al punto 7 de las consideraciones del aludido proveído sostuvo la Corte que la atribución dada al Congreso para elegir a los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de establecer su período tiene apoyo en los artículos 3o- y 254 de la Constitución Política, los cuales "...consagran un método de integración de la rama judicial destinado a contribuir a su legitimación democrática...".

Refiriéndose a la facultad conferida al Presidente de la República por el Art.25 transitorio, señala el fallo que "...las competencias transitorias y extraordinarias se definen por oposición a las permanentes y ordinarias. Si la elección de magistrados de la Sala Disciplinaria... corresponde de manera permanente y ordinaria al Congreso, su ejercicio por otro órgano no puede tener sino carácter excepcional, transitorio y extraordinario y en estos términos

necesariamente restrictivos, deberá juzgarse la facultad que exhiba dichas notas..." (Rayas de la Sala).

En respuesta al planteamiento apoyado en la permanencia de las normas expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, carácter que se pretende tienen también los actos que él produce en ejercicio de atribuciones extraordinarias, basta transcribir la argumentación dada por la Corte para señalar la diferencia de aquellas facultades conferidas por el Congreso y las que le confirió directamente el Constituyente.-

"El origen de las facultades transitorias concedidas al Presidente se remonta al Constituyente y su finalidad se circunscribe a facilitar el tránsito constitucional. No pueden por ello interpretarse a partir del régimen constitucional ordinario, del cual son excepción y cuya efectiva vigencia - por voluntad del constituyente - se difiere a un momento posterior al agotamiento de tales facultades transitorias. En consecuencia, no pueden aquellas homologarse a las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Presidente (C.P. art. 150-12) " (sic).

A este respecto la Corte sostiene, incluso, la extemporaneidad del ejercicio de la facultad conferida al Presidente de la República para designar magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por haberlo efectuado vencido el término previsto en el Art. 9o. transitorio de la Constitución.-

Ello, sin embargo, es irrelevante frente a lo que se cuestiona en los procesos acumulados, precisamente porque habría podido servir de fundamento a la pretensión de nulidad de esas designaciones pero no a las resultantes de los actos acusados.-

Respecto del período de los magistrados de la Sala Disciplinaria y la fecha de su iniciación, fijada en el Art. 28 de la Ley 5a. de 1992 expresa la Corte que "14 .... El establecimiento de la anotada fecha resulta constitucional, entre otras razones, por la necesidad de marcar en el tiempo la iniciación del régimen constitucional ordinario y la asunción plena y legítima de las facultades y deberes del Congreso...".-

También se refiere a los derechos que pudieran derivarse a favor de los magistrados de la Sala Disciplinaria designados por el Presidente de la República, señalando que "15.-..... Dejando a salvo los perjuicios que dichos Magistrados han podido sufrir y cuya procedencia y entidad deber ventilarse ante otra jurisdicción, en el plano constitucional las situaciones concretas e individuales derívadas de esta compleja situación, no pueden inhibir el legítimo ejercicio de las atribuciones y deberes del Congreso íntimamente ligados, en este caso, con

la debida y regular constitución de un órgano del poder público y con el primado del principio democrático".-

"16.- La consagración legal de una función ordinaria del Congreso, lejos de entenderse como reinvidicación de una prerrogativa constitucional, debe ser vista como la primacía de las facultades permanentes sobre las meramente transitorias, cuando se dan las condiciones para poner fin al estado de provisionalidad que siempre acompaña a éstas últimas. La razón de ser de las normas transitorias, esta Corporación lo reitera. es la de servir de puente hacía la instauración del régimen constitucional ordinario al cual ellas se refieren y que se encuentra en suspenso hasta su agotamiento.- La instrumentalidad del régimen transitorio explica su carácter eminentemente temporal y precario, llamado a ser superado y sustituido por el régimen ordinario tan pronto sea ello posible jurídica y materialmente. La interpretación , consecuentemente, debe favorecer cuando sea del caso el advenimiento del régimen ordinario, pues sólo a partir de él adquieren vigencia sus disposiciones y mayor contenido de legitimación los actos del estado..."

En los numerales 17 a 21 del ameritado fallo dilucidó la Corte la objeción formulada a la aprobación, por las cámaras legislativas del Art. 28 de la Ley 5a. de 1992, en cuanto se sostuvo, como también se hace en este proceso para pedir la inaplicabilidad del precepto por contrariar la Constitución, que no obtuvo los votos requeridos en su condición de norma orgánica.-

Como ese aspecto formal, que no sustancial por cuanto no se discute el carácter orgánico del precepto, fué examinado en detalle en el fallo aludido para concluir la Corte en la constitucionalidad de la citada norma reglamentaria, no es jurídicamente procedente que ese mismo motivo pueda servir de fundamento a la inaplicación de la norma por excepción de inconstitucionalidad.-

Finalmente, lo que atañe a la reunión del Congreso Pleno para producir los actos de elección de los magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, como contraria al régimen bicameral de la Rama Legislativa del poder público consagrada en los artículos 114 y 141 de la Constitución, también fué materia de exhaustivo análisis por parte de la Corte para concluir en la constitucionalidad de los artículos 18 y 20 de la Ley 5a.de 1992.- Al efecto sostiene el máximo organismo de control constitucional: "24.- La hipótesis que introducen los artículos 18-6 y 20 de la Ley 5a. de 1992 tiene carácter puramente procedimental y corresponde al ejercicio práctico de una atribución confiada directa y excepcionalmente al Congreso Nacional (C.P. art. 254-2).- La ley no adiciona en estricto rigor la lista de excepciones al principio bicameral. Es razonable que los miembros de los dos órganos, Senado y Cámara, confluyan en una reunión o asamblea común con miras a ejercer

una facultad que la Constitución encomienda al Congreso Nacional.- No se advierte por este concepto inconstitucionalidad alguna de las disposiciones legales demandadas..."

Tuvo, entonces, carácter provisional y transitorio la designación de magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que efectuó el Presidente de 1a República mediante el Decreto 2871 de 23 de diciembre de 1991. La atribución, que para ello le otorgó el Art. 25 transitorio de la Carta, obedeció a la necesidad de poner en funcionamiento esa institución de la nueva Constitución Política cuya integración le fué atribuida de modo permanente al Congreso de la República, en receso a partir de la vigencia de aquella para la totalidad del ejercicio de sus atribuciones por mandato del Art. 3o. transitorio y hasta cuando se instalara el nuevo Congreso; y porque correspondiendo a este la atribución ordinaria y permanente de elegir la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resultaría ilógico que solo despues de ocho (8) años entrará en funcionamiento la nueva institucionalidad, y que hasta entonces ese órgano estuviera integrado en forma excepcional.-

No es pertinente, además, confrontar este planteamiento con los probables derechos de orden laboral que pudieran tener quienes fueron designados por el Presidente de la República para integrar la Sala Disciplinaria, que se alegan afectados por el Congreso al efectuar la elección acusada. por cuanto ello no sería materia de decisión a través del ejercicio de la acción electoral sino de la de Nulidad y Restablecimiento del derecho.-

Declarada la constitucionalidad del Art. 18 numeral 6o. de la Ley 5a. de 1992, por tratarse de norma de procedimiento para la elección por el Congreso Nacional de los siete (7) magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la reunión en sesión conjunta de ambas Cámaras el 26 de agosto de 1992, como ajustada a la ley, produjo actos de elección válidos.- Porque también, resulta de mayor ascendiente democrático la elección de los siete magistrados por todos los congresistas, los integrantes de Senado y Cámara, a la que sugiere sin fundamento legal el actor Pérez González-Rubio, en cuanto que la Cámara pudo elegir 3 ó 4 de esos magistrados y el resto elegirlos el Senado, o que la Cámara eligiera los 7 y el Senado los ratificara, pues en el primer caso no serían elegidos por el Congreso Nacional sino por una de sus Cámaras y en el segundo se generarían dificultades insuperables de mecánica electoral, amén de no existir disposición legal que autorice esas formas de elección.-

Por lo demás, el sistema bicameral hace relación fundamentalmente a la función legislativa del Congreso y, entre nosotros, al juzgamiento por responsabilidad política de los altos signatarios del Estado con fuero ante el

Senado de la República. -Para el cumplimiento de las atribuciones administrativas antes de la Carta de 1991 existían dos precisas excepciones a ese sistema, al disponer la sesión conjunta de las dos Cámaras del Congreso para la posesión del Presidente de la República y la elección de designado, excepciones incrementadas por la nueva Carta conforme a lo previsto en los artículos 141 y 163, inciso segundo, y por la ley en materia legislativa al disponer la sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes homólogas en los casos previstos en el Art. 169 de la Ley 5a. de 1992.- Ese régimen excepcional tiene entera lógica, a diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, que el Presidente de la República instalara y clausurara las Cámaras separadamente, suministrando el mismo informe con intervalo de minutos. - Y si para funciones meramente administrativas, como las de elegir Contralor General de la República y Vicepresidente cuando sea menester, debe reunirse el Congreso en un solo cuerpo, sería contra el sentido común afirmar que no pueda, para facilitar el acto, reunirse en la misma forma para elegir magistrados de la Sala Disciplinaria de Consejo Superior de la Judicatura, siendo así que esa elección está atribuída al Congreso y no a una u otra de sus Cámaras, a ambas separadamente.-

No prosperan, por consiguiente, los cargos de los numerales 1 y 2 de las consideraciones de este fallo.-

Cargo tercero.- Se fundamenta en la no aplicación del sistema de cuociente electoral en los actos de elección de magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.- Para desestimarlo basta observar que ni material ni formalmente tiene fundamento la acusación; lo primero, porque la la Constitución Política vigente abolió el principio de la representación proporcional de los partidos políticos en la integración de la Rama Judicial, como sí lo preveía el Art. 173 de la anterior Constitución (Art. 59 del Acto Legislativo No. lo. de 1945), y que tornó paritaria, de los Partidos liberal y conservador, el plebiscito de 1957 en cuanto a la Corte Suprema y el Consejo de Estado (Art. 12), pues estimó, contrario ese criterio a la autonomía de la administración de justicia y a la independencia de los jueces.- Formalmente, por que esas elecciones debe realizarlas el Congreso Nacional " ...de ternas enviadas por el gobierno...", o sea, de siete ternas para elegir uno de cada terna, y no de lista de 21 nombres.- Solo cuando se vota en una corporación pública o en elección popular por dos o mas personas con el procedimiento de listas es forzoso aplicar el sistema del cuociente electoral, para garantizar la representación proporcional de los partidos que prescribe el Art. 263 de la Carta Política.-

Cargo cuarto.- La pretensa nulidad de las elecciones acusadas se apoya en el desconocimiento de lo previsto en el Art. 21, inciso lo. y 60, inciso 3o. de la Ley 5a. de 1992, por no haber acompañado el Gobierno Nacional las copias

auténticas de los documentos requeridos para acreditar las calidades o requisitos del cargo de magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.-

Y por cuanto fué en razón de ello que la Comisión de Acreditación Documental del Senado se abstuvo de rendir el pertinente informe.-

Al respecto se tiene que los documentos echados de menos por los demandantes se requieren para la calificación de los requisitos, que debe efectuar la Comisión de Acreditación Documental de cada una de las Cámaras. - Por ello no es indispensable que se los acompañe a las ternas sino que se los presente con antelación suficiente para que la respectiva Comisión pueda evaluarlos, en orden a establecer si los candidatos reunen las calidades exigidas.- En el caso en examen el Gobierno Nacional informó a los candidatos ternados de la obligación de acreditar los requisitos y estos atendieron esa recomendación oportunamente, puesto que la Comision de Acreditación Documental de la Cámara de Representantes rindió el informe respectivo.- Que no lo hubiera hecho la del Senado al estimar la prueba insuficiente o por no haber tenido tiempo para su cuidadoso examen, pues que apenas se instaló esa Comisión la víspera de la elección como lo expresó su presidente en la sesión conjunta de las Cámaras en la que se produjeron los actos acusados, no es causal de nulidad, por que la ley considera como tal el cómputo de "... votos a favor de candidatos que no reunen las calidades constitucionales o legales para ser electos..." (Numeral 5o. , Art. 223 del C. C.A. subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988) o "... Cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido..." (Art- 228 del C.C-A.), pero no la ausencia de prueba de esos requisitos antes de la elección.- Menos aun la falta de informe de la Comisión de Evaluación Documental, pues de acreditarse los requisitos exigidos en el proceso especial electoral no prosperan las pretensiones nulatorias.- Ello, claro está, cuando se sustentan las pretensiones en la falta de calidades constitucionales o legales para acceder al cargo, aspecto no aducido en las demandas que dieron origen a los procesos aue se resuelven y por lo cual no procede examinar lo concerniente esa hipótesis.-

Por lo demás, la falta del informe de la Comisión Evaluadora de Documentos del Senado es irregularidad que no puede nulitar la elección, puesto que en caso contrario la producción del acto eleccionario y su misma validez quedarían condicionados a lo que decidiera la Comisión, determinación sin duda inaceptable.- Por tanto no prospera el cargo.-

Quinto cargo.- Se pretende la anulación de los actos acusados porque la citación de los congresistas no satisfizo el incíso 3o. . Art. - 21 de la Ley 5a. de

1992, pues no incluyó los nombres de los candidatos ternados por el Gobierno Nacional.-

No prospera el cargo, por cuanto se dieron a conocer de los congresistas en la reunión plena del Congreso Nacional del 4 de agosto de 1992 las siete ternas remitidas por el Gobierno Nacional para las elecciones dichas, expresamente para satisfacer el requisito que se alega como fundamento de la nulidad.- Así reza el acta de la respectiva sesión del Congreso pleno:

> "Explica el señor Presidente Blackburn:
> Vamos a hacer lo siguiente: le digo tanta al doctor Dario Martínez como al doctor Gerlein, como al doctor Salomón Nader y demás personal, que han insinuado que no se quiere cumplir el reglamento: no hay tal. Por esta sección de proposiciones y varios y como quiera que hace dos semanas en plenaria del Senado se me solicitó que convocará el Congreso Pleno para el 5 de agosto y yo lo hice así, sin saber que el señor Presidente de la República se iba a tomar todo el plazo, o sea hasta el día primero de agosto, que es el plazo legal, para someter las ternas a consideración del Congreso pleno, yo considero que son muy convenientes todas las apreciaciones que han hecho ustedes. Me voy a permitir leer los nombres de todas las ternas para que, con un trámite fácil queden postulados todos.
>
> Pienso que al leerlos, como estos candidatos los envía el señor Presidente de la República, yo me permito leer la carta que él envió para que quede informado el Congreso en Pleno Dice..." (Gaceta del Congreso No. 28, año I, martes 18 de agosto de 1992, pág. 7).-

Entonces, si como es de entender el requisito del Art. 21, inciso 3o. del Reglamento del Congreso no tiene alcances de solemnidad del acto, sino que a la citación de los congresistas deben acompañarse los nombres de los postulados para que oportunamente los conozcan, se lo cumplió cori suficiencia y de modo mas cabal de lo que hubiera podido de presidencia del Congreso. - Fué ante la sesión conjunta de las Cámaras donde se leyó la comunicación con la cual el Gobierno Nacional remitió las ternas, enterando a todos los congresistas de los nombres de los candidatos ternados.-

Pero tampoco, por no haber cumplido el requisito en mención, sería procedente invalidar el acto, como que las causases de nulidad electoral no la incluyen en sus previsiones y menos las invocadas por los demandantes (Art. 223, numerales 4o. y 5o. de C.C.A.. subrogado por el Art. 17 de la Ley 62 de 1988, y Art. 228 del mismo Código) .- Es de anotar por este aspecto que no se requería de proposición aprobada para que el Presidente del Congreso pleno convocara a las elecciones dichas.- Esa es función que la ley confiere al

Presidente del Congreso, según se ve del Art. 21. inciso 2o., de la tantas veces aludida Ley 5a - de 1992, por lo que la proposición debatida en la sesión del 4 de agosto y que se afirma NO APROBADA, era f ormalidad innecesaria. - Se trataba de simple solicitud al Presidente para que efectuara la convocatoria, como ocurrió con la # 3 de la sesión del martes 21 de julio de 1992 (Gaceta del Congreso, Año I. número 6. pág- 16).- Por ello entonces, tampoco prospera el cargo.-

Cargo sexto.- Se aduce con apoyo en pretensa violación de los artículos 19, 20. 21 y 22 del Decreto 250 de 1970, por cuanto los elegidos para la Sala Disciplinaria en la sesión del 26 de agosto de 1992 no fueron confirmados.-

Basta leer, para desestimar el cargo, lo expresado por el H. senador Orlando Vásquez Velásquez, Presidente de la Comisión de Acreditación Documental del Senado, en el curso de la aludida sesión del Congreso Pleno.- De su exposición es el siguiente aparte:

> "Interesa, por consiguiente, examinar, como lo dice esta disposición, no antes de la Posesión de los candidatos electos o elegidos, sino antes de procedórse a la elección. por cuanto no se trata de un acto complejo, ni se trata de un nombramiento o una elección sobre el cual se exija confirmación por parte del pleno de esta Corporación..." (Gaceta del Congreso, Año I, número 65, pág. 4, del martes 15 de septiembre de 1992).-

En efecto, las elecciones acusadas no requerian confirmación por los motivos expuestos por el citado senador Vásquez Velásquez, o sea, por tratarse de acto de simple elección con base en las ternas enviadas por el Gobierno Nacional. - Y por no podérselo asimilar al régimen del Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público (Dec. 250 de 1970), precisamente por no estar incluidos en la Carrera Judicial (Dec. 052 de 1987) los cargos de magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, obviamente por no existir ese órgano judicial a la fecha de promulgación de los mencionados estatutos.- También, los requisitos o calidades para el desempeño de las magistraturas se debieron acreditar antes de la elección, como ocurrió según el informe de la Comisión de Acreditación Documental de la Cámara de Representantes tomado en cuenta implícitamente por el la elección, según lo reconoció el senador Vásquez Velásquez en certificación jurada (folios 350 y 351, Exp.0823).-

Tampoco tiene el cargo vocación de prosperidad.-

Por la desestimación que hace la Sala de todos los cargos aducidos contra los actos de elección de los magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, producidos por el Congreso de la República en sesión

conjunta de sus dos Cámaras del 26 de agosto de 1992, se denegarán las pretensiones de los procesos acumulados de la referencia.-

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

F A L L A:

1.-Deniéganse las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados Nos. 0822, 0809 y 0823, propuestos con solicitud de nulidad de la elección de magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura producida por el Congreso Nacional en sesión plena del 26 de agosto de 1992.-

II.- Reconócese a la abogada Nohema Pinedo Ruiz personería para actuar en representación del Dr. Jesús Pérez González-Rubio, en los términos del memorial visible al fol. 42 del Exp. 0822.-

Copíese, notifíquese y una vez ejecutoriado, archívese el expediente.

Esta sentencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA / SUSPENSION DEL PROCESO - Preclusión

Que sea viable esta medida, además de la prueba de la existencia del proceso que determina la suspensión, es indispensable que aquél que va a ser objeto de suspensión se encuentre en estado de dictar sentencia, con el fin de que el fallo que ha de dictarse en él pueda tener o no en cuenta el que se profiera en aquél. Cuando se profirió la sentencia que puso fin a la actuación, tal como aquí ocurrió, ya había precluído la oportunidad que tenían las partes para solicitar la suspensión del proceso y, por consiguiente la petición que con posterioridad al fallo formula el señor apoderado de la ejecutada alegando prejudicialidad, resulta improcedente.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 0339. Actor: LA NACION C/ CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA -UPAC COLPATRIA.

Resuelve la Sala el recurso de apelación subsidiario del de reposición que no prosperó, interpuesto por el apoderado sustituto de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria UPAC Colpatria, contra el auto de fecha 16 de junio de 1992 proferido por la Secretaría Jurídica Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES

Dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado contra la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria UPAC Colpatria, la Secretaría Administrativa Subsecretaría Jurídica Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, avocó el conocimiento de las presentes diligencias en de proveído de noviembre 1o. de 1991 (Fl.83), y profirió el auto de fecha 16 de junio de 1992 mediante el cual ordenó hacer efectivo contra la Corporación el título judicial J-25305328 constituído por el Banco de la República según oficio No. 5589 del 9 de octubre de 1990, por valor de $24.000.000.oo, cancelar la liquidación debidamente aprobada por valor de $23.500.000.oo, devolver el saldo de $500.000.oo a la ejecutada y archivar el proceso (Fls 92 y 93).

El apoderado de la Corporación Colpatria mediante escrito presentado el 23 de junio de 1993, obrante a folios 94 y 95,interpuso recursos de reposición y subsidiario de apelación contra el referido auto para que se revocara en su totalidad, y en su lugar, se ordenara la suspensión del proceso por perjudicialidad, toda vez que las Resoluciones que sirven de título ejecutivo son objeto de debate jurídico en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, con número de radicación 468.

Adjuntó la certificación de la Secretaria del Tribunal de fecha 4 de febrero de 1993.

En auto de 6 de agosto de 1993 (fl.103),el Despacho ejecutor teniendo en cuenta los requisitos exigidos por el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil para la suspensión del proceso;que por proveído del 6 de noviembre de 1991 ordenó seguir adelante la ejecución y la constancia expedida por el Tribunal fue presentada extemporáneamente, resolvió no reponer su auto de fecha 16 de junio de 1993.

Para resolver,

SE CONSIDERA

El artículo 171 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

"Decreto de la suspensión y sus efectos. Corresponderá al juez que conoce del proceso, resolver sobre la procedencia de la suspensión.

La suspensión a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo precedente, sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la

determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia.
....."

De conformidad con el precepto transcrito, para que sea viable esta medida, además de la prueba de la existencia del proceso que determina la suspensión, es indispensable que aquél que va a ser objeto de suspensión se encuentre en estado de dictar sentencia, con el fin de que el fallo que ha de dictarse en él pueda tener o no en cuenta el que se profiera en aquél.

En el *sub-lite*, luego de resuelta adversamente a la ejecutada la excepción previa que había propuesto contra el mandamiento de pago y haberse ordenado la devolución del expediente al despacho de origen mediante auto del 7 de junio de 1991 (Fl. 79), el ejecutor dictó sentencia con fecha 6 de noviembre de 1991 (fl.84) disponiendo seguir adelante la ejecución contra Colpatria, liquidar el crédito con sus costas y notificar la providencia en la forma indicada en los y artículos 321 y 507 del Código de Procedimiento Civil, hecho que según consta al folio 84 del expediente se cumplió mediante Estado N° 8 de 12 de noviembre de 1991, quedando la providencia ejecutoriada.

Así las cosas,cuando se profirió la sentencia que puso fin a la actuación, tal como aquí ocurrió, ya había precluído la oportunidad que tenían las partes para solicitar la suspensión del proceso y, por consiguiente la petición que con posterioridad al fallo formula el señor apoderado de la ejecutada alegando perjudicial, resulta improcedente.

Lo dicho es suficiente para confirmar el auto apelado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Confirmar el auto de fecha 16 de junio de 1993 proferido por la Secretaría Administrativa Subsecretaría Jurídica Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En firme este proveído vuelva el expediente a la Oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por le Sala en sesión del veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez. Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / RECLAMACION ELECTORAL

Del contenido del artículo 223 del C.C.A., no fluye causal de nulidad alguna por los supuestos fácticos que aduce el demandante. Y conviene recordar que el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, modificatorio del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, que a su vez había modificado el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, que a su vez había modificado el artículo 223 del C.C.A., excluyó como causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral "...los eventos previstos en las causales de reclamación...", las que actualmente encuentran enunciadas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral.

NULIDAD EN LOS REGISTROS DE VOTACION - Improcedencia

La causal de nulidad alegada por el actor se hace depender del supuesto de haber sido declarado sin valor jurídico el Decreto Comisarial No. 78 Bis de 1979, por parte del Consejo Nacional Electoral en el acto acusado. Pero quedó demostrado al analizar el primer cargo que en ninguno de los apartes del texto del Acuerdo No. 02 de 1992 consta que se haya declarado nulo el mencionado Decreto, sino que, se repite, la referida Corporación electoral se limitó a excluir del cómputo general de votos para alcalde y concejo de Mitú los sufragios del corregimiento de Bocas de Arara por hallar establecido que no forma parte del citado Municipio.

CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA POR CUANTIA / PROCESO ELECTORAL / PRESUPUESTO ANUAL ORDINARIO / PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA.

Tratándose de un municipio capital de departamento el proceso de nulidad del acto de elección de los Concejales de dicho municipio no será de única sino de dos instancias, independientemente del hecho de haberse traído o no al expediente el documento por el cual se acredite el presupuesto anual ordinario de la misma localidad.

RESIDENCIA / ELECCIONES LOCALES / NULIDAD ELECTORAL - Inexistentes

No se deduce del requisito que señala el artículo 316 de la Constitución Política relativo a la residencia en el respectivo municipio para poder elegir a las autoridades locales, motivo alguno de nulidad electoral, por la simple razón de que no se ha establecido así.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 1052. Actor: JESUS MARIA QUEVEDO RIVAS.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 7 de julio de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

1. El ciudadano Jesus María Quevedo Rívas mediante apoderado en ejercicio de la acción pública electoral, solicitó la nulidad del Acuerdo No. 02 de mayo 19 de 1992 expedido por el Consejo Nacional Electoral según el cual, declaró la elección del Alcalde y de los Concejales Municipales de Mitú, en el Departamento del Vaupés, para el período "1992-1995" y ordenó la expedición y entrega de las correspondientes credenciales a los elegidos.

SECCION QUINTA

Igualmente pidió la nulidad de los "...registros electorales, o actas de escrutinio de jurado de votacion o de cualquier otra corporación correspondiente a los corregimientos de BOCAS DE ARARA, ARARICUARA, MACUANA (TAPURUCUARA) y VILLAFATIMA (TAPIACA) del Municipio de Mitú..." (fl. 53, cuaderno 1). Que como consecuencia de las Anteriores declaraciones de nulidad se ordene la práctica de un nuevo escrutinio para alcalde y consejo municipal con base en los registros y pliegos que no se declaren afectados de nulidad y previa certificación de los errores aritméticos que se comprueben judicialmente o exclusión de los registros o actas que conforme a la ley, no debieron computarse.

Que con base en los resultados de los nuevos escrutinios se haga la declaración de Alcalde y Concejales, se les expidan sus credenciales, y que estas novedades se comuniquen a las respectivas autoridades.

Y que se declare nula la credencial expedida a Maximiliano Veloz García como Alcalde de Mitú.

2. Los fundamentos de hecho los narra el demandante asi: El domingo 8 de marzo de 1992 se llevaron a cabo en el territorio nacional las elecciones populares para Alcalde y miembros de Corporaciones Públicas.

En el Departamento del Vaupés los escrutinios generales fueron realizados por los delegados del Consejo Nacional Electoral. Interpuestos recursos de apelación contra sus desiciones se abstuvieron de aceptar la reclamacion solicitada en el sentido de que se excluyera del conteo los votos depositados en la mesa correspondiente a BOCAS DE ARARA por considerar que dicho corregimiento no hacía parte del municipio de Mitú. Por esta razón el propio Consejo Nacional Electoral debió hacer la declaratoria de Alcalde y Consejales de Mitú mediante Acuerdo No. 02 de mayo 19 de 1992.

Tanto el cómputo de votos como las actas de escrutinio los registros electorales, pliegos y el acto acusado se hayan viciados por graves y ostensibles violaciones al sistema electoral, por cuanto las actas generales y parciales de los escrutinios de los corregimientos de Aracuara, Bocas de Arara, Macuana (Tapurucuara), Villafátima (Tipiaca), se contabilizaron con violación de los Arts. 192 y 193 del Código Electoral, por lo que deben ser excluídos del cómputo de los votos emitidos en el municipio de Mitú los depositados en las mesas de dichos corregimientos en lo que respecta a la elección de Alcalde y Consejales.

El Comisario Especial del Vaupés dicto el Decreto No. 78 Bis de 14 de mayo de 1979 creando el municipio de Mitú, sin competencia de ello, los corregimientos de Acaricuara, Villafátima (Tipiaca) Bocas de Arara y la

inspección de Policía de Tapurucuara. Por su parte, el Consejo Nacional Electoral mediante el Acuerdo 02 de mayo 19 de 1992 determino que no podía modificarse la División Político Administrativa para adicionar el corregimiento de Bocas de Arara como integrantes del municipio de Mitú y en estas condiciones, si es ilegal la contabilización de los votos depositados en las mesas instaladas en Bocas de Arara también deben excluirse los votos depositados en los otros corregimientos mencionados. Concluye que el citado acuerdo es nulo "... dado que su determinación no puede ser excluyente y en cuanto a Bocas de Arara y favorable para los corregimientos que están en las mismas condiciones de BOCAS DE ARARA pues el Decreto 78 bis los incluyó a todos como integrantes del Municipio de Mitú..." (fl. 58 cuaderno principal).

3. Como normas violadas invoca el artículo 223 numeral 2 del C.C.A., según el cual, las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, son nulas "... cuando aparezca que el registro, es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

También considera infringido el artículo 46 de la Ley 96 de 1985, actualmente artículo 192 del Código Electoral, puesto que el Consejo Nacional Electoral excedio sus funciones al declarar ilegal el Decreto 78 bis, expedido por el Comisario del Vaupés, excluyendo por este motivo los votos del corregimiento de Bocas de Arara, apreciando otros motivos ajenos a los documentos electorales. Por lo que si el Decreto 78 Bis es nulo, seran falsos o apocrifos los registros electorales correspondientes a todos los corregimientos incluídos en dicho decreto.

Y el artículo 316 de la Constitución que prohibe la participación en elecciones de ciudadanos no residentes en el respectivo Municipio, por cuanto si el Decreto 78 Bis carece de valor jurídico "... y no se toma en cuenta para computar los votos de todos los corregimientos que cita, estarían votando ciudadanos no residentes en Mitú...." (folio 59, cuaderno principal).

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

El señor Maximiliano Veloz García, alcalde electo de Mitú contestó la demanda por medio de apoderado, admitiendo unos hechos y negando otros.

Señaló que los corregimientos Acaricura, Macuana y Villafátima existen en legal forma y se encuentra dentro de la jurisdicción territorial de Mitú, cuyos límites son los establecidos al momento de su creación mediante el Decreto 1666 de 1974.

SECCION QUINTA

En cuanto al corregimiento Bocas de Arara, advirtió que se encuentra fuera del ámbito territorial de Mitú y su adhesión mediante Decreto Comisarial No. 78 Bis de 1979 se hizo en contravención a normas de superior jerarquía. Niega que el consejo Nacional Electoral haya declarado la legalidad del citado Decreto No. 78 bis, pues lo que hizo fue excluir del cómputo general de votación los escrutinios realizados en Bocas de Arara ya que se demostró a satisfacción que dicho corregimiento no forma parte del municipio de Mitú. Estima que en una actitud deliberada y dolosa, el demandante pretende que se excluyan otros corregimientos que si estan ubicados en la órbita territorial del Municipio del Mitú y concluye solicitando que sean negadas todas las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante sentencia de fecha 7 de julio de 1993 declaró la nulidad del acuerdo No.2 de mayo de 1992 del Consejo Nacional Electoral y órdeno la práctica de nuevos escrutinios de Alcalde y Consejales de Mitú.

Para adoptar esta decisión el *a-quo* considero lo siguiente:

"...a pesar de que el demandante no señalo expresamente la causal de nulidad aplicable a la situación planteada por cuanto no estructuro adecuadamente los cargos, del contenido de ellos se infiere que la causal invócada es la consagrada en el artículo 227 del Código de lo Contencioso Administrativo, toda vez que el Consejo Nacional Electoral declaró indebidamente una nulidad, pues al excluir los votos de BOCAS DE ARARA para la elección de Alcalde y Consejo Municipal de Mitú derogó tácitamente las Resoluciones 1665 de mayo 4 de 1990 y 126 de enero de 1992 del Registrador Nacional del Estado Civil para las elecciones de mayo 27 de 1990 y del 8 de marzo de 1992, respectivamente, en la parte que adscriben electoralmente al Municipio de Mitú, el corregimiento de BOCAS DE ARARA, cuando estas resoluciones se presumen legales mientras no hayan sido declaradas nulas por la jurisdicción, o derogadas expresamente por la administración.

De otra parte, el Consejo Nacinal Electoral al excluir lo (sic) votos, no podia basarse en el Decreto Nacional 1666 de agosto de 1974 que erigió, en Municipio a Mitú estableciendo sus límites como lo manifiesta el apoderado del alcalde elegido por la Corporación mencionada y el Ministro Público pues como se analizó, la Registraduria Nacional había adscrito electoralmente al Municipio de Mitú el corregimiento de BOCAS DE ARARA, seguramente con la autorización del Consejo Nacional Electoral

como lo exigen las dispocisiones electorales sin que nadie se opusiera a ello antes de las elecciones que nos ocupan, como las anteriores. (Fl.177).

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado del señor Maximiliano Veloz García impugnó la anterior sentencia aduciendo que el *a-quo* le atribuye equivocadamente al Consejo Nacional Electoral la presunta declaración indebida de nulidad, declaración que no existe puesto que el texto del acto acusado el citado organismo electoral manifiesta su incompetencia para pronunciarse sobre la legalidad del Decreto Comisarial No. 787 Bis de 1979. Considera que el fallo de primera instancia se fundamenta en un análisis bastante simple. Que desde el punto de vista sustancial las Resoluciones aducidas en dicha providencia "...se refieren al establecimiento de términos de distancia para la entrega de los documentos electorales a los claveros y obviamente dentro del cual se menciona el corregimiento de Bocas de Arara. Asunto bien distinto, a la apreciación que hace el tribunal en el sentido de pretender que con tales resoluciones se está a la circunscripción electoral de Mitú, el corregimiento de Bocas de Arara..." (Fl 190 del cuaderno principal).

Que desde el inicio de la presente controversia se demostró que Bocas de Arara está fuera de la jurisdicción territorial de Mitú y que su anexión con fines electorales mediante el Decreto Comisarial, 78 Bis de 1979 es ilegal. Que los demás corregimientos si forman parte del municipio de Mitú tal como lo manifestó el Instituto Geográfico Agustín Codazzi lo que puede ser corroborado mediante confrontación cartográfica que el análisis precario realizado por el *a-quo* da la sensación "....de haberse borrado de un plumazo la única conquista representativa obtenida por las Comunidades Indígenas después de quinientos años (500 años) de dominación por parte de personas ajenas a su formación cultural y su ambiente geográfico" (Fl. 191 cuaderno principal).

EL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, en su vista fondo, advierte sobre la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones dado que en el *sub-lite* se pide la nulidad de la elección de Alcalde que es proceso de dos instancias, y la de Consejales que puede ser la única o de dos instancias, siendo viable la acumulación cuando el respectivo municipio sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario sea superior a $50.000.000. Anota que como en el presente caso no se acompañó con la demanda la prueba del monto presupuestal del Municipio del Mitú, ni el Magistrado sustanciador ordenó corregirla para que fuera aportada por el actor, debe estudiarse en esta instancia solamente la pretensión de nulidad de la elección de alcalde por tener el Consejo de Estado competencia para decidir sobre ella,

e inhibirse por falta de competencia funcional para conocer del recurso de apelación en cuanto a la pretensión de nulidad de la elección de Concejales, al no estar determinado el monto del presupuesto municipal.

En cuanto a los cargos formulados precisa que deben ser estudiados bajo las normas que regulan las nulidades en materia electoral, las que son taxativas de acuerdo con reiterada jurisprudencia y no es dable su aplicación a hechos distintos. Señala que es inadmisible la tésis del Tribunal en el sentido de que según los cargos se infiere que la causal invocada por el actor es la consagrada en el artículo 227 del C.C.A., pues dicha norma no fué citada como infringida en la demanda ni de ella se deriva causal de nulidad alguna.

Afirma que los hechos en que se apoyan los cargos referentes a la declaratoria de ilegalidad del Decreto 78 Bis por el Consejo Nacional Electoral sin tener facultad para ello, y haber tenido en cuenta dicho organismo otros motivos ajenos a los documentos electorales para resolver las impugnaciones, no encajan dentro de la causal de nulidad invocada por el actor pues los resultados electorales no variaron por falsedad o apocrifidad de los registros electorales, sino por virtud de una decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral al resolver una reclamación.

Y también estima que no prospera el cargo relativo a la violación del artículo 316 de la Constitución por cuanto la situación que plantea la norma no se dió en el *sub-lite* y además la misma no consagra causal alguna de nulidad por ese hecho.

Por todo ello solícita que la Sección Quinta de esta Corporación revoque la sentencia apelada y en su lugar deniegue la pretensión de nulidad del acto de declaratoria de elección de Alcalde del Municipio de Mitú y se inhiba de conocer respecto de la de nulidad de Concejales del mismo Municipio.

CONSIDERACIONES

Antes de estudiar los cargos que formula el actor, debe referirse la Sala a la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones que plantea la distinguida colaboradora del Ministerio Público.

Si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 131 numeral 3 del C.C,A., modificado por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988 relativo a la competencia de los Tribunales Administrativos, se observa claramente que en cuanto a los procesos de nulidad de las elecciones de miembros de los concejos municipales, conocen los Tribunales Administrativos en única instancia "... cuando el

municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo)" (Subrayas de la Sala).

A contrario *sensu,* se advierte claro del precepto en comento que tratándose de un Municipio **capital de departamento** el proceso de nulidad del acto de elección de los Concejales deja dicho municipio no será de única sino de dos instancias independientemente del hecho de haberse traído o no a expediente el documento por el cual se acredite el presupuesto anual ordinario de la misma localidad.

Como en el *sub-lite,* se solicita la nulidad de la elección del Alcalde de Mitú, cuyo conocimiento corresponde en primera instancia al Tribunal Administrativo y en segunda instancia al Consejo de Estado, conforme al artículo 29 de la Ley 78 de 1986, y simultáneamente se demanda la elección de del mismo Municipio de Mitú, que es capital del actual Departamento del Vaupés (Art. 309 Constitución Política, concordante con el artículo 39 transitorio *ibídem* y Decreto 2274 de octubre 4 de 1991), resulta evidente que la actuación a que se surta ante la jurisdicción Contencioso Administrativa en lo que respecta a esta última pretensión, al igual que la de nulidad del acto de elección de Alcalde, también está sujeta al trámite de dos instancias.

En consecuencia, no se da la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones que pregona la señora Procuradora, no siendo procedente un fallo inhibitorio en lo que se refiere a la elección de Concejales del Municipio de Mitú, sino sentencia de fondo sobre ambas pretensiones, cuyo exámen hace la Sala a continuación.

El acto administrativo cuya nulidad impetra el actor es el Acuerdo No. 02 de mayo 19 de 1992, por medio del cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de Alcalde y Concejales del Municipio de Mitú en el Departamento del Vaupés, en la contienda electoral del 8 de marzo de 1992 (Fls. 47 a 52 cuaderno principal).

Sea lo primero señalar que, contrariamente a lo afirmado por el *a-quo* en la providencia recurrida, el actor en su demanda sí señala expresamente en el acápite "III Fundamentos de Derecho Normas Violadas y Concepto de la Violación" la causal de nulidad que a su juicio se configura en el *sub-lite*, puesto que aduce "...la del numeral 2 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo que dice "Los actos de escrutinio de los jurados de votación y de toda Corporación electoral son nulos en los siguientes casos:

Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación" " (Fl. 59 cuaderno principal).

Y aunque es cierto que los cargos formulados están concebidos confusamente no puede, por vía de interpretación establecerse que de ellos se infiere "... que la causal invocada es la consagrada en el artículo 227 del Código Contencioso Administrativo..." (Fl.177) cuaderno principal), como lo expresa el Tribunal de instancia, porque dicha norma ni siquiera ha sido invocada por el actor y no le es dable al fallador aducir fundamentos de derecho distintos a los invocados en la demanda dado el carácter rogado de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

PRIMER CARGO.

El demandante ataca el Acuerdo No. 02 de mayo 19 de 1992 bajo el concepto de que viola el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, porque el Consejo Nacional Electoral al decidir el recurso de apelación contra la Resolución No. 002 de 15 de marzo de 1992 proferida por los Delegados tomó en consideración motivos ajenos a los documentos electorales, declarando sin valor jurídico el Decreto Comisarial No.78 Bis de 1979 mediante el cual se habían creado en el Municipio de Mitú los corregimientos de ACARICUARA, VILLAFATIMA (TIPIACA), BOCAS DE ARARA y la inspección de Policía de TUPURUCUARA. Y agrega que el citado organismo electoral al actuar como lo hizo se excedió en sus funciones.

Se explica la situación anterior porque ante las respectivas autoridades electorales se presentó reclamación con fundamento en la causal 1a. del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 por parte de algunos candidatos a la Asamblea departamental del Vaupés y al Concejo Municipal de Mitú, solicitando la exclusión de los votos depositados en la mesa correspondiente al corregimiento de BOCAS DE ARARA, alegando que no hacía parte del Municipio de Mitú.

Para mejor ilustración se hace referencia a lo ocurrido con dicha reclamación, la cual fue atendida y resuelta de la siguiente manera: Los delegados del Consejo Nacional Electoral para el Departamento del Vaupés mediante Resolución No. 002 de 15 de marzo de 1992 la declararon infundada en consideración a lo siguiente:

> "...esta Delegada a (sic) tenido en cuenta documentos que tuvo a la vista que hace relación directa correspondientes al Departamento del Vaupes y al Municipio de Mitú entre ellas el Decreto 78 Bis de mayo 14 de 1079 mediante el cual se crearón en el Municipio de Mitú el Corregimiento de BOCAS DE ARARA entre otros. La división político - Administrativa electoral, de Colombia emanada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en Colombia y en donde precisa corregimiento de Mitú el de BOCAS DE ARARA y además, la pluridad de documentos de carácter electoral

para el funcionamiento del mismo corregimiento". (FI.39 cuaderno principal).

Por su parte, el Consejo Nacional Electoral al conocer de la mencionada Resolución No. 002 de 15 de marzo de 1992, por virtud de la apelacion interpuesta en el Acuerdo No. 02 de mayo 19 de 1992, objeto de la presente demanda, determinó que se da la causal primera del articulo 192 del Código electoral en relación con la votación para Alcalde y concejo del Municipio de Mitú y por tanto deben excluirse los votos depositados en la mesa ubicada en el corregimiento de Bocas de Arara del cómputo de los sufragios emitidos en el Municipio de Mitú.

Al efecto, adujo lo siguiente:

"... el apelante alega que en forma ilegal se estableció una mesa de votación en el corregimiento de BOCAS DE ARARA como correspondiente al Municipio de Mitú basados en un Decreto ilegal, el No. 78 Bis de 1979, dictado por el Comisario del Vaupés que no tenía competencia para agregar corregimientos a dicho Municipio.

Aunque no es competencia de esta Corporación calificar la legalidad o ilegalidad del Decreto 78 Bis de 1979 proferido por el Comisario del Vaupés no es menos cierto que en la creación del Municipio de Mitú en virtud de un Decreto de Gobierno Nacional, que prima y prevalece sobre la disposición comisarial no se localiza el corregimiento de Bocas de Arara en la delimitación geográfica contenidas en el Decreto Presidencial.

Tampoco le cabe ninguna duda a esta Corporación respecto a que, Bocas de Arara es un corregimiento comisarial que no forma ni ha formado parte de ningún municipio y que es y ha sido administrado directamente por el respectivo comisario, hoy gobernador.

Sobre la materia el artículo 4o. de la Ley 2a. de 1943 consagra: "corresponde al gobierno nacional, en las intendencias y comisarías, crear y suprimir municipios y provincias y agregar o segregar términos municipales, con arreglo a la base de población y demás condiciones que determinen las leyes sobre la materia; y crear, organizar y suprimir corregimientos intendenciales o comisariales. Los municipios se regirán, en cuanto a su personería; representación; régimen administrativo, judicial, fiscal y electoral; derechos facultades y obligaciones, por las normas legales y reglamentarias que regulan los demás del país, salvo lo dispuesto en esta ley. **Los corregimientos intendenciales y comisariales no formarán parte de ningún municipio** serán administrados por el

respectivo intendente o comisario en la forma y con la asesoría que el reglamento determine, y las contribuciones y demás rentas de carácter municipal que se establezcan y recauden en el corregimiento no podrán ser invertidas sino en su propio beneficio.

En desarrollo de esta disposición el Gobierno Nacional dictó el Decreto No. 1666 de 6 de agosto de 1974 por el cual se crea el Municipio de Mitú en la Comisaría de Vaupés, fijando en su artículo primero los límites correspondientes, dentro de los cuales no se incluyó el corregimiento de Bocas de Arara.

Así las cosas, la Dirección Nacional electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil no podía modificar la División Político -Administrativa para adicionar el corregimiento de Bocas de Arara como integrante del Municipio de Mitú, y por consiguiente mal podia enviar los formularios correspondientes a la elección de Alcalde y Concejo pues por expresa prohibición de la Constitución Nacional, en la elección de autoridades locales solo pueden participar las personas residentes en el respectivo municipio" (Fls. 48 y 49 cuaderno principal).

De lo transcrito se concluye que ninguno de los apartes del texto del Acuerdo No. 02 de mayo 19 de 1992 hace referencia a la supuesta determinación del Consejo Nacional Electoral de dejar sin valor jurídico el Decreto Comisarial No. 78 Bis de 1979. Por el contrario, se lee claramente en aquel que la Corporación electoral manifiesta no ser de su competencia calificar la legalidad o ilegalidad de dicho Decreto Comisarial. Otra cosa bien distinta es la decisión de excluír del cómputo general de votos para alcalde y concejo de Mitú los del corregimiento de Bocas de Arara. Y en este punto debe tenerse en cuenta que según el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 tanto el Consejo Nacional Electoral como sus Delegados "... tienen plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho y de derecho ..", lo cual tiene precisamente por objeto el establecimiento de la verdad electoral sobre situaciones que se presenten en el proceso del recuento de sufragios, de manera que el resultado final no ofrezca motivo de duda alguno.

Como ya se anotó, los Delegados teniendo en cuenta documentos relacionados directamente con la creación del Municipio de Mitú, entre ellos el Decreto Comisarial No. 78 Bis de 1979, procedieron a declarar infundada la reclamación de excluír de cómputo de los votos los del corregimiento de BOCAS de ARARA, que había sido con base en la causal 1a del artículo del Código Electoral "cuando funcionen mesas de votación en sitios no autorizados por la ley".

Y el Consejo Nacional Electoral, apreciando los mismos documentos, y con apoyo en la ley 2a. de 1943, en el Decreto 1666 de 1974 y en el artículo 316 de la actual Constitución Política, halló fundada la reclamación y, en consecuencia, procedió a excluír del cómputo general de votos para Alcalde y Concejo de Mitú los votos del corregimiento de Bocas de Arara, porque encontró suficientemente demostrado que no pertencia a jurisdicción electoral de dicho municipio.

Sea ello lo que fuere, lo cierto es que ésta misma alegación se ha repetido en el *sub-lite* y es claro que es viable su análisis por esta jurisdicción en la medida en que pueda determinar la invalidez del acto acusado para configurar una cualquiera de las causales de anulación aducibles en los procesos electorales.

Del contenido del artículo 223 del C.C.A., no fluye causal de nulidad alguna por los supuestos fácticos que aduce el demandante. Y conviene recordar que el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, modificatorío del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que a su vez había modificado el artículo 223 del C.C.A., excluyó como causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electora "... los eventos previstos en las causales de reclamación ..." las que actualmente se encuentran enunciadas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral.

Así las cosas, resulta improcedente examinar en el presente proceso si el Consejo Nacional Electoral al proferir el acto acusado tuvo en cuenta o no motivos ajenos a los documentos electorales, por cuanto de este hecho no se desprende causal de nulidad para declarar su invalidez. Por lo mismo, se desecha el cargo.

SEGUNDO CARGO.

Con fundamento en la causal 2a. del articulo 223 del C. C.A., pretende el demandante la nulidad del Acuerdo No. 02 de mayo 19 de 1992 expedido por el Consejo Nacional Electoral que declaró la elección de Alcalde y Concejo del municipio de Mitú, por ser falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

Aduce que si el Decreto Comisarial No. 78 bis de 1979 es nulo, deben ser anulados todos los registros que corresponden a los corregimientos creados en el Municipio de Mitú incluídos en tal Decreto.

Ya se ha dicho que mediante el citado Decreto No. 78 Bis de 1979, obrante en autos en fotocopia simple al folio 44 del cuaderno principal, el Comisario Especial del Vaupés creó en el Municipio de Mitú los corregimientos

de ACARICUARA, VILLAFATIMA (TIPIACA) , BOCAS DE ARARA y la inspección de policía de TUPURUCUARA.

Como se puede apreciar la causal de nulidad alegada por el actor se hace depender del supuesto de haber sido declarado sin valor jurídico el Decreto Comisarial No. 78 Bis de 1979, por parte del Consejo Nacional Electoral en el acto acusado. Pero quedó demostrado al analizar el primer cargo que en ninguno de los apartes del texto del Acuerdo No. 02 de 1992 consta que se haya declarado nulo el mencionado Decreto, sino que, se repite, la referida Corporación electoral se limitó a excluir del cómputo general de votos para Alcalde y Concejo de Mitú los sufragios del corregimiento de Bocas de Arara por, hallar establecido que no forma parte del citado municipio.

De modo que el cargo relacionado con la nulidad de los registros de votación de todos los corregimientos e inspección de Policía creados en el Municipio de Mitú mediante el Decreto Comisarial No.78 Bis de 1979, se descarta por ineficaz e inoperante para los efectos que pretende el demandante.

Por lo demás, como lo anota la señora Procuradora, respecto de la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 223 del C.C.A., invocada por el actor, ha sido constante el siguiente criterio jurisprudencia de esta Sección Quinta:

> "La causal enumerada como violada hay que entenderla racionalmente en el sentido de que el resultado o registro electoral es nulo cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en sí mismo considerado, o por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación.
>
> En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar, mientras en lo apócrifo no la hay lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. La gran diferencia entre estas dos situaciones es factor subjetivo intencional. Pero en cualquiera de los dos casos debe producirse una alteración de los resultados (sentencia de 22 de abril de 1993 -Exp. No. 958, actor: Américo Peláez Cuellar Consejero Ponente: Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff).

TERCER CARGO.

Lo hace consistir el demandante en la violación del artículo 316 de la Constitución Política, por cuanto si el Decreto No. 78 Bis de 1979 " ... carece de valor jurídico y no se toma en cuenta para computar los votos de todos los corregimientos que cita estarían votando ciudadanos no residentes en Mitú y

por lo tanto los registros de votación de ellos serán nulos...". Y agrega que la norma referida fue violada porque se contabilizaron votos de las mesas de ACARICURA, ACUANA (TUPURUCUARA) y VILLAFATIMA.

Lo primero que cabe observar es que el actor nuevamente parte del supuesto de que el Decreto Comisarial No. 78 Bis de 1579 perdió validez jurídica por virtud de disponerlo así el acto acusado, pero se relieva que el Consejo Nacional Electoral no lo anuló y, por lo mismo, no puede deducirse de un hecho inexistente la tacha que se formula.

Lo segundo es que la decisión del Consejo Nacional Electoral en el acto cuya nulidad se impetra, referente a la exclusión de los sufragios de BOCAS DE ARARA del cómputo general de votos para Alcalde y Concejo de Mitú por las razones explicadas atrás, no tiene por qué afectar los votos válidos, como que no existe fundamento para excluírlos.

Y lo tercero, es que no se deduce del requisito que señala el artículo 316 de la Constitución Política relativo a la residencia en el respectivo municipio para poder elegir a las autoridades locales, motivo alguno de nulidad electoral, por la simple razón de que no se ha establecido así.

Por lo anterior, este cargo también se desecha.

En este orden de ideas las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y, en consecuencia, la sentencia apelada debe revocarse.

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

PRIMERO: Revócase en todas sus partes la sentencia proferida el 7 de julio de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera y, en su lugar se dispone:

SEGUNDO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

SECCION QUINTA

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintidos de octubre de mil novecientos noventa tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyarof , Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Nota de Relatoría: En igual sentido puede consultarse la sentencia de 22 de abril de 1993, Exp. 958, Ponente: Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, Actor: AMERICO PELAEZ CUELLAR.

JURISDICCION COACTIVA / NULIDAD PROCESAL -Oportunidad / COSA JUZGADA / PRINCIPIO DE PRECLUSION

Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta sí ocurrieron en ella. Las nulidades propuestas en el proceso fueron presentadas con posterioridad a las sentencias de primera y segunda instancia, cuando ya había precluído la oportunidad procesal para ser formuladas. Aceptar que las nulidades contempladas en el artículo 140 del C. de P.C. pueden ser propuestas salvo las excepciones expresamente consagradas en la ley procesal, después de dictado el fallo definitivo, es atentar contra la firmeza, estabilidad y seguridad de las sentencias que garantizan la cosa juzgada, y en virtud de la cual se convalida todo vicio procesal y toda nulidad así sea ésta de las denominadas absolutas. Igualmente, tal aceptación atentaría contra el principio de preclusión que impide al juez volver sobre sus propios proveídos devolviendo los plazos ya transcurridos.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 0327. Actor: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) C/ SOPROIN LTDA. Y/O COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de Soproin Ltda. contra los autos proferidos por la División Segunda de

SECCION QUINTA

Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano con fechas 22 de febrero y 14 de abril de 1993 (Fls. 106 y 114 cuaderno 5), por medio de los cuales fueron negadas las solicitudes de nulidad propuestas por el apoderado de la citada sociedad; y los recursos de apelación interpuestos por los representantes judiciales de Soproín Ltda. y Seguros Generales Aurora S.A. contra el auto de junio 7 de 1993 proferido por el mismo Despacho, denegatorio de la nulidad solicitada por ambos apoderados dentro del proceso de la referencia, adelantado para hacer efectivas las pólizas de garantía generadas a favor del IDU, en desarrollo del contrato de obra No. 025 de 14 de abril de 1982 para la construcción y remodelación del Concejo de Bogotá.

1. **LAS NULIDADES NEGADAS:**

1.1. En escrito visible a folios 101 a 105 del cuaderno 5, el apoderado de Soproin Ltda. solicita que, con fundamento en la causal 1a. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, se declare la nulidad del proceso por haberse adelantado éste por funcionario carente de jurisdicción, ya que la facultad del Instituto de Desarrollo Urbano IDU para adelantar ejecuciones se circunscribe a lo previsto en el inciso segundo del artículo 14 del Decreto ley 1604 de 1966, esto es, para el recaudo de las contribuciones de valorización, y es el Tesorero Distrital quien tiene jurisdicción para conocer de procesos de ejecución para el cobro de deudas fiscales a favor de Santafé de Bogotá con base en los documentos enumerados en el artículo 68 del decreto 01 de 1984.

Señala que el incidente es oportuno de acuerdo con el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que el proceso no ha terminado por pago al acreedor.

1.2.- El mismo apoderado en escrito obrante en el expediente a folios 111 y 112 del cuaderno 5 aduce que, siguió un trámite diferente y se omitieron términos y oportunidades de defensa, por lo que solicita se declare la nulidad del proceso a partir del auto de 11 de septiembre de 1992 que rechazó el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la providencia de agosto 24 de 1992, dado que la Corte Constitucional no aceptó la teoría del Consejo de Estado expuesta en dicho auto en el sentido de que el artículo 230 de la nueva Constitución quitó vigencia al recurso extraordinario de súplica consagrado en el artículo 130 del C.C.A.. Estima que se dan los requisitos del artículo 142 y siguientes del Código de Procedimiento Civil para que se declare la nulidad solicitada.

1.3. Los apoderados de Soproín Ltda. y de Seguros Generales Aurora S.A., en memoriales visible de folios 119 a 126 del cuaderno 5, 127 a 135 del mismo cuaderno, proponen la nulidad de todo lo actuado con fundamento en el

numeral segundo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la División Segunda de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano IDU carecía de competencia funcional para adelantar el presente proceso. Transcriben providencias dictadas en asuntos similares por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante las cuales se declaró la nulidad de la actuación por falta de competencia funcional del IDU y advierten que en uno de los casos aducidos, el proceso se encontraba con liquidación aprobada, etapa que aún no se ha alcanzado en el *sub-lite*, por lo que estiman oportuna la petición.

2. LAS PROVIDENCIAS APELADAS

2.1. Mediante proveído del 22 de. febrero de 1993 la División II de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano se negó a declarar la nulidad establecida en el numeral 1 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil sobre falta de jurisdicción para adelantar el presente proceso ejecutivo para hacer efectivas las pólizas de garantía a favor de la citada Entidad, señalando que el IDU es un establecimiento público descentralizado del orden municipal con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, con normas especiales como son el Decreto 062 de 1989 que hace referencia al cobro o recaudo de obligaciones a favor de los organismos distritales que conforman la administración central, el artículo 573 del Código Fiscal del Distrito Capital que determina lo relativo a la jurisdicción coactiva disponiendo que de acuerdo a la ley, el Tesorero Distrital y el Director del IDU tendrán jurisdicción coactiva delegable en los jueces de Ejecuciones Fiscales para hacer efectivo el cobro de impuestos, contribuciones, multas, gravámenes y sumas deducidas por la Contraloría a favor del Tesoro Distrital, y el artículo 79 del C.C.A., que otorga facultad a las Entidades Publicas para que directamente, por la vía de la jurisdicción coactiva, hagan efectivos los créditos a su favor.

Que desde la vigencia de esta última norma citada, el IDU adelanta procesos por jurisdicción coactiva, teniendo como origen no solo obligaciones relacionadas con gravámenes de valorización sino en todos los casos que contempla el artículo 68 del C.C.A. , de los que ha conocido la Sección Cuarta del Consejo de Estado y en ninguna de las actuaciones ha considerado que el IDU carecía de competencia para adelantar esta clase de actuaciones.

Anota que el memorialista está de acuerdo en que el cobro de la obligación se adelante por jurisdicción coactiva, pero lo que discute es que no debió hacerse a través del IDU sino de los jueces distritales previa delegación del Tesorero y por tanto, en estas condiciones, es claro que el peticionario debió alegar la causal segunda de nulidad del articulo 140 del Código de Procedimiento Civil y no la primera.

SECCION QUINTA

Transcribe el concepto del 19 de diciembre de 1980 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con ponencia del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, según el cual,

> "...La jurisdicción coactiva tiene por objeto permitirle a una persona pública, iniciar y adelantar por sí misma, sin necesidad de acudir como demandante ante los jueces ordinarios, un proceso compulsivo para hacer efectivo un crédito exigible a su favor y a cargo de un particular. Lo hace por medio de uno de sus funcionarios facultado por la ley, como una excepción, que tiene por objeto facilitar el cobro ejecutivo de las deudas fiscales. Se trata por lo mismo, de un procedimiento instituido para hacer más expédito el cobro de algunos de los créditos de las personas públicas".
> (Fl.109 cuaderno 5).

2.2. Por auto calendado a 14 de abril de 1993 la División II de Ejecuciones Fiscales del IDU rechazó el incidente de nulidad propuesto por considerar que el solicitante indica de manera vaga que se siguió un trámite diferente, sin precisar de qué trámite se trata. Señala que las nulidades son taxativas y ninguna hace relación a la omisión de términos lo que más bien seria una irregularidad, subsanable si no se impugna oportunamente.

En cuanto a que se omitieron oportunidades de defensa estima que más garantizado,no ha podido estar este derecho, del cual han hecho amplio uso tanto Soproín Ltda. como Seguros Generales Aurora S.A..

Y en relación con el recurso extraordinario de súplica manifiesta que al parecer el memorialista intencionalmente olvida que en el auto que resolvió lo pertinente a este recurso se dice también que tal medio de impugnación no, procede contra providencias que se dicten en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, el cual se rige por el trámite establecido en el título XXVII del Código de Procedimiento Civil.

2.3. Mediante proveído de junio 7 de 1993 el Juzgado II de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano denego la declaratoria de la nulidad invocada por falta de competencia que establece el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, ya que por virtud de estar vigentes los artículos 68 y 79 del Decreto 01 de 1984, 573 del Acuerdo 6 de 1985 y 561 a 569 del Código de Procedimiento Civil en el momento en que el IDU asumió el conocimiento del proceso tenía jurisdicción y competencia, que se perpetúan hasta la finalización de la actuación procesal.

SE CONSIDERA:

Se tiene en el presente caso que el Instituto de Desarrollo Urbano División II de Ejecuciones Fiscales, libró mandamiento de pago el 9 de abril de 1985 contra Seguros Generales Aurora S.A. y Soproin Ltda.

Hallándose el expediente en esta Corporación para el conocimiento de las excepciones propuestas resultó incinerado durante los hechos ocurridos en los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia. Por auto fechado el 6 de marzo de 1987, la Sección Cuarta del Consejo de Estado decreto la deserción del incidente de excepciones propuesto contra el auto de mandamiento de pago.

El 14 de mayo de 1987 la División II de Ejecuciones Fiscales dictó sentencia ordenando seguir adelante la ejecución y dispuso practicar la liquidación del crédito con intereses y costas a cargo de la parte ejecutada.
(Fl. 102 cuaderno 1).

Por auto de junio 3 de 1987 se concedió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia anterior por la Compañía de Seguros Generales Aurora S.A. (Fl. 140 cuaderno 1).

Mediante proveído de 28 de julio de 1987 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso. (Fl.142 cuaderno 1).

Con fecha 10 de agosto de 1987 el apoderado sustituto de Seguros Generales Aurora S.A., solicitó que antes de proferirse sentencia de segunda instancia se le diera trámite a los incidentes de nulidad propuestos con base en las causases 5a. 4a. y 3a. del art. 152 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil, nulidades basadas en haberse dictado sentencia irregularmente, ya que en consideración a la cuantía del asunto el competente para conocer del proceso en única instancia era el Consejo de Estado; haberse adelantado el proceso después de ocurrida una causal de interrupción debida a la existencia de un concordato preventivo potestativo; haberse seguido un procedimiento distinto al que corresponda, dado que Soproin Ltda. no fue notificada del auto de mandamiento de pago, ni se le designó curador *ad-litem*; y haberse revivido un proceso legalmente concluido como consecuencia de la destrucción del mismo en los hechos del Palacio de Justicia.
(Fls. 1 a 18 cuaderno 5).

SECCION QUINTA

Mediante auto de 11 de agosto de 1988 la Sala Unitaria de la Sección Cuarta del Consejo de Estado determinó devolver el expediente al IDU para que decidiera sobre las nulidades propuestas. (Fls. 160 a 162 cuaderno 1).

Por auto de noviembre 2 de 1988 la División II de Ejecuciones Fiscales del IDU se negó a declarar las nulidades formuladas y dispuso el envío del expediente al Consejo de Estado para el conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra dicho auto por el apoderado de Seguros Generales Aurora S.A. (Fls. 23 A 25 cuaderno 5).

En proveído del 1° de diciembre de 1989 la Sala Unitaria de la Sección Cuarta del Consejo de Estado encontró que el proceso había seguido un trámite diferente y por tal razón declaró nulo lo actuado a partir del auto de 6 de marzo de 1987, inclusive, proferido por la misma Sección. (Fls. 64 a 67 cuaderno 5).

Recurrido en suplica, la Sección Cuarta de esta Corporación, en auto de 9 de noviembre de 1990, lo revocó y ordenó el envió del expediente a la Oficina de origen para que continuara la ejecución. (Fls. 72 a 77 cuaderno 5).

Mediante auto de 14 de diciembre de 1990, la Sección Cuarta decidió la apelación indicando que prosperaban las nulidades propuestas por falta de notificación a Soproin Ltda, y por suspensión del proceso. (Fls. 80 a 84).

Contra el auto anterior el apoderado de Seguros Generales Aurora S.A. interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado por improcedente mediante proveído de 19 de abril de 1991 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado. (Fls. 94 a 96 cuaderno 5).

Mediante oficio 340.11.1400 del 23 de agosto de 1991 el Juez Segundo de Ejecuciones Fiscales del IDU remitió nuevamente las presentes diligencias para el conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución (fl. 169 cuaderno 1), correspondiendo conocer en esta oportunidad, a la Sección Quinta del Consejo Estado.

Dentro del término respectivo el apoderado de Seguros Generales Aurora S.A. presentó memorial sustentatorio del recurso. (Fls.172 a 174 cuaderno 1).

Por su parte, el representante judicial de Soproin Ltda. solicitó que se diera trámite a las excepciones que había propuesto y al incidente de nulidad por falta de notificación a su mandante. (Fls. 185 a 187 cuaderno 1).

Mediante sentencia de fecha diciembre 12 de 1991 esta Sección Quinta confirmó el fallo de 14 de mayo de 1987 por medio del cual se ordenó continuar

adelante la ejecución, y liquidar el crédito y las costas a cargo del asegurado. (Fls. 189 a 194 cuaderno 1).

El apoderado de Soproin Ltda. solicitó aclaración de la anterior providencia que fue denegada por auto del 30 de enero de 1992 (Fls. 202 a 204 cuaderno 1).

Por anotación en estado se notificó a las partes el anterior proveído el 5 de febrero de 1992 y mediante oficio de fecha 12 de los mismos mes y año se dispuso el envío del expediente al Instituto de Desarrollo Urbano. (Fls. 204 vto. y 205 cuaderno 1).

Otras peticiones formuladas con posterioridad, por el apoderado de Soproin Ltda. fueron debidamente atendidas tanto por el IDU como por esta Sección Quinta al conocer de ellas en virtud de la apelación.

De nuevo se encuentran ahora las presentes diligencias para decidir de las apelaciones contra los autos de 22 de febrero, 14 de abril y 7 de junio de 1993 mediante los cuales la División II de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano se negó a declarar, por las razones que quedaron expuestas en los antecedentes, las nulidades de falta de jurisdicción, seguimiento de un trámite que no correspondía y carencia de competencia.

Al respecto observa la Sala lo siguiente:

Las nulidades que se impetran de falta de jurisdicción, seguimiento de un trámite procesal distinto y de carencia de competencia, contempladas en los numerales 1o. 2o, y 4o. del artículo 140 del C. de P.C., son, como el capítulo y el artículo correspondiente del citado Código lo indican, de naturaleza procesal, razón por la que se rigen de acuerdo a su propia normatividad y a los principios que informan su ritualidad, ligados por tanto a la forma misma del acto y a las ocasiones que la ley prevé para proponerlas.

De consiguiente, los correctivos y las oportunidades para alegarlas son de expresa consagración dentro del trámite procesal. De ahí que, el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil indique de manera concreta y clara cuáles son las oportunidades en que las nulidades pueden ser alegadas para que su declaración sea viable.

Dice así la norma en comento:

> "... las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella".

SECCION QUINTA

En el caso presente las nulidades propuestas por los apoderados de Soproin Ltda, y la Compañía de Seguros Generales Aurora S.A., generadas según sus propios planteamientos dentro del curso del proceso, fueron presentadas a consideración de la División II de Ejecuciones Fiscales del IDU, entre el 17 de noviembre de 1992 y el 4 de junio de 1993, es decir, con posterioridad a las sentencias de primera y segunda instancia proferidas, en su orden, el 14 de mayo de 1987 y el 12 de diciembre de 1991, cuando ya había precluido la oportunidad procesal para ser formuladas.

En estas condiciones, es obvio que su alegación resulta improcedente por haberse presentado fuera de tiempo, es decir, después de proferida la sentencia definitiva.

Aceptar que las nulidades contempladas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil pueden ser propuestas, salvo las excepciones expresamente consagradas en la ley procesal, después de dictado el fallo definitivo, es atentar contra la firmeza, estabilidad y seguridad de las sentencias que garantiza la cosa juzgada, y en virtud de la cual se convalida todo vicio procesal y toda nulidad así sea ésta de las denominadas absolutas. Igualmente, tal aceptación atentaría contra el principio de preclusión que impide al juez volver sobre sus propios proveídos devolviendo los plazos ya transcurridos.

En cuanto respecta a la posibilidad de alegar nulidades con posterioridad a los fallos definitivos que como excepción a la regla general contempla el artículo 1.2 del C. de P. C., la Sala encuentra que tales excepciones expresadas en la norma en referencia, se circunscriben a las oportunidades y causases allí previstas, sin que el juzgador pueda crear ocasiones y eventos nuevos, ni extenderlos a oportunidades y causases diferentes a las ya previstas. La primera excepción se refiere a vicios generados en la sentencia o que afecten actuaciones cumplidas con posterioridad a ella; los cuales, como la autoriza la norma, pueden alegarse después de la sentencia. La segunda excepción señala las nulidades que son susceptibles de proponerse en los juicios ejecutivos "mientras no haya terminado por pago total a los acreedores, o por causa legal", y las limita a las causales de no interrupción del proceso en caso de enfermedad grave y a la indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma. Esta interpretación es lógica consecuencia del empleo por parte del legislador del término "dichas", utilidades en el inciso 4o, del artículo 142 del C. de P.C. el cual tiene una connotación verbal de referencia dirigida a señalar las causases específicas mencionadas con anterioridad las que no son otras que las indicadas en la norma de manera concreta.

Es claro entonces que al emplear la disposición en comento la expresión "dichas causales", estaba señalando de manera directa las enunciadas específicamente en ella y no las generales indicadas en el inciso 1o. de la misma.

De ahí que resulta improcedente el planteamiento hecho por los recurrentes en torno a nulidades no solicitadas en su oportunidad legal o con base en hechos diferentes a los autorizados por vía excepcional en el artículo 142 del C. de P.C..

Respecto a la afirmación del señor apoderado de Seguros Generales Aurora S.A, en el sentido de que esta Sección Quinta declaró nula la actuación en un proceso similar que se encontraba con liquidación aprobada, el radicado bajo el No. 0183, actor Instituto de Desarrollo Urbano contra Internacional de Construcciones Ltda. y Seguros del Estado S.A. aclara la Sala que tal similitud no existe pues el auto que en dicho asunto se profirió, calendario el 11 de junio de 1991 y en el que fue ponente la H. Consejera Dra. Miren de la Lombana de Magyaroff, fue dictado, declarando la nulidad de todo lo actuado, cuando aún no se había proferido sentencia.

Las razones anotadas son suficientes, en criterio de es,de esta Sala, para revocar los proveídos apelados y en su lugar disponer el rechazo de los incidentes de nulidad por improcedentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

R E S U E L V E:

1o. Revocar los autos proferidos por la División II de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano con fechas 22 de febrero, 14 de abril y 7 de junio de 1993 por medio de las cuales se niegan las nulidades impetradas, y en su lugar se dispone:

2o. Rechazar por improcedentes los incidentes de nulidad propuestos por los apoderados de Soproin Ltda. y Seguros Generales Aurora S.A.

3o. Devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA - Finalidad / DEMANDA - Requisitos / DEMANDA - Ineptitud / TITULO EJECUTIVO - Validez

La jurisdicción coactiva fue establecida con la finalidad de que el Estado pueda recaudar prontamente los recursos que por ley le pertenecen, esenciales para su funcionamiento y realización de los proyectos que debe efectuar. Dado su carácter especialísimo, aunque no pueda afirmarse categóricamente que es superfluo que exista demanda, es evidente que en razón de su objetivo, en los juicios que se adelanten por esta vía no son imprescindibles los mismos requisitos y formalidades del proceso ejecutivo ordinario, sino que puede o no haber demanda según sea el caso. Como en el *sub-lite* no existe demanda, resulta impropio hablar de su ineptitud por falta de los requisitos legales. Pero además, dadas las características del proceso ejecutivo coactivo que lo diferencian del ordinario, los documentos que sirven de título ejecutivo y las autoridades que conocen de este proceso, son también distintas y especiales. Lo que importa realmente es el título que preste mérito ejecutivo en virtud de contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible, que permite que el funcionario investido por ley de jurisdicción coactiva libre el respectivo mandamiento de pago.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 0303 Actor: TESORERIA DE BOGOTA C/ DISTRIBUIDORA CENTRAL DE CEMENTOS LTDA.

SECCION QUINTA

Cumplido el trámite dispuesto en auto de fecha 19 de agosto de 1993 mediante el cual se ordenó de oficio poner en conocimiento de la parte ejecutada la nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, saneada dicha nulidad, entra la Sala a resolver sobre la excepción previa que contra el auto de mandamiento de pago de fecha diciembre 3 de 1990 propuso el curador *ad-litem* designado para representar a la sociedad Distribuidora Central de Cemento Ltda.

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 3 de diciembre de 1990 proferido por el juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales se dispuso el cobro por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá y a cargo de la sociedad Distribuidora Central de Cemento Ltda. de la suma de $5.204.441, mas el 46.84% anual como tasa de interés moratorio y las costas del proceso si a ello hubiere lugar. (Fl.12).

Sirvió de título ejecutivo la Resolución No. 001351 de 19 de septiembre de 1990, expedida por la Tesorería de Bogotá D.E. según la cual se reconoce y ordena pagar a la Compañía ejecutante la cantidad de $5.204.441 por concepto del impuesto de Industria Comercio y Avisos, por los años gravables 1.978 a 1980 (Fl.2).

El auto de mandamiento de pago fue notificado a través de curador *Ad-litem*, designado para representar a la mencionada sociedad, en diligencia cumplida el 10 de noviembre de 1992 (Fl.114).

Mediante escrito oportunamente presentado propuso la excepción previa de "Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos legales", que hace consistir en que si para las ejecuciones fiscales se sigue el trámite del proceso ejecutivo de mayor o menor y mínima cuantía, " ... dicha remisión impone subjeción (sic) íntegra al ritual civil con todas sus modificaciones y reformas, por lo cual, para el *sub-lite* se advierte que en estricta técnica procesal, no existe demanda, lo cual, conduciría inexorablemente a llegar a la sentencia con ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma y fallo inhibitorio (o prevaricato por omisión por denegación de justicia?).

Además, el título ejecutivo, por ser copia, al pie del mismo debe expresar: A) Que se trata de primera copia que es la que presta mérito ejecutivo; b) El auto, resolución o providencia por medio de la cual se ordenó expedir y dentro de cuál actuación (Num 2o, Art. 115 del C.P.C.)". (Fl.116).

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, las ejecuciones por jurisdicción coactiva se adelantan ante los funcionarios que la ley determine " ... por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor y mínima cuantía, según fuere el caso en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el presente capítulo".

Las demás disposiciones que se refieren específicamente a esta clase de ejecución en el capítulo VIII del título XXVII, del Código de Procedimiento Civil, nada dicen respecto de la demanda. Solamente el artículo 564 se refiere a la forma como debe hacerse la notificación del mandamiento de pago o mandamiento ejecutivo al deudor o a su representante.

Ha expresado esta Corporación en distintas oportunidades que la Jurisdicción coactiva fue establecida con la finalidad de que el Estado pueda recaudar prontamente los recursos que por ley le pertenecen, esenciales para el funcionamiento y realización de los proyectos que debe efectuar. Dado su carácter especialisimo, aunque no pueda afirmarse categóricamente que es superfluo que exista demanda, es evidente que en razón de su objetivo, en los juicios que se adelanten por esta vía no son imprescindibles los mismos requisitos y formalidades del proceso ejecutivo ordinario, sino que puede o no haber demanda según sea el caso. Como en el *sub-lite* no existe demanda, resulta impropio hablar de su ineptitud por falta de los requisitos legales.

Pero además, dadas las características del proceso ejecutivo coactivo que lo diferencian del ordinario, los documentos que sirven de título ejecutivo y las autoridades que conocen de este proceso son también distintas y especiales. Lo que importa realmente es el título que preste mérito ejecutivo en virtud de contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible (ART. 68 C.C.A.) que permite que el funcionario investido por ley de jurisdicción coactiva libre el respectivo mandamiento de pago.

En el asunto que aquí se examina, la Resolución No. 001351 de fecha 19 de septiembre de 1990, con la constancia de estar ejecutoriada (Fls. 144 y 145), contiene una obligación clara y expresa, pues su alcance y contenidos son precisos en el sentido de que la sociedad Distribuidora Central de Cemento Ltda. adeuda al Distrito Especial de Bogotá la suma de $5.204.441 por concepto de impuestos de industria comercio y avisos por los años 1978 a 1980 y es exigible porque no está sujeta a plazo o condición. Por estas razones la administración puede adelantar de inmediato los actos tendientes a su cumplimiento aún en contra de la voluntad del interesado.

SECCION QUINTA

Por lo demás, el artículo 115 numeral 2o. del Código de Procedimiento Civil, que cita el señor curador *ad-litem* se refiere a una de las reglas que debe observarse en las actuaciones judiciales cuando las partes o terceros soliciten y obtengan la expedición de copias de sentencias o providencias ejecutoriadas que pongan fin al proceso, o aprueben una liquidación de costas, o fijación de honorarios, o imposición de condenas, regla según la cual solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo, no siendo pertinente al asunto sub-examine, porque de lo que aquí se trata es del cobro por la vía de la Jurisdicción coactiva de una obligación contenida en un documento que, se repite, presta por sí mismo mérito ejecutivo.

No resultan, en consecuencia, válidos los argumentos del curador *ad-litem* de la sociedad Distribuidora Central de Cemento Limitada, por lo cual no prospera la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

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

RESUELVE

1- Declárase no probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

2- Devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTO TACITO / CONGRESISTA / VACANCIA ABSOLUTA / ACTO DE POSESION / ACTO DE LLAMAMIENTO - Inexistencia

En éste tampoco existe manifestación expresa del Presidente de la Cámara de Representantes, llamado a quien debía llenar la vacancia absoluta ocasionada con la muerte del Representante Alex Durán Fernández, por lo cual, ha de entenderse que el hecho de la posesión del representante, como reemplazo del fallecido Durán Fernández, prueba la existencia de un acto tácito de voluntad del Presidente de la Corporación mencionada,

PROCESO ELECTORAL / NULIDAD ELECTORAL - Efectos / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Efectos

De encontrarse que el elegido incurrió en la inhabilidad alegada, las consecuencias varían según el proceso de que se trate, pues en el primero (electoral), los efectos se circunscriben a la anulación de la elección hecha por el período correspondiente, en tanto que en el segundo (pérdida de investidura), se produce la inhabilidad prevista en el artículo 179-4 de la C.N.

PROCESO ELECTORAL/COPIAS - Valor Probatorio / DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES

Por mandato del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente, tuvieren o no como destino servir de pruebas se reputarán auténticos sin necesidad de autenticación, luego, con base en esa norma y en el hecho de que no se presenta discusión al respecto, es posible afirmar que el certificado individual de

defunción, demuestra que el día 6 de febrero de 1993, en el municipio de Fundación falleció el Representante.

CONGRESISTA / VACANCIA ABSOLUTA / SUPLENTE - Inexistencia

El art. 261 de la Carta Política contiene una doble previsión: De una parte suprime la figura de los suplentes en todas las corporaciones de elección popular y, de otra, dispone que las vacancias absolutas en esas corporaciones sean ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, teniendo en cuenta el orden de inscripción sucesivo y descendente; concordante con esta norma, el artículo 134 de la misma preceptiva dispone que las vacancias por faltas absolutas de los congresistas se suplan con los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente.

CONGRESISTA - Inhabilidades / EMPLEO DE ELECCION POPULAR / DIPUTADO / VACANCIA ABSOLUTA / RENUNCIA

Quien es llamado a ocupar el cargo queda sometido al régimen, no solo de incompatibilidades sino de inhabilidades, a partir de la fecha de la posesión. Queda claro que, por previsión constitucional, las inhabilidades y las incompatibilidades no empiezan a regir, en el caso particular del llamado a ocupar el cargo, cuando se presente la falta absoluta del elegido, como se alega por el demandante, sino desde la fecha en la cual se posesiona dicho reemplazo. Quien fue llamado a ocupar el cargo por muerte de quien resultó elegido inicialmente, no puede estar desempeñando otro cargo en la fecha de posesión como Congresista. Como no fue elegido como Congresista, podía postularse y resultar elegido en cualquier cargo de elección popular. Pero al llamársele a reemplazar al titular en la Cámara por falta absoluta de éste, podía posesionarse una vez aceptada la renuncia presentada al otro cargo. Es cierto que en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, el señor Fernando Pisciotti Van Strahlen fue elegido diputado a la Asamblea Departamental del Magdalena, para el período de 1992-1994 pero también lo es, que para el momento en que comenzó a ser Representante a la Cámara ya no se desempeñaba como miembro de la Duma Departamental, pues con fecha de 9 de febrero de 1993 y mediante Decreto No. 106 el Gobernador del Magdalena

aceptó la renuncia presentada por el demandado; despojado ya de su condición de Diputado procedió, al día siguiente, a tomar posesión del cargo de Representante a la Cámara.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C. veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. 992 Actor: AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA. UNICA INSTANCIA

Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 a 236 del C. C. A. y no observando irregularidad que anule lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia de mérito en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES:

I. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS:

1. El ciudadano Aroldo Eliécer Guadiola Ibarra demandó la nulidad del acto y/o hecho administrativo, mediante el cual se reconoció y dió posesión al señor Fernando Pisciotti Van Strahlen, como representante al Congreso Nacional de Colombia por la circunscripción del Departamento de Magdalena, para el resto del período constitucional de 1991 a 1994, en reemplazo del representante Alex Durán Fernández, quien fué muerto el día 6 de febrero de 1993.

Dada la inhabilidad que afecta al representante posesionado y no habiendo más renglones en la lista inscrita y encabezada por el fallecido Durán Fernández, para discernir la dignidad legislativa, esta deberá conferirse al actor, quien es cabeza de lista y sigue en votos al último de los representantes elegidos por el Magdalena, circunscripción electoral que no puede quedar sin los cinco (5) representantes a que tiene derecho.

2. En cumplimiento de los artículos 1o. a 4o., transitorios, de la C.N., el 27 de octubre de 1991 se realizaron elecciones en toda la República, a fin de elegir congresistas, para este efecto se inscribieron trece (13) listas de candidatos por la circunscripción electoral del Magdalena, habiéndosele adjudicado cinco (5) curules de Representante a la Cámara; los elegidos recibieron las credenciales respectivas y tomaron posesión el 1o. de diciembre de 1991.

3.El dia sábado 6 de febrero de 1993 uno de los elegidos, el representante Alex Durán Fernández falleció trágicamente; su muerte constituye falta absoluta y, de inmediato, produjo la vacancia de su cargo ocurriendo, por mandato del

artículo 134 de la Carta, la transferencia automática o novación de la investidura parlamentaria, que ostentaba el representante muerto, hacia el señor Fernando Piscíotti Van Strahlen, quien era el segundo y último candidato no elegido de la lista legalmente inscrita y encabezada por Alex Durán Fernández.

4. El dia 10 de febrero de 1993, el Presidente de la Cámara de Representantes reconoció el hecho expresado antes y dió posesión como Representante al señor Pisciotti Van Strahlen, quien no podía ocupar dicho cargo por estar inhabilitado en virtud de la previsión contenida en el art. 179-8 de la Constitución Nacional, pues el nuevo representante había sido elegido Diputado a la Asamblea Departamental del Magdalena, en las elecciones cumplidas el 8 de marzo de 1992, para el período 1992-1994 y como tal, ejerció funciones y asistió cumplidamente a las sesiones ordinarias correspondientes al período de octubre - noviembre de 1992, hasta que le fue aceptada su renuncia mediante Decreto No. 106 del 9 de febrero de 1993, según certificó el Secretario General de la Asamblea Departamental del Magdalena, el 19 de febrero de 1993 (fl. 12).

La referida certificación demuestra, que para el 6 de febrero de 1993 el señor Fernando Pisciotti se desempeñaba como Diputado, no obstante haber resultado elegido representante con ocasión de la vacancia absoluta que con su muerte dejó Alex Durán Fernández, ostentando así, simultáneamente, durante los dias sábado 6 a martes 9 de febrero de 1993, las dignidades de Diputado del Magdalena y Representante a la Cámara; por lo cual, incurrió en la inhabilidad que para congresistas tiene prevista y sanciona el art. 179-8 de la C.N., pese a lo cual, el 10 de febrero de 1993 el señor Presidente de la Cámara le dio posesión como Representante, siendo por tanto nula su elección, en términos de los arts. 179-8 de la C.N. y 228 del C.C.A.

Antes de ser admitida, el actor corrigió la demanda así (fls. 28-30):

Afirmó que ninguna autoridad administrativa, ni de otra índole, hizo declaratoria de elección del señor Fernando Pisciotti Van Strahlen, sino que él mismo, por disposición constitucional y con los documentos que acreditaban la muerte de Durán Fernández y dada su condición de segundo renglón, no elegido en la lista inscrita, se presentó ante el Presidente de la Cámara de Representantes el día miércoles 10 de febrero de 1993 y fue posesionado para el resto del período 1991-1994, en reemplazo del fallecido Alex Durán Fernández luego, desde la fecha de su posesión comenzó sus funciones de parlamentario.

También aclaró la parte del libelo en el sentido de que lo que se demanda es el acto que reconoció y posesionó al señor Fernando Pisciotti Van Strahlen,

según consta, en el "Acta de posesión de un congresista", suscrita el 10 de febrero de 1993, por el Presidente y la mesa directiva de la Cámara de Representantes.

Finalmente solicitó que además de las pruebas pedidas en la demanda, se tuvieran como tales las que relacionó en el escrito de corrección de la misma.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA (fls.85-92)

Por conducto de apoderado al efecto constituído, el señor Písciotti contestó el *libelo* exponiendo los argumentos que la Sala resume así:

1. Solicitó no decretar la nulidad del acto o hecho demandado, por cuanto fué posesionado por el Presidente de la Cámara para suplir la falta absoluta del Representante Alex Durán Fernández, cumpliendo con ello lo dispuesto en el art. 278 de la Ley 05 de 1992.

En las elecciones para senadores y representantes a la Cámara, que se efectuaron el 27 de octubre de 1991, no resultó elegido el Doctor Fernando Pisciotti Van Strahlen sino el candidato Alex Durán Fernández, cabeza de la lista cuyo segundo renglón ocupaba el Dr. Fernando Pisciotti Van Strahlen.

En las elecciones realizadas en el mes de marzo de 1992, el doctor Pisciotti Van Strahlen fue elegido Diputado a la Asamblea, por la circunscripción electoral del Magdalena, habiéndosele otorgado la correspondiente credencial; luego de posesionarse, desempeñó sus funciones hasta el 9 de febrero de 1993, fecha en la que mediante Decreto No. 106 expedido por el Gobernador del Departamento del Magdalena le fué aceptada la renuncia a dicha Corporación.

2. Los comicios para Senadores y Representantes se realizaron en fechas diferentes de los de alcaldes, diputados y concejales, pues los primeros se llevaron a cabo el 27 de octubre de 1991 y los segundos el 8 de marzo de 1992, por lo tanto, no se presentó simultaneidad en los eventos electorales, ni el señor Fernando Pisciotti Van Strahlen, fué elegido para más de una Corporación o cargo público.

Ante la falta absoluta del congresista Alex Durán Fernández, el Presidente de la Cámara dió posesión al candidato no elegido, de la misma lista del ausente según el orden de inscripción, correspondiendo al Dr. Fernando Pisciotti Van Strahlen quien, previa acreditación de su condición de congresista no elegido en las elecciones del 27 de octubre de 1991, tomó posesión de dicha investidura el 10 de febrero de 1990, para lo cual acompañó varios documentos.

3. Sólo fué elegido para una Corporación pública, esto es como diputado a la Asamblea del Magdalena y al presentar y serle aceptada su renuncia, por el Gobernador del Departamento, no estaba incurso en causases de inhabilidad o incompatibilidad.

4. Para ocupar el lugar del representante fallecido, solo podía ser llamado el Dr. Fernando Pisciotti Van Strahlen, quien aparecía en segundo y último renglón en la lista del Congresista Durán Fernández.

Al investir como nuevo congresista, al único candidato no elegido en la lista del Dr. Alex Durán Fernández se agotó, por mandato del art. 278 del Reglamento del Congreso -Ley 5/92- la posibilidad de llamar a otra persona distinta para ocupar el lugar del representante a la Cámara ausente, razón por la cual la pretensión del demandante en el sentido de que dicha investidura le sea otorgada a él, carece de objetividad porque la ley no prevé qué candidato de otras listas, inscritos por partidos o movimientos políticos diferentes, a los del ausente, puedan acceder a la representación congresional, por lo tanto, la petición en ese sentido debe desecharse.

5. Finalmente advierte que el demandante también presentó demanda de pérdida de investidura, contra el Dr. Fernando Pisciotti Van Strahlen, exponiendo los mismos hechos que presenta en este proceso.

6. Con base en los argumentos expuestos, reitera su oposición a las pretensiones de la demanda en razón de que en este caso no se demostró, ni podía demostrarse, que el demandado estuviera incurso en causal de inhabilidad alguna; causases que dicho sea de paso, son taxativas.

III. ALEGATOS DE CONCLUSION:

DE LA PARTE IMPUGNADORA (FLS. 213-225)

1. Acepta los tres primeros hechos de la demanda, relacionados con la realización de los comicios el 27 de octubre de 1991, inscripción de listas de candidatos a la Cámara y datos consignados en el acta parcial de votos para Cámara de Representantes.

2. No existe contenida en disposición constitucional o legal, prescripción sobre la exigencia de "declaración previa del elegido" por parte de las autoridades electorales, cuando quiera se acceda a la dignidad congresional en caso de vacancia definitiva del titular, como tampoco se consagra en la legislación, norma expresa sobre la transferencia automática o novación de la investidura, cuando se deba suplir la falta absoluta de un congresista; luego, el querer derivar una

supuesta nulidad del acto o hecho administrativo acusado, porque se procedió a dar posesión al congresista Fernando Pisciotti Van Strahlen, sin hacer declaración alguna de elección, no constituye un hecho sino un alegato desubicado.

Reitera el señor Fernando Pisciotti Van Strahlen que, tal como demuestran las pruebas allegadas al expediente, no fué elegido como miembro de la Cámara de Representantes para el período 1991 a 1994, razón por la cual no se encuentra incurso en algún impedimento para ejercer las funciones inherentes a su condición de congresista. No infringió ninguna norma constitucional o legal, no fue elegido para poder acceder a dicha representación congresional, ni ostentó simultáneamente dos investiduras.

El Dr. Fernando Pisciotti Van Strahlen presentó, oportunamente, su renuncia a la dignidad de diputado, habiéndole sido aceptada en términos del art. 39 del Decreto 1222 de 1986.

El legislador consideró que en el caso específico de quien fuere llamado a ocupar la dignidad congresional, por ausencia definitiva del titular, debía señalarse un término a partir del cual entraran a operar las inhabilidades e incompatibilidades de los reemplazos y fué así como en el art. 285 de la ley 95 de 1992 determinó, que a partir de la posesión del reemplazo regiría el mismo régimen.

No obstante la claridad y precisión del texto mencionado, el actor aseguró que el Representante a la Cámara Pisciotti Van Strahlen estaba inhabilitado para ser congresista y agregó que por ser aquella una norma clara, no caben interpretaciones laxas y es de rigor su estricta observancia.

El señor Pisciotti solo adquirió la investidura de congresista en el momento que tomó posesión del cargo, así es que en el lapso comprendido entre el 6 y el 9 de febrero de 1993 no ostentó simultáneamente dos investiduras, toda vez que la de Diputado a la Asamblea del Magdalena la tuvo hasta que le fué aceptada la renuncia y la de Representante a la Cámara operó solo a partir del 10 de febrero de 1993, siendo relevante esta última fecha para los efectos de la nueva investidura.

3. En todo estado de derecho las actuaciones del poder público deben someterse al imperio de la ley, lo cual no solo significa que las actuaciones de los funcionarios de todo orden deben ceñirse a lo que para el efecto determine la norma positiva, sino que tales funcionarios solo pueden realizar o efectuar aquello para lo cual estén previa y expresamente facultades, aplicándose asi lo que se denomina el principio de legalidad, que se expresa en el art. 3°. de la Carta Política.

SECCION QUINTA

De otro lado y conforme dispone el Decreto 2241 de 1986, en la interpretación y aplicación de las leyes se tendrán en cuenta los principios orientadores, dentro de los cuales se encuentra el de la capacidad electoral, según el cual las causases de inhabilidad e incompatibilidad son de interpretación restringida, razón por la cual, dichas causases no son susceptibles de ser aplicadas sino en las condiciones y a las personas que la ley taxativamente señala.

Los artículos 179 de la Constitución Nacional y 279 de la Ley 05 de 1992 prohíben que una misma persona pueda ser elegida para más de una corporación y un cargo público o para una corporación y un cargo, si los períodos coinciden en el tiempo así sea parcialmente y agrega la ley mencionada, salvo en los casos en que se haya presentado renuncia al cargo o dignidad, antes de la elección correspondiente.

4. Según indican las pruebas allegadas al proceso, el doctor Fernando Pisciotti Van Strahlen no fue elegido Representante a la Camara por la circunscripción electoral del Magdalena, en las elecciones efectuadas el 27 de octubre de 1991, sólo fué elegido Diputado Departamental en los comicios realizados el 8 de marzo de 1992, es decir, para una sola corporación y su acceso al Congreso se cumplió con el lleno de los requisitos legales y derivó, no de una elección, sino del fallecimiento del señor Alex Durán Fernández.

5. La petición insólita del actor, en el sentido de que en la misma sentencia que decrete la pérdida de investidura del señor, Pisciotti y se le adjudique a él la respectiva curul, debe desecharse por no estar respaldada en ninguna norma legal.

DE LA PARTE DEMANDANTE (fls. 227-250).

Después de referirse a la demanda, a su corrección y a las actuaciones pro cesales realizadas en el evento sub-análisis, bajo el título de refutación a los fundamentos de la defensa del impugnante, el apoderado de la parte demandante expresó lo que se resume seguidamente:

La inhabilidad que la demanda acusa en el señor Pisciotti no es la que estableció el art. 3o. del derogado acto legislativo No. 1 de 1986 sino la que establece el art. 179-8 de la Constitución Nacional, vigente para la época en que se realizaron las elecciones del 27 de octubre de 1991 y del 8 de marzo de 1992, razón por la cual, nada tiene que ver que haya habido o no simultaneidad en dichos comicios.

Tanto el art. 3°. del Acto Legislativo No. 1 de 1986 como el 47 del Decreto 1222 de 1986 prohibían la simultaneidad de elecciones, entre ellas las

de congresistas y diputados, inhabilidad que era sancionada con la nulidad de las elecciones.

Como el art. 380 de la C.N. derogó el acto legislativo mencionado, lógicamente también derogó el art. 47 del Decreto 1222 de 1986, razón por la cual, el fundamento de la demanda en este proceso no fué, ni podía ser el que comenta el apoderado del señor Pisciotti, sino el que ahora se viene aplicando en muchos casos por la Sección Quinta de esta Corporación, con base en el,art. 179-8 de la Carta Fundamental.

El señor Fernando Pisciotti Van Strahlen fué elegido en las elecciones del 8 de marzo de 1992 como Diputado a la Asamblea del Magdalena, para el período comprendido entre el 1o. de octubre de 1992 y el 30 de septiembre de 1994; siendo diputado, el dia 6 de febrero de 1993, ocurrió la muerte del señor Alex Durán Fernández, con lo cual adquirió la investidura congresional que ostentaba el fallecido, aún cuando ésta solo comenzara a ejercerla el 10 de febrero de 1993, data en la que se posesionó de la curul y en la que ya no era diputado; con todo y ello, ostentó los títulos de diputado y congresista coincidiendo, parcialmente, sus períodos durante los dias 6 al 9 de febrero de 1993.

Una cosa es ser congresista y otra es estar ejerciendo las funciones de congresista, para lo último se requiere la posesión, para lo primero basta tener el derecho reconocido a desempeñarse. Por esta razón en el caso sub-análisis se configura la inhabilidad que se predica del señor Pisciotti; y el hecho de que se haya o no posesionado no incide en las exigencias fácticas para que ocurra la inhabilidad, tampoco incide que el título para ser congresista provenga o no de una elección, pues suprimida la institución de los suplentes, los artículos 134, 261 de la C.N. y 278 de la Ley 05 de 1992, disponen que dicho título se adquiera cuando haya falta absoluta del elegido.

Quiere ello decir, que sin que se haga necesario hacer una nueva declaratoria de elección, el Presidente de la Cámara respectiva llamará al candidato no elegido en la misma lista inscrita del ausente, para que en orden sucesivo y descendente, ocupe la curul parlamentaria, asimilándose dicho llamamiento al título procedente de elección; en consecuencia, la inhabilidad se da porque la Ley y la Carta sancionan el acaparamiento en una sola persona, de dos o más títulos, para desempeñarse en más de una corporación pública, como la Cámara de Representantes y la Asamblea Departamental del Magdalena.

Admite la afirmación del apoderado del señor Pisciotti, en el sentido de que **"la calidad de Representante a la Cámara se adquiere por el hecho de la declaratoria de elección y coloca en especial situación de privilegio**

al elegido siendo por tanto un acto complejo que requiere tanto de la inscripción como de su elección", pero también es cierto, agrega, que suprimidos los suplentes de los congresistas, las faltas absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, lo que no quiere decir, que quien ocupe la curul tenga que ser elegido, pues la única exigencia es que sea de la misma lista y para el caso sería la que encabezó Alex Durán Fernández. Dadas estas circunstancias, el Presidente de la Cámara, sin tener que haber expedido un acto formal y escrito llamó al señor Pisciotti, pues no otra cosa significa que el 10 de febrero de 1993 le diera posesión en la curul que dejó vacante el titular Alex Durán Fernández.

El acto demandado es el de llamamiento, que deberá entenderse tácito.

El señor Pisciotti Van Strahlen, fué candidato a la Cámara de Representantes en el último renglón de la lista que encabezó Alex Durán Fernández para las elecciones cumplidas el 27 de octubre de 1991; la sola figuración en esa lista lo erigía en suplente -así la institución con esa denominación hubiera desaparecido de la Carta Política- pues era el ciudadano con vocación para reemplazar a Durán Fernández y por lo tanto, tenía una eventual investidura parlamentaria, esa sola expectativa debió llevar a Pisciotti Van Strahlen a no haber sido diputado posteriormente en las elecciones del 8 de marzo de 1992, dado que tenía la posibilidad de ser elegido diputado y corría el riesgo de que al faltar Durán Fernández tuviera que ocupar la respectiva curul, como en efecto ocurrió, por esta razón, desde el dia en que falleció Alex Durán Fernández, el demandado incurrió en violación del artículo 179 de la Carta.

Unas son las inhabilidades y otras las incompatibilidades, las primeras son prohibiciones para ser elegido y están dirigidas al candidato; las segundas son prohibiciones para quien ya está elegido, por eso las inhabilidades se denominan más técnicamente inelegibilidades, de ahí que operen para las personas que aún no se han elegido y menos posesionado del cargo que pretenden mediante elección.

El art. 285 de la Ley 05 de 1992 que se invoca, hay que interpretarlo dándole prelación al artículo 4o. de la Constitución Nacional, pues existe contradicción entre esas normas.

La prelación de la Carta Política, es un aspecto que ha sido tratado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en varias sentencias proferidas en el presente año, contra los alcaldes que fueron elegidos sin haber renunciado a su investidura edilicia o diputaril; en ellas se manifiesta que el art. 1o. de la ley 49 de 1987 que no había sido derogado expresamente, había que entenderlo tácitamente derogado por el art. 179-8 de la Carta Fundamental. De igual

forma hay que entender el art. 285 de la Ley 05 de 1992, que aún cuando posterior a la Constitución no puede prevalecer sobre esta.

El art. 179-8 de la Constitución Nacional no habla de posesionado sino de elegido y la elección se entiende ocurrida al dia que el pueblo vota y se realiza las elecciones y no el día en que al terminar el escrutinio se declara al elegido asuma su cargo posesionándose.

Al aceptar su candidatura a la Cámara de Representantes, en la lista encabezada por Alex Durán Fernández, el doctor Fernando Pisciotti Van Strahlen no podía ignorar que al obtener solo el primero, el segundo renglón de esa lista tenía vocación para ser representante *ipso-jure*, cuando quiera que ocurriera falta absoluta como así ocurrió, pues al morir el elegido transmitió su investidura parlamentaria al mencionado Pisciotti, por está razón teniendo ese derecho no debió presentarse como candidato a diputado, pues así resultó elegido y además con un eventual derecho a ser representante en caso de falta absoluta de Durán Fernández, ya que no renunció a seguir siendo el segundo renglón no elegido, en la lista del congresista fallecido luego, desde su elección como Diputado en las elecciones del 8 de marzo de 1992, éste ostentó, la titularidad de dos derechos: el de diputado y el de congresista, coincidiendo sus períodos durante los días 6 a 9 de febrero de 1993, cuando se le ocurrió renunciar a la diputación.

El art. 278 de la ley 05 de 1992 es claro y enfático cuando autoriza al Presidente de la Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista, para que ocupe el lugar del ausente por falta absoluta -art. 274, L. 05/92- excepto cuando esta proviene de la "declaración de nulidad de la elección", que es lo que se pretende en el *sub-judice*, pues en este 'caso -únicamente- el reemplazo deberá señalarlo la sentencia.

Luego, la Sala no sólo tiene competencia para decretar la nulidad de la elección o de la credencial de un Representante demandado, sino además tiene plena competencia, otorgada por el art. 278 de la ley 05 de 1992, para señalar quien debe reemplazarlo, cuando le sea anulada su credencial de congresista y, no habiendo más renglones en la lista que encabezó el fallecido Alex Duran Fernández, no se podrá llamar a declarar elegido al que le siga, porque no hay más renglones en esa lista y como el departamento del Magdalena no puede perder su curul en la Cámara porque la ley confirió el derecho a elegir cinco (5) representantes, deberá en la sentencia ordenarse nuevo escrutinio.

La calidad de congresista, que equivale a la declaratoria de elegido, la adquirió el señor Pisciotti no con su posesión el 10 de febrero de 1993, sino con la muerte de Alex Durán Fernández, porque con este no murió su investidura congresional, ni tampoco quedó flotando en el limbo jurídico, sino que *ipso*

facto e *ipso-jure* la transmitió a su segundo renglón no elegido y así fue como Fernando Pisciotti Van Strahlen adquirió esa investidura el 6 de febrero de 1993, aún cuando se posesionara el día 10 siguiente.

Una cosa es el título para desempeñar un cargo público y otra es la posesión cuando el que tiene el título asume el cargo, presta juramento de cumplir la Constitución y las leyes de la República y también de cumplir con los deberes inherentes al empleo; en este momento adquiere la calidad de tal y queda autorizado para desempeñar sus atribuciones, pero inhabilidades como la que se le atribuye al señor Pisciotti, son impedimentos para ser elegido, nombrado o designado para ser llamado a ocupar un cargo público y el parlamentario como el diputado tienen la condición de servidor público -art. 123 C.N.- cuyo régimen de inhabilidades e incompatibilidades no puede ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda art. 299 C.N.- por todo lo cual, no podía un diputado tener más de un empleo porque ello está sancionado por los arts. 128 y 179-8 de la Carta Fundamental.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

Sostiene el señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E) que la vacancia absoluta de los congresistas no da lugar a la convocatoria de nuevas elecciones ni a la expedición de un acto administrativo que declare una elección.

En el *sub-judice* no puede existir acto que declare elegido como Representante a la Cámara al señor Fernando Pisciotti Van Strahlen y no existe porque el que resultó elegido fue el señor Alex Durán Fernández y no Pisciotti Van Strahlen que figuraba como segundo en la lista que sólo obtuvo un renglón, por esta razón resulta un tanto ligero afirmar que en las elecciones del 8 de marzo de 1992 Fernando Pisciotti Van Strahlen fue elegido además de diputado a la Asamblea, Representante a la Cámara; pero si pudiera decirse que el acta de posesión es un acto administrativo, en el que tácitamente se declara elegido Representante a la Cámara, no se configuraría la pretendida inhabilidad porque en la fecha en que se produjo esa declaratoria tácita, el señor Pisciotti no ostentaba la investidura de Diputado, pues ya había sido aceptada su renuncia.

Por las razones resumidas, el señor Procurador Delegado considera que se deben denegar las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES:

1. Se demanda en este proceso el hecho y/o acto administrativo, mediante el cual se reconoció y dio posesión al señor Fernando Pisciotti Van Strahlen,

como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Magdalena, para el resto del período constitucional 1991-1994, en reemplazo del Representante Alex Durán Fernández, quien falleció el día 6 de febrero de 1993.

Al respecto se precisa:

En relación con el acto demandable, en casos como el presente, ya reflexionó la Sala en los siguientes términos:

"Es procedente analizar si en el caso en estudio, se dan las condiciones necesarias para considerar que existe un acto y si éste es susceptible de ímpugnarse mediante la acción electoral.

Las disposiciones constitucionales sobre la forma de suplir las vacancias absolutas en las corporaciones públicas, dicen:

"Art. 134. Las vacancías por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candídatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente".

"Art. 261. Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente".

"Por su parte el art. 278 de la ley 5a. de 1992, sobre el mismo aspecto, es del siguiente tenor:

"Art. 278. Reemplazo. La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá acreditar ante la Comisión de A creditación Documental su condición de nuevo congresista, según la certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral.

"Ninguna falta temporal del Congresista dará lugar a ser reemplazado".

Las disposiciones constitucionales no indican que el presidente de la respectiva corporación tuviera que proferir ningún acto de voluntad, como se deduce del texto transcrito.

Esta situación conduciría a la Sala a estimar que al no atribuirse al presidente de la Corporación, ningún poder de discernimiento, la ocupación de la curul operaría *ipso jure* y, por lo mismo, no habría acto mediante el cual pudiera tomarse una determinación específica.

Como consecuencia de lo anterior no habría acto administrativo qué demandar y, por lo mismo, la acción de nulidad en este caso de carácter electoral, no seria procedente.

No obstante, la Ley 5a. de 1992 establece que la falta absoluta, y salvo si existe provisión especial en tratándose de sentencia judicial, autoriza al Presidente de la Corporación para llamar al siguiente candidato no elegido de la misma lista del ausente.

Según esta disposición, la ocurrencia misma de la falta absoluta otorga al Presidente de la Corporación, la facultad de llamar a quien le sigue en turno, presentándose en esta hipótesis la necesidad de producirse un acto por parte del Presidente, sin importar la forma externa que adopte, en el cual se hace el discernimiento.

En este supuesto la manifestación de voluntad en cuestión seria el acto demandable en acción de nulidad de carácter electoral.

"....

Observa la Sala del cotejo de los documentos, que el procedimiento utilizado para reemplazar la falta absoluta,en el caso que se analiza, no concuerda con lo previsto por la ley 5a. transcrita en su art. 278, pues mientras ésta dispone que autoriza al Presidente de la Corporación para hacer un llamamiento, en el caso en estudio es el reemplazo quien se presenta al Presidente para que le de posesión y a ello se procede.

La Sala echa de menos el acto mediante el cual se hizo el llamamiento a quien debía llenar la vacancia absoluta originada en la declaración de nulidad de la elección de quien inicialmente ocupó la curul: En la relación consignada en el Acta No. 054 del 13 de mayo de 1993 se da cuenta de que el Presidente de la Corporación posesionó al señor Pérez Ariza. Pero no da cuenta sobre forma alguna de llamamiento.

De todas maneras o puede hablarse de que se trata de un hecho por cuanto el llamamiento, independientemente de la forma externa que adopte es, como lo dice el demandante, una actitud, una actuación, con poder vinculante, que es lo caracteriza al acto.

"..... Al existir un acto, se concluye que puede ser demandable electoral, puesto que si se tratara de un hecho, solo cabría en su contra la acción de reparación directa regulada en el art. 86 1 del C.C.A. que el decreto 2304 subrogó en su art. 16. (Subrayas de la Sala)

La Sala observa que el planteamiento hecho en la providencia anterior es válido para analizar el caso en estudio, con la única diferencia de que en el *sub-judice* no se da posesión al tercero de la misma lista de quien resultó elegido, como aconteció en el proceso en el cual se dictó la providencia cuyo aparte se transcribir antes, sino al segundo de la misma lista, es decir, a quien seguía en riguroso turno en orden descendente.

La diferencia en cuestión da pie para hacer las siguientes precisiones, originadas en la diferencia fáctica anotada:

El posesionar al segundo de la lista, implica una actividad decisoria por parte del Presidente de la Corporación que se materializasen el hecho de la posesión por cuanto en el caso de autos no hubo acto de llamamiento propiamente dicho. En consecuencia, en el caso de autos se mantiene la circunstancia analizada en la providencia transcrita: Hay un acto administrativo tácito que se prueba mediante el hecho de la posesión.

En otras palabras, al igual que en el evento referido antes, en este tampoco existe manifestación expresa del Presidente de la Cámara de Representantes, llamando a quien debía llenar la vacancia absoluta ocasionada con la muerte del Representante Alex Durán Fernández, por lo cual, ha de entenderse que el hecho de la posesión del señor Fernando Pisciotti Van Strahlen, como reemplazo del fallecido Durán Fernández, prueba la existencia de un acto tácito de voluntad del Presidente de la Corporación mencionada, procediendo en consecuencia, el estudio de su validez, frente a las disposiciones que en la demanda se citan como infringidas.

2. Estima el actor que el acto impugnado es violatorio del art. 179-8 de la Constitución Política, cuyo texto es del siguiente tenor:

"No podrán ser congresistas:

"1.....

"8. 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".

SECCION QUINTA

Al entrar a fallar el presente asunto, la Sala consideró pertinente indagar si existía un proceso mediante el cual se hubiera solicitado pérdida de investidura del mismo Congresista haciéndose necesario, en caso de que así fuera, conocer la decisión para establecer sus posibles efectos y su incidencia en el presente.

En tales condiciones, mediante auto para mejor proveer fue solicitada a Secretaría General la información correspondiente.

Como resultado de la misma se allegó copia auténtica de una sentencia en la cual, se observa lo siguiente:

La Sala Contenciosa de la Corporación en sentencia del 9 de septiembre de 1993, que se encuentra debidamente ejecutoriada según la constancia respectiva (ver fl. 345 vto.), denegó la solicitud de pérdida de la investidura como Representante a la Cámara del señor Fernando Pisciotti Van Strahlen.

Los fundamentos de hecho y de derecho del proceso mediante el cual se solicitó la pérdida de investidura son los mismos esgrimidos en el presente:

Se considera que quien fue llamado para ocupar la curul por la falta absoluta del elegido, estaba inhabilitado a tenor de lo dispuesto por el art. 179-8 de la C.N. por cuanto resultó elegido como diputado y se encontraba ejerciendo como tal, cuando se produjo el fallecimiento de quien fue elegido y se desempeñaba como Representante a la Cámara por el Departamento del Magdalena.

Quien solicita la pérdida de la investidura del señor Fernando Pisciotti Van Strahlen es el señor Aroldo Eliécer Guardiola Ibarra que resulta ser quien demanda el acto en el caso de autos.

Ahora bien, anota la Sala, mientras en el presente proceso electoral se instaura una acción de nulidad contra un acto administrativo, tal como se precisó en otro acápite de esta misma providencia, en el decidido por la Sala Contenciosa se solicita se le retire la investidura a quien viene desempeñándose como Congresista; es decir, no se impugna un acto administrativo.

De encontrarse que el elegido incurrió en la inhabilidad alegada, las consecuencias varían según el proceso de que se trate, pues en el primero (electoral), los efectos se circunscriben a la anulación de la elección hecha por el período correspondiente, en tanto que en el segundo (pérdida de investidura), se produce la inhabilidad prevista en el art. 179-4 de la C.N.

Según el documento aportado, en el proceso cuya sentencia fue allegada al presente, la Sala Contenciosa, como ya se dijo, denegó la solicitud de pérdida de investidura, por lo cual, se deduce que aunque existe indudable conexidad en razón de la materia con el presente, en este es procedente proferir fallo de mérito conforme a lo expuesto.

Las pruebas allegadas al proceso permiten establecer los siguientes hechos:

Según indica el acta de inscripción de candidatos No. 604, fechada el 27 de agosto de 1991 (fl. 37), para que participara en las elecciones que se realizarían el 27 de octubre siguiente, fue inscrita una lista de aspirantes a la Cámara de Representantes, por la circunscripción electoral del Departamento del Magdalena, para el período comprendido entre diciembre de 1991 y julio de 1994, la referida lista estaba integrada, en su orden, por los ciudadanos Alex Durán Fernández y Fernando Pisciotti Van Strahlen, quienes manifestaron su aceptación en los términos que registra el acta respectiva, visible al fl. 38.

La copia del acta parcial del escrutinio de los votos para Cámara de Representantes (fl. 4) muestra que a la circunscripción electoral del Magdalena le fueron adjudicadas cinco (5) curules, una de las cuales correspondió al señor Alex Durán Fernández, lo cual significa que Fernando Pisciotti Van Strahlen, segundo inscrito en la lista encabezada por Durán Fernández, no fue elegido.

Por mandato del art. 25 del Decreto 2651 de 1991, los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente, tuvieren o no como destino servir de pruebas se reputarán auténticos sin necesidad de autenticación, luego, con base en esa norma y en el hecho de que no se presenta discusión al respecto, es posible afirmar que el certificado individual de defunción que aparece al folio 35, demuestra que el día 6 de febrero de 1993, en el Municipio de Fundación, falleció el señor Alex Durán Fernández.

SE OBSERVA:

El art. 261 de la Carta Política contiene una doble previsión: De una parte suprime la figura de los suplentes en todas las corporaciones de elección popular y, de otra, dispone que las vacancias absolutas en esas corporaciones sean ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, teniendo en cuenta el orden de inscripción sucesivo y descendente; concordante con esta norma, el art. 134 de la misma preceptiva dispone que las vacancias por faltas absolutas de los congresistas se suplan con los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente.

SECCION QUINTA

Ahora bien, demostrada como está la muerte del Representante a la Cámara Alex Durán Fernández lo procedente era, reemplazar al congresista fallecido.

La inhabilidad que se endilga a quien suplió la falta absoluta proviene, según el actor, de que el señor Fernando Pisciotti Van Strahlen se desempeñó como Diputado en la Asamblea Departamental del Magdalena y como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del mismo departamento, entre los días 6 y 9 de febrero de 1993.

Tanto las partes como el señor Procurador Delegado convergen en su apreciación, en el sentido de que en el evento sub-análisis no existe una declaratoria de elección del señor Fernando Pisciotti como Representante a la Cámara, y el actor comienza asimilando y termina igualando o identificando las figuras de declaratoria de elección y de investidura congresional, retrotrayendo es la última en el tiempo, al día en que murió el señor Alex Durán Fernández, cuando, en su sentir, el señor Pisciotti comenzó a ser congresista.

Al respecto cabe precisar que cualquier posible duda está despejada por el art. 181 de la C.N., que a la letra dice:

> "Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.
>
> "Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará, sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión"{.

De la simple lectura de la anterior transcripción se deduce claramente que la situación que se plantea en el presente juicio aparece regulada de manera específica por la norma, en el sentido de que quien es llamado a ocupar el cargo queda sometido al régimen, no solo de incompatibilidades sino de inhabilidades, a partir de la fecha de la posesión.

Queda claro que, por previsión constitucional, las inhabilidades y las incompatibilidades no empiezan a regir, en el caso particular del llamado a ocupar el cargo, cuando se presente la falta absoluta del elegido, como se alega por el demandante, sino desde la fecha en la cual se posesiona dicho reemplazo.

En el caso concreto de autos, la norma opera en las siguiente forma: Quien fue llamado a ocupar el cargo por muerte de quien resultó elegido

inicialmente, no puede estar desempeñando otro cargo en la fecha de posesión como Congresista.

Como no fué elegido como Congresista, podía postularse y resultar elegido en cualquier cargo de elección popular. Pero al llamársele a reemplazar al titular en la Cámara por falta absoluta de éste, podía posesionarse una vez aceptada la renuncia presentada al otro cargo.

Así las cosas, ni la vocación para ser Representante a la Cámara, o sea, la posibilidad en este caso de reemplazar al Representante titular por su falta absoluta es fundamento, por sí sola, de una inhabilidad.

Ahora bien, es cierto que en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, el señor Fernando Pisciotti Van Strahlen fue elegido Diputado a la Asamblea Departamental del Magdalena, para el período 1992-1994 pero también lo es, que para el momento en que comenzó a ser Representante a la Cámara ya no se desempeñaba como miembro de la Duma Departamental, pues con fecha 9 de febrero de 1993 y mediante Decreto No. 106 (fl.1O) el Gobernador del Magdalena aceptó la renuncia presentada por el demandado; despojado ya de su condición de Diputado procedió, al día siguiente, a tomar posesión del cargo de Representante a la Cámara (fl. 32).

En consecuencia, por el aspecto alegado no se configura la inhabilidad invocada.

Debe precisarse que los casos resueltos por la Sala en los cuales se invocaba la inhabilidad prevista en el art. 179-8 de la C. N., son efectivamente, muchos, como lo manifiesta el actor, pero son, tácticamente, distintos al presente, pues en ninguno se ha discutido la inhabilidad de quien sin haber resultado elegido haya sido llamado a ocupar el cargo de Representante a la Cámara o de Senador de la República por falta absoluta del titular, que es el caso regulado en forma específica por la disposición aplicable para el presente caso.

Tampoco hay lugar a realizar un análisis del art. 280 de la Ley 5a. de 1992, para confrontarlo con la previsión del art. 179-8 de la C.N. porque existe una norma específica que regula el caso, sin que haya lugar a efectuar interpretaciones que sólo podrían estar justificados ante el silencio de la Constitución, frente a la situación concreta que, como ya se dijo, aparece claramente regulada y es aplicable al caso de autos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo

Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - Improcedencia.

El proceso electoral es de carácter especial y se rige por normas propias contenidas en el capítulo IV del Título XXVI del C.C.A. Conforme a ellas, la oportunidad que la parte demandada tiene para solicitar las pruebas, es con la contestación de la demanda y la de decretar las que las partes soliciten y las que de oficio considere pertinentes el conductor del proceso, es la indicada en el art. 234 del C.C.A. En la segunda instancia, cuyo trámite está previsto en el artículo 251 del C.C.A., no se contempla oportunidad alguna para decretar pruebas, por lo que no es posible acceder a la petición que formula el recurrente, por ser las normas procedimentales de orden público y de estricto cumplimiento.

CONCEJO MUNICIPAL / EMPRESAS MUNICIPALES / JUNTA DIRECTIVA - Representación / SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL / NULIDAD ELECTORAL

El artículo 263 de la Carta determina, en forma precisa y clara, que cuando se vota por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral, que es el número que resulta de dividir el total de votos válidos por el puesto por proveer y la adjudicación a cada lista se hace en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos; y si quedaren puestos por proveer, se adjudicarán a los mayores residuos en orden descendente. Es con éste sistema que el Constituyente ha querido asegurar la representación proporcional de los partidos, reflejando de esa manera la verdadera composición política de la respectiva entidad. Teniendo en cuenta la Sala que La elección demandada

no se hizo mediante el sistema de cuociente electoral, sino por el de mayoría absoluta a pesar de que en cada una de estas elecciones se estaba votando por dos representantes, es obvio que se quebranto el artículo 263 de la Carta Política, por lo que se configuró la causal de nulidad establecida en el numeral cuarto del artículo 223 del C.C.A,, en vista de que los votos emitidos se computaron con violación del sistema del cuocíente electoral.

CONCEJO MUNICIPAL / SESIONES ORDINARIAS / TERMINOS - Cómputo

El art. 20 de la ley 53/90 consagra una excepción al principio general consignado en el artículo 62 de la ley 4a. de 1913 para la contabilización de los términos de días fijados en las leyes y actos oficiales, ya que el plazo expresado en la norma transcrita está referenciado específicamente a los días correspondientes a las sesiones ordinarias de los concejos municipales, las que, conforme al artículo 79 del C.R.M., son de 30 días prorrogables por 10 más, en cada uno de los períodos cuya iniciación allí se señala, y dentro de las cuales no se excluyen los días feriados y de vacancia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 1055. Actor: GLORIA STELLA SANCHEZ SEPULVEDA Y OTROS

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de fecha 8 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES:

LA DEMANDA:

1. Los ciudadanos Gloria Stella Sánchez Sepúlveda, Stella Rivero de Bejarano y Hermes García Domínguez, en ejercicio de la acción pública electoral demandaron en un mismo libelo, oportunamente corregido, la nulidad de la elección de representantes del Concejo municipal de Guadalajara de Buga ante las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas o

Corporaciones o departamentos Administrativos de la citada localidad, efectuada por el Concejo de Buga el dia 12 de agosto de 1992, contenida en el Acta No. 003, elección que recayó en las siguientes personas:

> "Junta Directiva EMPRESAS MUNICIPALES DE BUGA Principales: CARLOS H. BARRAGAN y CAMILO IGNACIO CUADROS, Suplentes: GERARDO VALDEZ y LUIS E. ECHEVERRY.
>
> Junta Municipal de Hacienda: Principales ARMANDO HURTADO ROJAS y MARCO A. GONZALEZ. Suplentes: HERNAN TORRES DELGADO y RODRIGO GONZALEZ.
>
> Junta de Valorización. Principales: HERMEL SOLANO y MARIA GILMA LEON. Suplentes: JORGE PAYAN Y JAIRO MUÑOZ.
>
> Junta de Planeación Municipal. Principales: FERNANDO MOLINA CABAL Y HECTOR FABIO LOPEZ. Suplentes: MARIA MERCEDES BARRETO y FABIAN PAZ.
>
> Junta Directiva INSTITUTO MUNICIPAL DE VIVIENDA "INVIBUGA" . Principales: MARIA STELLA MARIN VALENCIA y HOLMAN COTEZANO. Suplentes: LUIS SANCHEZ y GUILLERMO CASTAÑO.
>
> Junta Municipal de Deportes. Principal: ALIRIO A. MORENO. SUPLENTE: FERNANDO TEJADA. Y,
>
> Comité de Ganaderos. Principal: MERCEDES DE HURTADO. Suplente: BLANCA IRENE ALZATE". (Fl.60).

Solicitaron también se comunique al Alcalde y a los Concejos o Juntas de las citadas entidades el resultado de la sentencia.

2. Refieren los demandantes que el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga, reunido el 12 de agosto de 1992 en sesión ordinaria, aprobó entre los puntos del orden del día la elección de representantes ante las juntas de las entidades indicadas, sin que previamente se hubiera dado cumplimiento a la fijación de la proposición y señalamiento de fecha para tal elección en lugar público de la Secretaría de la Corporación, ni comunicado por escrito en tal sentido a los Concejales.

Señalan que varios de ellos sentaron su protesta por considerar que dicha elección era inconstitucional por las razones que aparecen consignadas en el

Acta No. 003, pero contra viento y marea la actual coalición mayoritaria del Concejo eligió como delegados suyos ante las entidades descentralizadas a las personas arriba citadas.

3. Como normas violadas aducen los actores el artículo 20 de la ley 53 de 1990, por cuanto la elección no se llevó a cabo dentro de los diez (10) primeros días de las sesiones ordinarias correspondientes al mes de agosto sino el día 12, siendo entendido que respecto al período de sesiones de los Concejos Municipales la expresión de días está referida a los días calendario y no a los hábiles. Además no cumplieron los requisitos de fijación de la proposición que convocaba a la elección en lugar público de la Secretaría del Concejo Municipal.

También consideran infringidos los artículos 4o. y 263 de la Carta Política, porque no se eligieron los representantes de cada una de las juntas de las entidades descentralizadas por el sistema del cuociente electoral, sino por el de simple mayoría en aplicación del artículo 100 del acuerdo No. 02 de 1986 o Reglamento Interno del Concejo Municipal de Buga, el que perdió vigencia por ser incompatible con la Constitución.

4. En el mismo libelo demandatorio la parte actora solicitó la suspensión provisional del acto acusado que fue denegada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante proveído de 14 de octubre de 1992 (Fl.86).

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

El señor Carlos Hernán Barragán Lozada, uno de los elegidos, por conducto de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones en ella formuladas.

Respecto al hecho de que la elección de los representantes del Concejo municipal ante las juntas de las entidades descentralizadas no se llevó a cabo dentro de los 10 primeros días de las sesiones ordinarias, dijo que se hizo dentro del término ya que el artículo 62 de la ley 4a. de 1913 claramente dispone que en los plazos de días se entienden suprimidos los feriados y de vacancia y por tanto, debe entenderse que cuando el artículo 20 de la ley 53 de 1990, se refiere a los 10 primeros días se trata de días hábiles.

Además la citación a la elección se notificó por edicto y a cada Concejal se le comunicó por escrito, por lo que no hubo quebranto del citado artículo 20 de la,ley 53 de 1990.

Respecto a la presunta violación del artículo 263 de la Constitución señaló que debe tenerse en cuenta la forma como se desarrolló la sesión del Concejo

el 12 de agosto de 1992, en la cual los Concejales que estaban en minoría "...aceptaron la presentación de cada candidato a Juntas Directivas en forma individual, sin que se votara por el sistema de planchas y sin aplicar el cuociente electoral" (Fls. 129 y 130).

Considera que la demanda fue mal propuesta pues debió pedirse la nulidad de las elecciones de quienes fueron escogidos en las segundas votaciones y no en las primeras, si se pretendía hacer respetar el derecho de las minorías políticas.

Por su parte, el curador *ad litem* designado para representar a Gerardo Valdez, Camilo Ignacio Cuadros Gil, Luis Enrique Echeverri Cruz, Armando Hurtado Rojas, Hernán Torres Delgado, Marco A. González, Rodrigo González, Hermel Solano, Jorge Payan, Fernando Molina, María Mercedes Barreto, Hector Fabio López, Fabian Paz, María Stella Marín Valencia, Holman Cotizano García, Guillermo Castaño, Fernando Tejada, Mercedes de Hurtado y Blanca Irene Alzate, también contestó la demanda manifestando que para la elección de sus representados se cumplieron todas las normas reglamentarias y estatutarias. Y que en lo relativo a la violación de la norma constitucional, los representantes del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga "...no tienen ni han tenido el carácter de funcionarios ni mucho menos han sido elegidos popularmente, son sencillamente coadyuvantes administrativos, sin los cuales la realización del trabajo de los concejales se vería muy mermado ya que no tiene todo el tiempo suficiente para atender todo aquello". (Fl.141).

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en sentencia proferida el 8 de julio de 1993, teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, considero que el Concejo del Municipio de Buga cumplió con lo dispuesto en el, artículo 20 de la ley 53 de 1990 en relación con los requisitos que debe llenar la proposición de elección de representantes ante las Juntas o Concejos de las entidades descentralizadas municipales.

Pero respecto de los otros hechos aducidos por el demandante, señaló que no existe duda de que el Concejo Municipal no se ciñó al empleo del sistema del cuociente electoral sino que adoptó el de elección unipersonal con fundamento en el artículo 100 de la Resolución No. 003 de 1992 o Reglamento Interno de la Corporación, concluyendo en que "...todos los representantes del Concejo Municipal de las Juntas de Departamentos e Institutos Descentralizados fueron escogidos con violación del sistema del cuociente electoral incurriéndose en la causal de nulidad estipulada en el artículo 65 de la ley 96 de 1985, modificatorio del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo en su numeral 5 (sic)." (Fl.166), y, en consecuencia, declaró la nulidad del acto de elección acusado.

SECCION QUINTA

LOS RECURSOS DE APELACION:

A- La apoderada del señor Carlos Hernán Barragán Lozada recurrió la providencia del *a-quo* reiterando sus argumentos expuestos al contestar la demanda en el sentido de que aún aplicando el cuociente electoral su poderdante resultaba elegido sin ningún vicio. Que la demanda fue mal propuesta al generalizarla para todos los escogidos, cuando debió demandarse los elegidos en las segundas votaciones y no en las primeras si se pretendía hacer respetar el derecho de las minorías. Que los Concejales votaron en la primera ronda tanto para representantes de las mayorías como de las minorías, y que para ajustar la elección a la aplicación del cuociente electoral, "... basta que se excluya del cómputo de los votos. los depositados en la segunda elección, procediendo a aplicar la fórmula sobre cuociente electoral sobre la primera, de donde se obtendría representación también para las minorías públicas" (Fl.173).

Solicitó se revocara la sentencia del Tribunal y se negaran las peticiones formuladas en la demanda, o de ser posible se practicara nuevo escrutinio teniendo en cuenta los resultados de la votación para la primera elección.

B- El apoderado del municipio de Buga, por su parte, también apeló de la sentencia de primera instancia manifestando que está absolutamente demostrado en el proceso que no se quebrantó el artículo 20 de la ley 53 de 1990. Y en cuanto al artículo 263 de la Constitución Política, cuyo objetivo es el de asegurar la representación proporcional de los partidos, afirma que debe tenerse en cuenta que las Juntas del Municipio de Guadalajara de Buga están configuradas en forma tal que el Concejo tiene en la mayoría de ellas dos representantes y en algunas uno solo; que en casi todos los municipios del país existen fuerzas representativas de los partidos Liberal, Conservador y Alianza Democrática, y movimientos o grupos de Salvación Nacional y Nueva Fuerza Democrática; que si bien es cierto en las elecciones de las Juntas Directivas de las entidades municipales de Buga no se aplicó el cuociente electoral, ellas se realizaron cumpliéndose con las finalidades del artículo 263 de la Carta; y que, como lo ha manifestado si, "...en la mayoría de las Juntas del Honorable Concejo Municipal tienen sólo dos o un asiento, siendo así de aplicarse el sistema del cociente electoral no se cumpliría la finalidad de la norma constitucional, dado que siempre quedarían representados sólo los partidos liberal o conservador y no los demás movimientos y partidos como el M-19.

Por ello, se puede afirmar que la elección realizada por el Honorable Concejo Municipal de Buga no violó el artículo 263 de la Constitución Política, es así como la conformación de las juntas, GRACIAS AL SISTEMA DE ELECCION ADOPTADO, permitió que se escogiera tanto a liberales como a

conservadores y a miembros de la Alianza Democrática M-19 dando así representación proporcional a todos los partidos políticos" (Fl.177).

Para comprobar lo afirmado, solicita se oficie a la Secretaría del Concejo Municipal de Buga a fin de que remita una certificación sobre la filiación o representación política de los miembros elegidos.

Con él memorial de apelación anexó varios documentos.

EL MINISTERIO PUBLICO:

En concepto del señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E), la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, pues considera que contrariamente a lo sostenido por el actor y el Tribunal de instancia, el Concejo Municipal de Buga no violó el artículo 263 de la Constitución Política, por cuanto,en la sesión del 12 de agosto de 1993 se realizaron varias y diferentes elecciones para proveer, en cada una, un solo cargo y en esta forma no se podía aplicar el sistema del cuociente electoral, por lo que no se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A..

Siendo competente el Consejo de Estado para conocer del presente asunto en razón a la cuantía del presupuesto anual ordinario año 1992 del municipio de Guadalajara de Buga que asciende a la cantidad de $4.940.385.894.76 (Fl.84), procede la Sala a decidir en el fondo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Frente a la petición del representante judicial del municipio de Guadalajara de Buga en su memorial de apelación, para que se decrete una prueba consistente en oficiar a la Secretaría del Concejo a fin de que remita una certificación sobre la filiación o representación política de los miembros elegidos para cada una de las juntas en la sesión del mencionado Concejo, realizada el 12 de agosto de 1992, y respecto a los documentos que acompaño con el mismo escrito sustentatorio de la alzada, se observa lo siguiente:

El proceso electoral es de carácter especial y se rige por normas propias contenidas en el capítulo IV del título XXVI del C.C.A. Conforme a ellas, la oportunidad que la parte demandada tiene para solicitar pruebas, es con la contestacion de la demanda (art. 223 numeral 4 del C.C.A.); y la de decretar las que las partes soliciten y las que de oficio considere pertinentes el conductor del proceso, es la indicada en el art. 234 del C.C.A., En la segunda instancia, cuyo trámite esta previsto en el artículo 251 del C.C.A., no se contempla

oportunidad alguna para decretar pruebas, por lo que no es posible acceder a la petición que formula el recurrente, por ser las normas procedimentales de Orden Publico y de estricto cumplimiento.

En cuanto a los documentos que el apoderado del Alcalde del Municipio de Guadalajara de Buga, allego en la segunda instancia como prueba de algunas de sus afirmaciones, resultan extemporáneos, y por consiguiente no pueden ser tenidos en cuenta por la Sala.

Respecto de los cargos, tenemos lo siguiente:

Sostienen los actores Gloria Stella Sánchez Sepúlveda, Stella Rivera de Bejarano y Hermes García Domínguez en el libelo demandatorio, que la elección de representantes del Concejo de Buga ante las Juntas de las entidades descentralizadas municipales violó el artículo 20 de la ley 53 de 1990, por cuanto dicha elección no se llevó a cabo dentro del término allí establecido; no se dio cumplimiento a la fijación de la proposición de señalamiento de fecha para tal elección en lugar público de la Secretaría del Concejo; ni se comunicó por escrito a los concejales en ejercicio el texto de dicha proposición.

Según el artículo 20 de la ley 53 de 1990 modificatorio del inciso 2o. del artículo 157 del Decreto 1333 de 1986,

> "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.
>
> La elección de tales delegados se efectuará dentro de los diez (10) Primeros días de las sesiones ordinarias correspondientes al respectivo mes de agosto. El texto de dicha proposición se fijará en lugar público de la Secretaría del Concejo y será comunicado por escrito a cada uno de los concejales en ejercicio. La omisión de los requisitos señalados en el presente capítulo, vicia de nulidad la elección." (Subrayas de la Sala).

En sentir de la Sala, la anterior disposición consagra una excepción al principio general consignado en el artículo 62 de la ley 4a. de 1913 para la contabilización de los términos de dias fijados en las leyes y actos oficiales, ya que el plazo expresado en la norma transcrita estaá referenciado específicamente a los dias correspondientes a las sesiones ordinarias de los concejos municipales, las que, conforme al artículo 79 del C.R.M., son de 30 dias prorrogables por 10 más, en cada uno de los períodos cuya iniciación allí se señala, y dentro de las cuales no se excluyen los días feriados y de vacancia.

"Este régimen se explica porque, según la tradición del país, los cargos de concejales se sirven gratuitamente, como un honor y un deber cívicos, sin perjuicio de las labores habituales de quienes ostenten la investidura. De modo que si, por regla general, de los plazos de días se excluyen los feriados o de vacancia, sobre todo en los, tratados o negocios particulares y en los términos judiciales, los períodos ordinarios de sesiones de los concejos municipales constituyen una excepción a ese principio por el carácter, también excepcional, de las funciones que incumben a sus miembros, que las ejercen sin menoscabo de sus tareas ordinarias". (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil concepto de septiembre 1o./80).

Ahora. bien, como la elección de los delegados del Concejo a las Juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas se efectuó en la sesión ordinaria del día 12 de agosto de 1992, según consta en el Acta No. 003 visible de folios 1 a 36 del expediente, es claro que tal elección no se cumplió dentro del término señalado en el citado artículo 20 de la ley 53 de 1990, quedando viciada de nulidad.

En tal virtud aunque por motivos diferentes, habrá de confirmarse la providencia impugnada.

En cuanto a los restantes requisitos contemplados en el citado artículo 20 de la Ley 53 de 1990, referentes a la fijación del texto de la proposición para la elección de los delegados en lugar público de la Secretaría del Concejo Municipal y a la comunicación por escrito de dicha proposición a los Concejales en ejercicio, en autos aparece demostrado su cumplimiento con las siguientes pruebas:

a) Que en la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga dé fecha 5 de agosto de 1992, contenido en el acta No. 002 obrante en fotocopia autenticada de folios 111 a 132, se aprobó por unanimidad la Proposición No. 016 según la cual se solicíta incluír dentro del orden del día de la reunión del 12 de agosto de 1992, la elección de representantes del Concejo de las Juntas Directivas en las cuales la Corporación tiene asiento.

b) Que en cumplimiento del artículo 20 de la ley 53 de 1990 se fijó en la Secretaría del Concejo Municipal de Buga el Edicto de fecha 6 de agosto de 1992, visible al folio 123 en fotocopia autenticada, en el cual consta el texto de la Proposición No. 016 a que se ha hecho referencia.

c) Que al folio 124 obra una fotocopia autenticada de la comunicación de fecha 6 de agosto de 1992, mediante la cual el Secretario General del Concejo Municipal de Buga, cita a la sesión ordinaria del 12 de agosto de 1992 y previene, entre los puntos a tratar, sobre la "ELECCION DE DELEGADOS DEL

SECCION QUINTA

CONCEJO A LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS DE DEPARTAMENTOS E INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS DEL ORDEN MUNICIPAL"

d) Que también el Presidente del Concejo Municipal de Buga, en comunicación del 6 de agosto de 1992, citó a los Ediles a la sesión ordinaria del 12 de agosto de 1990, y en ella aparecen, frente a los nombres de todos los Concejales integrantes de la Corporación, las firmas de cada uno en señal de haber sido enterados (Fl.125).

Por lo tanto resultan infundados los reparos hechos en tal sentido al acto de elección.

En cuanto al segundo cargo, fundamentado en la violación de los artículos 4o. y 263 de la Constitución Política, el Consejo de Estado comparte el pensamiento del Tribunal de instancia en lo que respecta a la elección de los miembros ante las juntas directivas de las Empresas Municipales de Buga, de Hacienda Municipal, de Valorización, de Planeación y del Instituto Municipal de Vivienda "INVIBUGA", por cuanto si una corporación pública, como el Concejo municipal de Guadalajara de Buga, tiene entre sus facultades elegir dos representantes en cada una de las juntas directivas de las mencionadas entidades descentralizadas, no queda duda de que tal elección debe hacerse según el artículo 263 de la Carta que determina, en forma precisa y clara, que cuando se vota por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral, que es el número que resulta de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer y la adjudicación a cada lista se hacè en proporción a las veces que el cuocíente quepa en el respectivo número de votos válidos; y si quedaren puestos por proveer, se adjudicarán a los mayores residuos en orden descendente.

Es con éste sistema que el Constituyente ha querido asegurar la representación proporcional de los partidos, reflejando de esa manera la verdadera composición política de la respectiva entidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta la Sala que la elección de los representantes, de las Juntas Directivas en las Empresas Municipales de Buga: en Hacienda, en Valorización, en Planeación y en el Instituto Municipal de Vivienda "INVIBUGA", no se hicieron mediante el sistema del cuociente electoral, sino por el de mayoría absoluta a pesar de que en cada una de estas elecciones se estaba votando por dos representantes, es obvio que se quebrantó el artículo 263 de la Carta Política, por lo que se configuró la causal de nulidad establecida en el numeral cuarto del artículo 223 del C.C.A., en vista de que los votos emitidos se computaron con violación del sistema del cuociente electoral.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que el acto de elección de los representantes y suplentes a las Juntas Directivas de las entidades atrás relacionadas, no estaría ajustado a derecho.

En cuanto respecta a la elección del representante ante la Junta Municipal de Deportes y del representante ante el Comité de Ganaderos que, en cada caso, contempla la designación de una sola persona, el sistema del cuocíente electoral previsto en el artículo 263 de la Constitución no es aplicable, habida consideración a que la normativídad constitucional dice relación a la elección de dos o mas individuos en elección popular o en una corporación pública, y la votación para elegir representante ante cada una de tales juntas se efectuó por un solo candidato.

Por lo tanto no existe violación al precepto constitucional citado ni se configuraría la causal 4a. del artículo 223 del C.C.A.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Confírmase, por los motivos expuestos en esta providencia, la sentencia de fecha 8 de julio de 1993 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca mediante la cual declaró nulo el acto de elección de los Representantes del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga ante las Juntas Administradoras de las entidades descentralizadas llevado a cabo el 12 de agosto de 1992, contenido en el Acta No. 003 de la misma fecha.

SEGUNDO.- En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del citado (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera el concepto de 1o. de septiembre de 1980, Ponente: Dr. HUMBERTO MORA OSEJO, Rad. 1435, publicado en el Tomo de Anales 2o. Semestre de 1980, Tomo XCIX.

TITULO EJECUTIVO / EXCEPCIONES - Término / EXCEPCION DE PAGO - Improcedencia

Si el pago se produjo lo fue antes de la constitución del título, lo cual torna improcedente la excepción ante la adecuada interpretación normativa, que reclama que las alegadas deben estar fundamentadas en hechos acaecidos con posterioridad al acto constitutivo del título. En cuanto a la excepción de NULIDAD, de conformidad con las disposiciones invocadas por la excepcionante (art. 140 No. 7 y 9 del C. de P.C.), es claro que lo alegado para solicitar su reconocimiento no se ciñe al marco legal, circunscrito a la indebida representación de las partes o a la falta de práctica en legal forma de la notificación a personas determinadas o el emplazamiento a indeterminadas, que deban ser citadas como partes.

JUICIO DE JURISDICCION COACTIVA - Requisitos / DEMANDA EN FORMA / EXCEPCION DE NULIDAD -Improcedencia / JURISDICCION COACTIVA - Delegación / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento / NULIDAD - Saneamiento.

La falta de demanda en forma, por ser aspecto ajeno a las situaciones previstas en las disposiciones invocadas, no da lugar a declarar la invalidez de lo actuado, amén de no requerir de ese requisito la relación procesal en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva toda vez que una misma persona finge como demandante y juez. La falta de delegación de la jurisdicción coactiva en el tesorero, por parte del Alcalde no es aspecto a dilucidar en el presente momento procesal. Debió alegársela interponiendo recurso contra el mandamiento de pago o como excepción previa, pero no a título de excepción de nulidad en el ejecutivo, como que

ésta se circunscribe a los precitados numerales 7 y 9 del art. 140 del C.P.C. Por lo demás la incompetencia, salvo la de carácter funcional, se sanea " ... cuando ... no se haya alegado como excepción previa...", según lo describe el numeral 5 del art. 144 de la Codificación procesal citada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá D.C. once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0305. Partes: TESORERIA MUNICIPAL DE AGUSTIN CODAZZI (CESAR) -VS- NIVIA MATTOS LIÑAN.-

Se procede a decidir las excepciones de mérito propuestas por el apoderado de la parte ejecutada, en el proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva que adelanta la Tesorería Mpal. de Agustín Codazzi contra la señora Nivia Mattos Lijhan.-

ANTECEDENTES:

Mediante Resolución No. 022 de octubre 23 de 1992 la Tesorería del municipio de Agustín Codazzi, Cesar, declaró deudor moroso "a la señora Nivia Mattos Liñan, por la suma de $ 1,742.331.oo M/L. , por concepto de impuesto predial del predio denominado Doña María".-

Con fundamento en ese acto administrativo la misma Tesorería, con fecha 9 de noviembre del año próximo pasado, profirió mandamiento de pago por la suma relacionada, más las costas del proceso, la mora en el pago de los impuestos y otras contribuciones (fl. 1.=, 5).-

La orden ejecutiva fue notificada al apoderado de la parte ejecutada, quien oportunamente propuso las siguientes excepciones de mérito:

A.- COBRO DE LO NO DEBIDO: Sostiene que la señora Nivia Mattos Liñan ha cancelado rigurosamente los impuestos prediales y complementarios, hallándose a paz y salvo hasta el año de 1992 inclusive y que, por tanto, la obligación no existe.- Como prueba aporta fotocopia autenticada de recibos de pago.- Agrega que el título ejecutivo no fue acompañado de la respectiva demanda, incurriendo en la nulidad prescrita en el # 7 del Art. 140 del C. de P. C. , más cuando la ejecutante no puede adelantar de oficio la acción sino a

virtud de delegación entregada por la primera autoridad política del municipio, que en lo actuado brilla por su ausencia.-

B.- NULIDAD: Ante la ausencia de la correspondiente demanda ejecutiva en la formación del proceso la Tesorería de Codazzi confunde aquella con el título, porque " todo proceso ejecutivo exige, como condición *SINEQUA NON*, la presentación de la respectiva demanda ejecutiva, el proceso por jurisdicción coactiva no está eceptuado (sic.) por especial que el (sic) mismo sea de la presentación de la susodicha demanda".

Tramitado el incidente se asumieron como prueba, por el mérito que les corresponde, los documentos aportados con el escrito de excepciones.- En tiempo, la ejecutante presentó alegato reclamando la desestimación de esos medios defensivos con apoyo en lo prescrito en el Art. 509 del C.P.C.-

CONSIDERACIONES:

El Art. 509 del C. de P. Civil prescribe:

EXCEPCIONES QUE PUEDEN PROPONERSE:

1. Dentro de los diez dias siguientes ...

2. Cuando el título ejecutivo consiste en una sentencia o laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida ..."

A su vez, el artículo 68 del C.C.A. enuncia los documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible.- Su numeral 1. expresa:

1o. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley;

La Resolución No. 022 del 23 de octubre de 1992, proferida por la Tesorería Municipal de Agustín Codazzi, está ejecutoriada. Contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, siendo suficiente para demandar su cumplimiento forzoso. Contra este, según lo dispuesto en la norma transcrita

del C.P. Civil, solo son oponibles las excepciones taxativamente allí relacionadas.- Si no es así las propuestas son improcedentes, como ocurre en el caso que se resuelve.-

En efecto, cuando la excepcionante alega el COBRO DE LO NO DEBIDO, en prueba de lo cual aporta copia autenticada de recibos al parecer expedidos por la Sección de Catastro de la Tesorería Municipal de Agustín Codazzi, orienta su defensa a demostrar que pagó.- Si así ocurrió la excepción sería susceptible de estudio, no obstante su distinta denominación.- Más, en este proceso ese medio defensivo no tiene vocación de prosperidad, porque si el pago se produjo lo fué antes de la constitución del título, lo cual torna improcedente la excepción ante la adecuada interpretación normativa, que reclama que las alegadas deben estar fundamentadas en hechos acaecidos con posterioridad al acto constitutivo del título.-

En cuanto a la excepción de NULIDAD, de conformidad con las disposiciones invocadas por la excepcionante (Art. 140 No. 7 y 9 del C. de P. C.,) es claro que lo alegado para solicitar su reconocimiento no se ciñe al marco legal, circunscrito a la indebida representación de las partes o a la falta de práctica en legal forma de la notificación a personas determinadas o el emplazamiento a indeterminadas, que deban ser citadas como partes.-

La falta de demanda en forma, por ser aspecto ajeno a las situaciones previstas en las disposiciones invocadas, no da lugar a declarar la invalidez de lo actuado, amén de no requerir de ese requisito la relación procesal en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva toda vez que una misma persona es como demandante y juez.

Al respecto expresó la Sala:

> 3.- El juicio ejecutivo de jurisdicción coactiva se trámita con aplicación, del procedimiento señalado para el proceso ejecutivo en el Código de Procedimiento Civil, según su cuantía, en cuanto ese procedimiento no se oponga a lo previsto en el capítulo de la "Ejecución para el cobro de deudas fiscales" (Cap. VIII, Título XXVII, Sección Segunda, Libro 3o. del C.P.C.).-
>
> Pero por su finalidad, el cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas, está revestido de excepcionales caracteres de fondo y forma que lo distinguen, muy precisamente, del proceso ejecutivo ordinario.- De esos caracteres, en cuanto a los primeros, basta señalar los que configuran los privilegios de la Administración en cuanto ella misma ejecuta el cobro,

cumpliendo el doble papel de juez y parte, y su capacidad para crear el título de recaudo (Art. 68 del C.C.A.).-

Desde el punto de vista formal, entre los muchos que pudieran señalarse basta indicar el que no se precise la presentación de demanda en forma, el procedimiento especial para notificar el mandamiento de pago, no poder proponer como excepciones "... cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa...", limitarse los medios exceptivos de mérito aducibles a los enumerados taxativamente en el numeral 2o., art. 509 del C.P. Civil (Numeral 269, art. 1o. del Decreto 2282 de 1989 etc.-

Es bajo esa perspectiva como deben interpretarse las normas que determinan el trámite del proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva, y no con el estricto criterio de aplicación que el recurrente pide dar a esa normatividad, con lo cual quedarían de lado aspectos propios del proceso y, sobre todo, su finalidad.- (Exp. 0337 Partes Ministerio de Obras Públicas Fondo Vial Nacional) C/Aseguradora Colseguros S.A. y Pavimentaciones Asfalticas Ltda. Consejero Ponente Dr. Amado Gutiérrez Velázquez. octubre 28 de 1993

Finalmente, la falta de delegación de la jurisdicción coactiva en el Tesorero de Agustín Codazzi por parte del Alcalde no es aspecto a dilucidar en el presente momento procesal. Debió alegársela interponiendo recursos contra el mandamiento de pago o como excepción previa, pero no a título de excepción de nulidad en el ejecutivo, como que ésta se circunscribe a los, precitados numerales 7. y 9. del Art. 140 del C. P. C.- Por lo demás la incompetencia, salvo la de carácter funcional, se sanea "...cuando ... no se haya alegado como excepción previa ..", según lo prescribe el Numeral 5. del Art. 144 de la Codificación procesal citada.-

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

FALLA:

1o.- RECHAZAR, por improcedentes, las excepciones denominadas "COBRO DE LO NO DEBIDO" Y "NULIDAD" que propuso el apoderado de la parte ejecutada contra el mandamiento de pago de fecha 9 de noviembre de 1992, proferida por la Tesorería del Municipio de Agustín Codazzi, Cesar, contra Nivia Mattos Liñan.-

2o.- Ordénase seguir adelante la ejecución.

3o.- Cóndenase en costas a la parte excepcionante, las que se liquidarán con el crédito principal.-

4o.- Dispónese la devolución del expediente a la oficina de origen.-

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miran De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Nota de Relatoría: En igual sentido se reitera la providencia de 28 de octubre de 1993, Exp. 0337, Ponente: Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, actor: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

PROCESO ELECTORAL / TERCEROS INTERVINIENTES / DEMANDA - Contestación / NULIDAD PROCESAL - Inexistencia

El art 235 del C.C.A, subrogado por el art. 59 del Decreto-Ley 2304 de 1989 establece la intervención de terceros donde aclara que en los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda. El hecho de que el demandado no hubiera contestado la demanda no está previsto como causal de nulidad, de acuerdo al art. 140 del C. de P.C., como acertadamente lo anota el Procurador Delegado.

FUNCIONARIO DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Inhabilidades / ENTIDAD PUBLICA - Nombramiento / CONTROL PUBLICO - Inexistencia

El art. 7o. del Decreto Ley 1713 establece claramente que la inhabilidad mencionada afecta exclusivamente a aquellos funcionarios que, debido a su cargo, hayan ejercido un control público. De las pruebas aportadas durante el proceso, se deduce que la función del Jefe de la División Jurídica de la Contraloría Departamental es meramente jurídica. No observa la Sala que el funcionario ejerciera algún control público, como lo exige la norma para que se configure la inhabilidad. El actor no ejerció en su carácter de Jefe de la División Jurídica de la Contraloría, alguna función que conllevara control público, por lo cual, no estaba inhabilitado para ocupar el cargo de Jefe de Personal de la Gobernación.

SECCION QUINTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo - Sección Quinta
Santa Fe de Bogotá, D.C. once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: Dra. *Miren de la Lombana de Magyaroff*

Referencia: Expediente No. 1059 Actor: JOSE JESUS LAVERDE OSPINA

APELACION SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 1o. de julio de 1993 dictada por el Tribunal Administrativo del Quindio que denegó las súplicas de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad del art. 13 del Decreto 0028 del 20 de enero de 1993, por el cual se nombró al señor Alfonso Valencia Valencia como Jefe de Personal de la Gobernación del Quindío.

El demandante invocó como infringido el art. del Decreto-Ley 1713 de 1960.

Manifiesta el actor que el señor Valencia Valencia se desempeño como Jefe de la División Jurídica de la Contraloría General del Departamento, emitiendo directrices a los Auditores Fiscales de la misma Contraloría y enviando comunicaciones a la Compañía La Previsora con el fin de extender pólizas de manejo a favor de varios empleados de manejo. Lo anterior demuestra que el exfuncionario al servicio de la Contraloría del departamento estaba inhabilitado para desempeñar un cargo administrativo de dirección "en la entidad que él a través de sus directrices como Asesor Jurídico del organismo fiscalizador hizo, posesionándose luego desde el mismo primero (1o.) de febrero de 1993 en que le fué aceptada su renuncia, como Jefe de Personal del Departamento".

En el mismo escrito, el demandante solicitó la suspensión provisional del acto que declara la elección del señor Alfonso Valencia Valencia, medida que le fue denegada por el Tribunal mediante auto fechado el 24 de febrero de 1993 (fls. 20 a 22).

Mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 38), el Gobernador del Departamento del Quindio, señor Mario Gómez Ramírez, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

- La norma que se considera violada se apoya en disposiciones de la Constitución de 1886, ya que el Decreto en cuestión fue expedido en julio 18 de

1960 y, si se analiza, legalmente, la situación planteada, puede observarse que los hechos contentivos de esta controversia ocurrieron en enero de 1993, por lo cual hay que tener en cuenta que el art. 380 de la Constitución, en consonancia con el art. 4o. de la misma, derogaron la Constitución de 1886 con todas sus reformas, prevaleciendo la norma constitucional actual.

- Ahora bien, aún aceptando que el art. 7o. del Decreto 1713 de 1960 esté vigente, la naturaleza del cargo del Dr. Alfonso Valencia Valencia, cuando se desempeñó como Jefe de la División Jurídica de la Contraloría Departamental y las funciones por él desempeñadas, fueron eminentemente jurídicas. Este no ejercía control fiscal alguno, sino tan sólo daba trámite ordinario y oportuno a lo de su cargo. Esa función corresponde por ley o por reglamento a otra clase de funcionarios, tal como se observa en el manual de funciones de la Contraloría (Resolución No. 001 de enero 2 de 1989). Por lo anterior, queda claramente demostrado que el acto administrativo acusado fue expedido conforme a las normas vigentes (Fls. 27 a 37).

Mediante auto del 15 de marzo de 1993, el Tribunal decidió reconocer al departamento del Quindio como departamento parte opositora dentro del proceso (fl. 46).

El Tribunal Administrativo del Quindío por sentencia de julio lo. de 1993 negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, el Tribunal aclara que el efecto reformatorio derogatorio de la Constitución solamente se produce cuando se advierta una clara contradicción entre las normas inferiores anteriores y la nueva Constitución. Pero este efecto no se produce por el solo hecho de la expedición de la Carta de 1991. Para sostener este concepto, se apoyó en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de julio 18 de 1991, con ponencia del Dr. Pedro Escobar Trujillo y la del 11 de agosto de 1988, con ponencia del Dr. Jairo E. Duque Pérez.

Como en concepto del Tribunal, no se observa que el Decreto Ley 1713 de 1960 sea contrario a los actuales preceptos constitucionales, que tratan los aspectos relativos a la Contraloría General de la Nación, se acepta que tal norma conserva, en principio, su vigencia.

- El Tribunal, después de hacer un análisis de las pruebas, considera que el cargo ejercido por el Dr. Valencia Valencia en la Contraloria no implica el ejercicio de un control fiscal que pudiera inhabilitarlo para laborar en el departamento, antes de cumplirse el año de retiro, razón por la cual niega la pretensión de la parte demandante, o sea, la declaratoria de nulidad del

nombramiento del Dr. Valencia como Jefe de la División de Personal de la Gobernación del Quindío. Cita concepto expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, de mayo 15 de 1968 (fls. 67 a 76).

EL RECURSO DE APELACION:

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal, el demandante presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

- Llama la atención el que no se haya considerado en toda su extensión los oficios directrices expedidos por el Jefe de la División Jurídica de la Contraloría Departamental, hoy Jefe de Personal del Departamento, donde no solamente fiscalizó por medio de auditores, el desembolso de fondos públicos, sino que tomó para sí, a través de los mencionados escritos, facultades que correspondían a otras autoridades administrativas.

- De conformidad con el art. 223 del C.C.A., se presenta una nulidad insaneable ya que en este caso, el demandado no contestó la demanda sino lo hizo el ex-jefe de la División Jurídica de la Contraloría Departamental, quien en la actualidad es el asesor jurídico del Departamento. Por lo anterior, se solicita decretar la nulidad invocada, "así sea oficiosamente" y como consecuencia de ello se tenga como no contestada la demanda.

Además, decretar la revocatoria de la sentencia y subsidiariamente acceder a las súplicas impetradas (fls. 78 y 79).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E), el 20 de octubre de 1993, conceptuó que la nulidad propuesta, ni está prevista como tal, ni tiene cabida en el presente, pues no se invoca ninguna de las causases establecidas en la ley, por lo cual, debe ser rechazada, solicitó, igualmente, la confirmación de la sentencia recurrida por estimar que le correspondía al demandante demostrar que el señor Valencia Valencia, como Jefe de la División Jurídica de la Contraloría Departamental estaba, por mandato legal, facultado para ejercer el "control público".

Además, en la Resolución No. 0001 de enero 2 de 1989, por medio de la cual se establecen modificaciones al manual de funciones y requisitos para los funcionarios de la Contraloría General del Departamento del Quindío, se observa, que el Jefe de la División Jurídica no está facultado para ejercer un determinado control en las dependencias del Departamento (fls. 91 a 95).

CONSIDERACIONES:

COMPETENCIA:

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el núm. 1o. del art. 132 del C.C.A.

En primer lugar, la Sala procede a determinar si existe o no la nulidad insaneable expuesta por el apelante, con invocación del art. 233 del C.C.A., en cuanto a que quien contestó la demanda fue el Asesor Jurídico del departamento y no el señor Valencia como nombrado, por lo cual debe tenerse por no contestada.

El art. 235 del C.C.A. , subrogado por el art. 59 del Decreto-Ley 2304 de 1989 establece la intervención de terceros donde aclarar que en los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda. En este caso, a folio 46, el departamento del Quindío, a través de su gobernador, fue reconocido por el Tribunal como parte opositora a las pretensiones de la demanda, como era su derecho de acuerdo a la norma expuesta.

Ahora bien, el hecho de que el demandado no hubiera contestado la demanda no está previsto como causal de nulidad, de acuerdo al art. 140 del C. de P. C. , como acertadamente lo anota el Procurador Delegado.

Por lo anterior, y sin ningún trámite, la petición de nulidad, como motivo de apelación,debe ser rechazada de plano por la Sala y, en consecuencia, se entrará a estudiar el fondo del negocio.

La parte actora solicita la nulidad del art. 13 del Decreto 0028 del 20 de enero de 1993, mediante el cual se nombró al señor Alfonso Valencia Valencia, como Jefe de Personal de la Gobernación del Quindío, por violar el art. 7o. del Decreto-Ley 1713 de 1960.

La norma invocada como infringida es del siguiente tenor:

> "ARTICULO 7o. Los funcionarios de la Contraloría General de la República o de las Contralorías Departamentales o Municipales, que hayan ejercido el control público de entidades oficiales o semioficiales, o de empresas públicas descentralizadas, no podrán ser nombrados, ni prestar sus servicios en ellas, sino después de un año de producido su retiro del organismo fiscalizador".

SECCION QUINTA

En primer término, en relación con la discusión planteada acerca de la vigencia de la norma transcrita, la Sala comparte plenamente no solo las acertadas precisiones del Tribunal sobre el tema sino la conclusión a la cual llegó en su oportunidad.

Ahora bien, la norma establece claramente que la inhabilidad mencionada afecta exclusivamente a aquellos funcionarios que, debido a su cargo, hayan ejercido un control público.

En el presente caso, el señor Alfonso Valencia Valencia fue nombrado en el cargo de "JEFE DIVISION JURIDICA" de la Contraloría General del Quindío, mediante Resolución No. 0017 de enero 14 de 1992 (fl. 13), tomando posesión del cargo el 20 del mismo mes y año (fl. 14) y presentando renuncia a éste al Contralor, la cual le fue aceptada mediante Resolución No. 068 del 29 de enero de 1993 (fl. 15).

Mediante Decreto No. 0028 del 20 de enero de 1993, expedida por el Gobernador del Departamento del Quindío, en su art. 13, fue nombrado Jefe de la Sección de Personal de la Gobernación (fl. 11), cargo del cual tomó posesión el 1o. de febrero de este año (fl. 12).

El punto por determinar es si el Jefe de la División Jurídica de la Contraloría desempeñaba o no funciones de control público que lo inhabilitaran para ejercer el cargo de jefe de Personal de la Gobernación.

De acuerdo a la Resolución No. 0001 de enero 2 de 1989, por la cual se establecen modificaciones al Manual de Funciones y Requisitos para los funcionarios de la Contraloría General del Quindío, la naturaleza del cargo de jefe de la división jurídica de la Contraloría Departamental del Quindío aparece descrita así:

"II. NATURALEZA DEL CARGO:

"Efectuar la revisión y registro de los contratos que celebren el departamento, los Municipios y las Entidades descentralizadas del orden departamental y municipal sujetos al control fiscal y absolver las consultas de tipo jurídico que sean formuladas por las diferentes dependencias de la Contraloria General".

Las funciones del Jefe de la División Jurídica se enumeran en la siguiente forma:

"1. Revisar jurídicamente los contratos del Departamento, Municipios y Entidades Descentralizadas de éstos y proceder a su registro.

"2. Revisar jurídicamente las pólizas que requieran los contratos celebrados por los entes fiscalizados y las que deben constituir los empleados de manejo de éstos.

"3. Elaborar los certificados de Reserva Presupuestal con base en la disponibilidad que para tal efecto acrediten las Entidades fiscalizadas.

"4. Emitir y suscribir los conceptos jurídicos que le sean requeridos por el Contralor o las Autoridades competentes.

"5. Representar jurídicamente a la Contraloría General del Departamento, previa delegación por parte del Contralor General.

"6. Las demás funciones que en razón al cargo le asigne el Contralor General'.

Ahora bien, de las pruebas aportadas durante el procesos, especialmente las comunicaciones que obran en el cuaderno No. 2 se deduce que la función del Jefe de la División Jurídica de la Contralaría Departamental es meramente jurídica. No observa la Sala que el funcionario ejerciera algún control público, como lo exige la norma para que se configure la inhabilidad.

Sobre lo anterior concuerdan los testimonios que obran en el cuaderno No. 2.

Además, le asiste la razón al señor Procurador Delegado cuando afirma que **"le correspondía al demandante demostrar que el señor Valencia Valencia, como Jefe de la División Jurídica de la contraloría Departamental estaba, por mandato legal, facultado para ejercer" el control público "en el Departamento del Quindío; sin embargo, aquél no aportó ninguna prueba y simplemente se limitó a manifestar que el señor Valencia envió "directrices a los Auditores Fiscales de la misma Contraloría" y "comunicaciones a la Compañía La Previsora.""** Lo que no es suficiente para demostrar el hecho alegado.

En este orden de ideas, el señor Valencia Valencia no ejerció en su carácter de Jefe de la División Jurídica de la Contraloria, alguna función que

conllevara control público, por lo cual, no estaba inhabilitado para ocupar el cargo de Jefe de Personal de la Gobernación.

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 del 1o. de julio de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de la Lombana de M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL / NOTIFICACION PERSONAL / ACTO DE NOMBRAMIENTO.

En el *sub-judice* se dió estricto cumplimiento al referido art. 233-3 del C.C.A. puesto que en la providencia que admitió la demanda se ordenó que le fuera notificada, personalmente a la demandada, cuyo nombramiento como Segundo Secretario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia es el objeto de impugnación. La notificación así ordenada se cumplió antes de fijarse el edicto, con lo cual se surte la notificación que se echa de menos.

PROCESO ELECTORAL / PARTES / MINISTERIO PUBLICO / NULIDAD - Extemporaneidad.

Por mandato del art. 127 del C.C.A., el Ministerio Público es parte en todas las causas e incidentes que se adelanten ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos "e intervendrá en ellos en interés del orden jurídico", y como tal actuó dentro del juicio, sin proponer nulidad alguna, por lo que por este aspecto la petición sería extemporáneo.

CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD / SEGUNDO SECRETARIO / PERSONAL ESCALAFONADO - Disponibilidad / NULIDAD ELECTORAL.

Un cargo como el de segundo secretario, que la ley entiende como de carrera, y el Ministerio así lo reconoce, solo puede ser provisto de manera provisional por personas no pertenecientes a la carrera correspondiente, cuando no haya disponible personal escalafonado. En la fecha en que se expidió el acto impugnado había escalafonadas diez personas que el Ministerio afirma, tenían vocación de ocupar

la vacante, entre los cuales no aparece la persona designada en el cargo. La demandante no estaba escalafonada para ocupar el cargo de Segundo Secretario pese a lo cual, se le nombró, mediante el decreto impugnado en razón de su desempeño " ... en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Francia, durante casi tres (3) años en el cargo de PRIMER SECRETARIO ... ", contraviniendo con ello el art. 6o. del Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular y que, por el contrario, ninguno de los escalafonados fue trasladado al servicio exterior para desempeñarse en el cargo vacante.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá, D. C. veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. 1029 . Actor: DOROTEO LAFAURIE GUERRERO. UNICA INSTANCIA.

Cumplido el trámite previsto en los arts. 232 y siguientes del C.C.A. y sin que se observe irregularidad que anule lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia de mérito en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

I. La demanda y sus fundamentos (folio, 2-6)

1. En ejercicio de la acción de nulidad electoral y actuando en su propio nombre, el abogado Doroteo Lafaurie Guerrero, demandó de esta Corporación la nulidad del Decreto No. 728 del 19 de abril de 1993, emanado del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el cual se nombró, en forma provisional, a la señora Carmen Cecilia de Martínez en el cargo de Segundo Secretario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia.

2. Las razones por las cuales el demandante encuentra que el acto acusado debe ser anulado, las resume la Sala en los siguientes términos:

El Decreto No. 10 de 1992 orgánico de la carrera diplomática y consular señala, taxativamente, en su artículo 5o. cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción, mientras que el 6o. dispone que aquellos de categoría superior a la de tercer secretario -inclusive- y sus equivalentes en el servicio interno, son de carrera y deben ser provistos por funcionarios pertenecientes a ella, pero de no existir personal escalafonado en la respectiva categoría, el Gobierno Nacional proveerá en forma provisional; por su parte, el art. 10o. del

mismo Decreto relaciona los empleos de carrera, desde el cargo de tercer secretario hasta el de Embajador, inclusive.

Con mucha antelación a la fecha en la que se expidió el decreto impugnado, en el Ministerio de Relaciones Exteriores se encontraban escalafonados varios funcionarios que ingresaran por el sistema de concurso y que habrían permanecido tiempo más que suficiente en el servicio interno teniendo, por lo tanto, el derecho a ser nombrados en el exterior, en el cargo de segundo secretario, pese a lo cual, el Presidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores, quienes sancionaron el documento de la carrera diplomática, se empeñaron en violar la ley, procediendo reiteradamente a nombrar en forma provisional, para cargos en el exterior, personas ajenas a la carrera, tal como aconteció con el decreto demandado, dado que el nombramiento en provisionalidad de la señora Carmen Cecilia de Martínez, se realizó, sin que se la hubiera sometido a concurso, ni estuviera escalafonada.

3. El actor estima que el acto cuya nulidad reclama, es violatorio de los arts. 123 y 125 de la C.N. ; 5o., 6o, 10, 11 y 12 del Decreto Ley 10 de 1992; 84, 128, 137, 138, 139, 231, 232, 233 y siguientes del C.C.A. y, para demostrar su aserto, expone el concepto de violación que en síntesis es el siguiente:

Sobre la función pública, o el régimen de prestación de servicios al Estado, campea en la Constitución el principio según el cual, son de carrera todos los empleos de los organos y entidades del Estado y su ingreso y ascenso se hará, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley; en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, salvo las excepciones expresamente consagradas en la ley.

Es tan cardinal este principio que el art. 125 de la Carta Política dispone que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Todo lo anterior es aplicable al servicio en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en consonancia, el gobierno nacional expidió el Decreto Ley 10 de 1992 ya referido.

II. Contestación de la demanda (fls. 41-45).

Por conducto de apoderado, la señora Carmen Cecilia de Martínez contestó la demanda, aduciendo las razones seguidamente resumidas:

SECCION QUINTA

1. La función legislativa, ejercida excepcionalmente por el Gobierno Nacional, permitió la expedición del Decreto Ley No. 10 de 1992 cuya finalidad es organizar el servicio diplomático y consular, estableciendo en su art. 3o. la forma de vinculación del personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en la planta interna, como en el servicio diplomático; el art. 4o. del mismo Decreto señala los cargos que dada la finalidad del servicio son de libre nombramiento y remoción.

2. Admite que el acceso a la función pública constituye una garantía fundamental consagrada en la Constitución y que las carreras administrativa, diplomática y consular son desarrollo de dicha garantía; el acceso por méritos a la función pública agrega busca cumplir la adecuada prestación de los servicios y de los cometidos estatales, es por ello que el art. 6o. del Decreto mencionado, establece que ante ausencia. de personal debidamente calificado para desempeñar las funciones asignadas, el gobierno tiene la facultad de designar provisionalmente a quien cumpla las condiciones adecuadas para el ejercicio del cargo.

3. Es cierto, que a la fecha de expedición del Decreto demandado existían personas clasificadas en el escalafón, pero dadas las características de las funciones a ejercer, ninguna reunía condiciones similares a las de la demandada y así, con el objeto de darle cumplimiento al mandato constitucional que establece que el Estado debe velar por la adecuada prestación de los servicios públicos, el gobierno decidió que la persona que cumplía tales condiciones era la señora Carmen Cecilia Puentes de Martínez y aún cuando ella no se sometió a concurso ni pertenecía al escalafón, sus condiciones facultaban su libre nombramiento.

El apoderado de la demandada, formuló además las siguientes excepciones:

Ineptitud formal de la demanda:

En razón del procedimiento inadecuado utilizado por el actor, puesto que no se trata de una acción de nulidad electoral, ya que lo que está en discusión tiene una repercusión laboral y conforme prevé el art. 85 del C.C.A. este tipo de controversias deben ventilarse a través de la acción de nulidad y, restablecimiento del derecho, cuyo conocimiento es de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Dado el carácter expedito del procedimiento electoral, el no declarar la acción improcedente conllevaría a una violación de los derechos fundamentales de defensa y del debido proceso, consagrados en el art. 29 de la C.N., vulnerándose, además, el art. 85 del C. C.A., que establece términos más amplios para esta clase de litigios.

Se trata de un acto de contenido particular, por lo cual existe un interés subjetivo del impugnante, que a su vez supone un beneficio para el actor, características que el demandante trata de desnaturalizar a través de una acción que busca proteger una legalidad objetiva.

Pero si lo anterior no fuera así, el argumento expuesto no variarla en mayor forma, pues la acción electoral no es diferente a las consagradas en los arts. 84 a 88 del C.C.A., puesto que es la misma facultad protectora de la legalidad, que puede presentarse con carácter objetivo o subjetivo y que lleva a definirla como una acción contra actos de tipo electoral que, dependiendo de la finalidad buscada, tiene la característica de la nulidad simple del art. 84 del C.C.A. o, la de nulidad y restablecimiento del derecho del art. 85 *ibídem*; en consecuencia, se reafirma la falta de legitimación en la causa por activa, ya que no está demostrado el interés. La titularidad de la acción para este caso, está radicada en las personas que sufrieron algún tipo de lesión con el acto demandado.

Adecuación al procedimiento legal:

Dentro de los nombramientos que pueden hacerse utilizando la facultad de libre nombramiento y remoción, el art. 4o. del decreto Ley 10 de 1992 señala el de jefe de oficina, que hace parte de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores; en razón del desempeño que en el exterior tienen los funcionarios de dicho ministerio, existe una tabla de equivalencias de éstos con respecto a los de la planta interna, pero además existe una equivalencia entre los servicios diplomático y consular; así, en este orden de ideas, al estudiar los arts. 4o. , 11 y 12 del Decreto Ley 10 de 1992, resulta que el cargo de Ministro Plenipotenciario tiene una equivalencia en el servicio consular, con el de cónsul general; estos dos cargos que dentro del servicio interno equivalen al de jefe de oficina, conducen al apoderado de la demandada a concluir que la función de Cónsul General, Ministro Plenipotenciario y Jefe de Oficina Jurídica pueden proveerse mediante el ejercicio de la facultad nominadora discrecional, en razón de la utilidad del servicio.

El nombramiento de la señora de Martínez, tal y como se desprende del decreto impugnado, tenía como labor principal la consular, afirmación que se corrobora al examinar la planta de personal existente en la Embajada de Bolivia, dicha función tenía tal relevancia, que por el bien del servicio, el cargo era de libre nombramiento y remoción, razón por la cual, la señora Carmen Cecilia de Martínez no requería entrar en el concurso o hacer parte del escalafón.

SECCION QUINTA

ALEGATOS DEL DEMANDANTE (FLS. 114-117).

En su escrito de conclusiones, el actor sostiene que la demandada acepta la existencia de funcionarios escalafonados, con derecho a ser nombrados en el cargo de segundo secretario de la Embajada Colombiana en Bolivia, a su vez afirma que ninguno de ellos reunía condiciones tales a las de la demandada.

Este argumento, en su sentir, carece de fundamento, pues aún cuando se creía que la nombrada tenía título profesional, resulta que su hoja de vida muestra que tan solo cursó tres semestres de administración y como acto importante, además de un seminario en la Universidad de los Andes, asistió a una convención del partido conservador.

Encuentra que la difícil posición del apoderado de la demandada lo lleva a sostener que la acción tiene propósitos laborales y, por lo tanto, debió intentarse la prevista en el art. 85 del C.C.A., pero si ello fuere así -acota- nunca sería viable un proceso electoral y ya que en este evento no se está pidiendo ningún restablecimiento del derecho, el tema resulta inane.

En su opinión, la señora Ministra de Relaciones Exteriores, es consciente que el acto impugnado es violatorio de la ley, pues en la segunda respuesta de su informe bajo juramento, comienza refiriéndose a la legislación derogada que -no venía al caso -y luego minimiza los hechos, reconociendo que desde la vigencia del Decreto Ley 10 de 1992 se produjeron algunos nombramientos provisionales, pero al leer la certificación adjunta se observa con sorpresa que en año y medio se realizaron 119 nombramientos provisionales en el exterior, es decir, que 119 cargos de la carrera diplomática y consular han sido provistos con personal ajeno a la misma, desconociendo la ley y los derechos de 169 funcionarios legalmente escalafonados, como lo hace constar la Subsecretaría de Recursos Humanos en la certificación visible a fls. 93 a 101 del expediente.

Sobre la existencia en el escalafón de funcionarios inscritos y la verificación previa a los nombramientos provisionales de la existencia de personas con derecho a ser nombradas, vuelve la señora Ministra a referirse a la legislación derogada, eludiendo la respuesta porque no precisa ni aclara, si el Presidente de la República es informado, en relación con la existencia de funcionarios escalafonados cuando se va a efectuar un nombramiento provisional o con personal ajeno a la carrera diplomática, pues se limita a escamotear la pregunta, para,decir que se verifica el escalafón y, seleccionado el candidato se remite la hoja de vida con el proyecto de nombramiento a la Presidencia de la República; esa no es la respuesta porque si el candidato seleccionado pertenece al escalafón de la carrera, el nombramiento será en propiedad y no en provisionalidad.

Cuando se le interroga acerca de las razones del buen servicio para producir el nombramiento impugnado, la señora Ministra acepta que existían diez (10) funcionarios con derecho a ser elegidos y afirma que el nombramiento de la demandada obedeció a su experiencia; pero la verdad es que su hoja de vida no muestra mejores méritos que los señalados en la ley, puesto que carece de título profesional y su experiencia se limita a labores de tipo administrativo, insuficiente para el ejercicio de la función diplomática y consular.

Resulta indiscutible que para el 19 de abril de 1993 había diez (10) funcionarios con derecho a ser nombrados en el cargo de Segundo Secretario en la Embajada de Bolivia, pero se quiere salvar el vicio de nulidad manifestando la intención de nombrarlos posteriormente en el exterior o de otorgarles comisión de estudios. La violación a los preceptos o facultades típicamente regladas en el decreto Ley No. 10 de 1992 no puede salvarse mediante meras intenciones y propósitos de carácter subjetivo, los hechos son suficientemente claros, mientras que había funcionarios de carrera, se nombró una persona ajena al mandato de la ley.

En su opinión, pretendiendo una eventual decisión inhibitorio, el ministerio envió el acto por el cual revoca el decreto demandado, pero el esfuerzo resulta inútil porque dicho acto tuvo vigencia jurídica, fué comunicado, aceptado y se solicitó prórroga para la posesión, plazo que venció el 1o. de julio de 1993, sin que la titular se hubiera posesionado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E), solicitó la declaratoria de nulidad de todo el proceso, invocando para el efecto la causal prevista en el art, 140-8 del C.C.A. (sic) en razón, de no haberse ordenado ni realizado la notificación del auto admisorio de la demanda a la nación, autora del acto administrativo enjuiciado.

Su despacho hace eco de la sorpresa que le causó al Ministerio de Relaciones Exteriores la noticia de que uno de sus actos estuviera siendo enjuiciado en acción electoral, sin que esa entidad hubiera sido notificada del proveído que admitió la demanda.

En opinión del Procurador Séptimo, el art. 150 del C.C.A. , concordante y complementario del 233 *ibídem*, es aplicable a todos los procesos contencioso administrativos y la circunstancia de que un fallo de nulidad solo afecte los intereses de la persona nominada, y no del organismo administrativo que lo expidió, no es una razón que justifique la falta de notificación personal del auto

admisorio de la demanda o la no aplicación, en un proceso electoral, de las disposiciones del art. 150 del C.C.A.

Advierte además, que al declararse la nulidad del acto demandado podrían verse afectados múltiples intereses de la nación que pueden estar relacionados con el mantenimiento del orden jurídico, con el funcionamiento interno del organismo administrativo, con aspectos económicos y con la vigencia de sus ordenamientos. De todas formas, es elemental suponer que el autor del acto está interesado en mantenerlo y de allí que deba ser citado a juicio.

CONSIDERACIONES:

1. De la nulidad Planteada:

Como concepto, el señor Agente del Ministerio Público solicitó la declaratoria de nulidad de todo el proceso, fundamentando su petición en el art. 140-8 del C.C.A. (SIC).

La Sala entiende que el Código al cual se refiere la cita anterior es el de Procedimiento Civil, puesto que el art. 140 del C.C.A., además de no tener numeral alguno, tampoco es aplicable a procesos como el *sub-judice*, sino a aquellos relacionados con cargas tributarios en sus modalidades de impuestos, tasas, contribuciones, multas, etc., a cuyas demandas, dice el precepto en cuestión, se acompañará el comprobante de consignación de la suma correspondiente.

El art. 140 del C. de P. C. que versa sobre nulidades procesales, es aplicable a los procesos contencioso administrativos, por mandato de los arts. 165 y 267 del C.C.A. y señala en su parte pertinente:

> "Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
>
> "....
>
> "8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o a el apoderado de aquel o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición" (subraya y resalta la Sala).

El señor Procurador Delega o considera que si el acto administrativo acusado fué proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores debió surtirse

la notificación del auto admisorio de la demanda, en los términos previstos en el artículo 150 del C.C.A. , disposición esta, que juzga concordante y complementaria del art. 233 *ibídem.*

El aludido art. 150 señala que "Las entidades públicas y privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones . . ."; esta forma de notificación aparece ordenada en el art. 207 del C.C.A. , tal como fue subrogado por el art. 46 del Decreto 2304 de 1989, precepto que al indicar las previsiones que debe contener el auto admisorio de la demanda ordena en su núm. 1o. " ... Que se notifique al representante legal de la entidad demandada, o a su delegado, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo".

Por su parte, el Libro Cuarto, Título XXIV del Código Contencioso Administrativo reglamenta el procedimiento ordinario y del contenido de su art. 206, subrogado por el art. 45 del Decreto 2304 de 1989, se infiere que no todas las controversias en que sea parte la administración pública o una entidad o persona de derecho privado que ejerza funciones públicas, se tramitan por tal procedimiento, pues aparte de las acciones en él señaladas, v. gr. nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa etc., la parte final de la misma norma prevé que "Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial", quiere ello decir, que cuando el Código Contencioso Administrativo prevé tal trámite para un determinado proceso, se aplicará este y no el procedimiento ordinario; tal es el caso de las causas electorales, según pasa a explicarse:

El libro Cuarto, el Título XXVI de la codificación contencioso administrativa, relaciona los procesos especiales dentro de los cuales incluye, en el capítulo IV, el electoral cuyo trámite especial regulan los artículos 232 y siguientes de la misma preceptiva y al referirse a las disposiciones que debe contener el auto admisorio del respectivo libelo, el art. 233-3 *ibídem,* tal como fue subrogado por el art. 60 del Decreto 2304 de 1989, ordena:

> "Si se trata de nombrado o elegido por Junta, Consejo o entidad colegiada, se dispondrá notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda. Si esto no fuere posible dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición del auto, sin necesidad de orden especial, se lo notificará por edicto que se fijará en la Secretaria de la Sala o Sección por el término de tres (3) dias. El edicto debe señalar...' (subraya y resalta la Sala).

SECCION QUINTA

Revisada la actuación procedimental, la Sala observa que en el *sub-judíce* se dio estricto cumplimiento al referido art. 233-j del C.C.A. , puesto que en la providencia que admitió la demanda se ordenó que le fuera notificada, personalmente, a la señora, Carmen Cecilia de Martínez cuyo nombramiento como, Segundo Secretario en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia es el objeto de la impugnación. La notificación así ordenada se cumplió antes de fijarse el edicto (fl.14), con lo cual se surte la notificación que se echa de menos.

De todo lo dicho antes se concluye, en contra de la opinión del distinguido Procurador Delegado, que los arts. 150 y 233 del C.C.A., no se complementan, no son concordantes en el presente caso, ni el primero de ellos es aplicable a todos los procesos que se adelantan ante esta jurisdicción, sino solo a aquellos para los cuales el Código Contencioso Administrativo no haya señalado trámite especial como es el caso del proceso electoral, trámite que, según quedó demostrado, se cumplió en legal forma en el presente evento.

En consecuencia, el fundamento de la nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda no se estructuró en este caso y, por ende, el concepto del señor Procurador Delegado no puede ser acogido por la Sala.

Sea esta la oportunidad para recordar que por mandato del art 127 del C.C.A. , el Ministerio Público es parte en todas las causas e incidentes que se adelanten ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos "le intervendrá en ellos en interés del orden jurídico", y coito tal actuó dentro del juicio, sin proponer nulidad alguna, por lo que por este aspecto la petición seria extemporáneo.

Debe precisarse que el memorial dirigido y presentado ente y para la Procuraduría Séptima Delegada no será tenido en cuenta por no haberse presentado en Secretaría ni para consideración de la Sala.

2. De las excepciones propuestas.

El primero de los medios exceptivos que el apoderado de la señora Carmen Cecilia de Martínez denominó ineptitud formal de la demanda, aparece en el art. 97-7 del C. de P. C., como una excepción previa que es extraña al - proceso contencioso administrativo por expresa derogatoria que del art. 163 del C.C.A. hiciera el art. 68 del Decreto 2304 de 1989. En consecuencia, no hay lugar a un pronunciamiento formal y la Sala se referirá al medio mencionado como una de las materias de impugnación, en orden a establecer si es procedente o no, el estudio de fondo del negocio.

El apoderado de la demandada, considera que el libelo adolece de ineptitud, en razón de que el actor utilizó un procedimiento inadecuado pues, en su sentir, en este caso, la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.) y no la electoral.

Al respecto cabe anotar que la acción electoral procede no solo para demandar las elecciones de carácter popular sino también los nombramientos y su fin es el restablecimiento del orden jurídico objetivo mediante la anulación del acto; ahora, si lo que se busca es el reconocimiento de un derecho que el actor cree se le conculcó con el acto que demanda, la acción pertinente es la prevista en el art. 85 del C. C.A., cuyo fin es el restablecimiento subjetivo del orden jurídico previa anulación del acto administrativo correspondiente.

En el evento sub-análisis, el actor no afirmó actuar en representación, ni adujo tener derecho alguno al nombramiento que fue hecho a la señora Carmen Cecilia de Martínez; tampoco pidió que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad que impetra, se le restableciera de una forma concreta algún derecho particular conculcado, lo cual indica que lo único que el libelista pretende con esta acción es la tutela del orden jurídico que estima quebrantado por la administración al expedir el acto impugnado; no se equivocó, entonces, al escoger el proceso electoral y no el de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Los fundamentos que el apoderado de la demandada expone como soporte de la segunda excepción denominada adecuación al procedimiento legal, tienden a demostrar que la función consular que debía ejercer la señora Carmen Cecilia de Martínez, en calidad de Segundo Secretario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia, mas las razones del buen servicio hacían que su cargo fuera de libre nombramiento y remoción y no de motivos, que evidentemente tienen mucho que ver con los que llevaron al Ministerio de Relaciones Exteriores a producir el acto demandado y que a su vez, determinarán su permanencia o desaparición de la vida jurídica; por estas razones, se analizarán al estudiar las bases de la controversia porque tocan con el fondo de la misma.

Existe un aspecto, que se desprende de las informaciones suministradas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el atinente con la revocatoria del acto de nombramiento que se impugna en este proceso y que es necesario analizar:

Al respecto la Sala ha precisado en oportunidades anteriores, y conforme lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación, que mediante la acción pública de nulidad se determina y resuelve si el acto se ajustó en su expedición al ordenamiento jurídico, independientemente de si está vigente o no al momento del fallo.

En tales condiciones es procedente decidir de mérito el asunto.

3. El problema de fondo:

El demandante estima que el acto impugnado, Decreto No. 728 del 19 de abril de 1993, mediante el cual el Gobierno Nacional nombró provisionalmente a la señora Carmen Cecilia de Martínez en el cargo de Segundo Secretario, grado ocupacional 02 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia es violatorio, entre otros, de los artículos 5o., 6o., 10, 11 y 1.2 del Decreto Ley 10 de 1992, o estatuto orgánico del servicio exterior y de la carrera diplomática y consular.

La razón fundamental de la alegada violación, se concreta en el hecho de que la señora de Martínez no se sometió a concurso ni estaba escalafonada, mientras que para el cargo en el que fue designada existían, desde antes del 19 de abril de 1993, funcionarios de carrera que tenían derecho a ese nombramiento.

Las normas mencionadas son del siguiente tenor:

"Artículo 5o. Son de libre nombramiento y remoción los siguientes cargos:

"a) Viceministro;

"b) Secretario general de ministerio;

"c) Director General de ministerio;

"d) Subsecretario de la secretaría general;

"e) Subsecretario de asuntos administrativos;

"f) Subsecretarios de organización y sistemas;

"g) Subsecretario jurídico;

"h)Jefe de la oficina de estudios especiales;

"i) Jefe de la oficina de divulgación y prensa;

"j) Jefe de la oficina de planeación;

"k) Jefe de la oficina de coordinación nacional

"l) Subdirector de ministerio, y

"m) Personal del despacho del ministro, viceministros y secretario general.

"PAR. 1o. Los jefes de misiones diplomáticas serán, asimismo, de libre nombramiento y remoción.

"PAR. 2o. Los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular podrán ser designados en comisión en los cargos señalados en este artículo, siempre y cuando reúnan todos los requisitos exigidos para ellos en las normas que regulan esta materia.

"ART. 6o. Con las excepciones previstas en el anterior artículo, son cargos de la carrera diplomática y consular los de categoría superior a la de tercer secretario inclusive, y sus equivalentes en el servicio interno, los cuales deberán ser provistos con funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática Y consular en los términos del presente decreto. Si no existiese personal escalafonado en la respectiva categoría, el Gobierno Nacional podrá preveelos provisionalmente con personas que sin pertenecer a la carrera diplomática y consular, cumplan con los requisitos exigidos para estos cargos. Durante el período de provisionalidad el ministro adoptará todas las medidas necesarias para suplir la carencia de personal escalafonado". (resalta y subraya la Sala).

"ARTICULO 10. Las categorías de los funcionarios de la carrera diplomática y consular, son las siguientes:

"a) Embajador;
"b) Ministro plenipotenciario;
"c) Ministro consejero
"d) Consejero;
"e) Primer secretario;
"f) Segundo secretario; y
"g) Tercer secretario.

"ARTICULO 12. Las equivalencias entre las categorías del escalafón de la carrera, los cargos del servicio exterior y los cargos de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores para todos los efectos, son las siguientes:

SECCION QUINTA

"Categorías en la carrera y cargos del servicio exterior	**Cargos en la planta interna**
Embajador	Viceministro,secretario general director general.
Ministro Plenipotenciario	Director del protocolo Director de la academia Ministro plenipotenciario, subsecretario de relaciones exteriores, subdirector, Jefe de oficina
Categorías en la carrera y cargo del servicio exterior	**Cargos en la planta interna**
Ministro Consejero	Ministro Consejero asesor, subdirector de protocolo.
Consejero y cónsul general	Consejero de Relaciones Exteriores, asesor
Primer secretario y Cónsul de primera	Primer Secretario de Relaciones Exteriores. Profesionaleespecializado
Segundo secretario y cónsul de segunda	Segundo Secretario de Relaciones exteriores, profesional especializado.
Tercer secretario y Vicecónsul	Tercer secretario de relaciones exteriores, profesional universitario.

Del anterior recuento se deduce que los cargos se fundamentan en el no escalafonamiento en el cargo de la persona nombrada y no en la ausencia de calidades para desempeñarlo. En consecuencia, conforme a la técnica procesal, el análisis de la Sala debe circunscribirse a las normas invocadas como infringidas y al concepto de violación que aparecen en la demanda, que constituye el marco de *litis* por fuera del cual no puede pronunciarse el juzgador y, por lo mismo, no se referirá a los argumentos adicionales planteados con posterioridad a la presentación y admisión del libelo.

En cumplimiento de las pruebas decretadas dentro de la oportunidad legal, el Ministerio de Relaciones Exteriores informó sobre los hechos debatidos en el proceso y en la contestación y documentos anexos, se destaca, para efectos del análisis, lo siguiente:

El cargo de segundo secretario, para el que fue designada la demandada mediante el decreto impugnado, está dentro del escalafón de la carrera diplomática y consular (art. 10 10/92).

Para la fecha en la que se produjo el nombramiento -19 de abril de 1993- según constancia expedida por la Subsecretaría de Recursos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 85, 90-91), se encontraban inscritos en la carrera diplomática y consular, en la categoría de segundo secretario, los siguientes funcionarios:

1. Acosta Carvajal Jaime Alberto
2. Benítez Páez Nancy
3. Escorcia Baquero Betty
4. Fernández Cárdenas María Lucía
5. González León María Liliana
6. Higuera Angel Javier Dario
7. La Rotta Córdoba Juan Carlos
8. Rivera Rojas Luz Marina
9. Roa Leguizaraón María Alicia
10. Velásquez Quintero Yobani

Según explica el Ministerio, la situación de los funcionarios era la siguiente:

- En cumplimiento de Comisión de Estudios:

Benítez Paez Nancy. Se le otorgó comisión de estudios por resolución No. 2018 del 13 de agosto de 1992 (fl. 76).

- Con Resolución de comisión de estudios a la fecha de la expedición de la certificación:

María Lucía Fernández quien la había solicitado, (sin aclarar en qué fecha) y se le otorgó a partir del 1o. de octubre de 1993.

Velázquez Quintero Yobany tiene aprobada comisión de estudios a Alemania del 25 de julio de 1993 al 15 de diciembre del mismo año por Resolución No. 11725 del 12 de julio de 1993 (fl. 82).

SECCION QUINTA

El Ministerio envía también constancia de haberle sido otorgada comisión de estudios por cuatro meses y seis días por resolución del 24 de abril de 1992 (fl. 83).

- Comisión de Estudios en trámite:

González León María Liliana quien será enviada en comisión de estudios a partir del 1o. de octubre de 1993 a Ginebra.

Nombrados en el exterior:

Acosta Carvajal Jaime Alberto según decreto 1500 del 4 de agosto de 1993 como Segundo Secretario en Gran Bretaña (f 1. 78).

Roa Leguizamón María Alicia nombrada por Decreto 1307 del 7 de julio de 1993 como Cónsul de Colombia en San Antonio del Táchira (fi. 80).

- Con Decreto de nombramiento en el exterior en trámite:

Escorcia Baquero Betty está proyectado su nombramiento en Boston.

Higuera Angel Javier Darío está proyectado su nombramiento en Kenya.

La Rotta Córdoba Juan Carlos se tiene proyectado su nombramiento en la Misión colombiana de Ginebra.

En la respuesta en mención se resalta que el nombramiento cuestionado se hizo con base en el art. 6o. del Decreto 10 de 1992 y que se dio aplicación al art. 20 del mismo Decreto.

De lo anterior se deduce lo siguiente:

En relación con la alusión al art. 6o. del Decreto 10 de 1992 debe precisarse que tal como se desprende de su texto, antes transcrito, un cargo como el de segundo secretario, que la ley entiende como de carrera, y el Ministerio así lo reconoce, solo puede ser provisto de manera provisional por personas no pertenecientes a la carrera correspondiente, cuando no hay disponible personal escalafonado.

Esta es precisamente la situación en estudio.

De otra parte, al determinar la situación de cada uno de los funcionarios inscritos en la categoría de Segundo Secretario (f la. 71-73), la señora Ministra

de Relaciones Exteriores aludió al art. 20 del Decreto Ley 10 de 1992, para poner de presente la facultad que tiene la administración de efectuar los nombramientos (sic) referidos en dicha disposición, en el término de un año, contado a partir de la fecha de inscripción del funcionario en el escalafón de la carrera diplomática y consular; de donde concluye que, respecto de los funcionarios aludidos, con excepción de las doctoras María Lucía Fernández y María Alicia Roa, el término señalado en la ley para proceder a su designación, después de la inscripción en el escalafón, no había vencido.

El art. 20 del Decreto 10 de 1992, mencionado por la señora Canciller expresa:

> "La inscripción del funcionario en el escalafón se dispondrá por medio de decreto ejecutivo. El funcionario inscrito deberá ser trasladado dentro del año siguiente a un cargo en el servicio exterior" (resalta y subraya la Sala).

Es claro que el art. 20 antes transcrito, no es aplicable al caso por cuanto regula la inscripción de quien pasa las pruebas de ingreso y el término en el cual debe ser trasladado al servicio exterior, asunto que no es objeto de debate.

En relación con los casos descritos en la respuesta del Ministerio se tiene:

En la fecha en que se expidió el acto impugnado había escalafonadas diez personas que el Ministerio afirma, tenían ,vocación de ocupar la vacante, entre los cuales no aparece la persona designada en el cargo.

De los funcionarios anteriormente relacionados, solo la doctora Nancy Benítez Páez se encontraba en situación que bien pudo abstraería temporalmente de la posibilidad de ser nombrada en el cargo para el que se encontraba escalafonada, toda vez que, a partir del 1o. de octubre de 1992, según indica la copia de la Resolución No. 2018 del 13 de agosto de 1992 (fl. 76), le fue otorgada comisión de estudios para España, durante un lapso de nueve (9) meses.

De lo expuesto, se deduce en forma clara que para el 19 de abril de 1993, fecha en la que se expidió el acto demandado, nombrando en provisionalidad a la demandada en el cargo de Segundo Secretario, grado ocupacional 02 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia, existía una, lista de funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular, en la categoría del cargo mencionado.

Pero, aún y en gracia de discusión, sin tener en cuenta a quienes a la fecha del nombramiento cumplían comisión de estudios, o estaba en trámite su otorgamiento o ya la habían solicitado, lo cual no se alcanza a deducir de la respuesta del Ministerio, lo que sí aparece demostrado es el registro de personal escalafonado que no aparece nombrado en ningún cargo en el exterior, sino con posterioridad a dicha fecha o que, aún hoy apenas les figura proyecto de nombramiento.

Queda claro, entonces que a la señora de Martínez no estaba escalafonada para ocupar el cargo de Segundo Secretario 1 pese 1 a lo cual, se le nombró, mediante el decreto impugnado en razón de su desempeño " ... en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Francia, durante casi tres (3) años en el cargo de PRIMER SECRETARIO..." (fl. 71), contraviniendo con ello el art. 6o. del Estatuto Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular y que, por el contrario, ninguno de los escalafonados fue trasladado al servicio exterior para desempeñarse en el cargo vacante.

En tales condiciones se concluye que el nombramiento fue hecho sin tener en cuenta las disposiciones que se estimaron violadas en la demanda y, por lo mismo debe ser anulado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. Declárase la nulidad del Decreto No. 728 del 19 de abril de 1993 mediante el cual el Gobierno Nacional nombró provisionalmente, a la señora Carmen Cecilia de Martínez en e 1 cargo de Segundo Secretario, Grado Ocupacional 02 EX, en La Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bolivia.

2. En firme esta providencia, archívase el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL / AUTO ADMISORIO DE DEMANDA / NOTIFICACION PERSONAL / NOTIFICACION POR EDICTO.

Tratándose de elegido por entidad colegiada como es el caso objeto de estudio, la notificación del auto admisorio de la demanda debe hacerse personalmente a éste y si ello no es posible dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición del auto se hará por edicto que se fijara por el término de tres (3) días en la secretaría de la sección. La norma que es especial en materia electoral, no hace extensiva la notificación personal a la entidad que expidió el acto impugnado, pues respecto a ésta como a las demás personas interesadas la notificación se surte mediante edicto de acuerdo a lo dispuesto en su numeral 1, criterio este que es el expresado por la Sala al fijar el sentido y alcance de la disposición, por tanto, no es de recibo la extrañeza presentada por el apelante en relación con la forma como se cumplió respecto a él, la notificación del auto admisorio y tampoco lo es en consecuencia, la nulidad que pretende derivar de tal hecho.

DEMANDANTE / PRUEBAS - Oportunidad / FIJACION EN LISTA / PRINCIPIO DE IGUALDAD.

En materia de pruebas, al actor le corresponde aportarlas con la demanda o corrección y al demandado y partes adhesivas dentro del término de fijación en lista. Este que es el orden lógico procesal a seguir en este campo de acuerdo a la jurisprudencia de la sección, no puede verse alterado con el recaudo de pruebas inoportunas porque ello no solo atenta contra la organización del proceso, sino que desequilibra el principio de igualdad que lo rige, pues obvio que las partes no pueden se sorprendidos con pruebas traídas a última hora y sobre las cuales, no es posible, dada la preclusión de

los términos ejercer el derecho de contradicción. Por estas razones la Sala considera improcedente la solicitud sobre decreto de pruebas que el actor formuló al sustentar el recurso de apelación.

AFIRMACION INDEFINIDA / CARGA DE LA PRUEBA / PERSONERO SUPLENTE - Requisitos.

De su supuesto fáctico se infiere claramente que se trata de una proposición indefinida, puesto que se refiere a aspectos inherentes a la persona misma, que solo ella está en condiciones de conocer y por tanto, le permite con la suficiente propiedad desvirtuar la acusación demostrando el hecho contrario, que vendría a ser en este caso, que se ostenta la calidad de abogado titulado o en su defecto el de haber terminado estudios de derecho. Al actor solo le basta hacer la acusación y ante la imposibilidad de demostrar los hechos que la sustentan, la carga de la prueba se traslada al demandado. Ahora, si este considera que la acusación carece de fundamento, es de lógica que asuma su defensa presentando de manera regular y oportuna la pruebas idóneas para desvirtuarla. Si no lo hace, el cargo, al no recibir contradicción adquiere tal entidad en el proceso que indefectiblemente debe conducir a la prosperidad de las pretensiones que en éste se sustentan. En el acto de elección del personero suplente, también se quebrantó el art. 137 del D. 1333 de 1986, porque para este servidor público se exigen las mismas calidades previstas en la norma para el personero principal, así lo establece el artículo 1 de la ley 3 de 1990 y por eso el cargo deberá prosperar.

ACCION ELECTORAL - Objeto / CORPORACION COLEGIADA / ACTO DE NOMBRAMIENTO.

Con la acción pública electoral originada en un acto de tal naturaleza, expedido por una Corporación colegiada como lo es el Concejo, lo que se persigue es restablecimiento del orden jurídico quebrantado, y ese objetivo se logra con la declaratoria de nulidad del acto impugnado, sin que la decisión vaya más allá de este pronunciamiento. Restablecida la legalidad, corresponde a la Corporación Administrativa Municipal, como una de sus atribuciones, proceder a la nueva elección de los mencionados servidores públicos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta-
Santa Fe de Bogotá, D.C. , veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 1068 ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: PEDRO AGUSTIN FRANCO RODRIGUEZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 1993, mediante la cual el Tribunal de Boyacá declaró la nulidad del acto impugnado y denegó las demás súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS.-

El ciudadano Pedro Agustín Franco Rodríguez obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, formuló ante el Tribunal Administrativo de Boyacá las siguientes peticiones:

> "1.- Que es nula la elección del Personero Municipal de Uvita - Boyacá, señor GUILLERMO ANTONIO CACERES JAIME y del personero suplente el señor LUIS ARCENIO GALVIS GALVIS, elegidos en las elecciones del 14 de noviembre de 1992, como consta en el acta número 011 de la misma fecha.
>
> 2.- Que se ordene la práctica de un nuevo escrutinio y se declaren nulos los votos emitidos por quienes no podrán resultar electos personeros.
>
> 3.- Que en consecuencia y en la misma sentencia se declare legalmente electa como personara municipal a la candidata Dra. GLORIA ESPERANZA CRISTANCHO SANCHEZ y como suplente al Dr. JULIO CESAR LIZARAZO ALDANA, por reunir ellos las calidades que exige la ley".

Aduce el actor que los ciudadanos elegidos por el Concejo Municipal de Uvita - Boyacá como personero principal y suplente de esta población para el período 1992 - 1994, no reunían al momento de su elección las calidades que exige el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 para el desempeño de estos cargos, puesto que el señor GUILLERMO ANTONIO CACERES JAIME -

principal - es Administrador de Empresas y LUIS ARCENIO GALVIS GALVIS - suplente - no presentó hoja de vida.

Como normas violadas invoca los artículos 102 y 137 del antes citado decreto en concordancia con la ley 03 de 1990.

Expresa que según las voces del artículo 137 "Para ser personero se requiere ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho", condiciones que no reúnen los elegidos.

CONTESTACION DE LA DEMANDA.-

El personero titular de manera directa dio contestación a los hechos de la demanda (fls. 49 y s. s.), admitiéndolos en su totalidad, excepto el 2 que aceptó parcialmente. Se opuso a las pretensiones por considerarlas infundadas y contrarias a la ley.

El personero suplente no concurrió al proceso, la notificación del auto admisorio de la demanda se surtió mediante curador *ad -litem* (fl. 56) previamente designado, quien dentro del término de fijación en lista presentó escrito (fls. 57 y 65) manifestando atenerse a lo que resultara probado.

LA SENTENCIA RECURRIDA.-

Dispone en su parte resolutiva: "1.- Anúlase la elección del personero municipal de la Uvita-Boyacá, señor Guillermo Antonio Caceres Jaime, y del personero suplente señor Luis Arcenio Galvis, elegidos en las sesiones del 14 de noviembre de 1992 según soporte del acta No. 011 de la misma fecha.

Comuníquese al concejo municipal de la Uvita esta determinación.

2.- Deníeganse las demás súplicas de la demanda".

En su examen de fondo, el *a-quo*, inicialmente, se refiere a las previsiones del artículo 137 del Código de Régimen Municipal, norma según la cual para ser personero se requiere ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho, y al artículo 1 de la ley 3 de 1990 al precisar que el personero municipal tendrá un suplente designado por la misma Corporación, bajo las mismas calidades contempladas en el artículo 137.

De estos supuestos normativos y de las pruebas allegadas por las partes el Tribunal precisa:

"El caudal probatorio del expediente es conciso en acreditar como ya lo razonó el señor agente del Minpúblico, que las personas electas en acto recogido en acta No. 011 del 14 de noviembre de 1992, ni han culminado estudios de derecho, ni mucho menos ostentan la calidad de abogado; no obstante el mismo contexto registra que la Corporación edilicia contó con las hojas de vida de personas que se reputaban portadoras de los requisitos previstos por la ley, circunstancia que aparece documentalmente corroborada en el proceso, por lo menos en lo atinente a la señora Gloria Cristancho Sánchez, razón más que suficiente para concluir en el sentido y alcance de violación de la ley que llevó a un órgano del Estado a violar deliberadamente un ordenamiento legal".

EL RECURSO DE APELACION.-

El demandado Guillermo Antonio Cáceres Jaime formuló en tiempo apelación contra el fallo (fls. 81 y s.s.), pretendiendo su modificación, aclaración o revocatoria.

Sustenta el recurso aduciendo que no obstante no ser abogado, se le designó personero municipal de la Uvita - Boyacá, en su condición de profesional en Administración de Empresas por ser conocedor de la situación política, social y de la problematica en general del municipio, pero - agrega - lo que lo motivó a aceptar el cargo fue la necesidad expresada por los concejales de llevar allí a una persona que trabajara en forma activa y dinámica por el pueblo.

Se extraña el recurrente de que la demanda se le hubiera notificado a él y no a la Corporación que lo eligió, hecho que considera irregular y por tanto vicia de nulidad el proceso.

Según sus palabras, no comprende porque no puede ser personero del mencionado municipio si ha asistido a diferentes cursos, seminarios y convenciones; además en la mayoría de los municipios del Departamento los personeros no son abogados y en muchos casos ni siquiera profesionales en alguna otra rama.

Finalmente solicita se recepcionen los testimonios de los concejales de Uvita sobre los hechos que en el escrito indica y se oficie a la Superintendencia de Notariado y Registro en solicitud de la prueba que especifica.

Durante el traslado para alegar en esta instancia, las partes guardaron silencio.

SECCION QUINTA

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E) al emitir concepto de fondo, precisa que en lo atinente al señor Guillermo Antonio Caceres Jaime debe confirmarse el fallo recurrido, pues es el mismo demandado quien acepta no reunir los requisitos previstos en el artículo 137 del D. 1333 de 1986 para ser personero, y en lo que respecta a Luis Arcenio Galvis Galvis, personero suplente, observa la agencia fiscal que en el expediente no aparece ninguna prueba que demuestre que éste no reúne los requisitos que contempla la norma mencionada, circunstancia por lo que las súplicas de la demanda no pueden prosperar, debiéndose revocar en este sentido el fallo.

Surtido el trámite de la segunda instancia sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver en el fondo el asunto debatido y para ello,

SE CONSIDERA

Cabe recordar inicialmente, que conforme al artículo 233 del C.C.A., tratándose de elegido por entidad colegiada como es el caso objeto de estudio, la notificación del auto admisorio de la demanda debe hacerse personalmente a éste y si ello no es posible dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición del auto, se hará por edicto que se fijará por el término de tres (3) días en la secretaría de la sección. La norma que es especial en materia electoral, no hace extensiva la notificación personal a la entidad que expidió el acto impugnado, pues respecto a ésta como a las demás personas interesadas la notificación se surte mediante edicto de acuerdo a lo dispuesto en su numeral 1. criterio este que es el expresado por la Sala al fijar el sentido y alcance de la disposición, por tanto, no es de recibo la extrañeza presentada por el apelante en relación, con la forma como se cumplió respecto a él, la notificación del auto admisorio y tampoco lo es en consecuencia, la nulidad que pretende derivar de tal hecho.

Debe observarse igualmente, que en materia de pruebas, al actor le corresponde aportarlas con la demanda o corrección y al demandado y partes adhesivas dentro del término de fijación en lista. Este que es el orden lógico procesal a seguir en este campo de acuerdo a la Jurisprudencia de la sección, no puede verse alterado con el recaudo de pruebas inoportunas porque ello no solo atenta contra la organización del proceso, sino que desequilibra el principio de igualdad que lo rige, pues es obvio que las partes no pueden ser sorprendidas con pruebas traídas a última hora y sobre las cuales, no es posible, dada la preclusión de los términos ejercer el derecho de contradicción. Por estas razones

la Sala considera improcedente la solicitud sobre decreto de pruebas que el actor formuló al sustentar el recurso de apelación.

Visto lo anterior, procede la Sala a examinar el fondo del asunto debatido. Apunta este a que la Jurisdicción Contencioso Administrativa deje sin efectos el acto por el cual el Concejo de La Uvita - Boyacá, en sesión del 14 de noviembre de 1992, eligió como personero principal y suplente para este municipio a los ciudadanos Guillermo Antonio Cáceres Jaime y Luis Arcenio Galvis Galvis, respectivamente.

El cargo que sirve al actor como fundamento de las pretensiones, lo hace consistir en que tanto el uno como el otro de los elegidos, no reunen las calidades que para ejercer las funciones de personero consagra el artículo 137 del D. 1333 de 1986, en concordancia con la ley 03 de 1990, o sea que no son abogados titulados ni estudiantes de derecho.

La primera disposición prescribe: "Para ser personero se requiere ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho" y la segunda, en su artículo 1 dice: "... En cada municipio habrá un funcionario que tendrá el carácter de defensor del pueblo o veedor ciudadano, agente del Ministerio Público y defensor de los derechos humanos, llamado personero municipal, que tendrá un suplente designado por el mismo que elija al principal.

El suplente reemplazará al principal en todo caso de falta absoluta o temporal, mientras se provee lo conveniente por quien corresponde.

Las calidades previstas en el artículo 137 del Código de Régimen Municipal, deberán observarse asi mismo para el personero suplente".

El cargo como se puede apreciar es el mismo para ambos demandados. De su supuesto fáctico se infiere claramente que se trata de una proposición indefinida, puesto que se refiere a aspectos inherentes a la persona misma, que solo ella está en condiciones de conocer y por tanto, le permite con la suficiente propiedad desvirtuar la acusación demostrando el hecho contrario, que vendría a ser en este caso, que se ostenta la calidad de abogado titulado o en su defecto el de haber terminado estudios de derecho.

Para el actor, en cambio, el hecho es de difícil demostración por lo que, en virtud del principio consagrado en el artículo 177 del C. de P. C., se opera el fenómeno de la inversión probatoria, mediante el cual, la prueba de la afirmación indefinida se traslada al sujeto pasivo de la acción. en el *sub-lite* conformado por dos demandados.

Dilucidado este punto, debe la Sala examinar la posición asumida por cada uno de dichos sujetos en el proceso, frente a los hechos que soportan el cargo, para establecer, con la certeza requerida, la prosperidad o improsperidad de las pretensiones.

Se acusa el acto impugnado porque mediante él, el concejo municipal de La Uvita - Boyacá, eligió al señor Guillermo Antonio Cáceres Jaime como personero principal de la misma localidad para el período 1992 - 1994, siendo que este ciudadano - según el actor - no es abogado titulado ni terminó estudios de derecho, calidades que para el desempeño de esa función exige el artículo 137 del Código de Régimen Municipal.

El cargo se precisa en el hecho cuarto de la demanda. Sobre él no tuvo ningún reparo el demandado, quien por el contrario, lo aceptó en forma expresa y directa, no solo en el escrito de contestación (fl 49) sino también en el de apelación (fl. 82). Es decir, que en vez de proceder a desvirtuarlo, lo reafirmó mediante confesión judicial espontánea hecha en forma reiterada ante el Juez del conocimiento, confesión que es válida procesalmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 194 del C. de P. C., y permite a la Sala establecer sin más consideraciones, que el acto acusado en lo que respecta a la declaratoria de elección del ciudadano CACERES JAIME, es violatorio del artículo 137 del D. 1333 de 1986. Por estas razones el cargo está llamado a prosperar, pues la norma, como bien lo anota el representante del Ministerio Público en su concepto, no ofrece ninguna confusión o vaguedad al precisar los requisitos para ser personero.

En lo que corresponde a la elección del personero suplente a quien igualmente se le atribuye falta de las mismas calidades que el principal para el ejercicio de esa función pública, en el exámen del cargo, la Sala debe partir necesariamente de la afirmación indefinida que, como quedó oportunamente analizado, da lugar a la inversión de la carga de la prueba.

En aplicación de este principio al actor solo le basta hacer la acusación y ante la imposibilidad de demostrar los hechos que, la sustenten, la carga de la prueba se traslada al demandado.

Ahora, sí este considera que la acusación carece de fundamento, es de lógica que asuma su defensa presentando de manera regular y oportuna las pruebas idóneas para desvirtuarla. Si no lo hace, el cargo, al no recibir contradicción adquiere tal entidad, en el proceso que indefectiblemente debe conducir a la prosperidad de las pretensiones que en éste se sustentan.

De autos consta que el demandado Luis Arcenio Galvis Galvis no concurrió al proceso, siendo representado por Curador *Ad-litem* legalmente designado, con quien se surtió la notificación personal del auto admisorio de la demanda (fl. 56).

El representante judicial. - como es obvio por desconocimiento de las condiciones subjetivas comprendidas en el cargo e inherentes al demandado, al contestar la demanda (fl.57), se limitó a expresar su conformidad con lo que resultara probado.

Estima la Sala que dada la singular característica que jurídicamente presenta dicho cargo, no se puede por pasiva asumir una actitud de ausencia procesal, como ocurre en este caso, donde el demandado no actuó tal vez en la creencía de que al actor correspondía probar el supuesto de hecho alegado y al este no presentar ni solicitar pruebas, dicho supuesto se quedaba en la simple afirmación, sin reparar en que de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., esa afirmación cumplía su propósito al no ser objetada y desvirtuada mediante elementos de convicción que solo el demandado estaba en condiciones de aportar, actuando personalmente o mediante apoderado.

La visible ausencia de pruebas respecto al caso examinado, lleva al Ministerio Público a solicitar que la sentencia recurrida en cuanto a la elección del señor Luis Arcenio Galvis Galvis debe ser revocada, posición que no encuentra respaldo en la Sala por los motivos que se dejan ampliamente analizados.

La conclusión, entonces, es la de que en el acto de elección del personero suplente, también se quebrantó el artículo 137 del D. 1333 de 1986, porque para este servidor público se exigen las mismas calidades previstas en la norma para el personero principal, asi lo establece el artículo 1 de la ley 3 de 1990 y por eso el cargo deberá prosperar.

Finalmente debe anotarse, que las súplicas distintas a las de nulidad del acto de elección de los personeros principal y suplente que hace el actor en el libelo demandatorio, fueron bien denegadas por el *A-quo* puesto que con la acción pública electoral originada en un acto de tal naturaleza, expedido por una Corporación colegiada como lo es el Concejo, lo que se persigue es el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, y ese objetivo se logra con la declaratoria de nulidad del acto impugnado, sin que la decisión vaya más allá de este pronunciamiento. Restablecida la legalidad, corresponde a la Corporación Administrativa Municipal, como una de sus atribuciones, proceder a la nueva elección de los mencionados servidores públicos.

Consecuente con lo anterior, la sentencia deberá ser confirmada en todas sus partes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo parcialmente con el Procurador Delegado (E), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confírmase en todas sus partes la sentencia apelada y una vez en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

RECURSO DE REPOSICION - Improcedencia / SALA DE DECISION

La procedencia y finalidad del recurso de reposición están determinados por el Art. 348 del C.P.C., que en su inciso primero prevé: "Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado ponente no son susceptibles de súplica y contra los de la sala de casación civil de la Corte Suprema, a fin de que se revoque o reforme ... ". Pero, como lo dice el mismo texto, "salvo norma en contrario". Uno de los casos de improcedencia del recurso preceptúa el inciso 4o., de la misma disposición, que textualmente reza: "Los autos que dicten las salas de decisión no tienen resposición; podrá pedirse su aclaración o complementación para los efectos de los artículos 309 y 311, dentro del término de su ejecutoria". Como la decisión recurrida corresponde a un auto interlocutorio proferido en Sala plural se impone, por mandato legal, declarar la improcedencia del recurso interpuesto por el apoderado de la parte ejecutada contra la providencia del 3 de noviembre de 1993.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta- Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente 0337. Partes: LA NACION MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS (FONDO VIAL NACIONAL) C/ ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. Y PAVIMENTACIONES ASFALTICAS LTDA.

SECCION QUINTA

El apoderado especial de la sociedad demandada, Aseguradora Colseguros S.A., ha propuesto recurso de reposición contra el auto de esta Corporación fechado a 3 de noviembre retropróximo, mediante el cual se declaró bien denegado un recurso de apelación dentro del proceso de la referencia.-

Pero es manifiesta la improcedencia de la impugnación y se impone rechazarla con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES:

En lo relativo a la tramitación de los procesos ejecutivos de jurisdicción coactiva debe seguirse la normatividad que para los procesos ejecutivos prescribe el C. de P.C., por mandato de su artículo 561.- En similar sentido, respecto de algunas tramitaciones, también lo prevé así el Art. 252 del C.C.A.- En esos términos el tratamiento a seguir en cuanto a los recursos ordinarios que se llegaren a interponer es el prescrito en los Caps. I, II, III y V, Tit. XVIII, Secc. VI, Lib. 2o., del C. de P.C.-

La procedencia y finalidad del recurso de reposición están determinados por el Art. 348 del C.P.C., que en su inciso primero prevé: "Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado ponente no susceptibles de súplica y contra los de la sala de casación civil de la Corte Suprema, a fin de que se revoque o reforme.....".-

Pero, como lo dice el mismo texto, "salvo norma en contrario". Uno de los casos de improcedencia del recurso lo preceptúa el inciso 4o., de la misma disposición, que textualmente reza:

> "**Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición**; podrá pedirse su aclaración o complementación para los efectos de los artículos 309 y 311, dentro del término de su ejecutoria"

Además, la improcedencia de la reposición pretendida también dimana del artículo 29 del C.P.C , pues al reglamentar el ejercicio de las atribuciones la Corte Suprema y de los Tribunales, señala:

> "Corresponde a la Sala de Decisión dictar las sentencias y los autos que deciden la apelación o queja, o una acumulación de procesos, o un conflicto de competencias; **contra éstos autos no procede recurso alguno**.- El magistrado ponente dictará los autos de sustanciación y los interlocutorios que no correspondan a la sala de decisión.-

Así, entonces, como la decisión recurrida corresponde a un auto interlocutorio proferido en sala plural se impone, por mandato legal, declarar la improcedencia del recurso interpuesto por el apoderado de la parte ejecutada contra la providencia del 3 de noviembre de 1993.-

A mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Rechazar, por improcedente, el recurso de reposición propuesto por el apoderado judicial de Aseguradora Colseguros S. A. contra el auto proferido por esta sala con fecha 3 del mes en curso.-

En firme esta providencia, devuélvase lo actuado a la oficina de origen.-

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta decisión fué discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL - Corrección / PRUEBAS - Solicitud

Sin duda desde el punto de vista procesal es distinto el escrito de demanda y el de su corrección. Pero jurídicamente siendo presentado el segundo en oportunidad pasa a ser parte integrante de la demanda, razón por la cual se debe proferir nuevo auto admisorio para disponer la actuación prevista en el art. 233 del C.C.A.. Se deben surtir entonces, por segunda vez, la notificación del auto admisorio y la fijación en lista, lo cual crea la oportunidad para que el impugnador de la demanda solicite pruebas también por segunda vez. De ese modo se equilibran las partes en cuanto a la solicitud de pruebas pues, contrario a lo que alega el recurrente al final de su escrito, también el demandado tendría dos oportunidades para ello: al contestar la demanda y al contestarla con la corrección.

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

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 1038 Actor: JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA

Se decide el recurso ordinario de súplica interpuesto por el apoderado del impugnador de la demanda contra la providencia de fecha noviembre diecisiete (17) del año en curso, mediante la cual la Honorable Consejera conductora del proceso resolvió "No dar trámite a la tacha de falsedad propuesta por las razones expuestas en la parte motiva..."

Esas razones no fueron otras que las de la extemporaneidad en la proposición de incidente, por cuanto habiendo allegado el actor el documento cuestionado con el escrito de corrección de la demanda (folios 77 a 85), en aplicación de lo prescrito en el Art. 289 del C.P. Civil, aplicable al proceso en virtud de la remisión general del Art. 267 del C.C.A., solo cabía plantear la tacha con la contestación de la demanda.-

El recurrente solicita revocar lo así dispuesto en sala unitaria para que se ordene tramitar el incidente porque, según su criterio, el documento no fue acompañado con la demanda presentada el día 11 de junio de 1993 ... sino que "... vino a ser presentado con el escrito de 9 de julio de 1993 por el cual el actor hizo uso del derecho de corrección de la demanda ..".

Fundamenta su solicitud con los argumentos seguidamente transcritos, en lo esencial:

> "3.- De conformidad con la ley procesal, una cosa es el escrito de demanda y otra el escrito de corrección de la demanda, luego uno y otro no pueden confundirse o asimilarse ..."
>
> "4.- En el anterior orden de ideas se tiene, entonces, que la oportunidad en que se acompañó el documento tachado de falsedad es uno de "...los demás casos" en los cuales la tacha de falsedad de un documento no hay que proponerla en la contestación de la demanda, sino "dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba ... "
>
> "5.- Y fue precisamente lo que aquí ocurrió, por cuanto el auto que ordenó tener como prueba el documento tachado fue notificado por estado el día cuatro (4) de octubre de 1993, y el señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA presentó la tacha el día 8 de octubre de 1993, o sea, el cuarto día siguiente a dicha notificación...".

Para decidir

SE CONSIDERA:

Sin duda que desde el punto de vista procesal es distinto el escrito de demanda y el de su corrección. Pero jurídicamente siendo presentado el segundo en oportunidad pasa a ser parte integrante de la demanda, razón por la cual se debe proferir nuevo auto admisorio para disponer la actuación prevista en el Art. 233 del C.C.A. Subrogado por el Art. 60 del Decreto Ley 2304 de 1989).-

Se deben surtir entonces, por segunda vez, la notificación del auto admisorio y la fijación en lista, lo cual crea la oportunidad para que el impugnador de la demanda solicite pruebas también por segunda vez. De ese modo se equilibran las partes en cuanto a la solicitud de pruebas pues, contrario a lo que alega el recurrente al final de su escrito, también el demandado tendría dos oportunidades para ello: al contestar la demanda y al contestarla con la corrección.

Precisamente en cuanto a la unidad jurídica de la demanda y su corrección expresa el tratadista y consejero de Estado Dr. Miguel González Rodríguez: "... el escrito de aclaración o corrección del libelo no constituye una nueva demanda, sino que, por el contrario, forma con el primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posición de los actores y aun los poderes legales que tiene el fallador... " (Código Contencioso Administrativo, Parte 2a., edición 1990, pag. 1021).-

En esas condiciones la tacha de falsedad propuesta contra el documento visible al fol. 84 de los autos es improcedente por extemporánea, como bien lo decidió el auto recurrido. Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto suplicado.-

Cópiese, notifíquese y, una vez en firme, vuelva el proceso al despacho de la H. Consejera conductora del proceso.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA / EXCEPCIONES / INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION / TITULO EJECUTIVO - Requisitos / MANDAMIENTO DE PAGO - Improcedencia / CAUCION - Otorgamiento

La circunstancia de que el demandado no hubiera otorgado la garantía ordenada dentro del término señalado en la resolución, ni aún después de su vencimiento, no tiene como consecuencia el convertirlo en deudor moroso y directo de la administración. Ese hecho no es fuente legal de esta clase de obligaciones por sí solo, pues considera la Sala que para llegar a ser creador de títulos con carácter ejecutivo que le permitan a aquella, recurrir de inmediato ejercer su cobro por la vía coactiva, es necesario que vaya acompañada esta situación del acto administrativo en el que se declare el incumplimiento a la orden de suspender la obra. El artículo 68, es nítido al señalar los actos administrativos para que presten mérito ejecutivo, siendo el principal, el que conste una obligación a cargo del demandado. Cuando la norma exige la constancia de la obligación en el acto, se está refiriendo a que esté consignado en el documento no sólo el crédito a favor de la entidad que corresponda, sino la naturaleza de éste, su valor y determinada la persona a cuyo cargo se impone, expresiones que, además, deben gozar de la claridad necesaria que permita sin ninguna confusión el conocimiento de su existencia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

SECCION QUINTA

Referencia: Expediente No. 0350. Partes : TESORERIA DE SANTAFE DE BOGOTA D.C. C/ ALVARO SUAREZ MONSALVE JURISDICCION COACTIVA

Decide la Sala el incidente de excepciones propuesto por la apoderada del demandado, contra el auto de mandamiento de pago que se libró en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

Con fundamento en la Resolución No. 60 expedida el 3 de diciembre de 1992 por la Inspección Sexta Especial de Policía de Urbanismo y Construcción de Obras de Santafé de Bogotá, D. C. ,el Juzgado Octavo Distrital de Ejecuciones Fiscales en auto calendario el 12 de agosto de 1993, libró mandamiento de pago contra el señor ALVARO SUAREZ MONSALVE por la cantidad de doce millones de pesos $ 12.000.000.oo) m/cte.

Notificada personalmente la medida ejecutiva al demandado (fl. 8), éste por medio de apoderada legalmente constituida, en escrito presentado en tiempo (fl. 9), formuló la excepción que denominó "Inexistencia del título ejecutivo".

Argumenta que la Resolución No. 60 de diciembre 3 de 1992, carece de los elementos necesarios para considerarse como título con mérito ejecutivo, " toda vez que en su parte resolutiva en ningún momento impone multa en contra de nadie y se limita en su numeral cuarto a ordenar el OTORGAMIENTO DE UNA CAUCION EN CUANTIA de $ 12.000.000.oo. - Al tenor del artículo 99 del Código de Policía de Bogotá, se establece que la caución determinada en la resolución aludida se haría efectiva "PREVIA COMPROBACION SUMARIA DEL HECHO" de haberse violado la orden de suspensión de obra demandada de la providencia, comprobación que jamás se realizó y que por lo mismo NUNCA DIO LUGAR A QUE SE DICTARA LA IMPOSICION DE LA MULTA que estaría plasmada en posterior resolución que sí prestaría mérito ejecutivo..."

Resalta además la apoderada que mediante la antecitada resolución se declaró contraventor al régimen de obras, a su poderdante no como persona natural sino en su calidad de representante legal de la Sociedad Cooperativa de Educación, por lo que es esta entidad la obligada y no aquél.

Surtido el trámite del incidente sin que la parte ejecutante hiciere pronunciamiento alguno sobre la excepción y tampoco se presentaran alegaciones durante el traslado, la Sala procede a su estudio previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Siendo el título ejecutivo el origen y fundamento del auto de mandamiento de pago en las ejecuciones por Jurisdicción Coactiva, es incuestionable que en su conformación deben converger varios presupuestos legales para que adquieran el mérito de compulsión que lo distingue de otros documentos.

Esos presupuestos los consagra el artículo 68 del C.C.A., y consisten de manera general: que en el título conste una obligación a cargo del deudor y que esta sea clara expresa y además exigible.

Tratándose de acto administrativo que impone la obligación de pagar una suma liquida de dinero, es claro el ordinal primero de la norma al señalar que además de los anteriores requisitos, el acto debe estar ejecutoriado para que preste mérito ejecutivo, evento que se presenta cuando ha concluido el procedimiento administrativo y aquél goza de firmeza conforme a lo dispuesto en los artículos 62 y 64 del C.C.A.

Ahora bien, si el acto administrativo carece de alguno de los requisitos señalados, es obvio que no goza de esa cualidad ejecutiva lo que impediría que se librara el mandamiento de pago, y si a pesar de ello sobre su base se despacha la medida coercitiva, no tendría fundamento legal alguno, circunstancia que debe examinar el Juez al momento de dictar sentencia, háyanse o no propuesto excepciones, para evitar que la orden de ejecución definitiva quede sustentada en un acto administrativo que no tiene el carácter de título ejecutivo máxime si se tiene en cuenta que esta decisión debe preferirse en armonía con el título acompañado y el mandamiento de pago obrante en el expediente.

En el caso *sub-exámine* se presenta la siguiente situación:

La Inspección Sexta Especial de Policía de Urbanismo y Construcción de obras de Santa Fe de Bogotá, D.C., dictó la Resolución número 60 del 3 de diciembre de 1992, declarando en su ordinal 1 de la parte resolutiva contraventor al régimen de obras, al señor ALVARO SUAREZ MONSALVE como representante de la Sociedad Cooperativa de Educación, por adelantar construcción sin licencia ni planos aprobados.

En el ordinal segundo se impone a dicho ciudadano medida correctivo de suspensión de la obra y en el siguiente, se le conmina a que en caso de incumplimiento, es decir, si continúa la obra se procederá a su sellamiento.

En el cuarto, se le exige la constitución de caución por la suma de $ 12.000.000.oo de pesos m/cte. para garantizar el cumplimiento de la orden de

suspensión de la obra, concediéndole el plazo de 30 días para su otorgamiento, con la advertencia de que "en caso de no otorgarse la garantía dentro del plazo aquí señalado se perseguirá su cumplimiento por la vía coactiva".

Dispone además en el aparte sexto, que se mantenga la medida correctiva de suspensión hasta tanto se obtenga la respectiva licencia debidamente aprobada.

Se aprecia, sin esfuerzo alguno, que las disposiciones adoptadas por la administración en la antecitada resolución, consisten básicamente en la suspensión de una obra y en la orden de garantizar su no continuidad, mediante la constitución de una garantía por la suma de doce millones de pesos ($ 12.000.000.oo) m/cte.

Fuera de las anteriores declaraciones no aparece que en el mismo texto del acto se imponga la obligación de pagar una suma líquida de dinero en favor de la Tesorería de Santa Fe de Bogotá, D.C., y a cargo del señor ALVARO SUAREZ MONSALVE.

La circunstancia de que este ciudadano no hubiera otorgado la garantía ordenada dentro del término señalado en la resolución, ni aún después de su vencimiento, no tiene como consecuencia el convertirlo en deudor moroso y directo de la administración. Ese hecho no es fuente legal de esta clase de obligaciones por sí solo, pues considera la Sala que para llegar a ser creador de títulos con carácter ejecutivo que le permitan a aquélla, recurrir de inmediato a ejercer su cobro por la vía coactiva es necesario que vaya acompañada esa situación del acto administrativo en el que se declare el incumplimiento a la orden de suspender la obra.

El Juzgado Octavo Distrital de Ejecuciones Fiscales al librar el mandamiento de pago, dice que el título contenido en la precitada resolución, reúne las exigencias legales y presta mérito ejecutivo al tenor de lo dispuesto en el artículo 68 del C.C.A.

Para la Sala, esta consideración carece de realidad fáctica. El artículo 68 en cita como atrás se resalta, es nítido al señalar los actos administrativos para que presten mérito ejecutivo, siendo el principal, el que conste una obligación a cargo del demandado.

Cuando la norma exige la constancia de la obligación en el acto, se esta refiriendo a que esté consignado en el documento no sólo el crédito a favor de la entidad que corresponda, sino la naturaleza de éste, su valor y determinada la persona a cuyo cargo se impone, expresiones que, además, deben gozar de la

claridad necesaria que permita sin ninguna confusión el conocimiento de su existencia.

En la resolución que motivó el auto de mandamiento de pago en este proceso, no consta como anteriormente se advirtió la obligación que se le cobra al ejecutado, pues como bien se puede deducir del mismo, la caución se le fijó solo para garantizar la suspensión de la obra mientras la administración le otorgaba la licencia para continuarla, la cual le fue concedida varios meses antes de librarse el mandamiento de pago,como aparece acreditado en el expediente, sin que este demostrada la violación a dicha suspensión, lo cual lleva a la Sala a concluir en la inexistencia del título ejecutivo contra SUAREZ MONSALVE.

Dilucidado lo anterior, cabe observar que si bien el título presentado por la administración consiste en una providencia administrativa, éste como quedo demostrado, no conlleva ejecución, condición que impone el artículo 509 ord. 2 del C. de P.C., para señalar con carácter restrictivo las excepciones que pueden proponerse cuando la providencia cumple ese requisito; ahora, sí no lo cumple, al título le es oponible la excepción de su inexistencia con fundamento en la norma general prevista en el ordinal 1 de la citada disposición.

Finalmente, y al margen de las anteriores consideraciones, cabe anotar que en la resolución se declara contraventor a una persona jurídica de la cual el señor SUAREZ MONSALVE es su representante, y el mandamiento de pago se libró contra éste, no en la calidad que ostenta, sino como persona natural obligada directamente. Además, no hay constancia en el expediente que se hubiera intentado la notificación personal del acto conforme a los artículos 44 y 45 del C.C.A. , antes de proceder a la fijación del Edicto.

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

FALLA

PRIMERO : Declárase probada la excepción de "INEXISTENCIA DEL TITULO" propuesta por el demandado.

SEGUNDO : Ordénase el desembargo de los bienes perseguidos, en caso de que esta medida se hubiera efectuado.

SECCION QUINTA

Cópiese, notifíquese, cúmplase y en firme esta providencia vuelva el expediente al lugar de origen.

Esta providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1993

PAGINA

ALVARO SUAREZ MONSALVE	1216
ANA DOLORES GIRALDO OCAMPO DE OCAMPO Y OTROS	254
AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA	1137
ARTURO RONCANCIO PEÑA Y OTROS	414
ASEGURADORA COLSEGUROS S. A.	1209
AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE Y/O	135, 157
BENJAMIN FIGUEROA PARRA	442
BENJAMIN HERRERA PALOMINO Y OTRA	52
C.I. DE AZUCARES Y MIELES S.A./BANCO DE LA REPUBLICA	1001
CERAMICA INDUSTRIAL DEL META LTDA. -CIMET-	823
CESAR LIBARDO FERNANDEZ BURBANO	287
CIA. METALURGICA BARBARA E INDUSTRIAS CARPER	656
COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS S.A.	757
COMPAÑIA METALURGICA BARBARA	636
COMPAÑIA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. -COLMOTORES S.A.-	944
COMPAÑIA COLOMBIANA DE ENVASES S.A.	814
COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES	1121
CONSORCIO IMPREGILO S.P.A. ESTRUCO S. A.	318
CONTINENTAL DE MANUFACTURAS LTDA.	892
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA -AHORRAMAS-	782
LUIS EDUARDO CAICEDO Y CIA. EN S. EN C.	788
JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA	796
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA - UPAC COLPATRIA	1102
CURTIEMBRES TERUEL S.A.	965

	PAGINA
DARIO JOSE PALACIO	1067
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA	38
DISTRIBUIDORA CENTRAL DE CEMENTOS LTDA.	1131
DISTRIBUIDORES DE ACEITES Y GRASAS BUCARAMANGA S.A. DACEGRA	917
DOROTEO LAFAURIE GUERRERO	1182
DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A.	1047
DYS AUTOMOTORES LTDA.	807
EASTERN AIR LINES INC.	872
EDGAR NARCISO PORTILLA	74
ELIAS RODRIGUEZ MORALES	84
ENELIA NARVAEZ DIAZ Y OTROS	594
FABRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. -COLMOTORES-	976
FISCALIA PRIMERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA	68
FREDDY ANTONIO URIBE RUEDA Y OTRA	388
GEOSOURCE INC.	832
GERARDO DE JESUS OSORNO RAVE	679
GESTIONAR S.A.	956
GLORIA STELLA SANCHEZ SEPULVEDA Y OTROS	1156
GUILLERMO ALFONSO BELTRAN BELTRAN	475
GUSTAVO GARCIA SANDOVAL	458
HERNANDO ALFONSO PRADA GIL	1075
HILARIO MANTILLA MANTILLA	371
HUGO ESCOBAR SIERRA	1075
INDUMENTAL S.A.	488
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU)	1121
JAIME HERRERA RODRIGUEZ	856
JESUS ANTONIO SALAZAR CH.	544
JESUS MARIA QUEVEDO RIVAS	1107
JESUS PEREZ GONZALEZ - RUBIO	1075
JHON DEIBI ACOSTA TAMAYO	380
JORGE ENRIQUE BAYONA GONZALEZ	226
JORGE HELI VANEGAS G.	537
JOSE ANTONIO CONDE VILLALBA Y/O	12
JOSE AULY LOPEZ CHACON	1011
JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA	1212
JOSE JESUS LAVERDE OSPINA	1174
JOSE VICENTE JAIMES RIOS Y OTROS	214
JOSE WILLIAM CARDONA CARDONA	843

	PAGINA
JUAN CARLOS FERNANDEZ M. Y OTRA	236
JUAN EMILIO RODRIGUEZ CARDENAS	164
LA NACION	1102
LA NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS (FONDO VIAL NACIONAL)	1209
LABORATORIOS AYERST HORMONA S.A	746
LABORATORIOS HIGEA DE COLOMBIA	900
LEGISLACION ECONOMICA S.A.	987
LUZ DEL SOCORRO LOPEZ GARCIA	296
LLANO GAS S.A.	926
MABEL DEL CARMEN MATTAS TORRES Y OTROS	89
MARIA DEL CARMEN SERRANO DE GIRALDO	114
MARIA DULFARY BETANCOURT Y OTROS	508
MARIA HELENA GAMBOA DE COLONIA Y OTRA	311
MARIA JOSEFA ARISTIZABAL GOMEZ Y OTROS	124
MARIA TERESA CAÑAS Y OTROS	667
MARTIN BERNARDO TANGARIFE VELASQUEZ	696
MIGUEL ANTONIO VIVANCO MEZA	271
MIKE BARACALDO RAMIREZ RAMIREZ	867
MOISES CASTAÑEDA BEDOYA Y OTROS	244
MULTIFAMILIARES LTDA.	775
MUTUAL DE SOLIDARIDAD MEDICO ECONOMICA Y DE PROFESIONES UNIVERSITARIAS -ASOMEC-	884
NEMOVISION LTDA. C/ LA NACION	1042
NIDIA PATRICIA CORREA TABARES	616
NIVIA MATTOS LIÑAN	1168
OLGA MARGARITA QUINTANA MEDINA Y OTROS	432
ORLANDO SALTARIN	562
OSCAR HELD KLEE	850
PABLO CAMILO ENRIQUE CORTES BRUSCHI	427
PAVIMENTACIONES ASFALTICAS LTDA.	1209
PEDRO AGUSTIN FRANCO RODRIGUEZ	1201
PEDRO JUAN ZAPATA ZAPATA Y OTROS	261
PEDRO SILVIO PULIDO PINTO	934
PELAEZ HERMANOS S.A.	1034
PRODUCTORA Y COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS LTDA.	1026
RAFAEL AGUDELO	585
RAFAEL ANTONIO FONTECHA	570
RAMON RAMIREZ ARDILA Y OTROS	735
ROSALBA GUTIERREZ MENDEZ Y OTROS	400

	PAGINA
SEGUNDO JORGE PANTOJA MORENO	709
SOCIEDAD CARROCERIAS EL SOL LTDA. Y OTROS	575
SOCIEDAD CARTON DE COLOMBIA S.A.	764
SOCIEDAD HUGO DAVEY & CIA. LTDA.	97
SONIA DEL CARMEN MORA VERBEL	519
SOPROIN LTDA.	1121
TESORERIA DE BOGOTA	1131
TESORERIA DE SANTA FE DE BOGOTA D. C.	1216
TESORERIA MUNICIPAL DE AGUSTIN CODAZZI (CESAR)	1168
WAGNER FERNANDO TERAN BARONA	207
WAGNER FERNANDO TERAN BARONA Y OTROS	177

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1993

INDICE TEMATICO

SECCION TERCERA

TEMA	PAGINA
A	
ABOGADO LITIGANTE	518
ACCION CONTRACTUAL	475
ACCION DE REPETICION	96
ACCION DE REPARACION DIRECTA	23, 134
ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia	261
ACCION DE REPETICION	560, 570
ACCIONES CONTRACTUALES	486
ACLARACION DE VOTO DEL DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ	207
ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO	475
ACTIVIDAD PELIGROSA	286, 561
ACTIVIDADES PELIGROSAS	11
ALCALDE	67
ANATOCISMO - Improcedencia	487
ANTICIPO	486

TEMA	PAGINA
B	
BALDIOS - Desecamiento	544
BIEN DE USO PUBLICO	544
C	
CADUCIDAD	475
CADUCIDAD (Salvamento de Voto)	654
CADUCIDAD - Término	83, 486
CARGA DE LA PRUEBA	311, 561
CASO FORTUITO - Inexistencia	475
CELEBRACION DE CONTRATOS - Autorización	67
CLAUSULA PENAL	635
CLAUSULAS EXORBITANTES	635
CLAUSULAS EXORBITANTES (Salvamento de Voto)	654, 655
COMPAÑIA ASEGURADORA	508
COMPETENCIA	317, 318
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades	67
CONCILIACION LESIVA	89
CONCURRENCIA DE CULPAS	124, 253
CONDENA - Reducción	615
CONSCRIPTO	214
CONTRATO ADMINISTRATIVO Vigencia (Salvamento de Voto)	654
CONTRATO ADICIONAL - Incumplimiento	474
CONTRATO ADMINISTRATIVO	67, 635
CONTRATO ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto)	654
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento	486
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Vigencia	635
CONTRATO DE APORTES	441
CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	487
CONTRATO DE EJECUCION INSTANTANEA (Salvamento de Voto)	655
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	678
COSA JUZGADA	253
CUANTIA	38
CULPA DE LA VICTIMA	253, 286, 615

TEMA	PAGINA
CULPA DE LA VICTIMA - Inexistencia	486
CULPA DEL AGENTE (Adición de Voto)	156
CULPA DEL AGENTE - Inexistencia	244
CULPA GRAVABLE	560
CULPA PERSONAL - Inexistencia	518
D	
DAMNIFICADO	23, 134
DAÑO - Monto	134
DAÑO ANTIJURIDICO	286, 296, 507, 734
DAÑO ANTIJURIDICO - Gases	678
DAÑO FISIOLOGICO	379
DAÑO HIPOTETICO	176
DEBIDO PROCESO	261
DELEGACION PARA CONTRATAR	38
DEMANDA - Ineptitud	575
DEMANDA - Interpretación	11
DENUNCIA DEL PLEITO	176, 570
DERECHO AL DEBIDO PROCESO	536
DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	536
DERECHO DE LOS INTERNOS	400
DERECHOS DE LOS INTERNOS	296
DESISTIMIENTO - Inexistencia	536
DESLINDE DE BIENES BALDIOS	544
DICTAMEN PERICIAL - Objeción	96
DOLO	560
E	
ESTABLECIMIENTO PUBLICO NACIONAL	575
EXPLOTACION DE MINAS	441

TEMA **PAGINA**

F

FACULTAD SANCIONADORA - Límite (Salvamento de Voto) 654
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA 414
FALLA DEL SERVICIO EN LA VIGILANCIA 518
FALLA DEL SERVICIO - Exceso de Velocidad 561
FALLA DEL SERVICIO - Vehículo Oficial 561
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO 23
FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS 164
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA 594, 724
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Hurto 615
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Operativo Militar 709
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO 371
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA 113, 124, 236, 271, 379, 388
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE - Inexistencia 286
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO 11, 214, 432
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Inexistencia 734
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Muerte 584
FALLA DEL SERVICIO DEL ORDEN PUBLICO - Bus 724
FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Anestesia 667
FALLA DEL SERVICIO MEDICO - CATARATA 695
FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Inexistencia 52
FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Parto 52
FALLA DEL SERVICIO MEDICO PRESUNTA 74
FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO 296, 400
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION 176
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA 74, 214, 225
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma oficial 253
FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Inexistencia 458
FALLA EN LA VIGILANCIA 414
FALSA MOTIVACION 635
FALTA DE COMPETENCIA 67
FLAGRANCIA 615
FONDO ROTATORIO DE ADUANAS 536
FONDO VIAL NACIONAL - Naturaleza Jurídica 575
FONDO VIAL NACIONAL - Personería Jurídica 575
FUERO DE ATRACCION 74, 176, 487
FUERZA MAYOR - Inexistencia 475
FUNCIONARIO PUBLICO 560

TEMA	PAGINA
H	
HECHO DE UN TERCERO	286
I	
INCORA - Funciones	544
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Reclamación	134
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES	695
INDICIOS	236, 388, 432, 594
INSTITUTO DISTRITAL DEL CULTURA Y TURISMO - Funciones	176
INTERES MORATORIO	317
INTERESES	487
J	
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	318
L	
LAUDO ARBITRAL - Adición	318
LEGITIMA DEFENSA	253
LEGITIMACION EN LA CAUSA	23, 134
LEGITIMACION EN LA CAUSA - Naturaleza	387
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA	575
LEGITIMACION POR ACTIVA	311
LEGITIMACION POR PASIVA	74
LIMPIEZA SOCIAL	113
LIQUIDACION DE PERJUICIOS AL LESIONADO	695
LIQUIDACION DEL CONTRATO	475
LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO	474
LLAMAMIENTO DE GARANTIA - Finalidad	487

TEMA	PAGINA
LLAMAMIENTO EN GARANTIA	508, 570
LUCRO CESANTE	254
M	
MENOR DE EDAD	176
MULTAS - Improcedencia	635
MULTAS - Improcedencial (Salvamento de Voto)	655
MULTAS - Oportunidad (Salvamento de Voto)	654, 655
N	
NORMA POSTERIOR	536
NULIDAD DEL CONTRATO - Causales	67
O	
OBLIGACION CONTRACTUAL - Cumplimiento (Salvamento de Voto)	655
OBLIGACION DE RESULTADO	296, 400
P	
PAGO - Inexistencia	486
PARENTESCO	134, 311
PARQUES - Vigilancia	176
PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL - Inexistencia	695
PERJUICIOS A DAMNIFICADOS	387
PERJUICIOS MATERIALES - Determinación	254
PERJUICIOS MATERIALES - Inexistencia	176
PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento Simbólico	113
PERJUICIOS MORALES - Tasación	225

TEMA	PAGINA
PERJUICIOS MORALES A DAMNIFICADOS - Improcedencia	311
PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS - Tasación	379
PLAZO - Suspensión	635
PLAZO - Vencimiento (Salvamento de Voto)	655
PLAZO DEL CONTRATO	317
PLAZO DEL CONTRATO - Cumplimiento	318
PODER DISCIPLINARIO (Salvamento de Voto)	654
POLIZA DE GARANTIA	508
POTESTAD SANCIONATORIA - Límites (Salvamento de Voto)	655
PREJUDICIALIDAD - Improcedencia	517
PREJUDICIALIDAD PENAL	253
PREJUDICIALIDAD PENAL - Inexistencia	113
PRESUNCION DE PERJUICIOS - Improcedencia	561
PRESUNCION DEL HOMBRE	254
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	11, 261, 678
PRINCIPIO DE IGUALDAD	536
PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS	734
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	11, 536
PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*	678
PROCESO DE RESPONSABILIDAD - Independencia	517
PROCESO DISCIPLINARIO	387
PROCESO PENAL	517
PRUEBA TRASLADADA - Ratificación	387
PRUEBAS - Oportunidad	23

R

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Técnica	317
RECURSO DE APELACION	83
REGISTRO DE CONSTRUCTORES	426
REGISTRO DE PROPONENTES	426
REGULACION DE PERJUICIOS	487
RELACION DE CAUSALIDAD	244
RESERVA AURIFERA	441
RESPONSABILIDAD CONJUNTA (Adición de Voto)	156
RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PUBLICO	96
RESPONSABILIDAD ESTATAL	561

TEMA	PAGINA
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL	570
RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL	734
RESPONSABILIDAD PRESUNTA - Sumersión	507
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	134, 176, 286
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Inexistencia	560
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Inexistencia (Adición de Voto)	156
RIESGO ESPECIAL	507
S	
SENTENCIA PENAL	570
SENTENCIA PENAL - Valor Probatorio	134
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE	371
T	
TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Término (Salvamento de Voto)	654
TESTIMONIO - Ratificación	387
TORTURA	271
TRIBUNAL DE ARBITRAMETO	317
U	
USO DE ARMA OFICIAL	11
V	
VEHICULO OFICIAL	225
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento	83

TEMA PAGINA

INDICE TEMATICO

SECCION CUARTA

A

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 1010
ACTIVIDAD COMERCIAL 986,1025
ACTIVIDAD DE SERVICIOS 1025
ACTIVIDAD INDUSTRIAL 986
ACTO ACLARATORIO 1010
AJUSTES POR INFLACION - Objeto 795
ANULACION 916
APORTES PARAFISCALES 899
ASIENTO CONTABLE 944
ASIENTO CONTABLE - Correspondencia 964
AUXILIO DE TRANSPORTE 745

B

BASE GRAVABLE 814, 871, 872, 934
BASE GRAVABLE - Disminución 832
BENEFICIO DE AUDITORIA - Requisitos 1046

C

CADUCIDAD - Cómputo 1010
CERT 1000
CERT - Improcedencia 1000
CERTIFICADO BIMESTRAL 1034
COMPROBANTE EXTERNO 944
COMPROBANTE INTERNO 944
CONCEJO MUNICIPAL 850
CONTABILIDAD - Ineficacia 872

TEMA	PAGINA
CONTABILIDAD - Valor Probatorio	871, 964
CONTRATO - Elementos	1046
CONTRATO DE COMPRA - VENTA	806
CONTRATO DE COMPRA - VENTA - Causaciones	963
CONTRATO DE COMPRA - VENTA - Requisitos	916
CONTRATO DE CONCESION	1025
CONTRATO DE SUMINISTRO	1025
CONTRIBUCION - Elementos	795
CORRECCION ESPONTANEA	1011
CORRECCION PROVOCADA	1011
COSTO	955
COSTO - Requisitos	746
COSTOS - Causación	963

D

DECLARACION DE RENTA - Corrección	1011
DECLARACION DE RENTA - Inexistencia	892
DECLARACION TRIBUTARIA - Corrección	892
DEDUCCION - Improcedencia	763
DEDUCCION EN IMPORRENTA - Improcedencia	963
DEDUCCION POR DEUDAS PERDIDAS - Requisitos	964
DEDUCCION POR PAGOS AL EXTERIOR	745
DEDUCCION POR PENSIONES	763
DEDUCCION POR SALARIOS	745
DEDUCCION POR SALARIOS - Requisitos	899
DEDUCCIONES	900
DEDUCCIONES - Requisitos	746
DEMANDA - Requisitos	891
DERECHOS ADQUIRIDOS	843, 926
DIVIDENDO	955
DOCUMENTO - Verificación	806
DOCUMENTO DE FECHA CIERTA	964
DOCUMENTO EXTERNO	964

TEMA	PAGINA
E	
ENTIDAD COOPERATIVA - Inexistencia	883
ENTIDAD GREMIAL	883
ERROR ARITMETICO	1042
ERROR DE TRANSCRIPCION	1042
EXCEPCIONES	891
EXENCION - Clases	926
EXPENSA NECESARIA	963
EXPORTADOR	1000
F	
FACTOR PRESTACIONAL - Determinación	867
FACTURA	916
FACTURA - Requisitos	964
FACTURA CAMBIARIA	806
FACTURA COMERCIAL	975, 976
FACTURA COMERCIAL IMPUESTO DE TIMBRE	975
FACTURA CONSULAR	975
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	850
H	
HECHO GENERADOR	1046
HECHO GENERADOR - Ambito espacial	871
HECHO IMPONIBLE	814
I	
IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS	814
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	832, 871, 986
IMPUESTO DE TIMBRE	806, 975

TEMA	PAGINA
IMPUESTO DE TIMBRE - Procedencia	976
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO	1025
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	900, 1046
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS	1034
INGRESO FISCAL - Causación	1046
INGRESO NETO - Determinación	757
INGRESOS NO GRAVADOS	832
INSPECCION TRIBUTARIA - Improcedencia	806
INTERESES MORATORIOS	963
INTERVENCIONISMO ESTATAL	781
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA	795
IVA EN SERVICIOS - Vigencia	855
IVA EN SERVICIOS EN CONSTRUCCION	934
L	
LEY REGULADORA	795
LIBRO MAYOR Y BALANCES	788
LIBRO DE INVENTARIOS Y BALANCES	788
LIBRO DIARIO	788
LIBROS DE CONTABILIDAD - Atraso	788
LIBROS DE CONTABILIDAD - Irregularidades	964
LIQUIDACION DE SOCIEDAD - Aprobación	955
LIQUIDACION EN CORRECCION ARITMETICA	1042
M	
MATERIA IMPONIBLE	986
MEDIOS PROBATORIOS	899
MERCANCIA EN TRANSITO	900
MERCANCIAS - Faltante	964

TEMA	PAGINA
N	
NOTIFICACION POR EDICTO - Validez	822
NOTIFICACION PERSONAL	822
NOTIFICACION POSTAL - Corrección	775
NULIDAD - Trámite	891
NULIDAD DE LIQUIDACION OFICIAL	1011
P	
PAGO - Repetición	976
PARTES - Designación	891
PASIVO - Comprobación	964
PENSION SANCION	763
PERDIDA OCASIONAL	955
POLICIA ADMINISTRATIVA	781
POTESTAD REGLAMENTARIA	855
POTESTAD REGLAMENTARIA PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	855
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	855
PRODUCTOR	1000
PRUEBA EN LO CONTENCIOSO	1010
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA	899
R	
RECURSO GUBERNATIVO - Procedencia	775
REGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL	883
RENTA DE FUENTE NACIONAL	745
RENTA EXENTA LABORAL	867
RENTA GRAVABLE - Determinación	757
RENTA PRESUNTIVA	955
REPRESENTACION LEGAL	822
REQUERIMIENTO ESPECIAL - Ampliación	1011
RESCISION	916

TEMA	PAGINA
RESERVA DE DOMINIO	806
RESPONSABLE DEL IVA	855
RESPONSABLE DEL IVA EN SERVICIOS	855
RESTITUCION DE TERMINOS - Objeto	775
RETENCION EN LA FUENTE	745, 746
REVOCACION	916
S	
SALARIO INTEGRAL	867
SANCION MULTIPLE	1034
SANCION POR CORRECCION	1011
SANCION POR INEXACTITUD	1034
SANCION POR INEXACTITUD - Procedencia	763, 872
SANCION POR LOS LIBROS	788
SANCION POR NO DECLARAR	892
SECTOR FINANCIERO - Intervencionismo	781
SISTEMA DE CAUSACION	963
SISTEMA DE COSTOS STANDAR	944
SISTEMA DE JUEGO DE INVENTARIOS	900
SITUACION CONSOLIDADA	843
SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL	1000
SOCIEDAD LIMITADA LEGITIMACION EN CAUSA ACTIVA	822
SOCIEDAD MUTUALISTA - Naturaleza	883
SUJETO PASIVO	986
SUPERINTENDENCIA BANCARIA	781
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Actualización	763
SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia	850
T	
TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO	871, 986

TEMA	PAGINA
V	
VENTA - Inexistencia	916

INDICE TEMATICO

SECCION QUINTA

A	
ACCION ELECTORAL - Objeto	1200
ACTO COMPLEJO - Inexistencia	1072
ACTO DE LLAMAMIENTO - Inexistencia	1135
ACTO DE NOMBRAMIENTO	1181, 1200
ACTO DE POSESION	1135
ACTO PREPARATORIO	1072
ACTO TACITO	1135
AFIRMACION INDEFINIDA	1200
ALCALDE ENCARGADO - Elección	1067
AUTO ADMISORIO DE DEMANDA	1199
AUTONOMIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	1074
C	
CARGA DE LA PRUEBA	1200
CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR	1181
CAUCION - Otorgamiento	1215
COMPETENCIA POR CUANTIA	1106
CONCEJO MUNICIPAL	1155, 1156
CONFIRMACION - Improcedencia	1075
CONGRESISTA	1135, 1136
CONGRESISTA - Inhabilidades	1136

TEMA	PAGINA
CONGRESO DE LA REPUBLICA	1073
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades	1072
CONSEJO DE ESTADO	1106
CONTROL PUBLICO - Inexistencia	1173
COPIAS - Valor probatorio	1135
CORPORACION COLEGIADA	1200
COSA JUZGADA	1121
D	
DEMANDA - Contestación	1173
DEMANDA - Ineptitud	1131
DEMANDA - Requisitos	1131
DEMANDA ELECTORAL	1181, 1199
DEMANDA ELECTORAL - Anexos	1074
DEMANDA ELECTORAL - Corrección	1212
DEMANDA ELECTORAL - Requisitos	1072
DEMANDA EN FORMA	1167
DEMANDANTE	1199
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES	1135
DIPUTADO	1136
E	
ELECCIONES LOCALES	1106
EMPLEO DE ELECCION POPULAR	1136
EMPRESAS MUNICIPALES	1155
ENTIDAD PUBLICA - Nombramiento	1173
EXCEPCION DE NULIDAD - Improcedencia	1167
EXCEPCION DE PAGO - Improcedencia	1167
EXCEPCIONES	1215
EXCEPCIONES - Término	1167
EXCEPCIONES PREVIAS - Improcedencia	1072

TEMA	PAGINA
F	
FIJACION EN LISTA	1199
FUNCIONARIO DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Inhabilidades	1173
I	
INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION	1215
J	
JUICIO DE JURISDICCION COACTIVA - Requisitos	1167
JUNTA DIRECTIVA - Representación	1155
JURISDICCION COACTIVA	1102, 1121, 1215
JURISDICCION COACTIVA - Delegación	1167
JURISDICCION COACTIVA - Finalidad	1131
M	
MAGISTRADOS CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA	1073
MAGISTRADOS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA	1074, 1075
MAGISTRADOS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Sala disciplinaria	1072
MANDAMIENTO DE PAGO - Improcedencia	1215
MINISTERIO PUBLICO	1181
MUNICIPIO - Creación	1067
MUNICIPIO - Inexistencia	1067

TEMA	PAGINA
N	
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD	1072, 1181
NOTIFICACION PERSONAL	1181, 1199
NOTIFICACION POR EDICTO	1199
NULIDAD - Extemporaneidad	1181
NULIDAD - Saneamiento	1167
NULIDAD DE LOS REGISTROS DE VOTACION - Improcedencia	1106
NULIDAD ELECTORAL	1155, 1181
NULIDAD ELECTORAL - Efectos	1135
NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia	1106
NULIDAD ELECTORAL - Inexistentes	1106
NULIDAD PROCESAL	1121
NULIDAD PROCESAL - Inexistencia	1173
O	
ORDENANZA - Sanción	1067
P	
PARTES	1181
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Efectos	1135
PERSONAL ESCALAFONADO - Disponibilidad	1181
PERSONERO SUPLENTE - Requisitos	1200
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades	1072
PRESUPUESTO ANUAL ORDINARIO	1106
PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA	1106
PRINCIPIO DE IGUALDAD	1199
PRINCIPIO DE PRECLUSION	1121
PROCESO ELECTORAL	1072, 1106, 1135, 1155, 1173, 1181
PRUEBA Y NULIDAD ELECTORAL -Inexistencia	1074
PRUEBAS - Oportunidad	1199
PRUEBAS - Solicitud	1212
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - Improcedencia	1155

TEMA	PAGINA
R	
RAMA JUDICIAL - Integración	1074
RECLAMACION ELECTORAL	1106
RECURSO DE REPOSICION - Improcedencia	1209
RENUNCIA	1136
REPRESENTACION DE LOS PARTIDOS POLITICOS - Abolición	1074
RESIDENCIA	1106
S	
SALA DE DECISION	1209
SALA DISCIPLINARIA - Calidades	1074
SALA DISCIPLINARIA - Elección	1073
SEGUNDO SECRETARIO	1181
SESIONES CONJUNTAS	1073
SESIONES ORDINARIAS	1156
SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL	1155
SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL - Inexistencia	1074
SUPLENTE - Inexistencia	1136
SUSPENSION DEL PROCESO - Preclusión	1102
SUSPENSION PROVISIONAL	1067
T	
TERCEROS INTERVINIENTES	1173
TERMINOS - Cómputo	1156
TERNAS - Elaboración	1072
TITULO EJECUTIVO	1167
TITULO EJECUTIVO - Requisitos	1215
TITULO EJECUTIVO - Validez	1131

TEMA	PAGINA
V	
VACANCIA ABSOLUTA	1135, 1136
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento	1167

La Imprenta Nacional de Colombia
realizó el diseño gráfico de
« Anales del Consejo de Estado
4º Trimestre de 1993 - Tomo II »
y terminó su impresión en enero de 1996

Ivstitia et Litterate